

Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

ANNO XVIII - Direzione e redazione Strada 1 Palazzo F6 20090 Milanofiori Assago (MI)

2 2012

www.ipsoa.it/dirittopenaleeprocesso

**Liberalizzazione delle professioni
e illecito disciplinare dell'avvocato**

Il Codice antimafia

**Univocità e circostanze
nel tentativo**

DIREZIONE SCIENTIFICA

Giorgio Spangher
Paolo Pisa (condirettore)

COMITATO SCIENTIFICO

Paolo Ferrua
Francesco Palazzo
Sergio Seminara
Paolo Tonini

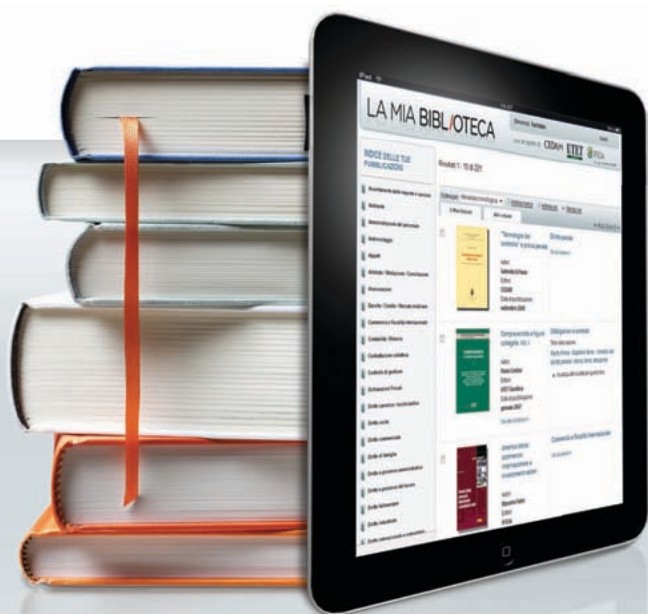


IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer



TROVARE NEI TUOI LIBRI LA SOLUZIONE CHE CERCAVI, DA OGGI È PIÙ SEMPLICE.



Consultabile su PC, iPad e altri tablet.
Scarica subito la App gratuita da AppStore!

LA MIA BIBLIOTECA

LA PRIMA BIBLIOTECA PROFESSIONALE IN THE CLOUD

Spesso possiedi già le informazioni che cerchi. Il punto è ritrovarle in poco tempo, dove e quando ti servono.

Da oggi con **La Mia Biblioteca** puoi cercare e consultare facilmente online migliaia di volumi firmati dai più autorevoli esperti del tuo settore e pubblicati da CEDAM, UTET Giuridica e IPSOA.

Grazie ad un sistema di ricerca evoluto puoi accedere ai tuoi scaffali virtuali e trovare in un attimo la tua soluzione proprio nel capitolo che cercavi. In più **La Mia Biblioteca** è integrata con le migliori banche dati a cui sei già abbonato, per una ricerca davvero a 360°.

La biblioteca professionale del futuro è già qui. Scoprila ora.

www.lamiabiblioteca.com

Con le opere di

CEDAM

UTET®
GIURIDICA

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

EDITORIALE		
Professione forense	LIBERALIZZAZIONE DELLE PROFESSIONI E ILLECITO DISCIPLINARE DELL'AVVOCATO di <i>Francesco Palazzo</i>	137
LEGISLAZIONE		
	NOVITÀ NORMATIVE	141
GIURISPRUDENZA		
Osservatori		
	OSSERVATORIO CORTE COSTITUZIONALE a cura di <i>Giuseppe Di Chiara</i>	143
	OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE a cura di <i>Alfredo Montagna</i>	146
	OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - DIRITTO PENALE a cura di <i>Stefano Corbetta</i>	149
	OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - PROCESSO PENALE a cura di <i>Francesco Peroni</i>	156
	OSSERVATORIO CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI a cura di <i>Guglielmo Leo</i>	163
Giurisprudenza commentata		
Misure cautelari	ILLEGITTIMA L'OBBLIGATORietà DELLA CUSTODIA CARCERARIA ANCHE PER IL TRAFFICO ILLECITO DI SOSTANZE STUPEFACENTI <i>Corte costituzionale 22 luglio 2011 (c.c. 11 maggio 2011), n. 231</i> Commento di <i>Giuseppe Tabasco</i>	167 171
Delitto tentato	UNIVOCITÀ E CIRCOSTANZE NEL TENTATIVO: TRA OGGETTIVISMO E SOGGETTIVISMO <i>Cassazione penale, Sez. II, 20 luglio 2011 (ud. 6 luglio 2011), n. 28865</i> <i>Cassazione penale, Sez. II, 11 ottobre 2011 (ud. 21 settembre 2011), n. 36536</i> Commento di <i>Rita Urbani</i>	181 187
Contestazioni nell'esame dibattimentale	"SUDDITANZA PSICOLOGICA" E PROVATA CONDOTTA ILLECITA NELLE CONTESTAZIONI PROBATORIE <i>Cassazione penale, Sez. II, 10 ottobre 2011 (ud. 22 settembre 2011), n. 36478</i> Commento di <i>Silvia Fabbretti</i>	197 199
La scriminante dell'attività sportiva	LE LESIONI DOLOSE POSSONO RICORRERE ANCHE NEL CORSO DELLA GARA SPORTIVA <i>Cassazione penale, Sez. IV, 16 novembre 2011 (ud. 4 luglio 2011), n. 42114</i> Commento di <i>Giuseppe Marra</i>	204 205
OPINIONI		
Criminalità organizzata	IL CODICE ANTIMAFIA TRA ISTANZE COMPILATIVE E MODELLI CRIMINOLOGICI di <i>Alberto Cisterna</i>	213
Misure cautelari personali	LA PRESUNZIONE DI ADEGUATEZZA ESCLUSIVA DELLA CUSTODIA IN CARCERE: EVOLUZIONE NORMATIVA E GIURISPRUDENZIALE di <i>Giovanni Barrocu</i>	224
Udiienza preliminare	L'ATTIVITÀ DEL GUP NELL'UDIENZA PRELIMINARE TRA POTERI DI SOLLECITAZIONE E INTEGRAZIONE di <i>Bruno Giangiacomo</i>	234

GIUSTIZIA SOVRANAZIONALE

Fonti sovranazionali	DIRITTI FONDAMENTALI NEL TRATTATO DI LISBONA E PROCESSO PENALE di <i>Mauro Trogu</i>	241
	OSSERVATORIO CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO a cura di <i>Giulio Garuti</i>	253

INDICI

AUTORI	261
CRONOLOGICO	261
ANALITICO	261

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Diritto penale: M. Bertolino; A. Ceretti; G. De Francesco; M. V. Del Tufo; E. Dolcini; M. Donini; G. Fiandaca; A. Fiorella; G. Flora; G. Forti; A. Gargani; G. Grasso; R. Guerrini; G. Insolera; S. Larizza; C. de Maglie; G. Mannozi; F. Mantovani; G. Marinucci; A. M. Maugeri; E. Mezzetti; V. Militello; A. Pagliaro; C. E. Paliero; M. Papa; M. Pelissero; M. Romano; F. Viganò.

Processo penale: A. Bargi, G. Bellantoni, A. Bernasconi, P. Corso, A. De Caro, G. Dean, P. Dell'Anno, V. Fanchiotti, L. Filippi, A. Gaito, A. Giarda, P. Gualtieri, L. Kalb, S. Lorusso, A. Marandola, M.R. Marchetti, E. Marzaduri, M. Menna, A. Molari, P. Moscarini, G. Pansini, V. Patané, A. Pennisi, G. Piero, A. Presutti, A. Scaglione, M. Scaparone, A. Scella.

Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati scrivere o telefonare a:

Casella Postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 82476686 - telefax (02) 82476.055
redazione.dirittopenaleprocesso.ipsoa@wki.it

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc. scrivere o telefonare a:

IPSOA Servizio Clienti
Casella postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 824761 - telefax (02) 82476.799

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia S.r.l. - Strada 1, Palazzo F6
20090 Milanofiori Assago (MI)

INDIRIZZO INTERNET

<http://www.ipsoa.it/dirittopenaleprocesso>

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Isabella Viscardi, Francesco Cantisani, Novella Corti

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOPOSIZIONE

Sinergie Grafiche s.r.l.
20090 Rozzano - Via Pavese, 1/3 - Tel 02/57789422

STAMPA

GECA s.p.a. - Via Magellano, 11
20090 Cesano Boscone (MI)

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

PUBBLICITÀ

db Consulting srl
EVENTS & ADVERTISING

db Consulting srl Events & Advertising
via Leopoldo Gasparotto 168
21100 Varese
tel. 0332/282160 - fax 0332/282483
e-mail: info@db-consult.it
www.db-consult.it

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 635
del 5 dicembre 1994

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa con il n. 3353 vol. 34 Foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale, solare: gennaio-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori 20090 Assago (MI). Servizio Clienti: tel. 02 824761 - e-mail: servizioclienti.ipsoa@wki.it
Compresa nel prezzo dell'abbonamento l'estensione on line della Rivista, consultabile all'indirizzo www.ipsoa.it/dirittopenaleprocesso

ITALIA

Abbonamento annuale 2012: € 219,00
Abbonamento annuale + codici legali 2011: € 275,00

ESTERO

Abbonamento annuale 2012: € 438,00

MAGISTRATI e UDITORI GIUDIZIARI - sconto del 30% sull'acquisto della abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alle Agenzie Ipsoa di zona (www.ipsoa.it/agenzie) o inviando l'ordine via posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Strada 1 Pal. F6, 20090 Milanofiori Assago (MI) o via fax al n. 02-82476403 o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali al n. 02-82476794. Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere **iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati**.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI S.r.l. Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6, Milanofiori

oppure

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento

Prezzo copia: € 23,00

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta
Annate arretrate rilegate: € 215,00

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633, e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio Abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196,

La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

Liberalizzazione delle professioni e illecito disciplinare dell'avvocato

di **Francesco Palazzo** - *Ordinario di diritto penale nell'Università di Firenze*

La tortuosa vicenda legislativa della liberalizzazione delle professioni tocca ovviamente anche la professione forense, assumendo qui profili particolarmente inquietanti sia per il rilievo intrinsecamente costituzionale della professione di avvocato sia perché esiste un progetto di riforma della disciplina dell'avvocatura sufficientemente condiviso e da tempo approvato dal Senato. In ogni caso, il sistema disciplinare sarà uno dei nodi maggiormente problematici della riforma, risentendo esso di varie esigenze tutte fondamentali ma di segno diverso e non facilmente armonizzabili tra loro in un ragionevole equilibrio.

I rischi di qualche equivoco

Liberalizzazione è la parola d'ordine (magica?) per la seconda fase della manovra di risanamento economico dell'Italia. E la liberalizzazione dovrà investire anche le professioni e ovviamente anche la professione di avvocato. Vale però la pena di interrogarsi brevemente sull'assiomatico rapporto instaurato tra liberalizzazione della professione di avvocato e sviluppo economico. È difficile negare che la presenza di vincoli pubblicistici all'esercizio di attività economiche, produttive o commerciali, sia un fattore di potenziale ristagno economico nonché disincentivante all'investimento in Italia, specie in presenza di una pubblica amministrazione che - a parte i fenomeni corruttivi - è ancora caratterizzata da vischiosità e burocraticismo. Dunque, da questo punto di vista dei rapporti tra soggetti economici e amministrazione pubblica, la liberalizzazione ha un suo preciso senso di sviluppo economico.

Rispetto alle professioni le cose sembrano stare un po' diversamente. Se si guarda al lato dei soggetti esercenti le professioni, come sembrano far pensare i discorsi fin qui circolanti, la liberalizzazione dovrebbe essere funzionale allo sviluppo di professioni che si ritengono evidentemente avvilluppate e soffocate da orpelli e limiti giovevoli solo a chi gode già di rendite di posizione e di situazioni di tipo anticoncorrenziale. Non è certo questo il caso della professione di avvocato, ove il problema angoscioso e difficile è semmai quello opposto di contenere l'elefantica crescita delle iscrizioni agli albi, con tutte le perverse conseguenze che ne derivano sul piano de-

ontologico e fors'anche su quello più generale dell'amministrazione della giustizia.

Se si guarda invece al lato dei soggetti che del professionista si avvalgono, certamente costoro potrebbero avvantaggiarsi di una liberalizzazione che abbatta i costi della prestazione professionale, sia mediante l'induzione di una più o meno sfrenata concorrenza sia mediante una formale eliminazione delle tariffe minime. E, soprattutto pensando all'area dei rapporti civili e commerciali e a fruitori che siano soggetti economici significativi perché ad esempio imprenditori, la liberalizzazione delle professioni può costituire specificamente per questi ultimi un sicuro vantaggio e forse un generale fattore di sviluppo, in qualche modo equiparabile alla liberalizzazione nei confronti dei vincoli pubblicistici all'esercizio di attività economiche. Ma a quali costi sociali? Tutto sta, in verità, nel saper bene ponderare i vantaggi economici così realizzabili (direttamente per i fruitori dei servizi professionali, indirettamente e in via generale per lo sviluppo economico complessivo) con le possibili ricadute negative non già sulla presunta "casta" dei professionisti bensì sulla qualità complessiva della prestazione professionale e - per quanto più propriamente ci riguarda - sulla qualità del servizio giustizia in generale. Con due ulteriori postille. Proprio la qualità della giustizia ci viene detto essere uno dei fattori decisivi per l'accreditamento internazionale di un Paese e dunque per la sua capacità di attrarre investimenti. Inoltre, non può essere trascurata la specificità per così dire della giustizia penale, rispetto alla quale la ponderazione tra vantaggi economici della liberalizzazione e sue

conseguenze sulla qualità del “servizio” giustizia non può ignorare la differenza di scala tra le due grandezze a netto vantaggio della seconda.

L'intricato nodo della liberalizzazione delle professioni e della riforma dell'avvocatura

Chiarezza va fatta anche sugli obiettivi più immediati della liberalizzazione delle professioni. In effetti, il raggio - per così dire - della liberalizzazione può essere più o meno ampio. In teoria, si può andare dall'estremo massimo, per cui l'esercizio professionale non è nemmeno subordinato al requisito dell'abilitazione, all'estremo minimo per cui la liberalizzazione si risolve nell'assenza delle tariffe legali, passando per la soluzione intermedia dell'abolizione degli ordini professionali e della relativa iscrizione obbligatoria. Orbene, sembra di poter dire che, mai nemmeno affacciatasi l'ipotesi estrema di una rinuncia all'abilitazione, vi è invece stato un momento transitorio in cui la scomparsa degli ordini si è profilata come un'ipotesi tutt'altro che inverosimile, ancorché eventuale (il che aggiungeva un carattere di surreale incertezza ad una questione di tale rilevanza). Si ricorderà, infatti, che nella sua versione originaria il decreto legge c.d. “Salva Italia” del 6 dicembre 2011, n. 201 prevedeva la soppressione degli ordini se essi non fossero stati riformati con d.P.R. di delegificazione entro il 13 agosto 2012 (come disposto dall'art. 5 del d.l. 13 agosto 2011, n. 138, convertito in legge 14 settembre 2011, n. 148 e poi successivamente modificato, quanto alla fonte della disciplina, dall'art. 10 legge 12 novembre 2011, n. 183). Con la legge di conversione del 22 dicembre 2011, n. 214 è stata eliminata questa disposizione “tagliola”, destinata peraltro a scattare a seguito di un comportamento omissivo del Governo che non avesse provveduto ad emanare con proprio regolamento la nuova disciplina degli ordini in attuazione dei principi espressi dall'art. 3, comma 5, del d.l. n. 138 del 2011 (e successive modificazioni).

Allo stato dell'attuale della normativa, la sopravvivenza degli ordini professionali è acquisita mentre si riparla dell'eliminazione delle tariffe minime. Tralasciando quest'ultima prospettiva, va però precisato che il futuro ruolo degli ordini è tutt'altro che chiaro, specie per quanto riguarda proprio gli ordini forensi. Ed invero, caduta la disposizione “tagliola”, la legge n. 214 del 2011 ha però previsto un'altra “tagliola” meno cruenta. Ha infatti stabilito che, se il regolamento disciplinante *ex novo* gli ordini non sarà adottato entro il fatidico 13 agosto prossimo, tutte le disposizioni delle varie leggi professionali in contrasto con i principi di cui all'art. 3, comma 5,

del d.l. n. 138 del 2011 saranno in ogni caso abrogate da quella data. L'orizzonte si profila dunque preoccupante per la certezza della disciplina in particolare della professione di avvocato, per almeno due ragioni.

In primo luogo perché, a tacer d'altro, è ravvisabile un contrasto tra l'attuale regolamentazione del procedimento disciplinare e in specie dei suoi organi (come risultante dalla vecchia legge professionale del 1933 ancora in vigore) e il principio di cui alla lett. f, comma 5, art. 3, d.l. n. 138 del 2011. Dispone, infatti, quest'ultimo che «gli ordinamenti professionali dovranno prevedere l'istituzione di organi a livello territoriale, diversi da quelli aventi funzioni amministrative, ai quali sono specificamente affidate l'istruzione e la decisione delle questioni disciplinari e di un organo nazionale di disciplina». Con la conseguenza che, nella malaugurata ipotesi in cui al 13 agosto 2012 nulla fosse accaduto, il sistema disciplinare forense verrebbe a trovarsi in una situazione di vuoto normativo.

In secondo luogo, per disgrazia o per fortuna la riforma della disciplina della professione forense si trovava già ad un buono stadio di elaborazione con la proposta di legge approvata dal Senato il 23 novembre 2010 (C 3900). Per disgrazia, perché non è affatto chiaro se il processo di delegificazione della disciplina delle professioni innescato dal d.l. n. 138 del 2011 consenta il recupero dell'iniziativa legislativa concretizzatasi in quel progetto di legge largamente condiviso. Per fortuna, perché è auspicabile che il Governo - nel caso in cui si attivi per adottare i regolamenti di riforma delle professioni - per quella forense attinga ampiamente a quel progetto di legge. Comunque sia, è certo però che il sistema disciplinare sarà in ogni caso al centro della riforma della professione forense e che la sua nuova regolamentazione risentirà dei venti di liberalizzazione che soffiano forti.

Il sistema disciplinare al centro della riforma

Un sistema di illeciti e di responsabilità disciplinari è senz'altro concepibile anche in una prospettiva del tutto privatistica dei rapporti giuridici su cui esso va innestarsi. E le esperienze, ad esempio, dell'illecito disciplinare nel rapporto di lavoro privato oppure nelle associazioni private è lì a testimoniarlo chiaramente. Il punto è che, in una realtà privatistica, il sistema disciplinare è necessariamente funzionale alla tutela di interessi interni al rapporto negoziale ovvero al rapporto associativo. Mentre, allorché si profilino interessi anche esterni, diffusi e comunque ulte-

riori, il sistema disciplinare assume necessariamente una connotazione in certo senso pubblicistica. Senza voler instaurare forzati parallelismi con l'illecito disciplinare dei magistrati, in cui la connotazione pubblicistica è *in re ipsa*, è certamente significativo quanto previsto sul punto dalla già ricordata proposta di legge di riforma della professione. Vi si legge, infatti, che «il codice deontologico espressamente individua fra le norme in esso contenute quelle che, rispondendo alla tutela di un pubblico interesse al corretto esercizio della professione, hanno rilevanza disciplinare» (art. 3, comma 3).

Ciò premesso, l'alternativa di fondo che si pone - a livello quantomeno orientativo - è tra un sistema disciplinare ad immagine e somiglianza dell'illecito penale e un sistema disciplinare che rivendichi una sua autonomia dal modello penalistico. Con due avvertenze preliminari. La prima per sottolineare che comunque si tratta di calibrare opportunamente la maggiore o minore distanza dal paradigma penalistico, fermo restando che quest'ultimo non può mai cessare di essere comunque il punto di riferimento del sistema disciplinare: e ciò non solo per profonde ragioni di principio che attengono alla comune funzione precettiva dei due sistemi, così che essi non possono che condividere le fondamentali categorie funzionali dell'illecito e della responsabilità "punitivi". Ma anche per ragioni *lato sensu* di garanzia, visto e considerato che anche le sanzioni disciplinari hanno una portata afflittiva capace di incidere sull'esercizio di diritti e libertà costituzionalmente rilevanti. Con la seconda premessa s'intende sottolineare che, com'è ovvio, i reali problemi del sistema disciplinare professionale si pongono per la parte in cui le relative sanzioni non si limitano ad una funzione sostanzialmente accessoria di illeciti o sanzioni penali, ma vanno invece a colpire infrazioni di natura esclusivamente (e dunque propriamente) disciplinari.

L'illecito disciplinare e i principi penalistici

Schematizzando al massimo un tema suscettibile di ben altri svolgimenti, si può dire che la misura della distanza dal paradigma penalistico concerne il duplice profilo dell'illecito e del procedimento.

Sotto il profilo dell'illecito, se si lascia da parte il problema della fonte (senza peraltro poter dimenticare l'esistenza della riserva relativa di legge di cui all'art. 23 Cost.), la questione prioritaria è quella del grado di tipizzazione dell'illecito disciplinare. Astrattamente, si potrebbe essere inclini a pensare che ad un'accentuazione in senso pubblicistico del sistema disciplinare corrisponda una più marcata tipizzazione dell'illecito, sulla falsariga di quella che è

stata l'evoluzione del sistema disciplinare dei magistrati (e del sistema disciplinare spagnolo dell'avvocatura). Peraltro, una forte tipizzazione dell'illecito disciplinare risponde anche ad un'accentuata sensibilità garantista in funzione di una maggior tutela della libertà individuale pur sempre messa in gioco dalle sanzioni disciplinari. Sotto questo profilo, dunque, la tipizzazione non è affatto contraddittoria con il clima di liberalizzazione imperante: in effetti, la rigorosa delimitazione degli illeciti disciplinari lascia spazi più sicuri in cui l'esercizio professionale può dispiegarsi liberamente senza la spada di Damocle dell'intervento censorio dell'ordine.

Per contro, una tipizzazione debole (propria ad esempio del sistema francese), pur essendo astrattamente coerente con la natura privatistica del sistema disciplinare, finisce in concreto per conferire maggiori spazi di manovra agli ordini professionali riducendo virtualmente la libertà dell'esercizio professionale. Peraltro, è indubitabile che la tutela degli interessi professionali, e non, si avvantaggia di previsioni disciplinari relativamente indeterminate. E ciò non solo per la obiettiva necessità di "conformare" la responsabilità disciplinare ad una serie di elementi fattuali e personali di contesto non facilmente predeterminabili in modo rigoroso in astratto. Ma anche perché l'odierna difficoltà che generalmente si constata nella trasmissione dei valori deontologici e dei codici comportamentali alle nuove generazioni richiede l'assunzione da parte degli ordini di un ruolo suppletivo rispetto a quello un tempo svolto dall'esempio dei maestri. Certamente, il discorso si fa delicato su questo terreno poiché apre al pericolo, non tanto di una tutela eccessivamente avanzata, quanto di un certo qual "moralismo" con tutti gli eccessi che ciò può significare. È in sostanza il grande tema mai così attuale dei rapporti tra etica e professione, che si traduce sul piano normativo in quello della distinzione tra disciplina e deontologia e, soprattutto, dell'individuazione dei diversi strumenti per assicurare la loro rispettiva osservanza.

Una ragionevole linea d'indirizzo potrebbe essere quella di calibrare il grado di tipizzazione dell'illecito a seconda del grado di afflittività delle sanzioni. Più precisamente, mentre le sanzioni più gravi dovrebbero essere comminate per illeciti tipizzati con un grado di precisione prossimo agli standard penalistici (ma quanto ci sarebbe da dire al riguardo sulle prassi legislative!), le sanzioni meno gravi potrebbero forse essere utilmente previste per illeciti dotati di un minor grado di determinatezza. Si tratterebbe in ogni caso di un bel passo avanti rispetto alla situazione attuale, caratterizzata da una pressoché totale

manca di corrispondenza tra illecito e sanzione, nonché dalla intollerabile presenza di sanzioni c.d. atipiche (cioè neppure previste dalla legge). La proposta di legge approvata dal Senato, nel fondare la potestà normativa del CNF quanto a codice deontologico, si spinge ulteriormente innanzi laddove stabilisce invero che le norme disciplinari «devono essere caratterizzate dalla stretta osservanza del principio della tipizzazione della condotta e devono contenere l'espressa indicazione della sanzione applicabile» (art. 3).

Il procedimento disciplinare e il giusto processo

Sotto il profilo del procedimento, sono tre i grandi nuclei problematici che vengono in questione: autonomia degli organi, indipendenza del giudizio, modello processuale di riferimento. Quanto all'autonomia degli organi disciplinari, può essa risultare vulnerata dall'eventuale presenza negli organi di componenti provenienti da altre categorie professionali quali *in primis* la magistratura? Il quesito, tutt'altro che peregrino, rimanda al tema più generale e di natura essenzialmente politico-sociale dei rapporti tra le varie professioni legali e tra queste e la società. Per parte nostra, mentre non riterremo affatto messa in pericolo l'irrinunciabile autonomia del giudizio disciplinare da una ben ponderata partecipazione di "estranei", saremmo piuttosto portati a pensare che il civile e ragionevole dialogo tra le varie categorie potrebbe evitare rischi di autoreferenzialità e giovare complessivamente alla funzione di amministrazione della giustizia (e, tra parentesi, sotto questo profilo l'esperienza omologa e simmetrica dei consigli giudiziari risulta probabilmente troppo asfittica). Tuttavia, *rebus sic stantibus*, nell'attuale situazione di perdurante conflittualità tra le categorie professionali, il discorso dovrebbe forse essere accantonato in quanto poco realistico e portatore di ulteriori tensioni.

L'indipendenza del giudizio è, invece, un obiettivo che merita sicuramente di essere perseguito energicamente, come del resto riconoscono i vari testi di riforma attualmente sul tappeto. Indipendenza sotto un duplice e diverso profilo. Da un lato, attraverso la separazione tra organi amministrativi ed organi disciplinari, secondo il principio ormai consacrato nel famoso d.l. n. 138 del 2011 (come successivamente modificato). Dall'altro lato, attraverso la distanza che dovrebbe esistere tra l'organo giudicante e il contesto personale ed ambientale in cui si è consumata l'infrazione, come fa - seppure forse un po' timidamente - il progetto di legge di riforma della pro-

fessione. Certo, quest'ultimo aspetto presenta margini di opinabilità, poiché in linea teorica si potrebbe anche ritenere che i caratteri sostanziali dell'illecito disciplinare sono tali da essere meglio "percepiti" con la conoscenza del contesto ambientale. Tuttavia, stando alla realtà prevalente, la soluzione di rendere l'organo giudicante maggiormente "distaccato" dall'incolpato e dall'infrazione sembrerebbe preferibile non solo per ragioni obiettivamente garantiste ma anche per assicurare maggiore effettività e credibilità al sistema di tutela disciplinare.

Quanto infine al modello processuale di riferimento, esso non può che essere penale e conforme ai principi costituzionali del giusto processo (art. 111 Cost.). Conseguentemente, il procedimento disciplinare dovrebbe essere affrancato dalla pesante impronta inquisitoria che oggi lo caratterizza per essere invece maggiormente avvicinato al modello e ai principi accusatori, soprattutto per quanto riguarda una più netta distinzione tra organi inquirenti ed organi giudicanti. Anche il contraddittorio rappresenta un aspetto del paradigma accusatorio meritevole di potenziamento rispetto alla vigente disciplina. Peraltro, neppure possono essere interamente sacrificate quelle esigenze di semplicità e rapidità ineludibili nel procedimento disciplinare. Pertanto, ferma restando la pienezza del diritto di difesa mediante la facoltà di allegazione probatoria, il contraddittorio rimane imprescindibile nel momento di valutazione degli elementi di prova mentre in quello della loro ammissibilità si può forse fare maggiori concessioni alle esigenze semplificatorie senza rischiare la violazione dei principi del giusto processo.

Volendo a questo punto stringere in una sintesi estrema e di conseguenza approssimativa le nostre conclusioni, potremmo dire che un punto di equilibrio della riforma del sistema disciplinare potrebbe stare nel non irrigidire troppo la tipizzazione dell'illecito recuperando però le garanzie sul fronte del procedimento e dei suoi organi.

Novità normative

Extracomunitari

Decreto Ministero dell'interno 27 ottobre 2011

«Linee guida per l'attuazione dei programmi di rimpatrio volontario e assistito, di cui all'articolo 14-ter, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dall'articolo 3, comma 1, lett. e), del decreto-legge 23 giugno 2011, n. 89, convertito, con modificazioni, dalla legge 2 agosto 2011, n. 129»
(G.U. 31 dicembre 2011, n. 304)

Come recita l'art. 1, che definisce il campo di applicazione, il decreto in rassegna «fissa le **linee guida per l'attuazione dei programmi di rimpatrio volontario e assistito**, i criteri e le modalità di **ammissione a tali programmi**, i criteri per l'**individuazione delle organizzazioni**, degli enti e delle associazioni che collaborano all'attuazione dei detti programmi ai sensi dell'art. 14-ter, comma 1, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, introdotto dall'art. 3, comma 1, lett. e), d.l. 23 giugno 2011, n. 89, convertito, con modificazioni, da l. 2 agosto 2011, n. 129» (in questa *Rivista*, 2011, 800 ss., con commento di P. Pisa, *Nuove norme penali in tema di immigrazione irregolare*). Le disposizioni del decreto si applicano ai **cittadini di Paesi non appartenenti all'Unione Europea** e agli **apolidi, che fanno richiesta di partecipazione ai programmi di rimpatrio volontario e assistito**, per i quali non ricorrono le cause di esclusione di cui all'art. 14-ter, comma 5, d.lgs. n. 286 del 1998.

Legge comunitaria

Legge 15 dicembre 2011, n. 217

«Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2010»
(G.U. 2 gennaio 2012, n. 1)

Al fine di assicurare la piena integrazione delle norme comunitarie nell'ordinamento nazionale, l'art. 1 della legge in esame conferisce al Governo, fatte salve le norme penali vigenti, la delega «ad adottare, entro due anni dalla data di entrata in vigore della presente legge, **disposizioni recanti sanzioni penali o amministrative per le violazioni di obblighi contenuti in direttive comunitarie attuate in via regolamentare o amministrativa**, ai sensi delle leggi comunitarie vigenti, o in regolamenti comunitari pubblicati alla data di entrata in vigore della presente legge, per i quali non sono già previste sanzioni penali o amministrative». I decreti legislativi si informano ai principi e criteri direttivi di cui all'art. 2, comma 1, lett. c), l. 4 giugno 2010, n. 96. L'art. 3 conferisce altresì la delega per il riordino normativo nelle materie interessate dalle direttive comunitarie: il Governo è infatti delegato «ad adottare, con le modalità e secondo i principi e criteri direttivi di cui all'art. 20, l. 15 marzo 1997, n. 59, entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore di ciascuno dei decreti legislativi adottati ai sensi della presente legge, testi unici o codici di settore delle disposizioni dettate in attuazione delle deleghe conferite dalla presente legge per il recepimento di direttive comunitarie, al fine di coordinare le medesime con le altre norme legislative vigenti nelle stesse materie». Infine, viene ulteriormente conferita la delega al Governo a dare attuazione a talune direttive comunitarie specificamente indicate negli artt. 6 e ss.

Sistema penitenziario

Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 dicembre 2011

«Proroga dello stato di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale»
(G.U. 5 gennaio 2012, n. 4)

Sulla scia di analoghi provvedimenti già adottati nel biennio precedente (rispettivamente in data 13 gennaio 2010 e 11 gennaio 2011) ai sensi dell'art. 5, comma 1, l. 24 febbraio 1992, n. 225, il decreto in esame **proroga fino al 31 dicembre 2012 «lo stato di emergenza conseguente all'eccessivo affollamento degli istituti penitenziari presenti sul territorio nazionale»**.



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

LA LEGGE

plus



Y56DM_LE

il tuo **successo**
al centro del nostro **sistema**

Banca Dati on line
LA LEGGE PLUS

LA LEGGE PLUS è il più evoluto sistema di documentazione giuridica, una banca dati **completa e innovativa** al centro di un sistema informativo **personalizzabile** secondo le esigenze del professionista legale.

www.ipsoa.it/lalegge

Osservatorio Corte costituzionale

a cura di **Giuseppe Di Chiara**

PENA

CONVERSIONE DELLE PENE PECUNIARIE NON ESEGUITE PER INSOLVIBILITÀ DEL CONDANNATO E CRITERI DI RAGGUAGLIO

Corte costituzionale, sent., 12 gennaio 2012 (6 gennaio 2012), n. 1 - Pres. Quaranta - Est. Frigo

È incostituzionale, per violazione dell'art. 3 Cost., l'art. 102, comma 3, l. 24 novembre 1981, n. 689 ("Modifiche al sistema penale"), nella parte in cui - con riferimento al periodo successivo all'8 agosto 2009 - stabilisce che, agli effetti della conversione delle pene pecuniarie non eseguite per insolvibilità del condannato, il ragguglio ha luogo calcolando euro 38, o frazione di euro 38, anziché euro 250, o frazione di euro 250, di pena pecuniaria per un giorno di libertà controllata.

La questione

Il dubbio di costituzionalità, sollevato dal giudice *a quo* con riferimento all'art. 3 Cost., aveva investito l'art. 3, comma 62, l. 15 luglio 2009, n. 94 ("Disposizioni in materia di sicurezza pubblica") nella parte in cui, nell'aumentare da euro 38 a euro 250 il coefficiente di ragguglio tra le pene pecuniarie e le pene detentive stabilito dall'art. 135 c.p., aveva omesso di operare un'omologa variazione in aumento del tasso sulla cui base, ai sensi dell'art. 102, comma 3, l. 24 novembre 1981, n. 689 ("Modifiche al sistema penale"), ha luogo la conversione in libertà controllata delle pene pecuniarie non eseguite per insolvibilità del condannato: la norma censurata - osservava il rimettente - violerebbe il principio di eguaglianza, determinando una disparità di trattamento tra situazioni sostanzialmente omogenee, a sfavore dei soggetti che versino in condizioni di insolvibilità, del tutto analoga a quella già scrutinata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 440 del 1994.

La decisione

Nel ritenere fondata la questione di costituzionalità, la Corte ha cura, anzitutto, di operare preliminarmente una messa a fuoco del *thema decidendum*: sebbene il giudice *a quo* abbia, sul piano formale, censurato la norma novellatrice dell'art. 135 c.p., ciò che egli in concreto sollecita - osserva la Corte - è una pronuncia di "riallineamento" dell'art. 102, comma 3, l. n. 689 del 1981, che ripristini la pregressa coincidenza dei coefficienti di ragguglio previsti dalle due norme poste a raffronto.

Ciò chiarito, la sentenza ricostruisce, per fotogrammi, la sequenza dei rapporti tra la disciplina del ragguglio tra le pene

pecuniarie e le pene detentive prevista dall'art. 135 c.p. e la previsione del tasso sulla cui base, a norma dell'art. 102, comma 3, l. n. 689 del 1981, ha luogo la conversione in libertà controllata delle pene pecuniarie non eseguite per insolvibilità del condannato.

La disciplina fissata dagli artt. 102 ss. l. n. 689 del 1981 costituisce, in tal senso, la soluzione del vuoto apertosi con la risalente declaratoria di incostituzionalità avente a oggetto l'antica disciplina della conversione automatica della pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato in un corrispondente periodo di reclusione o di arresto (Corte cost. n. 131 del 1979). Nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'antico art. 136 c.p., la Corte aveva allora evidenziato come quel meccanismo presentasse una connotazione fortemente discriminatoria, postulando un'inammissibile fungibilità tra libertà personale e patrimonio, a fronte della quale i soggetti economicamente più deboli si trovavano costretti ad assolvere, con il sacrificio del bene di maggior pregio (nella forma massima: la pena detentiva), obblighi che gli altri condannati potevano soddisfare in moneta. L'esigenza di garantire l'indefettibilità della pena andava, dunque, soddisfatta in forme diverse, che il legislatore del 1981 individuò segnatamente nella conversione in libertà controllata (ovvero, su richiesta del condannato, in lavoro sostitutivo).

Il coefficiente di ragguglio per la conversione della pena pecuniaria ineseguita in libertà controllata venne originariamente fissato in lire 25.000: dunque, in quello stesso che - a seguito della modifica dell'art. 135 c.p., contemporaneamente disposta dall'art. 101 l. n. 689 del 1981 - valeva ai fini del ragguglio tra pene pecuniarie e pene detentive.

Tale soluzione normativa, che operava, in pratica, un'indiretta equiparazione del "valore economico" della pena detentiva e della libertà controllata, si traduceva in una scelta di favore nei confronti del condannato in condizioni di indigenza: in base all'art. 57, comma 3, l. n. 689 del 1981, infatti, nel ragguglio tra pene detentive e libertà controllata, un giorno di pena detentiva equivale, non già a uno, ma a due giorni di libertà di controllata. La previsione, nell'art. 102, comma 3, l. n. 689 del 1981, di un coefficiente di conversione uguale - anziché doppio - rispetto a quello contemplato dall'art. 135 c.p. veniva, quindi, a porsi quale espressione della volontà legislativa di comprimere - in linea con le indicazioni impartite dalla declaratoria di incostituzionalità del 1979 - gli effetti negativi scaturenti dalla condanna a pena pecuniaria, nell'ipotesi in cui il reo si trovasse nell'impossibilità di adempierla. Alla mitigazione "qualitativa" della sanzione di conversione (da pena detentiva a libertà controllata) si accompagnava, in tale ottica, anche una mitigazione "quantitativa" (nel senso che la libertà controllata "da conversione" assumeva, rispetto alla pena pecuniaria, un valore pari a quello della pena detentiva, anziché doppio).

L'equilibrio del sistema veniva, tuttavia, alterato dall'art. 1, l.

5 ottobre 1993, n. 402 ("Modifica dell'art. 135 del codice penale: ragguaglio fra pene pecuniarie e pene detentive"): la novella legislativa, modificando la norma codicistica, elevava, infatti, il tasso di ragguaglio tra pene pecuniarie e pene detentive a lire 75.000, senza operare alcun parallelo adeguamento dell'altro coefficiente.

La situazione venutasi in tal modo a creare rendeva necessario un intervento del giudice delle leggi volto a ricondurre a equilibrio il sistema: nel 1994 la Corte, dunque, dichiarava costituzionalmente illegittimo, per contrasto con l'art. 3 Cost., l'art. 102, comma 3, l. n. 689 del 1981, nella parte in cui continuava a prevedere che il ragguaglio, ai fini della conversione delle pene pecuniarie non eseguite per insolubilità del condannato, avesse luogo calcolando 25.000 lire, o frazione di 25.000 lire - anziché 75.000 lire, o frazione di 75.000 lire - di pena pecuniaria per un giorno di libertà controllata (Corte cost. n. 440 del 1994). In quell'occasione il giudice delle leggi rilevava come, alla luce dei lavori parlamentari che avevano preceduto l'approvazione della l. n. 402 del 1993, l'unico scopo perseguito con la novella fosse stato quello di «ampliare la possibilità di fruire del beneficio della sospensione condizionale della pena nei casi di condanna a pena congiunta o anche soltanto a pena pecuniaria ma di ammontare elevato, avuto riguardo, in particolare, al diminuito valore della moneta». A fronte di tale circoscritto obiettivo, il legislatore aveva, quindi, assunto «una posizione per così dire amorfa» rispetto agli «inevitabili riverberi» scaturenti dalla modifica normativa, sia sul piano generale delle sanzioni sostitutive, sia - e in particolare - «sull'ormai squilibrato valore» stabilito dall'art. 102, comma 3, l. n. 689 del 1981. Da ciò conseguiva, da una parte, che lo squilibrio indotto dalla riforma non poteva essere ritenuto «frutto di una scelta discrezionale»; dall'altra, che non era neppure possibile pervenire a una ragionevole ricostruzione del sistema, risultando la norma sottoposta a scrutinio «ormai fortemente compromessa da un sostanziale e sopravvenuto "vuoto di fini"». L'originaria identità del coefficiente di ragguaglio tra pene pecuniarie e pene detentive, da un lato, e tra pene pecuniarie e libertà controllata, dall'altro, non era, infatti, casuale, ma costituiva, al contrario, «il frutto di una precisa e coerente scelta di politica criminale, al fondo della quale stava l'avvertita esigenza (...) di non aggravare le conseguenze che derivano dalla condanna in dipendenza delle condizioni economiche del reo». Mantenendo inalterato il tasso di conversione della pena pecuniaria inassequata, nonostante il coefficiente di ragguaglio previsto dall'art. 135 c.p. fosse stato triplicato, si era, quindi, determinato «uno svuotamento delle finalità tipiche che l'istituto della conversione deve soddisfare, con conseguente grave compromissione del principio di uguaglianza che qui assume tutto il suo risalto per le intuibili conseguenze che quell'istituto è in grado di determinare sul piano delle libertà della persona».

Pur non potendosi in astratto escludere - concludeva la Corte nella pronuncia del 1994 - che il legislatore potesse ragionevolmente operare una differenziazione dei criteri di ragguaglio per materie tra loro eterogenee, rimaneva assorbente il rilievo che, in assenza di una chiara scelta innovativa sotto tale profilo, spettava al giudice delle leggi il compito di «riadeguare il sistema - ormai incrinato - negli stessi termini e con le medesime proporzioni che il legislatore, facendo corretto uso del proprio potere discrezionale, aveva previsto prima della (...) novella».

A distanza di oltre tre lustri, l'equilibrio del sistema risulta oggi nuovamente alterato, in termini simmetrici rispetto a quanto intervenuto a seguito della novella del 1993, dall'art. 3,

comma 62, l. n. 94 del 2009: la norma ha, infatti, elevato da 38 a 250 euro il coefficiente di ragguaglio indicato dall'art. 135 c.p., lasciando, tuttavia, immutato quello fissato dall'art. 102, comma 3, l. n. 689 del 1981. La sperequazione in tal modo introdotta risulta - rileva la Corte - persino più marcata di quella originata dalla legge del 1993: se, infatti, a seguito di detta legge, il valore monetario di un giorno di detenzione era divenuto pari al triplo del valore della libertà controllata ai fini della conversione, per effetto della novella legislativa del 2009 il primo dei due valori viene oggi a superare il secondo di oltre sei volte.

Anche nell'odierno frangente, d'altra parte, non consta che la creazione di uno scarto così pronunciato risponda a un preciso disegno legislativo, sorretto da una specifica *ratio*. La recente modifica dell'art. 135 c.p. si colloca, infatti, nell'ambito del più ampio intervento di adeguamento al mutato quadro economico del sistema delle sanzioni pecuniarie, sia penali che amministrative, operato dalla legge n. 94 del 2009, in coerenza con il suo obiettivo generale di potenziamento del sistema repressivo penale. In questa prospettiva, il legislatore ha ritenuto, in particolare, necessario assicurare una maggiore incisività della pena pecuniaria, tenuto conto anche della notevole svalutazione monetaria intervenuta rispetto all'ultimo adeguamento, risalente alla l. n. 689 del 1981.

L'obiettivo è stato perseguito mediante tre ordini di interventi: il sensibile innalzamento dei limiti minimi e massimi della multa e dell'ammenda, stabiliti dagli artt. 24 e 26 c.p. (art. 3, commi 60 e 61, l. n. 94 del 2009); l'aggiornamento - appunto - del parametro di ragguaglio tra pene pecuniarie e pene detentive, previsto dall'art. 135 c.p. (art. 3, comma 62); infine, la delega al Governo ad adottare uno o più decreti legislativi, diretti a rivalutare l'ammontare delle multe, delle ammende e delle sanzioni amministrative originariamente previste come sanzioni penali (art. 3, comma 65).

I lavori parlamentari relativi alla l. n. 94 del 2009 non evidenziano, per contro, che l'esigenza di un parallelo intervento sull'istituto della conversione della pena pecuniaria non eseguita per insolubilità del condannato abbia formato oggetto di dibattito e di specifica riflessione. Ne consegue - rimarca dunque la Corte - che le considerazioni poste a base della sentenza n. 440 del 1994 rimangono valide, nella loro interezza, anche in rapporto alla novella legislativa del 2009. Oggi come allora, lo squilibrio indotto dalla riforma, non ascrivibile a una scelta discrezionale del legislatore munita di adeguata base giustificativa, impedisce - sottolinea ancora la Corte - di pervenire a una ragionevole ricostruzione del sistema, determinando uno svuotamento delle finalità che l'istituto della conversione è diretto tipicamente a soddisfare, con conseguente violazione del principio di eguaglianza.

A ulteriore dimostrazione di ciò, è possibile, peraltro, riscontrare - prosegue la pronuncia in esame - come la «macroscopica sperequazione» attualmente esistente tra i coefficienti posti a raffronto, interferendo con la disciplina della sostituzione delle pene detentive brevi, risulti «foriera di palesi incongruenze».

A norma degli artt. 53 e 57, comma 3, l. n. 689 del 1981, un giorno di pena detentiva è infatti suscettibile di venir sostituito con due giorni di libertà controllata; per converso, 250 euro di pena pecuniaria - attualmente equivalenti, in base al novellato art. 135 c.p., a un giorno di pena detentiva - nel caso di indigenza del condannato, si convertono in sette giorni di libertà controllata. Non essendo, d'altra parte, contestabile che la condanna alla reclusione o all'arresto sia comunque più grave della condanna alla multa o all'ammenda "equiva-

lente", si assiste al paradosso per cui la fattispecie meno grave riceve un trattamento nettamente più sfavorevole di quella connotata da maggior disvalore. Si tratta - rimarca la Corte - di un paradosso chiaramente lesivo del principio di eguaglianza, anche perché ribalta la prospettiva di contenimento delle conseguenze negative dell'incapacità di provvedere al pagamento delle pene pecuniarie, in cui versano i soggetti economicamente più deboli, che scolpiva la direttrice tracciata da Corte cost. n. 131 del 1979.

A tale incongruenza si aggiunge quella riscontrabile nei casi di cosiddetta "conversione di secondo grado". Nell'ipotesi in cui il giudice ritenga di dover applicare la pena pecuniaria in sostituzione di quella detentiva, la quantificazione della pena pecuniaria dovrà essere, infatti, operata sulla base del nuovo importo di ragguaglio stabilito dall'art. 135 c.p. (costituente il parametro per la determinazione del «valore giornaliero» di sostituzione, a mente dell'art. 53, comma 2, l. n. 689 del 1981); di contro, ove il condannato risulti successivamente insolubile, detta pena sostitutiva dovrà essere convertita in libertà controllata alla stregua dell'assai più basso coefficiente tuttora previsto dall'art. 102, comma 3, l. n. 689 del 1981. Ne consegue che, qualora il condannato violasse sin dal primo giorno le prescrizioni inerenti alla libertà controllata applicata in sede di conversione, egli si troverebbe a dover espia- re, a norma dell'art. 108, comma 1, l. n. 689 del 1981, un periodo di pena detentiva pari - anche nella migliore delle ipotesi (salvi i limiti massimi di durata delle sanzioni "da conversione") - a oltre sei volte il periodo di pena detentiva originariamente preso a base dal giudice nella sentenza di condanna. In altre parole - prosegue la Corte - nelle ipotesi in cui si renda necessario convertire la libertà controllata in pena detentiva per violazione delle prescrizioni, le conseguenze risultano diverse a seconda che tale sanzione sia stata applicata in sostituzione di pene detentive (nel qual caso la violazione determinerà il semplice ripristino della pena detentiva sostituita, ai sensi dell'art. 66 l. n. 689 del 1981), ovvero in sede di conversione di pene pecuniarie per insolubilità del condannato, evenienza nella quale gli effetti risultano paradossalmente più afflittivi.

La Corte ha cura, in termini conclusivi, di ribadire ancora come non sia precluso al legislatore introdurre eventuali differenziazioni tra i due coefficienti di cui si discute, purché si tratti di scelta rispondente a criteri di ragionevolezza, avuto riguardo alle conseguenze del suo innesto nella complessiva disciplina della materia. Tale evenienza non è, tuttavia, riscontrabile nella fattispecie oggetto dello scrutinio: si impone, dunque, un intervento del giudice delle leggi che ripristini nuovamente la parificazione tra i coefficienti, corrispondente all'originaria opzione effettuata dallo stesso legislatore all'esito di un corretto uso del proprio potere discrezionale. Discende da qui l'esito della verifica di costituzionalità: l'art. 102, comma 3, l. n. 689 del 1981 è dichiarato costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui, con riferimento al periodo successivo all'8 agosto 2009 (data di entrata in vigore della l. n. 94 del 2009, che ha determinato il disallineamento lesivo del parametro evocato), stabilisce che, agli effetti della conversione delle pene pecuniarie non eseguite per insolubilità del condannato, il ragguaglio ha luogo calcolando euro 38, o frazione di euro 38, anziché euro 250, o frazione di euro 250, di pena pecuniaria per un giorno di libertà controllata.

Impregiudicata - ha cura di sottolineare la Corte - rimane, in quanto estranea al *thema decidendum*, la questione relativa al tasso di conversione delle pene pecuniarie in lavoro sostitutivo, rimasto fermo a euro 25, questione che, in riferimen-

to all'assetto derivante dalla l. n. 402 del 1993, era stata in precedenza oggetto di esame (Corte cost. n. 30 del 2001).

I precedenti

L'immediato precedente, la cui *ratio decidendi* si irradia nell'odierna simmetrica verifica di costituzionalità, è costituito da Corte cost. n. 440 del 1994.

La dottrina

Per una lettura delle modifiche al sistema penale sostanziale, operata dalla l. n. 94 del 2009, nel cui quadro si innesta la riforma dell'art. 135 c.p., all'origine dell'asimmetria censurata dalla Corte, cfr., tra gli altri, A. Valsecchi, *Dosimetria delle sanzioni pecuniarie e nuova formulazione dell'art. 388 c.p.*, in AA.VV., *Il "pacchetto sicurezza" 2009. Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009 n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94*, a cura di O. Mazza, F. Viganò, Torino, 2009, 541 ss.

Osservatorio Corte di cassazione - Sezioni Unite

a cura di **Alfredo Montagna**

DIRITTO DI DIFESA

IMPUTATO DETENUTO E GIUDIZIO CAMERALE
DI APPELLO A SEGUITO DI ABBREVIATO

Cassazione penale, Sez. Un., 1 ottobre 2010 (p.u. 24 giugno 2010), n. 35399 - Pres. Gemelli - Rel. Franco - P.M. Palombarini (conf.) - Ric. Fontanarosa

L'imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà, che manifesti in qualsiasi modo e tempestivamente la volontà di comparire, ha diritto di presenziare al giudizio camerale di appello avverso la sentenza pronunciata in giudizio abbreviato anche qualora sia ristretto in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice precedente.

Si da conto della decisione in esame, non inserita al momento del suo deposito per mero disguido redazionale in questo Osservatorio, stante la rilevanza dei temi trattati.

Il caso

La seconda sezione della Corte, con ordinanza depositata il 19 marzo 2010, aveva ritenuto di devolvere alle Sezioni Unite il giudizio sul ricorso proposto dall'imputato, avendo rilevato che sul motivo di ricorso concernente la mancata applicazione della disciplina del reato continuato era presente un contrasto di giurisprudenza all'interno delle sezioni semplici della Corte; in particolare in ordine al quesito se sussistesse o meno un onere di allegazione, da parte dell'imputato, della sentenza cui si riferisce il reato da unificare, o se fosse invece sufficiente la indicazione degli estremi della condanna rispetto alla quale si avanzava la richiesta di applicazione della disciplina del reato continuato.

Infatti sul punto un orientamento maggioritario riteneva che ai fini del riconoscimento della continuazione sussistesse in capo all'imputato, in sede di giudizio di cognizione, un vero e proprio onere della prova, prevedendosi così la necessità della allegazione degli specifici elementi dai quali dovesse desumersi l'unicità del disegno criminoso, e tra questi la sentenza che si riferisce al reato da valutare in continuazione. Una posizione che era stata fatta propria alla fine degli anni 70 dalle stesse Sezioni Unite, secondo le quali l'imputato che invocava l'applicazione della continuazione in relazione ad altri reati, oggetto di altri procedimenti, aveva l'onere dell'allegazione; un onere che secondo la Corte non poteva ritenersi assolto con la mera indicazione dei procedimenti, ma che necessitava di espliciti riferimenti ai reati e ai loro elementi, soggettivi ed oggettivi, da cui potesse desumersi la sussistenza della unicità del disegno criminoso (Sez. Un. 21 aprile 1979, n. 6480).

Per contro un orientamento minoritario sosteneva che l'onere di provare i fatti dai quali dipende l'applicazione dell'istituto potesse ritenersi soddisfatto non solo con la produzione della copia della sentenza rilevante ai fini del richiesto riconoscimento, ma anche con la semplice indicazione degli estremi di essa; ciò sul rilievo che in tale ipotesi l'acquisizione del documento potrebbe essere disposta dal giudice, come viene ricavato tra l'altro dalla esplicita previsione dell'articolo 186 delle disposizioni di attuazione del nuovo codice di rito, anche se relativo alla applicazione della continuazione in sede di esecuzione, con principio che veniva considerato di valore generale.

La decisione

La decisione delle Sezioni Unite ha rilevato come si mostrasse preliminare una diversa ed altrettanto rilevante questione, attinente al diritto dell'imputato detenuto a partecipare al giudizio d'appello di un procedimento tenutosi con il rito abbreviato.

Infatti in merito al diritto dell'imputato detenuto (o sottoposto agli arresti domiciliari o ad altra misura limitativa della libertà personale) di partecipare al giudizio camerale d'appello avverso una sentenza pronunciata col rito abbreviato, vi erano state in passato alcune incertezze nella giurisprudenza della Corte di cassazione.

Un più risalente orientamento aveva subordinato tale diritto ad una duplice condizione: a) che l'imputato fosse ristretto nel medesimo distretto della corte d'appello, mentre se ristretto altrove avrebbe avuto soltanto il diritto di essere sentito prima dell'udienza dal magistrato di sorveglianza del luogo; b) che, in ogni caso, l'imputato avesse avanzato richiesta alla corte d'appello osservando il termine stabilito dall'art. 127, comma 2, c.p.p., ossia fino a cinque giorni prima dell'udienza.

Un diverso orientamento aveva invece ritenuto che l'imputato detenuto, sempre che lo avesse richiesto, avesse il diritto di presenziare al giudizio camerale di appello avverso la sentenza pronunciata con giudizio abbreviato, anche in assenza delle due condizioni sopra indicate.

Le Sezioni Unite hanno ritenuto che, in mancanza di specifiche disposizioni legislative in senso contrario, questa seconda soluzione interpretativa dovesse essere preferita, in quanto in tal modo si assicura il diritto fondamentale dell'imputato di essere presente nel giudizio camerale in cui si decide sulla sua responsabilità.

Una interpretazione che trova anche conferma nelle norme e principi posti dall'art. 6, comma 3, lett. c), d), e), della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, i quali, nel prevedere il diritto di ogni accusato di difendersi personalmente, di esaminare o far esaminare i testimoni e di farsi assistere gratuitamente da un interprete, implicano necessariamente la presenza dell'imputato.

Sul punto era in qualche modo intervenuta anche la Corte costituzionale, che con la sentenza n. 45 del 1991, con riferimento al procedimento di riesame, aveva chiarito l'assoluta importanza dell'instaurazione del contraddittorio di fronte al giudice che deve assumere la decisione ed aveva riconosciuto che l'imputato detenuto era titolare di un interesse ad essere presente all'udienza per contrastare le risultanze probatorie ed indicare eventualmente altre circostanze a lui favorevoli.

In motivazione le Sezioni Unite hanno osservato come non soltanto i principi di ordine generale militino a favore della tesi fatta propria dalla Corte, ma che lo stesso dettato normativo per il giudizio camerale in grado di appello, di cui all'art. 599, comma 2, c.p.p., debba fare orientare in tale senso. Infatti in tale norma è previsto che «l'udienza a rinviata se sussiste un legittimo impedimento dell'imputato che ha manifestato la volontà di comparire», con disposizione che non ripete l'inciso «e che non sia detenuto o internato in luogo diverso da quello in cui ha sede il giudice», presente nell'art. 127, comma 4, c.p.p.

In considerazione di ciò è stato affermato il principio che l'imputato detenuto o soggetto a misure limitative della libertà, che manifesti in qualsiasi modo e tempestivamente la volontà di comparire, ha diritto di presenziare al giudizio camerale di appello avverso la sentenza pronunciata in giudizio abbreviato anche qualora sia ristretto in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice precedente.

Anche per quanto attiene alla seconda delle ricordate condizioni la Corte si è espressa in modo negativo, escludendo che sia necessario che la richiesta di essere presente in udienza debba essere fatta entro il termine, rigido e prefissato, di cinque giorni prima dell'udienza stessa previsto dall'art. 127, comma 2, c.p.p., in quanto la norma speciale dell'art. 599 c.p.p. relativa al giudizio di appello non fissa alcun termine rigido per la manifestazione della volontà di comparire.

Consequente ai citati principi è stata la dichiarazione di nullità del giudizio di secondo grado e della sentenza impugnata per essere stato violato il diritto dell'imputato di essere presente e partecipare al processo a proprio carico.

TERMINI PROCESSUALI

TERMINI PER L'IMPUGNAZIONE E SCADENZA DEL TERMINE DI DEPOSITO DELLA SENTENZA

Cassazione penale, Sez. Un., 10 gennaio 2012 (p.u. 29 settembre 2011), n. 155 - Pres. Lupo - Rel. Di Tomassi - P.M. Ciani (conf.) - Ric. Rossi A.

Allorché il termine assegnato per il compimento di una attività processuale decorra dalla scadenza del termine assegnato per altra attività processuale, la proroga di diritto del giorno festivo in cui il precedente termine venga a cadere al primo giorno successivo non festivo, determina lo spostamento altresì della decorrenza del termine successivo con esso coincidente.

Il caso

La seconda sezione della Corte, con ordinanza del 24 settembre 2010, aveva rimesso al Primo Presidente il ricorso onde evitare il formarsi di un contrasto giurisprudenziale sul tema della operatività o meno della proroga di diritto, in caso di coincidenza del termine con un giorno festivo, anche per il

termine di deposito della sentenza. In particolare la questione riguardava la operatività della proroga di diritto allorché il giorno festivo viene a coincidere con quello di inizio della decorrenza dei termini processuali (per l'impugnazione).

Infatti in precedenza la stessa sezione aveva ritenuto, giudicando in tema di impugnazione, che il *dies a quo* per proporre gravame contro la sentenza depositata durante il periodo feriale cominciasse a decorrere dalla fine di esso e dunque dal 16 settembre, e ciò anche se, come nella fattispecie, tale data coincidesse con un giorno festivo. Ciò in quanto si era ritenuto che in materia di termini stabiliti a giorni, la proroga prevista per i giorni festivi dall'art. 172, comma 3, c.p.p., riguardasse esclusivamente la scadenza dei termini stessi, e non anche l'inizio della loro decorrenza, la quale pertanto non poteva venire prorogata di diritto, anche quando dovesse essere in concreto riferita ad un giorno festivo.

Va altresì ricordato come la giurisprudenza di legittimità avesse ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto di cui agli artt. 14, comma 2, c.p. e 172, comma 3 e 4, c.p.p., per violazione degli artt. 3 e 24 Cost., nella parte in cui essi non prevedono che la decorrenza del termine, che abbia inizio in giorno festivo, sia prorogata al giorno successivo, come avviene per il giorno di scadenza, sul presupposto che «rientra nella discrezionalità del legislatore stabilire termini di decadenza, ne può ritenersi irragionevole l'omessa previsione della mancata decorrenza del termine iniziale che cada in giorno festivo, per la quale è rinvenibile identità di logica rispetto all'ipotesi delle festività».

Una giurisprudenza che il Collegio aveva mostrato di non condividere, determinandosi alla rimessione della questione alle Sezioni Unite, onde evitare l'insorgere di un contrasto, atteso che nel caso di specie l'imputato aveva depositato l'appello il quarantaseiesimo giorno a far data dal giorno festivo nel quale era scaduto il termine di deposito della sentenza (depositata entro quel termine).

La decisione

Nella propria articolata motivazione le Sezioni Unite hanno osservato come se si fosse trattato di stabilire soltanto se, in materia di termini processuali stabiliti a giorni, la proroga di diritto, in caso di scadenza in giorno festivo, al giorno successivo riguardi anche l'inizio della decorrenza, la risposta non poteva che essere negativa, in quanto la disposizione dell'art. 172, comma 3, c.p.p., tassativa nel dato letterale, nega implicitamente ogni rilievo all'ipotesi che i giorni festivi vengano a cadere all'inizio o durante il decorso del termine; e ciò rilevando altresì che fra termine iniziale e termine finale non si rinvenivano identità di situazioni o risulta utilizzabile l'analogia per identità di *ratio*. Sul punto la Corte ha pertanto affermato che «la proroga di diritto del giorno di scadenza non riguarda il giorno d'inizi» o, così come non riguarda i giorni intermedi, con estensione di tale principio anche ai termini per il deposito delle sentenze.

Piuttosto il problema, ha osservato la Corte, si poneva con riferimento al modo d'operare della regola fissata dall'art. 271, comma 3 del Codice di rito, quando a venire in considerazione sono i termini per impugnare che decorrono da quelli assegnati, dalla legge o dal giudice, per il deposito della sentenza, in questo caso occorre individuare il *dies a quo* allorché questo coincide per legge e senza che intervengano sospensioni, con il *dies ad quem* di un altro termine stabilito a giorni.

Ma anche in questo caso la decisione è stata lineare, in quanto se il giorno finale del primo termine è festivo, questo vie-

ne prorogato al primo giorno immediatamente successivo non festivo, per cui da tale giorno non festivo decorre il secondo termine, e ciò non in quanto il giorno festivo non sarebbe calcolabile quale giorno iniziale di decorrenza, ma semplicemente perché il giorno iniziale di decorrenza del secondo termine coincide con quello in cui cade il primo termine, sicché la proroga di diritto del primo comporta lo spostamento dell'inizio della decorrenza del secondo.

La soluzione indicata dalle Sezioni Unite è ulteriormente sostenuta dalla sottolineatura dello scopo delle regole poste dall'art. 585 c.p.p., che è quello di evitare, mediante il sistema di fissazione di termini per il deposito, costi e tempi per le notificazioni; uno scopo che è ragionevole perseguire a condizione che si assicuri al contempo alle parti il diritto di proporre impugnazione con pienezza dei tempi previsti per l'esercizio di tale diritto.

Ulteriore conforto "di sistema" è stato infine rinvenuto nelle affermazioni della giurisprudenza civile con riferimento al dettato dell'art. 155 c.p.c., ove si è precisato che la previsione del quarto comma di tale norma si applica anche nel caso in cui il *dies ad quem* prorogato di diritto costituisca, a sua volta, *dies a quo* per il termine dato a chi intenda contraddire o ricorrere avverso l'atto per il cui deposito è previsto termine finale cadente in giorno festivo (Sez. I, n. 13201 del 5 giugno 2006).

In considerazione di quanto sopra le Sezioni Unite hanno affermato i seguenti principi di diritto: «la regola per cui il termine stabilito a giorni, il quale scade in giorno festivo, è prorogato di diritto al giorno successivo non festivo, posta nello specifico dall'art. 172, comma 3, c.p.p., si applica anche agli

atti e ai provvedimenti del giudice, e si riferisce perciò anche al termine per la redazione della sentenza»; «nei casi in cui, come nell'art. 585, comma 2, lett. c), c.p.p., è previsto che il termine assegnato per il compimento di una attività processuale decorra dalla scadenza del termine assegnato per altra attività processuale, la proroga di diritto del giorno festivo in cui il precedente termine venga a cadere al primo giorno successivo non festivo, determina lo spostamento altresì della decorrenza del termine successivo con esso coincidente»; e ciò con la ulteriore precisazione che tale situazione non si verifica ove ricorrano cause di sospensione quale quella prevista per il periodo feriale che, diversamente operando per i due termini, comportino una discontinuità in base al calendario comune tra il giorno in cui il primo termine scade e il giorno da cui deve invece calcolarsi l'inizio del secondo.

I precedenti

Cass., Sez. III, n. 133, 19 novembre 2008 - 8 gennaio 2009, Santoro, in *Ced Cass.* 242261; Sez. II, n. 23694, 15 maggio 2008 - 11 giugno 2008, Schillaci, *ivi*, 240622; Sez. III, n. 4710, 1 marzo 1994 - 23 aprile 1994, Marchio, *ivi*, 198725; Sez. VI, n. 16825, 8 aprile 2010 - 3 maggio 2010, Aloisi, *ivi*, 247008.

La dottrina

M. Pisani, *I termini*, in Aa.Vv., *Manuale di procedura penale*, Monduzzi, 2008, 185; R. Fois, *Sub art. 172 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Cedam, 2005, 460; G. Sola, *I termini*, in *Trattato di procedura penale*, a cura di G. Spangher, *Soggetti e atti*, v. I, t. II, Utet, 2008.

LIBRI



Collana: **INSTANT BOOK**

Codice della strada: la riforma 2010

Autori: Giampaolo Di Marco, Maria Sichetti

L'Opera propone una prima lettura sistematica delle novità introdotte dalla **L. 29 luglio 2010, n. 120 al Codice della strada**.

Il commento ai diversi articoli è arricchito dall'analisi dei risvolti applicativi e da una serie di schemi e tabelle riepilogativi.

Il volume è completato da **tabelle che sintetizzano per ciascuna novità l'entrata in vigore e la relativa applicabilità**.

In Appendice, uno stralcio della nuova legge di riforma del Codice e le disposizioni sull'autotrasporto contenute all'in-

terno della **Circolare applicativa** emanata dal Ministero dell'Interno il 12 agosto 2010.

Ipsoa 2010, pagg. 208, euro 19,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- <http://shop.wki.it/ipsoa>

Osservatorio Corte di cassazione - Diritto penale

a cura di **Stefano Corbetta**

DELITTI CONTRO L'INCOLUMITÀ PUBBLICA

STRAGE

Cassazione penale, Sez. I, 2 dicembre 2011 (u.p. 11 novembre 2011), n. 44901 - Pres. Bardovagni - Rel. Cassano - P.M. Lettieri - D.M.S. ed altro

Il delitto di strage si configura allorché gli atti compiuti siano tali da porre in pericolo la pubblica incolumità e non si limitino ad offendere soltanto la vita di una singola persona.

Il caso

Con sentenza confermata, in punto di responsabilità, dalla Corte d'assise d'appello di Caltanissetta, i due imputati venivano condannati in relazione al delitto di strage. Secondo quanto ricostruito dai giudici di merito, a seguito di effrazione della persiana della finestra, i due avevano appiccato il fuoco ai mobili posti nell'appartamento della vittima, nel quale erano in corso lavori di ristrutturazione. Le fiamme avevano incenerito tutto il mobilio (gli arredi della cucina, la sala da pranzo, una parete attrezzata ed altre suppellettili), le porte ammassate in una stanza in attesa dell'ultimazione dei lavori, e avevano altresì danneggiato seriamente i soffitti di due stanze, provocando lo scoppio dei laterizi, che completavano la travatura, e il distacco dell'intonaco di copertura. Il fumo, passando attraverso il foro realizzato per la collocazione del contatore della luce, si era poi diffuso lungo il vano delle scale ed era penetrato in alcuni degli appartamenti sovrastanti. All'atto dell'intervento dei vigili del fuoco, le fiamme, seppure scemate, erano ancora vive, i soffitti erano caldi e due stanze dell'appartamento occupato da una famiglia presentavano problemi di stabilità, in quanto più intensamente riscaldate dall'incendio. La Corte d'appello riteneva corretta la qualificazione del fatto ai sensi dell'art. 422 c.p., tenuto conto dell'entità delle fiamme, della loro capacità diffusiva e distruttiva, del numero delle zone interessate dal fuoco, del pericolo per la stabilità di alcuni vani sovrastanti a quello dell'appartamento in cui era stato appiccato l'incendio, della durata dello stesso, dello specifico dolo omicidiario sotteso alla condotta delittuosa. Avverso la sentenza di seconde cure gli imputati proponevano ricorso per cassazione, lamentando, tra l'altro, l'erronea applicazione dell'art. 422 c.p. e il vizio della motivazione in relazione alla ritenuta sussistenza degli elementi costitutivi del delitto di strage, tenuto conto delle caratteristiche dell'incendio, privo dei caratteri di vastità e diffusività e di capacità distruttiva, dell'assenza della volontà di uccidere un numero indeterminato di persone, della mancata acquisizione di elementi obiettivi espressivi della volontà di uccidere anche alla luce delle caratteristiche del luogo in

cui venne appiccato il fuoco, privo di collegamento con il resto dell'edificio, delle modalità complessive dell'azione, sintomatiche di un gesto estemporaneo e meramente dimostrativo e, comunque, inidoneo a porre concretamente in pericolo la pubblica incolumità.

La decisione

La Corte ha accolto il ricorso, nei limiti di seguito precisati. La Cassazione ha preso le mosse dalla configurazione del delitto di strage, che «consiste nel fatto di chi, al fine di uccidere, compie atti tali da porre in pericolo la pubblica incolumità, intesa come il bene della sicurezza della vita e dell'integrità fisica, riferito non già ad una o più persone determinate, ma alla collettività nel suo insieme, come un bene di tutti e di ciascuno». Quindi, analizzando l'elemento soggettivo, la Corte ha altresì precisato che il dolo «consiste nella volontà di compiere atti diretti a mettere a repentaglio la pubblica incolumità con la consapevolezza di tale pericolo, il quale è elemento essenziale del reato e non mera condizione di punibilità». Superando una concezione ormai anacronistica, la Cassazione ha difatti sottolineato che il pericolo per la pubblica incolumità «non è condizione estrinseca al fatto, ma ne costituisce l'essenza»; inoltre, sotto altro profilo, «l'evento tipico del reato e gli atti devono essere posti in essere con il fine di uccidere, ossia con l'intenzione di attentare alla vita di una o più persone». La strage è perciò «un delitto di pericolo concreto, non presunto dalla legge, che deve formare oggetto di specifica verifica da parte del giudice», il quale, con apposita indagine, deve accertare «se, in concreto, sia effettivamente sorto il pericolo della morte o delle lesioni di un numero indeterminato di persone, essendo la morte o le lesioni solo circostanze aggravanti». Breve: «il delitto di strage si configura, quindi, allorché gli atti compiuti siano tali da porre in pericolo la pubblica incolumità e non si siano limitati ad offendere soltanto la vita di una singola persona». Sulla base di questi principi, la Suprema Corte ha censurato la sentenza impugnata, la quale, pur avendo correttamente accertato che gli imputati avevano realizzato un incendio rilevante ex art. 423 c.p., nondimeno aveva «sovrapposto la valutazione del pericolo per la pubblica incolumità insita, come normale conseguenza, nelle caratteristiche proprie dell'incendio, al distinto e autonomo profilo concernente il pericolo per la vita e l'incolumità delle persone», così annullando le differenze tra le due fattispecie criminose. Infatti, ha chiarito la Cassazione, perché sussista il delitto di strage non è sufficiente «provocare un incendio, pur prevedendo come possibile conseguenza che il fuoco causi la morte di qualcuno». In particolare, è ravvisabile il fine di uccidere, che realizza «il dolo tipico della strage indipendentemente dal fine ultimo dell'azione», solo se «il mezzo usato, per la potenzialità offensiva o per le specifiche modalità di impiego, sia chiaramente rivelatore della intenzione di causare la morte di più persone - o alme-

no di una, nella conosciuta situazione oggettiva di pericolo per altre, richiesta dalla norma». Nella specie, la sentenza aveva omissis di accertare se la tipologia dell'incendio, avuto riguardo alle caratteristiche del luogo e alla ubicazione dell'appartamento della vittima rispetto al resto dello stabile, era tale da potersi propagare negli altri appartamenti o, comunque, da determinare, per le natura divoratrice delle fiamme, un obiettivo pericolo per la statica del palazzo o di parti di esso con ovvi riflessi per l'incolumità dei suoi abitanti. Un profilo del genere, ha conclusivamente evidenziato la Corte, assume particolare rilievo per distinguere la strage da quella del tentato omicidio, pure autonomamente configurabile rispetto al delitto di incendio: «gli artt. 423, 56 e 575 c.p. tutelano, infatti, beni giuridici diversi, quali, rispettivamente, l'incolumità pubblica e la vita e l'incolumità individuale, con la conseguenza che l'interesse tutelato dall'una non può ritenersi assorbito nell'altra né costituisce il necessario antecedente per la realizzazione del più grave delitto previsto dagli artt. 56 e 575 c.p.». La sentenza è stata perciò annullata con rinvio per nuovo giudizio.

I precedenti

Nel senso che il criterio distintivo tra il delitto di strage e quello di incendio e gli altri delitti contro la pubblica incolumità è costituito dal fine di uccidere: l'incendio, quando sia stato determinato dal fine di uccidere, integra sempre il delitto di cui all'art. 422 c.p., anche quando non sia stata cagionata la morte di alcuno, cfr. Cass., Sez. I, 11 febbraio 1991, Abel, in *Ced Cass.* n. 188644; in senso conforme, Cass., Sez. I, 19 marzo 1984, Lagrotteria, *ivi* n. 165720, la quale ha ritenuto che non è da considerarsi mezzo chiaramente rivelatore dell'intenzione di causare la morte di più persone l'incendio appiccato con una tanica di benzina ad una discoteca frequentata.

La dottrina

S. Ardigzone, voce *Strage*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, 1999, 13 ss.; E. Baffi, voce *Strage*, in *Enc. dir.*, XLIII, 1990, 1131 ss.; S. Corbetta, *I delitti contro l'incolumità pubblica, I, I delitti di comune pericolo mediante violenza*, Padova, 2003, 51 ss.; S. Ferrari, *Sul delitto di strage*, in *Giur. it.*, 2005, 2379 ss.; A. Gargani, *Reati contro l'incolumità pubblica. Reati di comune pericolo mediante violenza, I*, Milano, 2008, 190 ss.; R. Ramponi, voce *Strage*, in *Enc. giur. Treccani*, XXX, 1993.

DELITTI CONTRO LA FEDE PUBBLICA

TUTELA DEI MARCHI

Cassazione penale, Sez. V, 20 dicembre 2011 (u.p. 18 novembre 2011), n. 47081 - Pres. Grassi - Rel. Demarchi Albengo - P.M. Fodaroni (diff.) - G.A.

Ai fini dell'applicazione degli artt. 473 e 474 c.p., la contraffazione penalmente sanzionabile è solo quella che attiene al marchio nella sua funzione distintiva, mentre è legittima la riproduzione del marchio con funzione estetico-descrittiva.

Il caso

A seguito di richiesta del p.m., il g.i.p. presso il Tribunale di Brindisi emetteva decreto di sequestro preventivo, mediante oscuramento, di tre siti *Internet* attraverso i quali venivano pubblicizzati e commercializzati dei copri ruota non originali, ravvisando il *fumus* del reato di cui all'art. 474 c.p. L'indaga-

to, quale legale rappresentante delle società di commercializzazione di tali prodotti, proponeva istanza di revoca del decreto, che veniva accolta dal g.i.p.; proposto appello da parte del p.m., il Tribunale di Brindisi annullava quest'ultima ordinanza, così ripristinando il sequestro dei siti *internet*. Avverso l'ordinanza del tribunale di Brindisi, l'indagato proponeva ricorso per cassazione, allegando, tra i vari motivi, violazione di legge ed erronea applicazione dell'art. 474 c.p. in relazione all'art. 241 d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30; ad avviso del ricorrente, laddove la riproduzione del marchio assume una funzione puramente estetica e descrittiva, destinata a poter fornire al consumatore un prodotto alternativo all'originale, in quanto idoneo a ripristinare l'aspetto originario del bene, non sarebbe ravvisabile la violazione dell'art. 474 c.p., il quale tutela la pubblica fede e non i diritti privati del titolare del marchio.

La decisione

La Corte ha accolto il ricorso. La Cassazione si è anzitutto soffermata sulla portata degli artt. 473 e 474 c.p., che «tutelano il marchio non in sé stesso, ma quale segno distintivo e cioè come elemento di identificazione della provenienza del prodotto», come emerge dalla lettera delle disposizioni in esame, che accomunano «in una endiadi il marchio agli altri segni distintivi, con ciò ritenendo che entrambi siano tutelati penalmente in quanto appartenenti alla stessa categoria (quella dei segni distintivi, appunto)». La funzione del marchio, pertanto, «consiste nell'individuazione dell'origine del prodotto o del servizio contrassegnato, per distinguere senza confusione possibile questo prodotto o questo servizio da quelli di provenienza diversa. Il marchio, quindi, deve costituire la garanzia che tutti i prodotti o servizi che ne sono contrassegnati sono stati fabbricati o forniti sotto il controllo di un'unica impresa alla quale possa attribuirsi la responsabilità della loro qualità». Peraltro, il marchio non svolge soltanto la funzione di individuare la provenienza del bene, ma può anche rappresentare una caratteristica estetica o descrittiva del prodotto. Emblematico, a tal proposito, è proprio il «mercato dei pezzi di ricambio per automobili, laddove le singole componenti dell'autoveicolo - soggette ad usura, deterioramento od a rottura a seguito di incidente - vengono sovente cambiate durante la vita dell'auto; tali ricambi possono recare in sé, quale elemento di natura estetica, proprio una raffigurazione, più o meno fedele, del marchio del costruttore dell'automobile». Ad esempio, «i copri cerchioni delle auto spesso riportano ben visibili degli elementi riconducibili al marchio del produttore, riprodotti con diverse modalità a seconda del costruttore o del modello di veicolo (può essere riportato puntualmente il marchio con le colorazioni originali, ma più spesso ne viene semplicemente riproposta in rilievo la sua forma, quasi sempre al centro del copri ruota)». In casi del genere, il marchio «non serve ad individuare la provenienza del singolo componente, nei confronti del quale non ha pertanto funzione distintiva, ma svolge la sua funzione "ordinaria" di identificazione del produttore solo con riferimento al bene nel suo complesso»; con riguardo, invece, al singolo componente «il marchio, pur rafforzando la percezione complessiva sulla provenienza del bene complesso, svolge una funzione meramente estetico-descrittiva». Peraltro, la normativa vigente consente la libera produzione dei pezzi di ricambio, così autorizzando i «ricambisti» a «riprodurre fedelmente il singolo componente in tutti i suoi elementi descrittivi (diversamente, d'altronde, il bene non originale non potrebbe svolgere il suo ruolo commerciale di alternativa perfettamente fungibile al pezzo originale, difettando l'esatto ri-

pristino dell'aspetto originario del bene complesso)», ciò che si desume sia dall'art. 21 del codice della proprietà industriale, varato con d.lgs. n. 30 del 2005, sia dall'art. 5 della Prima direttiva 89/104/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1988 sul ravvicinamento delle legislazioni degli Stati Membri in materia di marchi d'impresa, secondo cui il «diritto conferito dal marchio di impresa non può permettere al titolare dello stesso di vietare ai terzi l'uso del marchio di impresa se esso è necessario per contraddistinguere la destinazione di un prodotto o servizio, in particolare come accessori o pezzi di ricambio, purché l'uso sia conforme agli usi consueti di lealtà in campo industriale e commerciale». Ai fini penalistici, assume perciò rilievo dirimente individuare la funzione svolta dal marchio nel singolo caso concreto, con riferimento al prodotto oggetto di commercializzazione: rientra nelle fattispecie di cui agli artt. 473 e 474 c.p. sola la tutela della funzione tipica del marchio, ossia quella «di contraddistinguere per origine e provenienza i prodotti sui quali esso è apposto»; per contro, esula dalla tutela penale l'eventuale uso atipico e descrittivo che un terzo ne faccia del marchio «al solo fine di rendere noto al consumatore che il proprio prodotto ha una destinazione strumentale o comunque collegata al prodotto al cui marchio si fa riferimento». In relazione al settore di pezzi di ricambio per automobili, il marchio riprodotto sulle componenti dell'automobile riveste una duplice portata: «ha una funzione identificativa per quanto riguarda il bene complesso, mentre svolge una funzione solamente estetico - descrittiva con riferimento al ricambio; ne consegue che, per poter essere penalmente sanzionabile, l'uso del marchio altrui deve essere idoneo ad ingenerare errore in relazione all'oggetto che il marchio identifica». Ad esempio, sarebbe penalmente sanzionabile non solo «l'imprenditore che apponesse sulle proprie automobili il marchio di un altro costruttore, perché così farebbe credere ai terzi che quel bene proviene da un altro produttore», ma anche «la riproduzione di prodotti alternativi creati da terzi, ove diversi da quelli originali e provvisti del marchio del produttore indipendente»; in tale ultimo caso, infatti, «nei confronti del produttore indipendente, il copri cerchione non è ricambio ma un prodotto finito, per cui l'apposizione del marchio diverso da quello del costruttore dell'automobile serve anche ad identificare la provenienza di quel bene, che si distingue dalle altri componenti scelte e prodotte (o fatte produrre a terzi su commissione) dal costruttore stesso». Per contro, quando il copri cerchione è quello originariamente montato dal costruttore, «l'eventuale presenza del marchio svolge la sua funzione distintiva con riferimento al bene nel suo complesso, posto che tutte le componenti dell'auto hanno geneticamente la medesima provenienza». In altri termini, «la riproduzione del marchio può essere penalmente sanzionata solo con riferimento al bene identificato dal marchio stesso (cioè l'automobile) e non con riferimento al singolo ricambio» nei confronti del quale la raffigurazione del marchio è necessitata dalla esigenza di riprodurre fedelmente l'originale e svolge quindi una funzione meramente estetica». La Corte, infine, ha evidenziato un ulteriore profilo problematico, ossia quello della riconoscibilità della provenienza del ricambio: posto che non vi sono indicazioni del produttore sulla parte visibile del componente - avevano affermato i giudici di merito di Brindisi - il consumatore può comunque essere tratto in errore sulla sua provenienza che, in mancanza di diversa indicazione, potrebbe essere attribuita al costruttore del bene complesso. Pur riconoscendo plausibilità astratta a un ragionamento del genere, la Corte ha tuttavia osservato da un lato, che, seguendo tale interpretazione, «sarebbe del tutto svuotata di significato la norma che

autorizza la riproduzione del ricambio uguale all'originale se poi si chiedesse al ricambista di evidenziare in modo ben visibile sul prodotto il proprio marchio o le indicazioni sulla reale provenienza industriale del bene»; dall'altro, che, nella fase commerciale, «la funzione distintiva del singolo ricambio è assicurata tramite sia la pubblicità, sia la confezione del prodotto; in entrambi i casi può essere messo bene in evidenza che il ricambio non è originale e che proviene da un certo produttore, senza che ciò incida su una piena utilizzazione finale». Nel caso in esame, poiché non era in discussione la mancata indicazione di provenienza in sede di commercializzazione - essendo pacifico che sui siti *internet* oggetto di sequestro era ben evidenziato che si trattava di prodotti non originali - né vi erano questioni sull'esistenza del marchio del produttore sulla faccia interna del copri ruota, la Corte ha perciò escluso la penale rilevanza della condotta dell'imputato. In conclusione, la Cassazione ha formulato il seguente principio di diritto: «ai fini dell'applicazione degli artt. 473 e 474 c.p., la contraffazione penalmente sanzionabile è solo quella che attiene al marchio nella sua funzione distintiva. È legittima, invece, nei casi e con i limiti indicati in sentenza, la riproduzione dei marchi con funzione estetico - descrittiva». L'ordinanza è stata perciò annullata senza rinvio, con conseguente ripristino dei siti *internet* in sequestro.

I precedenti

Non constano precedenti in termini.

La dottrina

A. Alessandri, voce *Tutela penale dei segni distintivi*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, 1999, 432 ss.; F. Cingari, *La tutela penale dei marchi e dei segni distintivi*, Milano, 2008, *passim*; A. Maedeo, *Lotta alla contraffazione: modifiche agli artt. 473-474 c.p. e nuovi delitti*, in questa *Rivista*, 2010, 10 ss.; G. Marinucci, *Il diritto penale dei marchi*, Milano, 1962, *passim*; A. Rossi Vannini, *La tutela penale dei segni distintivi*, in *Aa.Vv., Trattato di diritto penale dell'impresa*, a cura di A. Di Amato, IV, Padova, 1993, 55 ss.; D. Sangiorgio, *Contraffazione di marchi e tutela penale della proprietà industriale e intellettuale*, Padova, 2006, *passim*.

DELITTI CONTRO LA PERSONA

SEQUESTRO DI INFANTE A SCOPO DI ESTORSIONE

Cassazione penale, Sez. VI, 30 dicembre 2011 (u.p. 6 dicembre 2011), n. 48744 - Pres. De Roberto - Rel. Lanza - P.M. Selvaggi (conf.) - Ric. N.S.G.

È configurabile il delitto di cui all'art. 630 c.p., anziché il concorso tra gli artt. 474 e 56, 629 c.p., nel caso di sequestro di un neonato a scopo di estorsione.

Il caso

La Corte d'appello di Genova confermava la sentenza di primo grado, che aveva condannato l'imputato in relazione al delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione commesso in danno di un neonato di cinque mesi. Nel ricorrere per cassazione, tra i vari motivi, la difesa lamentava la violazione di legge, essendo ravvisabile non il delitto ex art. 630 c.p. - che, essendo posto a tutela della libertà di movimento, non è configurabile in danno dell'infante - bensì quelli di cui all'art. 574 c.p., in concorso con il tentativo di estorsione.

La decisione

La Cassazione ha respinto il ricorso, aderendo a un remoto precedente (cfr. *infra*). Con ampia motivazione, la Corte si è soffermata sul delitto punito dall'art. 630 c.p., mettendone in luce le peculiarità strutturali, così sintetizzate: a) il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione è configurato come «reato complesso, per la confluenza in esso, quali elementi costitutivi, di fatti che costituirebbero per sé stessi reato (sequestro di persona ed estorsione), ai sensi dell'art. 84 c.p.», ed è connotato, sul piano soggettivo, dal dolo specifico; b) il delitto in esame non può considerarsi «ipotesi delittuosa aggravata del sequestro di persona, dal quale si differenzia per il dolo specifico, che si concretizza nello scopo perseguito, per sé o per gli altri, di un ingiusto profitto come prezzo della liberazione»; c) si tratta di un reato plurioffensivo, «poiché l'oggetto della tutela penale si identifica sia nella libertà personale, sia nell'invulnerabilità nel patrimonio», e proprio la "mercificazione della persona umana" costituisce il tratto specifico del delitto ex art. 630 c.p., dato che, appunto, «la persona diventa merce di scambio contro un prezzo»; f) la norma prevede lo scopo di conseguire un profitto ingiusto dal prezzo della liberazione, «con la conseguenza che, ove ricorrano i due elementi della privazione della libertà personale e della finalità di ottenere un profitto come prezzo della liberazione, il delitto è pienamente realizzato»; g) si è in presenza di un reato a consumazione anticipata, che «si perfeziona nel momento in cui vengono attuati tutti i suoi elementi costitutivi, fino alla cessazione dello stato di soggezione della vittima», essendo irrilevante, ai fini della consumazione, il fatto che l'agente abbia effettivamente conseguito l'ingiusto profitto avuto di mira; h) infine, «la qualità di incapace della vittima non può impedire la tutela apprestata dall'art. 630 c.p., diretta anzitutto a preservare il bene della libertà di ogni soggetto». Sulla scorta di questa analitica ricostruzione, la Corte ha confutato la tesi difensiva secondo cui, nella specie, sarebbe configurabile il meno grave delitto ex art. 574 c.p., eventualmente in concorso con il tentativo di estorsione, proprio perché, come detto, «nel sequestro di persona a scopo di estorsione la persona è strumentalizzata in tutte le sue dimensioni, anche affettive e patrimoniali, rispetto all'obiettivo perseguito dall'agente, e la liberazione della vittima (adulta, infante, incapace od amente) potrà dirsi attuata quando essa sia fisicamente libera da interventi coattivi "sul corpo" che impediscano o limitino tutte quelle espressioni che costituiscono il contenuto della libertà personale». Del resto, la "libertà personale" non abbraccia solamente la libertà di locomozione, «ma comprende tutte le possibili estrinsecazioni della libertà personale stessa, quali, ad esempio, le relazioni interpersonali», che sono prefigurabili anche nel caso di un minore dell'età di cinque mesi, il quale, se sequestrato, viene privato «degli usuali ed essenziali riferimenti affettivi ed ambientali». Una conclusione del genere è supportata dalla collocazione sistematica delle fattispecie in esame, ciò che si riflette sul bene tutelato: mentre l'art. 574 c.p., inserito tra i delitti contro l'assistenza familiare, è posto a presidio della «potestà genitoriale e del suo concreto esercizio», per contro l'art. 630 c.p., che trova spazio tra i delitti contro il patrimonio mediante la violenza alle cose o alle persone, è posto a baluardo non solo del patrimonio, ma anche della libertà personale, «la cui invulnerabilità è stabilita dall'art. 13 della Carta costituzionale e che, nel caso di persona sequestrata, minore di età od infante come nella specie, assume nella economia del crimine un disvalore dominante».

I precedenti

Sulla questione, vi è un unico precedente, peraltro conforme, espresso da Cass., Sez. I, 15 novembre 1977, Spada, in *Ced Cass.* n. 138098. Più di recente, con riguardo al delitto ex art. 605 c.p., nel senso che è configurabile il delitto di sequestro di persona, anziché quello di sottrazione di persone incapaci, nel caso di rapimento di un neonato, cfr. Cass., Sez. V, 4 novembre 2010, n. 6220, in questa *Rivista*, 2011, 413. *Contra*, Cass., Sez. V, 19 settembre 1992, Bonato, in *Riv. pen.*, 1993, 933, secondo cui integra gli estremi del delitto di cui all'art. 574 c.p. e non quelli di cui all'art. 605 c.p., il fatto di chi sottrae un neonato alla madre mediante rapimento, in quanto il concetto di "libertà personale" deve essere interpretato come libertà di locomozione, libertà fisica, di movimento in uno spazio fisico, e non come diritto di vivere in un certo ambiente, di realizzare la propria personalità nell'*habitat* naturale.

La dottrina

D. Brunelli, *Il sequestro di persona a scopo di estorsione*, Padova, 1995; A. Dalia, voce *Sequestro di persona a scopo di estorsione*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990, 200 ss.; C. Foladore, *Osservazioni in tema di sequestro di persona in danno di incapaci*, in *Cass. pen.*, 2002, 1423 ss.; E. Gallo, voce *Sequestro di persona*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII; G. Pioletti, voce *Sequestro di persona a scopo di estorsione*, in *Dig. disc. pen.*, XIII 1997, 232 ss.; P. Pittaro, *Quale fattispecie penale per il rapimento di neonato a scopo estorsivo?*, in *Fam. dir.*, 2007, 706 ss.; M.E. Scalia, *Legge 15 luglio 2009, n. 94. Le modifiche al codice penale*, in questa *Rivista*, 2009, 1197 ss.

DIRITTO PENALE DEL LAVORO

INFORTUNIO SUL LAVORO

Cassazione penale, Sez. IV, 1 dicembre 2011 (u.p. 20 novembre 2011), n. 44650 - Pres. Marzano - Rel. Montagni - P.M. Geraci (conf.) - p.m. in c. T.E.

Nel caso di infortunio occorso al lavoratore, caduto da un ponteggio durante l'esecuzione di lavori edili, non è penalmente responsabile il datore di lavoro che abbia predisposto un piano di sicurezza contenente specifiche indicazioni sul montaggio del ponteggio, e abbia nominato sia il capo cantiere, sia il coordinatore della sicurezza dei lavori.

Il caso

Il Tribunale di Asti assolveva il legale rappresentante di una s.r.l. e un capocantiere dal reato di lesioni colpose loro ascritte con la formula "per non aver commesso il fatto". I due imputati, unitamente al coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione, il quale aveva scelto di "patteggiare", erano stati tratti a giudizio per rispondere del reato di lesioni colpose in danno di un dipendente, che era caduto a terra dall'impalcato, da un'altezza pari a cm. 185, allestito dall'impresa per l'esecuzione di lavori edili, procurandosi lesioni dalle quali residuava un indebolimento dell'organo della deambulazione. Osservava il Tribunale che il sinistro si era verificato il giorno stesso in cui il ponteggio era stato installato dalla parte offesa e da un altro dipendente della ditta, rilevando, peraltro, che il capocantiere, il giorno dell'incidente non si era recato sul posto, essendo impedito per ragioni di salute. Avverso la

sentenza assolutoria, il p.m. proponeva ricorso immediato per cassazione con riferimento alla posizione del legale rappresentante della società, deducendo l'inosservanza della legge penale, in relazione alle disposizioni in materia di colpa ed agli obblighi gravanti sul datore di lavoro in materia di sicurezza imposti dall'art. 2087 c.c. In particolare, ad avviso del ricorrente, nel caso in esame a carico dell'imputato era comunque prospettabile un profilo di colpa generica, attesa l'altezza dell'impalcato, ciò che rendeva la situazione concreta estremamente pericolosa per l'incolumità degli addetti, e tenuto conto della eccessiva distanza tra asse e parete dell'edificio (da 50 a 70 centimetri). Il datore di lavoro aveva perciò l'obbligo di rimuovere i fattori di rischio presenti in cantiere, dando disposizioni affinché l'impalcato aderisse alla parete del fabbricato, evitando interstizi pericolosi per gli operai; del resto, la responsabilità del coordinatore della esecuzione dei lavori non esclude quella concorrente del datore di lavoro.

La decisione

La Cassazione ha rigettato il ricorso promosso dalla pubblica accusa. La Corte ha ritenuto supportata da un adeguato percorso logico-argomentativo la sentenza impugnata, laddove aveva accertato sia l'adeguatezza del piano per la sicurezza predisposto dal datore di lavoro rispetto alla tipologia del cantiere, sia l'assenza di profili di colpa in concreto ascrivibili all'imputato. Infatti, correttamente il tribunale aveva escluso, nel caso di specie, l'applicazione delle disposizioni riguardanti lo svolgimento di attività lavorativa ad un quota posta ad altezza superiore a due metri, dato che, appunto, l'impalcato misurava cm. 185 di altezza. Il tribunale aveva poi altrettanto correttamente escluso la configurabilità di profili di colpa generica: non solo il lavoratore infortunato aveva una formazione specialistica, ma l'imputato aveva sia predisposto un piano di sicurezza contenente specifiche indicazioni sul montaggio del ponteggio, sia nominato il capo cantiere e il coordinatore della sicurezza dei lavori, sul quale gravava l'obbligo di vigilare in ordine al concreto adempimento delle prescrizioni di sicurezza. Né erano prefigurabili ulteriori profili di colpa, dato che il ponteggio era stato montato poco prima che si verificasse l'incidente ed in presenza di altri soggetti deputati al controllo circa il rispetto delle prescrizioni di sicurezza. Breve: nessuna censura era prospettabile in ordine ai puntuali apprezzamenti effettuati dal tribunale, in relazione alla concreta declinazione degli obblighi di controllo e vigilanza gravanti sul datore di lavoro, in relazione allo specifico organigramma aziendale della s.r.l.

I precedenti

Da ultimo, nel senso che il responsabile del servizio di prevenzione e protezione risponde a titolo di colpa professionale, unitamente al datore di lavoro, degli eventi dannosi derivati dai suoi suggerimenti sbagliati o dalla mancata segnalazione di situazioni di rischio, dovuti ad imperizia, negligenza, inosservanza di leggi o discipline, che abbiano indotto il secondo ad omettere l'adozione di misure prevenzionali dovute, cfr. Cass., Sez. IV, 21 dicembre 2010, Di Mascio, in *Ced Cass.* n. 249626.

La dottrina

B. Deidda, *Il testo unico per la sicurezza e la salute dei lavoratori: molto rumore per (quasi) nulla?*, in questa *Rivista*, 2008, 95 ss.; V.B. Muscatiello, *La nuova tutela penale della sicurezza sul lavoro, ibidem*, 1449 ss.; N. Pisani, *Profili penali del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di la-*

voro, ibidem, 819 ss.; C. Renzetti, *La posizione di garanzia del responsabile per la sicurezza dei lavori edili*, in *Cass. pen.*, 2010, 3091 ss.; P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. II. I delitti colposi*, Padova, 2003, 369 ss.

INTERRUZIONE DELLA GRAVIDANZA

ABORTO SENZA L'OSSERVANZA DELLE PRESCRIZIONI DI LEGGE

Cassazione penale, Sez. V, 29 novembre 2011 (u.p. 30 settembre 2011), n. 44107 - Pres. Colonnese - Rel. Vessicelli - P.M. Cedrangolo (diff.) - D.M.

È configurabile il dolo previsto per il reato di procurato aborto nei confronti della donna che consapevolmente assume una pillola abortiva senza rispettare le modalità indicate dagli artt. 5 e 8 l. n. 194 del 1978.

Il caso

La Corte di appello di Milano confermava la sentenza emessa in primo grado che aveva condannato l'imputata alla pena di 40 giorni di reclusione, conditionalmente sospesa, per il reato di cui all'art. 19, commi 1 e 2, l. 22 maggio 1978, n. 194. Secondo quanto accertato dai giudici del merito, l'interruzione volontaria della gravidanza era avvenuta all'ottava settimana di gravidanza attraverso l'assunzione di un farmaco (Cytotex) destinato alla cura dell'ulcera ma capace di provocare l'aborto come effetto secondario; l'accertamento del fatto era avvenuto ad opera dei medici di un ospedale, presso il quale la donna si era recata denunciando perdite ematiche e la recente assunzione di pillole per abortire. Nel ricorrere per cassazione, la difesa deduceva due motivi: in primo luogo, la violazione dell'art. 47 c.p., in quanto l'imputata aveva assunto il Cytotec quale pillola equivalente a quella propriamente abortiva (la RU486) ritenendo, per mero errore, che non vi fosse un protocollo da rispettare, errore che, secondo la ricorrente, ricadeva sul fatto; in secondo luogo, la violazione dell'art. 19, l. n. 194 del 1978, in quanto la norma prevede per la donna, quanto all'individuazione del trattamento sanzionatorio, solo la pecuniaria.

La decisione

La Cassazione ha accolto il secondo motivo di ricorso. Quanto al primo motivo, la Corte ha osservato che l'imputata era stata ritenuta responsabile del reato di cui all'art. 19, commi 1 e 2, l. n. 194 del 1978, che punisce chi cagiona l'interruzione volontaria della gravidanza senza l'osservanza delle modalità indicate dagli artt. 5 e 8, ossia quelle «relative al necessario previo intervento della struttura socio sanitaria nel tracciare il percorso dapprima psicologico e poi medico che la donna che intenda abortire è tenuta a seguire». Nel caso in esame, si era appurato che la donna aveva assunto una pillola abortiva, senza rispettare le modalità prescritte dalla legge. Orbene, la Cassazione ha ritenuto immune da censure l'argomentazione seguita dai giudici di appello i quali, nel confutare l'assunto difensivo senso cui la donna aveva agito nella convinzione della liceità della propria condotta, avevano osservato che l'ignoranza delle modalità previste dalla legge per la realizzazione di una condotta volontariamente abortiva non può costituire ignoranza della legge penale, ai sensi dell'art. 5 c.p. Invero, ha sottolineato la Corte, «la coscienza dell'antigiuridicità o dell'antisocialità della condotta non è una componente del dolo, per la cui sussistenza è necessario

soltanto che l'agente abbia la coscienza e volontà di commettere una determinata azione»; peraltro, «quando l'agente abbia posto in essere coscientemente e con volontà libera un fatto vietato dalla legge penale, il dolo deve essere ritenuto sussistente, senza che sia necessaria la consapevolezza dell'agente di compiere un'azione illegittima o antisociale sia nel senso di consapevolezza della contrarietà alla legge penale sia nel senso di contrarietà con i fini della comunità organizzata». La Corte ha poi ritenuto «del tutto improprio» il richiamo all'art. 47 c.p., «norma che regola il caso dell'errore sulla legge diversa da quella penale, tale potendosi considerare non quella in contestazione ma solo quella destinata in origine a regolare rapporti giuridici di carattere non penale e non esplicitamente in una norma penale o da questa non richiamata anche implicitamente». La Cassazione ha invece il secondo motivo, in quanto l'art. 19, comma 2, l. n. 194 del 1978 prevede per la donna che provochi la interruzione volontaria della propria gravidanza la pena solo pecuniaria, pari a 51,65 euro. La sentenza è stata perciò annullata limitatamente al trattamento sanzionatorio, con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Milano per nuovo esame sul punto.

I precedenti

In senso conforme con riferimento all'esclusione dell'anti-giuridicità della condotta dall'oggetto del dolo, cfr. Cass., Sez. I, 1 marzo 2007, Re, in *Ced Cass.* n. 236432; Cass., Sez. I, 17 giugno 1992, Toia, in *Giur. it.*, 1993, II, 748.

La dottrina

F. Albergiani, *Aspetti problematici in tema di interruzione della gravidanza entro i primi novanta giorni*, in *Foro it.*, 1988, II, 465 ss.; L. Eusebi, *La tutela della vita prenatale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 1052 ss.; P. Moscarini, voce *Aborto*, in *Enc. giur. Treccani*, I, 1988; P. Nuvolone-A. Lanzi, voce *Gravidanza (interruzione della)*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 1992, 24; M. Romano-F. Stella, *Aborto e legge penale*, Milano, 1975; V. Tartara, *Art. 17 l. 22.5.1978, n. 194*, in E. Dolcini-G. Marinucci, *Codice penale commentato*, III ed., Milano, 2011, 7278 ss.; M. Zanchetti, *La legge sull'interruzione della gravidanza*, Milano, 1992.

REATO

COOPERAZIONE COLPOSA

Cassazione penale, Sez. IV, 20 dicembre 2011 (u.p. 3 novembre 2011), n. 46961 - Pres. Brusco - Rel. Bianchi - P.M. Mura - S.F. ed altro

Nel caso di trattamento medico-chirurgico in *equipe*, sussiste la responsabilità di tutti gli operatori se il fallimento dell'operazione, da cui derivano lesioni alla paziente, è riconducibile ad erronee scelte di fondo da tutti condivise.

Il caso

Il Tribunale di Pisa condannava due imputati, nella rispettiva qualità di chirurgo e di aiuto, in relazione al delitto di cui agli artt. 113, 590 c.p., per avere cagionato, in cooperazione tra loro, a una paziente, nel corso di un intervento di asportazione linfonodale latero cervicale sinistro a fini biotipici, una lesione irreversibile del nervo accessorio spinale sinistro e di un ramo nervoso pertinente al plesso cervicale sinistro, con

conseguente sviluppo di sindrome algo disfunzionale e con incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un periodo superiore a 40 giorni e con indebolimento permanente dell'organo della funzione prenale. In riforma della sentenza di condanna, la Corte di appello di Firenze mandava assolti entrambi gli imputati perché il fatto non costituisce reato; secondo la Corte territoriale, le indagini svolte non consentivano di individuare, con il necessario grado di certezza, in quale fase dell'intervento ed in conseguenza di quale atto chirurgico si fosse prodotta la lesione subita dalla paziente (secondo quanto appurato dai consulenti tecnici del p.m., era in teoria possibile che il danno si fosse realizzato per compressione e/o stiramento legato all'uso del divaricatore, ovvero per lesione diretta da interruzione delle fibre nervose), né, a maggior ragione, di accertare se essa fosse riconducibile alla condotta chirurgica dell'uno o dell'altro ovvero di entrambi gli imputati. Avverso la sentenza assolutoria ricorrevano sia le parti civili, sia il p.m., che deducevano, tra i vari motivi, la violazione dell'art. 113 c.p.

La decisione

La Cassazione ha accolto il ricorso. La Corte, infatti, ha censurato l'apparato motivazionale della sentenza impugnata, in base al quale, non potendosi individuare con precisione a chi fosse ascrivibile la condotta all'origine della lesione, entrambi gli operatori dovevano essere assolti. Un'impostazione del genere, infatti, «non tiene conto della necessità di inquadrare la responsabilità dei due medici nel più vasto ambito del lavoro in *equipe* secondo l'accusa ad essi contestata con esplicito riferimento all'art. 113 c.p., avendo i due operatori collaborato all'intervento» in qualità, rispettivamente, di primo operatore e di aiuto. La Corte ha preso le mosse proprio dall'analisi dell'attività medico-chirurgica svolta in *equipe*, la quale è contraddistinta «dalla partecipazione e collaborazione tra loro di più medici e sanitari, che interagiscono per il raggiungimento di un obiettivo comune». Tale collaborazione può essere o contestuale, «come solitamente accade - e come nel presente caso - negli interventi chirurgici di gruppo o d'*equipe*, laddove i singoli apporti collaborativi di tipo scientifico (di anestesisti, chirurghi ecc.) e i contributi meramente ausiliari (di infermieri specializzati ecc.) si integrano a vicenda e in un unico contesto temporale in vista del conseguimento del risultato sperato»; oppure successiva, ciò che si verifica «allorché l'unitario percorso diagnostico o terapeutico si sviluppi attraverso una serie di attività tecnico - scientifiche di competenza di sanitari o gruppi di sanitari diversi, temporalmente e funzionalmente successive (in quanto le une sono il presupposto necessario delle altre: es. radiografia, analisi cliniche, diagnosi, intervento chirurgico), ma unificate dal fine della cura e salvaguardia della salute del paziente». Nel caso di eventi lesivi verificatisi nel corso di un'attività medica di *equipe*, al fine di individuare le responsabilità dei singoli - ed in particolare se il singolo medico possa rispondere dei comportamenti colposi riferibili ad altri componenti dell'*equipe* - occorre far riferimento al cd. principio di affidamento, «in base al quale ogni soggetto non dovrà ritenersi obbligato a delineare il proprio comportamento in funzione del rischio di condotte colpose altrui, ma potrà sempre fare affidamento, appunto, sul fatto che gli altri soggetti agiscano nell'osservanza delle regole di diligenza proprie, salvo il dovere di sorveglianza di chi riveste la posizione apicale all'interno del gruppo; si delimita dunque la responsabilità del primario o del capo *equipe* che faccia affidamento sulla corretta esecuzione da parte dei medici di livello inferiore o dei componenti dell'*equipe*, sul presupposto di una posizione differenziata e di

vertice del medesimo rispetto agli altri, con conseguente dovere di controllo sul loro operato e conseguente assunzione di responsabilità per lo stesso, temperata appunto dal principio di affidamento». Il principio dell'affidamento, peraltro, non è invocabile nel caso in cui «la colpa attenga all'inosservanza di obblighi comuni o indivisi tra i vari operatori». Ed è proprio questa la situazione verificatasi nel caso in esame, in cui, secondo l'accusa elevata ai due endoscopisti, si contestava un non corretto approccio chirurgico nei confronti della paziente, sotto il profilo della mancata protezione delle strutture nervose presenti in una regione delicata come quella del collo e della mancata identificazione delle strutture linfatiche, con conseguente completo fallimento dell'intervento. Si tratta, dunque, di condotte che «attengono non al compimento di singoli atti che possono essere state realizzati da uno solo dei due chirurghi in un momento operatorio nel quale l'altro non avrebbe potuto inserirsi con un suo apporto correttivo o suppletivo, ma che riguardano le scelte di fondo (la decisione se proteggere o meno le strutture nervose, anche con caricamento del nervo su fettuccia, questione di cui i medici riconoscono di avere discusso, la individuazione dell'area in cui effettuare l'intervento) rilevanti ai fini dell'intervento medesimo, scelte che non possono che essere state da entrambi condivise e che, ove erronee e colpevoli, conducono alla responsabilità di entrambi gli imputati». Per contro, la sentenza impugnata si era unicamente soffermata sui singoli gesti posti in essere, alla ricerca di una attribuibilità degli stessi che presupponeva fosse stata previamente data una risposta alla correttezza delle scelte di fondo. La sentenza è stata perciò annullata con rinvio, per una nuova valutazione

della causa delle lesioni (se da sezione del nervo o da uso del divaricatore) e dell'individuazione dei contributi degli imputati.

I precedenti

Sul principio dell'affidamento nel trattamento medico-chirurgico e sui suoi limiti applicativi, in senso conforme, tra le più recenti, cfr. Cass., Sez. IV, 22 maggio 2009, n. 32191, in questa *Rivista*, 2009, 1101; Cass., Sez. IV, 9 aprile 2009, Filizzolo, in *Ced Cass.* n. 243511; Cass., Sez. IV, 26 giugno 2008, n. 40789, in questa *Rivista*, 2009, 25.

La dottrina

E. Belfiore, *Profili penali dell'attività medico-chirurgica in équipe*, in *Arch. pen.*, 1986, 265; A. Crespi, voce *Medico-chirurgo*, in *Dig. disc. pen.*, 1993, VII, 589 ss.; L. Gizzi, *Equipe medica e responsabilità penale*, Milano, 2011; Id., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in équipe*, in questa *Rivista*, 2006, 753 ss.; F. Mantovani, *Il principio dell'affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 2009, 536 ss.; G. Marinucci-A. Marrubini, *Profili penalistici del lavoro medico-chirurgico in équipe*, in *Temi*, 1968, 217; F. Pavesi, *Sul principio dell'affidamento nel trattamento medico-chirurgico*, in *Giur. it.*, 2009, 948 ss.; R. Riz, *Medico (responsabilità penale del medico)*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, 1990; A. Vallini, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario «dia cronicamente plurisoggettivo»*, in questa *Rivista*, 2001, 469 ss.; P. Veneziani, *I delitti contro la vita e l'incolumità individuale. I delitti colposi*, Padova, 2003, 193 ss.

LIBRI



L'esecuzione processuale indiretta

a cura di Bruno Capponi

Contributi di: Bruno Capponi, Clarice Delle Donne, Giuseppina Fanelli, Maria Assunta Iuorio, Pasquale Pucciariello, Chiara Ilaria Risolo

Il libro – partendo da un approccio comparatistico con altri ordinamenti europei e dall'analisi della figura dell'*astreinte* di origine francese – affronta la tematica dell'esecuzione processuale indiretta, alla luce delle modifiche apportate dalla legge n. 69/2009 al codice di procedura civile, con particolare riferimento all'introduzione dell'art. 614bis c.p.c.

Ipsosa 2011, Euro 21,00

Per informazioni e acquisti

- Servizio Informazioni Commerciali
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- Agente Ipsosa di zona (www.ipsoa.it/agenzie)
- <http://shop.wki.it/ipsoa>

Osservatorio Corte di cassazione - Processo penale

a cura di **Francesco Peroni**

ATTI

OMESSA LIQUIDAZIONE DELLE SPESE ALLA PARTE
CIVILE: A QUALI CONDIZIONI È AMMESSA
LA CORREZIONE DELLA SENTENZA

Cassazione penale, Sez. III, 25 novembre 2011 (12 ottobre 2011), n. 43680 - Pres. Mannino - Rel. Teresi - P.m. Salzano (concl. conf.) - Ric. p.c. in c. S.C.

La quantificazione dell'importo delle spese che il condannato deve rifondere alla parte civile è conseguenza necessaria della sentenza di condanna, sicché, ove non ricorrano specifiche circostanze idonee a giustificare l'esercizio della facoltà di compensazione delle stesse, può ordinarsi la correzione della sentenza che abbia omesso di pronunciarsi in merito.

Il caso

La Corte di cassazione emetteva una sentenza nella quale non compariva alcun esplicito riferimento alla liquidazione delle spese e degli onorari sostenuti nel giudizio dalla parte civile. Di conseguenza, quest'ultima chiedeva alla Suprema Corte di procedere alla semplice correzione dell'errore materiale *in parte qua*. Tale richiesta incontrava il consenso del procuratore generale, mentre l'imputato insisteva per la declaratoria d'inammissibilità della domanda.

La decisione

Per dirimere la questione, i giudici di legittimità hanno, anzitutto, rievocato un intervento delle Sezioni Unite, secondo cui «l'omissione di una statuizione obbligatoria di natura accessoria e a contenuto predeterminato non determina nullità e non attiene a una componente essenziale dell'atto, onde a essa può porsi rimedio con la procedura di correzione di cui all'art. 130 c.p.p.». In tale ipotesi rientra, per esempio, l'omissione della condanna dell'imputato alla rifusione delle spese sostenute dalla parte civile (che ne abbia fatto richiesta), in cui sia incorso il giudice nell'emettere sentenza di patteggiamento: salvo che emergano specifiche circostanze idonee a giustificare l'esercizio della facoltà di compensazione di tali spese, il carattere accessorio, rispetto al *thema decidendum*, della statuizione omessa e la sua previsione normativa come conseguenza obbligatoria della pronuncia penale, tale da richiedere al giudice l'espletamento di una mera operazione tecnico-esecutiva, giustifica la soluzione semplificata in parola.

La portata del principio affermato dalle Sezioni Unite è stata circoscritta da un primo intervento della stessa Cassazione all'ipotesi del rito patteggiato, con esclusione del giudizio di-

battimentale, anche qualora, nell'ambito di quest'ultimo, sia stata chiesta la condanna dell'imputato al pagamento delle spese sostenute dalla parte civile.

Tale impostazione restrittiva è stata, però, ben presto contraddetta da altra pronuncia di legittimità, la quale ha rilevato come, «anche nel giudizio dibattimentale ricorra la necessità e l'automaticità dell'intervento correttivo, diretto a esplicitare un comando giudiziale tradito dalla concreta realizzazione espressiva. Il dato peculiare è che quello che si ricostruisce non è la volontà soggettiva del giudice emergente dallo stesso atto (o da atti allo stesso collegati), bensì la sua volontà oggettiva, da considerarsi (necessariamente) immanente nell'atto per dettato ordinamentale».

Questa seconda chiave di lettura polarizza l'attenzione sull'insussistenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 130 c.p.p., le quali non investono le «omissioni in ordine alle quali sia previsto un automatico intervento integrativo da parte del giudice dell'esecuzione, come ad esempio nei casi in cui sia mancata (non per scelta consapevole del giudice) la statuizione di pena accessoria obbligatoria o di confisca obbligatoria, situazioni accomunabili per la realizzabilità dell'integrazione dell'atto mediante operazioni meccaniche di carattere obbligatorio e consequenziale».

Ne deriva che l'omissione di una statuizione obbligatoria di natura accessoria e a contenuto predeterminato non determina nullità e non attiene a una componente essenziale dell'atto, onde a essa può porsi rimedio con la procedura di correzione di cui all'art. 130 c.p.p.

Nel caso di specie, la Suprema Corte ha aderito all'impostazione esegetica meno restrittiva e ha concluso che «la quantificazione dell'importo relativo alla condanna dell'imputato alla rifusione delle spese sostenute dalla parte civile è conseguenza necessaria della sentenza di condanna, di natura accessoria, sicché, non ricorrendo specifiche circostanze idonee a giustificare l'esercizio della facoltà di compensazione delle stesse», è stata ordinata la correzione della sentenza impugnata con aggiunta, nel dispositivo, della seguente dicitura: «nonché al rimborso delle spese processuali sostenute dalla parte civile [...] che liquida in complessivi euro [...], oltre accessori di legge».

I precedenti

In argomento, cfr. Cass., Sez. I, 9 febbraio 2011, V., in *Ced Cass.*, n. 249894; Cass., Sez. I, 1° ottobre 2009, S. ed a., *ivi*, n. 245053; Cass., Sez. Un., 31 gennaio 2008, B., in *Cass. pen.*, 2008, 2740.

La dottrina

A. Chiliberti, *Azione civile e nuovo processo penale*, 2^a ed., Milano, 2006, 935; R. Fonti, *La correzione dell'errore materiale*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. 1.II, *Gli atti*, a cura di G. Dean, Torino, 2008, 147; M. Gia-

luz, *Patteggiamento e spese della parte civile: tra logica negoziale e prerogative del giudice*, in questa Rivista, 2001, 1120; T. Luzi, *Costituzione di parte civile in sede di patteggiamento e dovere del giudice di liquidarne le spese*, in *Cass. pen.*, 1999, 937; M. Maniscalco, *L'azione civile nel processo penale*, Padova, 2006, 171; F. Rigo, *La sentenza*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. 4.II, *Giudizio*, a cura di G. Spangher, Torino, 2009, 662; A. Zappulla, *Patteggiamento e impugnazione della condanna alle spese sostenute dalla parte civile*, in *Cass. pen.*, 2003, 3888.

ESECUZIONE

GLI EFFETTI IN FASE ESECUTIVA DELL'ABOLITIO CRIMINIS "COMUNITARIA"

Cassazione penale, Sez. I, 25 novembre 2011 (10 novembre 2011), n. 43787 - Pres. Giordano - Rel. Bonito - P.m. Iacoviello (concl. conf.) - Ric. p.m. in c. O.A.

Gli artt. 15 e 16 della direttiva 2008/115/CE del Parlamento e del Consiglio U.E. ostano ad una normativa di uno Stato membro che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo, il cui soggiorno sia irregolare, per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio dello Stato, permanga in detto territorio senza giustificato motivo. Spetta, perciò, al giudice nazionale disapplicare ogni disposizione del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 contraria ai portati della summenzionata direttiva, anche qualora il processo di merito si sia concluso con decisione ormai passata in giudicato. Pertanto, il detenuto in espiazione di condanna per violazione della norma incriminatrice "sostanzialmente abrogata", può legittimamente chiedere che sia dichiarata la penale irrilevanza della condotta per la quale è stato condannato, con la immediata cessazione degli effetti della sentenza e, in particolare, di ogni conseguenza esecutiva in atto a suo carico.

Il caso

Il tribunale, in funzione di giudice dell'esecuzione, accoglieva l'istanza avanzata dal condannato e, in applicazione della direttiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'Unione europea (recante «norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare»), dichiarava non previsto dalla legge il fatto per cui era intervenuta sentenza applicativa della pena per violazione dell'art. 14 comma 5-ter d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286. Di conseguenza, revocava il titolo esecutivo con declaratoria di cessazione di ogni effetto penale.

Avverso tale provvedimento ricorreva per cassazione il procuratore della Repubblica, denunciandone l'illegittimità per violazione di legge. In particolare, veniva rimarcata l'inapplicabilità, al caso di specie, della disciplina di cui all'art. 673 c.p.p.: a detta del ricorrente, il caso di specie avrebbe integrato un'inedita forma di *abolitio criminis*, ulteriore rispetto a quelle canoniche individuate dalla legge ed affidata alla disapplicazione, per iniziativa del giudice ordinario, della norma interna perché ritenuta in contrasto con direttive europee. Chiedeva, dunque, l'annullamento del provvedimento impugnato, previa prospettazione, con rinvio alla Corte di giustizia dell'Unione europea, di opportuna pregiudiziale comunitaria.

Il Procuratore generale presso la Corte di cassazione, con motivata requisitoria scritta, concludeva, tuttavia, per il rigetto del ricorso.

La decisione

La Corte di cassazione ha, anzitutto, ricordato che, in data 28 aprile 2011, vale a dire successivamente all'emissione dell'ordinanza impugnata, è stata depositata una sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea ad esito di un procedimento avente ad oggetto domanda di pronuncia pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, proposta da una corte d'appello italiana proprio con riguardo al reato previsto e punito dall'art. 14, comma 5-ter, d.lgs. n. 286 del 1998 in relazione alla summenzionata direttiva del Parlamento e del Consiglio U.E. del 16 dicembre 2008. Con tale sentenza, la Corte europea ha affermato che «la direttiva 2008/115, in particolare i suoi artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permanga in detto territorio senza giustificato motivo». Spetta, perciò, al giudice nazionale «disapplicare ogni disposizione del d.lgs. n. 286 del 1998 contraria al risultato della direttiva 2008/115, segnatamente l'art. 14, comma 5-ter, di tale decreto legislativo», tenendo altresì nel debito conto il principio «dell'applicazione retroattiva della pena più mite, il quale fa parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri».

La Cassazione, su tali premesse, ha rilevato che la decisione della Corte di giustizia, interpretando in maniera autoritativa il diritto dell'Unione con effetto diretto per tutti gli Stati membri e le rispettive giurisdizioni, incide sul sistema normativo, impedendo la configurabilità del reato. «L'effetto è paragonabile», hanno chiosato i giudici di legittimità rifacendosi anche agli insegnamenti della Corte costituzionale *in subiecta materia*, «a quello della legge sopravvenuta [...] con portata sostanzialmente (*tamquam non esset*) abolitrice della norma incriminatrice».

La Cassazione ha anche dissipato eventuali equivoci che potrebbero scaturire dal riferimento, operato dalla Corte di giustizia, alla "pena più mite". Nell'ordinamento italiano, invero, non risultano contemplate ipotesi residuali di reato che possano ritenersi interamente contenute nella fattispecie di cui all'art. 14 comma 5-ter d.lgs. n. 286 del 1998, idonee a "riespandersi" senza necessità alcuna di integrazione a fronte della disapplicazione della fattispecie in esame. Inoltre, ha aggiunto la Cassazione, «nel linguaggio della Corte europea, il termine 'pene' si riferisc[e] a qualsivoglia regime sanzionatorio o afflittivo, non necessariamente corrispondente ad un trattamento 'penale' secondo l'ordinamento italiano e comprensivo, pertanto, [...] del regime sanzionatorio eventualmente in espiazione di un determinato titolo esecutivo formatosi in applicazione della norma penale ormai [...] sostanzialmente abrogata e da valutare comunque *tamquam non esset*».

La Cassazione ha, dunque, concluso che la citata decisione della Corte di Giustizia produce effetti anche nelle fase esecutiva del processo penale, di guisa che il detenuto in espiazione della condanna per violazione della norma incriminatrice "sostanzialmente abrogata" può legittimamente chiedere che sia dichiarata la penale irrilevanza della condotta per la quale è stato condannato, con la immediata cessazione dei suoi effetti e, in particolare, di ogni conseguenza esecutiva in atto a suo carico.

I precedenti

In argomento, v. Corte giust. C.E., Sez. I, 28 aprile 2011, El Dridi, in *Cass. pen.*, 2011, 2780; Cass., Sez. Un., 24 febbraio 2011, p.m. in c. A.P., in questa *Rivista*, 2011, 1348.

La dottrina

C. Amalfitano, *La reclusione degli immigrati irregolari per violazione dell'ordine di allontanamento del questore non è compatibile con le prescrizioni della c.d. direttiva rimpatri*, in *Cass. pen.*, 2011, 2786; R. Bricchetti, *Espulsione*, in *Aa.Vv.*, *Il nuovo diritto dell'immigrazione*, Milano, 2003, 227; A. Caputo, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006, 29; A. Gaito, *Dagli interventi correttivi sull'esecuzione della pena all'adeguamento continuo del giudicato: un processo penale bifasico?*, in *Giur. cost.*, 1996, 892; E. Marzaduri, *Sul rispetto dei diritti fondamentali della persona nella disciplina dell'espulsione*, in *Leg. pen.*, 2002, 1024; C. Morselli, *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Napoli, 2011, 115; L. Parlato, *Aspetti processualpenalistici e dubbi di costituzionalità della legge in materia di immigrazione: figlia di un "giusto processo minore"?*, in *Cass. pen.*, 2004, 346; P. Pisa, *Repressione dell'immigrazione irregolare e direttiva europea sui rimpatri*, in questa *Rivista*, 2011, 393; A.A. Sammarco, *Le altre competenze funzionali del giudice dell'esecuzione*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. 6, *Esecuzione*, a cura di L. Kalb, Torino, 2009, 229; G. Ubertis, *Corte europea dei diritti dell'uomo e "processo equo": riflessi sul processo penale italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 33; F. Viganò - L. Maserà, *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 560; D. Vigoni, *Le norme in materia di immigrazione clandestina*, in *Il processo penale tra politiche della sicurezza e nuovi garantismi*, a cura di G. Di Chiara, Torino, 2003, 190.

MISURE CAUTELARI

PRECISAZIONI SUL VAGLIO DELLE ESIGENZE CAUTELARI NELL'AMBITO DEI PROCEDIMENTI PER RESPONSABILITÀ MEDICA

Cassazione penale, Sez. IV, 18 novembre 2011 (3 novembre 2011), n. 42588 - Pres. Brusco - Rel. Galbiati - P.m. X - Ric. p.m. in c. L.O.

Nell'ambito della responsabilità medica, la sussistenza dell'esigenza cautelare di cui all'art. 274 comma 1 lett. c) c.p.p. impone, ai fini dell'applicazione della misura interdittiva della sospensione temporanea dall'esercizio dell'attività professionale, di esaminare ed apprezzare compiutamente le concrete modalità di commissione del fatto costituente reato e tutti gli altri parametri enunciati nell'art. 133 c.p. che possono evidenziare la personalità del soggetto. Al riguardo, appare sicuramente rilevante considerare il grado della colpa, inteso questo concetto nel senso di valutazione del grado di difformità della condotta dell'autore rispetto alle regole cautelari violate, al livello di evitabilità dell'evento ed al quantum di esigibilità dell'osservanza della condotta doverosa pretermessa.

Il caso

In un procedimento penale per omicidio colposo, ad un me-

dico ginecologo veniva addebitato di avere causato il decesso di una paziente, attuando le seguenti condotte: «decideva di effettuare un tipo di intervento (laparoscopia) in presenza di circostanze che suggerivano l'adozione di altre tecniche chirurgiche; eseguiva in modo gravemente non corretto l'operazione, procurando alla paziente molteplici lesioni sia alla vescica che all'intestino; non si preoccupava di trattare dette lesioni iatrogene nonostante egli, nel corso dell'intervento, si fosse reso conto dell'accaduto; non diagnosticava, neppure nei giorni successivi all'intervento, le ragioni del quadro gravemente precario delle condizioni di salute della donna».

A fronte di un tale quadro indiziario, il pubblico ministero chiedeva, a più riprese, l'applicazione della misura interdittiva della sospensione temporanea dall'esercizio dell'attività professionale di medico ginecologo. Il giudice per le indagini preliminari, tuttavia, rigettava ripetutamente la richiesta dell'inquirente, con decisioni che non venivano sovvertite dal giudice dell'appello, adito ex art. 310 c.p.p.

In particolare, il giudice del gravame escludeva la sussistenza di esigenze cautelari, in quanto «si procedeva per un reato di natura colposa, in relazione ad un soggetto che non risultava avere precedenti per fatti analoghi. Per cui, pur emergendo chiari indizi di reità per i fatti contestati, doveva ritenersi che non emergessero ragioni sufficienti per la configurazione del pericolo di reiterazione di reati della stessa specie. D'altro canto, risultava che la direzione sanitaria del nosocomio dove era in servizio [l'interessato] aveva vietato l'esecuzione di interventi del tipo di quello eseguito sulla paziente deceduta». Aggiungeva, da ultimo, che altro fatto addebitato all'indagato, sulla base di una querela per il reato di lesioni personali gravissime in relazione ad un intervento di raschiamento uterino e di asportazione dell'utero, era ancora in fase d'indagini tecniche, essendo in corso l'accertamento ad opera del consulente nominato dal pubblico ministero; sicché da tale distinta vicenda non potevano ancora trarsi elementi utili sul fronte cautelare.

Avverso le determinazioni del giudice di seconde cure insorgeva il magistrato inquirente. In particolare, obiettava che il medico era incorso in gravissima negligenza ed imperizia nell'espletamento dell'attività chirurgica e che alcuni profili della sua condotta apparivano configurare addirittura un'ipotesi di omicidio volontario sotto l'aspetto del dolo eventuale. Il giudice di appello, secondo l'accusa, non aveva tenuto conto e valutato proprio gli elementi più significativi che giustificavano l'adozione della misura cautelare, e cioè la gravità del delitto contestato ed i profili peculiari ed inusitati della colpa professionale ascrivibili all'indagato. Chiedeva, pertanto, l'annullamento dell'ordinanza del tribunale della libertà.

La decisione

La Suprema Corte ha accolto il ricorso, rilevando che il giudice dell'appello cautelare non aveva correttamente individuato e preso in considerazione le esigenze cautelari idonee a giustificare l'applicazione della misura interdittiva, ai sensi degli artt. 287, 290 e 308 c.p.p., in riferimento all'art. 274, comma 1, lett. c) c.p.p., configurante, com'è risaputo, il pericolo di reiterazione da parte dell'imputato di delitti della stessa specie di quello per cui si procede. Sotto tale profilo, giusta il disposto di quest'ultima fattispecie normativa, secondo la Suprema Corte devono necessariamente essere esaminate ed apprezzate le concrete modalità di commissione del fatto costituente reato e tutti gli altri parametri enunciati nell'art. 133 c.p. che possono evidenziare la personalità del soggetto. «Al riguardo», ha precisato la Cassazione, «appare si-

curamente rilevante considerare il grado della colpa, inteso questo concetto nel senso di valutazione del grado di difformità della condotta dell'autore rispetto alle regole cautelari violate, al livello di evitabilità dell'evento ed al *quantum* di esigibilità dell'osservanza della condotta doverosa pretermessa». Nella configurazione degli elementi delineanti la personalità dell'indagato potrà, così, tenersi conto anche di ulteriori emergenze, sia pure esterne al processo di riferimento, se idonee a qualificare le modalità di svolgimento dell'attività professionale da parte del medico, al fine di pervenire, nell'ambito della materia della colpa professionale in parola, «ad un'eventuale prognosi di reiterazione di comportamenti in relazione alle caratteristiche della struttura in cui il professionista opera ed al comportamento da questi tenuto nel caso oggetto di giudizio e l'offesa temuta agli stessi interessi collettivi già colpiti».

L'ordinanza impugnata è stata, dunque, annullata con rinvio al giudice dell'appello per un nuovo esame della vicenda, sulla base dello schema motivazionale prospettato dalla Corte di legittimità.

I precedenti

In tema, cfr. Cass., Sez. IV, 29 luglio 1994, Cascio, in *Cass. pen.*, 1996, 209.

La dottrina

E. Aprile, *Le misure cautelari nel processo penale*, 2^a ed., Milano, 2006, 207; A. De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. 2.II, *Le misure cautelari*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2008, 62; M. De Giorgio - M. Guagliani, *Le misure interdittive a carico delle persone fisiche e giuridiche*, Torino, 2008, 51; A. Diddi, *Tipologia di misure*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. 2.II, *Le misure cautelari*, a cura di A. Scalfati, Torino, 2008, 139; F. Peroni, *Le misure interdittive nel sistema delle cautele penali*, Milano, 1992, 130; Id., *Misure interdittive (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, IV Agg., Milano, 2000, 742; F. Cerqua, *La tipologia delle misure cautelari personali*, in *Le misure cautelari personali*, vol. I, a cura di G. Spangher - C. Santoriello, Torino, 2009, 406.

RIESAME CAUTELARE E DIRITTO DI ACCESSO ALLA DOCUMENTAZIONE DELLE INTERCETTAZIONI

Cassazione penale, Sez. VI, 28 novembre 2011 (19 ottobre 2011), n. 43996 - Pres. Agrò - Rel. Fazio - P.m. D'Ambrósio (concl. diff.) - Ric. S.A.

In sede di riesame, ove alla difesa sia stato ingiustificatamente impedito il diritto di accesso alle registrazioni poste a fondamento della richiesta cautelare del pubblico ministero, la ricaduta sanzionatoria si traduce in un vizio del procedimento di acquisizione della prova che, determinando l'illegittima compressione del diritto di difesa, comporta una nullità di ordine generale a regime intermedio, soggetta al regime, alla deducibilità ed alle sanatorie di cui agli artt. da 180 a 183 c.p.p. Se, dunque, la difesa compie i passi che le competono ai fini dell'accesso senza ottenere alcun fattivo riscontro, il giudice del riesame deve prendere atto del *vulnus* inferito ai diritti del ristretto, senza poter in alcun modo giustificare l'*error in procedendo* facendo leva sulla complessità delle operazioni di duplicazione da parte della segreteria della procura. Non compete, infatti, all'organo giudican-

te la valutazione della efficienza degli apparati amministrativi interni, né, tanto meno, un simile argomento sarebbe opponibile alla parte privata, che avanza un diritto di rilevanza costituzionale, come quello di difesa.

Il caso

L'indagato ricorreva avverso l'ordinanza con cui il tribunale della libertà aveva rigettato l'istanza di riesame formulata avverso un provvedimento applicativo della misura custodiale in carcere, in relazione a reati di associazione per delinquere dedita al narcotraffico ed a numerosi reati-fine.

Con un unico, articolato motivo, la difesa lamentava la mancata duplicazione di tutto il materiale informatico (intercettazioni e flussi telematici) che costituiva il compendio investigativo, dal quale erano stati tratti gli indizi a carico del ristretto.

Più in dettaglio, rilevava l'interessato che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice distrettuale, le richieste di copie erano state avanzate tempestivamente. Male, poi, aveva fatto lo stesso giudice ad addossare alla parte privata l'onere della prova del mancato rilascio di tali copie, senza peraltro considerare che, negli elenchi allegati alle istanze, erano state minuziosamente indicate le conversazioni rilevanti. Di conseguenza, in virtù di un richiamo alla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Sezioni unite *in subiecta materia*, l'impugnante rimarcava le conseguenze della mancata acquisizione tempestiva del materiale in parola, *sub specie* d'inutilizzabilità *pro tempore* dello stesso.

Da ultimo, il ricorrente osservava come la mancata predeterminazione *ex lege* di un termine a partire dal quale poter richiedere le copie delle intercettazioni non potrebbe interpretarsi in danno della difesa, ma dovrebbe bensì implicare un onere di preventiva organizzazione da parte degli uffici del pubblico ministero, i quali dovrebbero organizzarsi in modo da rispondere tempestivamente alle domande di parte. Nel caso in esame, non solo la procura non aveva proceduto in termini all'adempimento richiesto dall'indagato, ma nemmeno aveva fornito alcuna motivazione di tale inerzia.

La decisione

La Suprema Corte - richiamata la sentenza dei giudici di Palazzo della Consulta che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 268 c.p.p., nella parte in cui non prevede che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare, anche se non depositate - ha chiarito, richiamandosi a criteri di leale collaborazione tra le parti del procedimento, applicabili anche a quello incidentale *de libertate* che: «1) la richiesta del difensore deve essere tempestivamente proposta rispetto alle scadenze temporali Indicate dalle norme processuali *ex art.* 309 c.p.p.; 2) l'organo preposto al rilascio di dette copie è il pubblico ministero, su cui grava l'obbligo [...] di provvedere in tempo utile a consentire l'esercizio del diritto di difesa».

In argomento, la giurisprudenza di legittimità ha già avuto modo di ribadire che, sebbene il pubblico ministero non sia tenuto a trasmettere al tribunale del riesame anche le registrazioni delle conversazioni intercettate (posto che, ai sensi dell'art. 309, comma 5, c.p.p., si devono mettere a disposizione solo gli atti prodotti con la richiesta di applicazione della misura cautelare), tuttavia sussiste un diritto incondizionato all'accesso a detta documentazione che implica, come naturale conseguenza, quello di ottenere la trasposizione su na-

stro magnetico delle registrazioni medesime, da bilanciare con le esigenze di celerità imposte dalle sequenze temporali indicate dall'art. 309 c.p.p., di cui all'evidenza è arbitro il tribunale distrettuale.

Ciò premesso, la Suprema Corte ha osservato come, nel caso di specie, la richiesta di applicazione della misura, così come formulata dal magistrato inquirente, avesse, quali basi indiziarie, proprio le conversazioni indicate nell'elenco delle registrazioni che il difensore intendeva acquisire in copia: le intercettazioni venivano ivi segnalate con i progressivi e le date di captazione, peraltro con esplicita dichiarazione che i detti numeri identificativi erano stati desunti dallo stesso titolo custodiale. Era stato, invero, lo stesso giudice della cautela ad esaminare e valutare le frasi di maggior rilievo, estrapolate e richiamate per stralci nel corpo del provvedimento cautelare.

Il *thema decidendi* introdotto dalla difesa è stato recentemente affrontato dalle Sezioni Unite, le quali hanno stabilito che, ove alla difesa sia stato ingiustificatamente impedito il diritto di accesso alle registrazioni poste a fondamento della richiesta cautelare del pubblico ministero, la ricaduta sanzionatoria non coincide né con la nullità originaria del provvedimento impositivo (legittimamente fondato sugli atti prodotti a sostegno della richiesta), né con l'inutilizzabilità degli esiti delle captazioni effettuate (perché quest'ultima scaturisce solo dalle ipotesi contemplate dall'art. 271 c.p.p.); né con la perdita di efficacia della misura (giacché revoca e perdita di efficacia sono disciplinate analiticamente dagli artt. da 299 a 303 e 309 c.p.p.); si traduce, bensì, in un vizio nel procedimento di acquisizione della prova che, determinando l'illegittima compressione del diritto di difesa, comporta una nullità di ordine generale a regime intermedio, soggetta al regime, alla deducibilità ed alle sanatorie di cui agli artt. da 180 a 183 c.p.p.

Nel caso di specie, dunque, la constatata indisponibilità delle copie richieste non è stata affatto giudicata dalla Cassazione come priva di conseguenze sanzionatorie, anche perché la difesa si era attivata tempestivamente, tanto che il difensore si era fatto parte diligente presso la procura della Repubblica già prima di esperire il riesame.

Inoltre, è stato senz'altro escluso che gravasse sul ricorrente la prova del fatto negativo del mancato rilascio del materiale richiesto.

Se, dunque, la difesa aveva compiuto i passi che le competevano senza ottenere alcun fattivo riscontro, il tribunale avrebbe dovuto prendere atto del *vulnus* inferto ai diritti del ristretto, senza poterlo giustificare (come invece era accaduto) facendo leva sulla tesi, del tutto inconferente, che le operazioni di duplicazione erano di per sé di elevata complessità ed avevano impegnato la segreteria della procura in un lavoro delicato e complesso: «non compete certo all'organo giudicante», ha chiosato la Suprema Corte, «la valutazione [...] della efficienza degli apparati amministrativi interni, né tanto meno ciò è opponibile alla parte privata, che avanza un diritto di rilevanza costituzionale, quale quello di difesa. È di tutta evidenza che, essendo la messa a disposizione delle copie dei supporti informatici finalizzata al pieno dispiegarsi dell'attività difensiva, è implicito l'obbligo per il requirente di soddisfare la richiesta in tempo utile per la disamina in vista del riesame».

L'ordinanza impugnata è stata, quindi, annullata, con rinvio al giudice del riesame per una nuova deliberazione, da effettuarsi tenendo conto del diritto della difesa di ottenere il previo rilascio della copia dei supporti magnetici, così come richiesto nelle istanze in atti.

I precedenti

In tema, v. Cass., Sez. Un., 22 aprile 2010, L., in *Cass. pen.*, 2011, 461; Cass., Sez. III, 30 settembre 2009, K.D., in *Ced Cass.*, n. 244938; Cass., Sez. fer., 10 settembre 2009, B.G., *ivi*, n. 244694; Cass., Sez. VI, 7 maggio 2009, G.A., in questa *Rivista*, 2010, 575; n. 244938; Corte cost., 10 ottobre 2008, n. 336, in *Cass. pen.*, 2009, 861.

La dottrina

E. Aprile, *Intercettazioni di comunicazioni*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. 2.I, *Le prove*, a cura di A. Scafati, Torino, 2009, 509; Id., *Le misure cautelari nel processo penale*, 2ª ed., Milano, 2006, 406; A. Corbo, *Il diritto di conoscere il contenuto delle intercettazioni impiegate per un provvedimento cautelare personale*, in *Cass. pen.*, 2009, 865; A. Furgiele, *Il riesame*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. 2.II, *Le misure cautelari*, a cura di A. Scafati, Torino, 2008, 491; E.N. La Rocca, *Il procedimento di riesame*, in *Le misure cautelari personali*, vol. I, a cura di G. Spangher - C. Santoriello, Torino, 2009, 459; L. Milani, *Sul diritto del difensore alla piena conoscenza delle risultanze delle intercettazioni utilizzate nel procedimento cautelare: le Sezioni Unite non sciolgono tutti i dubbi*, in *Cass. pen.*, 2011, 461; G. Sola, *Le intercettazioni telefoniche tra "nuovi" assetti cautelari e "diritto di difendersi provando"*, in questa *Rivista*, 2010, 577.

PATROCINIO A SPESE DELLO STATO

PARTE CIVILE AMMESSA AL GRATUITO PATROCINIO ED IMPUTATO CONDANNATO A RIFONDERE LE SPESE DI LITE

Cassazione penale, Sez. VI, 14 dicembre 2011 (8 novembre 2011), n. 46537 - Pres. Milo - Rel. Citterio - P.m. Russo (concl. diff.) - Ric. F.D.

Quando il giudice del processo penale condanna l'imputato alla rifusione integrale delle spese legali sostenute dalla parte civile ammessa al beneficio del patrocinio a spese dello Stato, la somma che l'imputato deve rifondere all'erario deve coincidere con quella che lo Stato liquida al difensore. Essa va, pertanto, subito determinata secondo i parametri di cui all'art. 82 d.P.R. 30 maggio 2002 n. 115.

Quando il giudice del processo penale condanna l'imputato alla rifusione integrale delle spese legali sostenute dalla parte civile ammessa al beneficio del patrocinio a spese dello Stato, nel dispositivo deve, contestualmente, disporre che il pagamento avvenga in favore dello Stato e procedere alla liquidazione in favore del difensore.

Il caso

Il giudice per le indagini preliminari, definendo ai sensi dell'art. 444 c.p.p. un processo instaurato per i reati di cui agli artt. 81, 572, 582 e 610 c.p., commessi dall'imputato ai danni della ex convivente e dei due figli minori, applicava la pena concordata tra le parti e condannava il prevenuto alla rifusione delle spese di difesa sostenute dalla parte civile.

Avverso tale ultima determinazione insorgeva il condannato, denunciando, con un unico motivo, la violazione dell'art. 444,

comma 2, c.p.p., in riferimento agli artt. 75 ss. d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115: ricordato che la parte civile era stata ammessa al patrocinio a spese dello Stato, deduceva che la liquidazione, come in concreto disposta dal giudice per le indagini preliminari, avrebbe potuto profilare un indebito arricchimento della medesima parte civile e un corrispondente danno per l'imputato, in ragione della possibilità che la prima ottenesse una duplicazione della liquidazione dei compensi al proprio difensore. Richiamava, quindi, giurisprudenza di merito a sostegno della tesi che il giudice per le indagini preliminari avrebbe dovuto limitarsi ad affermare il diritto della parte civile all'*an debeat*, in ordine alla rifusione delle spese legali, con rinvio per la quantificazione alla procedura prevista nell'ambito della disciplina speciale del patrocinio a spese pubbliche. Chiedeva, pertanto, l'annullamento della relativa statuizione contenuta in sentenza.

La decisione

In apertura di un complesso apparato motivazionale, la Cassazione non ha mancato di rilevare che la fattispecie in parola sembra porsi al crocevia di due discipline apparentemente in contrasto. Infatti, l'art. 541 comma 1 c.p.p. prevede che «con la sentenza che accoglie la domanda di restituzione o di risarcimento del danno, il giudice condanna l'imputato [...] al pagamento delle spese processuali in favore della parte civile, salvo che ritenga di disporre, per giusti motivi, la compensazione totale o parziale». La quantificazione di tali spese avviene secondo le norme ed i criteri generali della tariffa professionale penale e va a costituire, appunto, uno dei capi della sentenza, suscettibile di autonoma impugnazione. La disciplina del patrocinio a spese dello Stato prevede, invece, che il compenso al difensore della parte ammessa sia liquidato dal giudice che ha proceduto con apposito decreto di pagamento (art. 82, comma 1, d.P.R. n. 115 del 2002), al termine di ciascuna fase o grado del processo (art. 83 comma 2 d.P.R. n. 115 del 2002). La quantificazione del compenso avviene sempre con l'osservanza delle tariffe professionali, ma incontra il limite indefettibile del valore medio delle singole voci (art. 82 comma 1 d.P.R. n. 115 del 2002). Quando, poi, ad essere stata ammessa al patrocinio a spese pubbliche è la parte civile, l'art. 110, comma 3, d.P.R. n. 115 del 2002, con disposizione specifica, prescrive che «con la sentenza che accoglie la domanda di restituzione o di risarcimento del danno il magistrato, se condanna l'imputato non ammesso al beneficio al pagamento delle spese in favore della parte civile ammessa al beneficio, ne dispone il pagamento in favore dello Stato».

In subiecta materia - ha sintetizzato la Corte - si assiste, dunque, all'intreccio di tre "relazioni": quella tra l'imputato e la parte civile, quella tra l'imputato e lo Stato, quella tra lo Stato e la parte civile.

Nei casi come quello in esame, il primo quesito che si pone è se la somma, che il giudice in sentenza pone a carico dell'imputato per la rifusione delle spese legali della parte civile vincitrice (somme che vedono come destinatario lo Stato e non la parte privata), debba o meno coincidere con quella, a carico dello Stato, che lo stesso giudice deve liquidare al difensore della parte civile, con il decreto ex art. 82, d.P.R. n. 115 del 2002. In seconda istanza, si pone il quesito se il regime delle eventuali impugnazioni sul punto della quantificazione della somma che l'imputato è condannato a pagare in favore dello Stato (e che lo Stato liquida al difensore della parte civile) sia quello ordinario, previsto dagli artt. 574 ss. c.p.p., o quello speciale, disciplinato dagli artt. 84 e 170 d.P.R. n. 115 del 2002.

Per dirimere la questione, la Suprema Corte ha adottato due diverse visuali prospettiche, una sostanziale, l'altra prettamente processuale.

Dal primo punto di vista, a sostegno della tesi della necessaria coincidenza tra la somma che l'imputato deve corrispondere allo Stato e quella che quest'ultimo deve corrispondere al difensore della parte civile, la Cassazione ha richiamato, sia il generale divieto d'ingiustificato arricchimento (lo Stato non potrebbe ricevere, per la prestazione del difensore di parte civile, più di quanto sarebbe poi tenuto a corrispondere al medesimo professionista proprio per quella specifica prestazione), sia la regola generale intesa ad evitare danni erariali (che si verificherebbero ove lo Stato - per la medesima causale - ricevesse dall'imputato, in ragione della sua soccombenza civile, somma inferiore a quella da corrispondersi al difensore della parte civile).

Vero che, così ragionando, l'imputato beneficerebbe indirettamente della non assenza della persona che ha danneggiato, trovandosi a rimborsare spese legali che, in ragione del limite quantitativo imposto dall'art. 82, d.P.R. n. 115 del 2002, sarebbero senz'altro inferiori a quelle dovute se il danneggiato fosse abiente. Vero anche, però, che quest'ultimo rilievo attribuisce alla rifusione delle spese di lite un contenuto *lato sensu* "sanzionatorio" che, dal punto di vista sistematico, si configura come improprio ed esogeno, in quanto presupposto e finalità della rifusione delle spese di lite sono il tenere indenne la controparte delle spese effettivamente sostenute in ragione del processo, esulando finalità "punitiva" del tipo di quella prevista dall'art. 96 c.p.c.

Chiarito, dunque, che le spese di difesa sostenute vanno parametrare ai sensi dell'art. 82, d.P.R. n. 115 del 2002, la Suprema Corte non ha tralasciato di ricordare che il rapporto "imputato - parte civile" mantiene comunque una potenziale autonomia, giacché il giudice, ricorrendone le circostanze di merito e legittimità, potrebbe compensare tali spese. In tale evenienza, oltretutto nell'ipotesi di assoluzione, nulla sarebbe dovuto dall'imputato allo Stato, mentre il difensore della parte civile ammessa al patrocinio a spese pubbliche manterrebbe sempre il diritto, nei confronti dell'erario, alla liquidazione dei propri compensi, secondo i consueti criteri *ex art.* 82 d.P.R. n. 115 del 2002.

In definitiva, il difensore della parte civile ammessa al patrocinio a spese dello Stato ha diritto alla liquidazione del compenso anche nel caso di mancato accoglimento delle domande civilistiche, con il solo limite, comune a tutti i casi di ammissione al patrocinio a spese pubbliche nel processo penale, dell'impugnazione dichiarata inammissibile, *ex art.* 106 comma 1 d.P.R. n. 115 del 2002.

La Corte regolatrice ha rimarcato come, soltanto nei due casi dell'assoluzione e della compensazione, le discipline di cui all'art. 541 c.p.p. e agli artt. 82 e 110 d.P.R. n. 115 del 2002 mantengono la propria autonomia. Quando, invece, la sentenza penale contiene il riconoscimento della responsabilità dell'imputato anche ai fini civili e la sua condanna alla rifusione delle spese legali, tale autonomia viene meno, trovando applicazione esclusivamente la disciplina di cui all'art. 110 d.P.R. n. 115 del 2002, da intendersi quale normativa successiva, speciale e specifica rispetto all'art. 541 c.p.p. «Ciò significa», ha chiosato la Suprema Corte, «che non vi è un'effettiva sovrapposizione di norme non coordinate (situazione che pur imporrebbe la ricerca di soluzione interpretativa sistematica), bensì l'operare in concreto del generale principio di specialità tra diverse discipline che riguardino la medesima fattispecie».

In parte qua, è stata contraddetta altra giurisprudenza della

Suprema Corte, secondo la quale i provvedimenti ex art. 541 c.p.p. ed ex art. 82 d.P.R. n. 115 del 2002 sarebbero sempre «distinti ed entrambi necessari», «rispondendo a finalità e *ratio legis* assolutamente differenti tra loro», sicché la «difficoltà, anche dal punto di vista pratico, di coordinare le due liquidazioni» e gli «inconvenienti» conseguenti potrebbero essere evitati solo «riconoscendo l'autonomia delle due liquidazioni». Al riguardo, la Cassazione, nella decisione in rassegna, ha obiettato che «appare, invero, francamente assorbente l'osservazione che non si comprende quale spazio avrebbe, nella fattispecie esaminata ed alla luce delle considerazioni sistematiche prima svolte, la statuizione relativa all'art. 541 c.p.p. (intesa come condanna diretta dell'imputato in favore della parte civile), risultando così in realtà solo *inutiliter data*. Perché, giova ripeterlo, quando la parte civile è ammessa al patrocinio a spese dello Stato, in ordine alla disciplina della rifusione delle spese legali non residua alcun rapporto diretto tra l'imputato soccombente e la parte civile, perché l'unico rapporto di quest'ultima - e del suo difensore - è solo con lo Stato. Sicché, porre a carico dell'imputato la liquidazione delle spese in favore della parte civile ammessa al patrocinio a spese dello Stato costituisce solo un errore di diritto e realizza un vizio di violazione di legge».

È stata, quindi, privilegiata la soluzione ermeneutica che teorizza la coincidenza tra le somme e in tal senso è stato enunciato il principio di diritto secondo cui, «quando il giudice del processo penale condanna l'imputato alla rifusione integrale delle spese legali sostenute dalla parte civile, ammessa al beneficio del patrocinio a spese pubbliche, la somma che l'imputato deve rifondere in favore dello Stato deve coincidere con quella che lo Stato liquida al difensore. Essa va, pertanto, subito determinata secondo i parametri di cui all'art. 82 d.P.R. n. 115 del 2002».

Sul fronte procedurale, la Corte regolatrice ha osservato che la necessaria coincidenza tra le somme relative al rapporto «imputato - Stato» ed a quello «Stato - parte civile» si ottiene agevolmente liquidando direttamente con la sentenza al difensore le spese di difesa sostenute dalla parte civile ammessa al patrocinio. «Il giudice del processo penale - che ben sa che la parte civile è ammessa al patrocinio a spese pubbliche - quando condanna l'imputato anche al pagamento delle spese di difesa sostenute da tale parte, nel medesimo dispositivo deve provvedere all'indicazione dello Stato come creditore del pagamento a carico dell'imputato, quantificandolo ai sensi dell'art. 82 d.P.R. n. 115 del 2002, e contestualmente provvedendo alla liquidazione della stessa somma in favore del difensore della parte civile, sempre ai sensi di tale norma».

Si tratta, secondo la Cassazione, «non tanto o non solo di soluzione sistematica quanto [...] [della] conseguenza immediata dell'applicazione concreta della specialità della disciplina dell'art. 110 d.P.R. n. 115 del 2002 rispetto all'art. 541 c.p.p., ovviamente sul punto della quantificazione, rimanendo l'*an debeat* disciplinato solo dall'art. 541 c.p.p.».

Ne consegue, *inter cetera*, che il difensore della parte civile ammessa al patrocinio a spese pubbliche deve presentare, al momento delle conclusioni, all'esito della discussione, la propria nota spese già conforme alle regole dell'art. 82 d.P.R. n. 115 del 2002. Una nota spese che prescindesse del tutto da quelle regole e da quei criteri non avrebbe alcuna efficacia, né troverebbe senso sistematico alcuno, posto che il rapporto dell'avvocato è, quanto ai propri onorari ed alle proprie spese e dal momento in cui assume la difesa di persona danneggiata ammessa al patrocinio a spese pubbliche, solamente con lo Stato. E, in ogni caso, la liquidazione del giudi-

ce precedente non potrebbe che vincolarsi a quei parametri, quali che fossero le entità delle singole voci sollecitate dalla nota, in esubero o non conformità ai criteri di cui all'art. 82 d.P.R. n. 115 del 2002.

Altro portato delle soluzioni esegetiche sinora illustrate è che «le impugnazioni relative all'*an debeat* sono disciplinate dal codice di rito, come tutte quelle relative ai singoli punti della decisione, mentre quelle relative al *quantum debeat* sono disciplinate dagli artt. 84 e 170 d.P.R. n. 115 del 2002 (che prevedono la partecipazione di tutte le parti processuali interessate), posto che il difensore ha diritto alla liquidazione al termine di ciascuna fase o grado del processo, sicché risulta sistematicamente illegittimo l'eventuale differimento dell'efficacia delle singole liquidazioni al momento unico dell'eventuale passaggio in giudicato della decisione». Da qui, l'enunciazione di un secondo principio di diritto, a mente del quale, «quando il giudice del processo penale condanna l'imputato alla rifusione integrale delle spese legali sostenute dalla parte civile, ammessa al beneficio del patrocinio a spese pubbliche, nel dispositivo deve contestualmente, sia disporre che il pagamento avvenga in favore dello Stato, sia procedere alla liquidazione in favore del difensore».

L'applicazione dei due principi di diritto enunciati al caso di specie, tenuto conto che la somma liquidata dal giudice per le indagini preliminari non era illegittima in relazione ai criteri di cui all'art. 82 d.P.R. n. 115 del 2002, ha comportato l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata, limitatamente alla parte in cui disponeva la condanna dell'imputato al pagamento delle spese di difesa sostenute dalla parte civile direttamente alla stessa; l'ordine, ai sensi dell'art. 620 lett. 1) c.p.p., che il pagamento avvenisse in favore dello Stato; la conferma della liquidazione della somma, come determinata dal giudice per le indagini preliminari, in favore del difensore della parte civile.

I precedenti

In tema, cfr. Cass., Sez. IV, 16 luglio 2009, S.F., in *Ced Cass.*, n. 245463; Cass., Sez. VI, 9 ottobre 2008, A.F.M., *ivi*, n. 241336; Cass., Sez. IV, 10 aprile 2008, A.F.M., *inedita*.

La dottrina

A. Chilliberti, *Azione civile e nuovo processo penale*, 2^a ed., Milano, 2006, 489; S. Ciampi, *L'informazione dell'indagato nel procedimento penale*, Milano, 2010, 480; L. Dipaola, *Difesa d'ufficio e patrocinio dei non abbienti nel processo penale*, Milano, 2003, 86; L. Luparia, *Il nuovo procedimento di ammissione al patrocinio per i non abbienti nel processo penale*, in *Giur. it.*, 2003, 836; P. Sechi, *Il patrocinio dei non abbienti nei procedimenti penali*, Milano, 2006, 360.

Osservatorio Contrasti giurisprudenziali

a cura di **Guglielmo Leo**

ATTI

NOTIFICAZIONI PER L'IMPUTATO IRREPERIBILE

Cassazione penale, Sez. II, 18 agosto 2011 (u.p. 29 aprile 2011), n. 32331 - Pres. Carmenini - Rel. Verga - P.M. Ce drangolo (concl. diff.) - Ric. Morari

Se le ricerche da effettuare prima che possa legittimamente dichiararsi la irreperibilità dell'imputato debbano comprendere una chiamata telefonica verso l'utenza cellulare che, sulla base degli atti, risulti in uso all'interessato.

Il dirompente sviluppo della telefonia mobile, con la disponibilità quasi generalizzata di un recapito personale per ciascun cittadino, ha posto in tempi recenti un problema che in precedenza non era stato ben focalizzato: quello della opportunità o della necessità che l'Amministrazione giudiziaria, nei casi in cui debba reperire un determinato soggetto a fini di notificazione, tenti di instaurare un contatto proprio attraverso l'utenza telefonica.

Quando v'era disponibilità solo o prevalentemente di **impianti fissi**, installati nei luoghi di dimora e di lavoro, l'identificazione dell'utenza telefonica corrispondeva in sostanza all'identificazione del **luogo** in cui l'interessato avrebbe dovuto essere cercato in applicazione dell'art. 159 c.p.p. La relazione tra impianto e sede fisica, tra l'altro, era relativamente stabile, e non solo per ragioni tecniche. Certo non v'era possibilità (e neppure interesse) per una rapida e continua mutazione dell'utenza telefonica. L'avvento dei **telefoni cellulari** ha reso quasi desueta l'ipotesi di soggetti che non dispongano di un recapito telefonico. Per altro verso, è stata rescissa ogni **relazione** tra la titolarità dell'**utenza** ed un «**luogo per le notificazioni**». Sociologicamente, si riscontra una forte instabilità anche per il rapporto tra una determinata persona ed una certa utenza, data la possibilità (ed anzi l'abitudine, in certi ambienti) di frequenti cambiamenti dell'utenza stessa. In ogni caso, e a differenza di quanto non sia per le linee fisse, l'identificazione del numero di telefono non conduce ad individuare un luogo di reperibilità dell'interessato. Si ottiene forse, ed invece, la possibilità di parlargli per verificare se voglia in via di fatto indicare dove può essere rintracciato, o presentarsi per prendere cognizione dell'atto che gli deve essere notificato.

Le circostanze sommariamente indicate sottendono al **contrasto** che si è determinato, nella giurisprudenza della Suprema Corte, circa la **completezza di ricerche** condotte a fini di prima notifica per l'imputato non detenuto, quando la polizia giudiziaria incaricata abbia ommesso di «**telefonare**» all'**interessato**, sempre che in atti risulti indicata una utenza telefonica cellulare nella sua disponibilità. È appena il caso di

notare che la soluzione negativa del quesito comporta la **nullità** della notifica successivamente effettuata con il rito per gli irreperibili, e degli atti conseguenti alla notifica stessa: una nullità di **carattere assoluto**, quando si tratti della citazione a giudizio dell'imputato (da ultima, e tra le molte, Cass., Sez. III, 9 marzo 2010, n. 9244, Teranaj, in *Ced Cass.*, n. 246234). Al momento si conoscono due pronunce sull'argomento, che affermano principi esattamente opposti. La prima in ordine di tempo ha stabilito che l'Autorità procedente ha il **dovere**, nel caso disponga del numero di telefonia mobile di una persona non altrimenti reperita, di stabilire un **contatto telefonico** con tale persona, con la conseguenza che sarebbe **illegittimo il decreto di irreperibilità** emesso in assenza dell'adempimento (Cass., Sez. I, 11 febbraio 2010, n. 5476, Liberatore, *ivi*, n. 245914).

La Corte ha notato, nell'occasione, che la personale partecipazione al processo dell'imputato è un valore di rilievo costituzionale, e che dunque le ricerche strumentali a garantire il relativo diritto, attraverso una forma efficace di notificazione, «devono svolgersi utilizzando nei modi più efficaci notizie ed informazioni in possesso dell'autorità procedente, in assenza di **indulgenti formalismi**». In particolare, quando «l'autorità amministrativa investita delle ricerche sia in possesso del numero cellulare del ricercato e provveda ad esse senza utilizzare detto moderno strumento di immediato contatto con la persona ricercata, si concretizza una **negligente omissione** idonea a rendere illegittime le operazioni ad essa autorità delegate, e ad inficiare, di conseguenza, irrimediabilmente il successivo decreto di irreperibilità ed ogni atto processuale successivo a tale decreto connesso». Va aggiunto, per completezza, come emerga dalla motivazione del provvedimento che nel caso di specie l'opportunità di un contatto telefonico era stata tralasciata quando s'era trattato di avvertire l'interessato dell'udienza camerale che lo riguardava, ma era stata sfruttata con successo quando, celebrata l'udienza, si era posta la necessità di eseguire il conseguente provvedimento di prevenzione.

Come anticipato, una successiva pronuncia ha **negato l'illegittimità** del decreto con il quale venga dichiarata l'irreperibilità dell'interessato senza un tentativo di comunicazione mediante l'utenza telefonica mobile che risulti nella sua disponibilità. Per la verità un precedente assai remoto aveva anticipato, in qualche modo, una soluzione analoga, ma in fattispecie assai particolare (ricerche all'estero, non approfondite sfruttando la conoscenza di un recapito telefonico: Cass., Sez. II, 7 settembre 1989, n. 11582, Di Carlo, *ivi*, n. 181995). La decisione odierna, comunque, si fonda in grande misura sulle particolari caratteristiche della **telefonia cellulare** (Cass., Sez. II, 18 agosto 2011, n. 32331, Morari, *ivi*, n. 250764).

La Corte, pur ammettendo che la disciplina delle ricerche presidia un diritto di rilievo costituzionale, e che l'indicazione di

specifiche indagini nell'art. 159 c.p.p. non è tassativa, ha osservato come le indagini stesse debbano comunque finalizzarsi alla diretta esecuzione della notifica «nelle forme di cui all'art. 157 c.p.p., che pone come regola base la consegna a mani proprie del destinatario. Se ciò non è possibile l'art. 157 individua i **luoghi** dove può ragionevolmente presumersi che si rinvenga un convivente dell'imputato». Aggiunge la Corte: «l'utenza cellulare, in quanto utenza mobile, è **priva di qualsiasi collegamento** certo ad una **persona** e ad un **luogo**. L'utilizzo di tale utenza non assicura il contatto con la persona ricercata, in particolare quando la stessa, come nel caso di specie non ha avuto alcun contatto con l'autorità procedente. Ma anche nel caso in cui si realizzi un effettivo contatto con la persona ricercata la stessa non può che essere invitata presso gli Uffici dell'Autorità procedente per ricevere la notificazione dell'atto. Evidenti esigenze di ordine garantistico hanno infatti indotto il legislatore ad escludere l'imputato dal novero dei soggetti che possono essere avvisati o convocati a mezzo telefono anche nei casi di urgenza».

La Corte ha desunto una connessione necessaria tra **ricerca «libera»** e diretta **identificazione di luoghi** anche da una nota sentenza della **Consulta**, la quale aveva fortemente valorizzato il ricorso legislativo all'avverbio «particolarmente» quale sintomo della necessità di qualunque verifica che possa risultare utile allo scopo, ma pur sempre in relazione a «luoghi diversi da quelli menzionati» nell'art. 159 c.p.p. (Corte cost., 12 dicembre 1998, n. 399).

Anche in questo caso può essere utile un riferimento alla fattispecie concreta. L'interessato (che aveva comunque indicato un recapito telefonico durante un controllo sanitario) era stato soggetto ad intercettazioni telefoniche che avevano evidenziato la disponibilità in successione, da parte sua, di utenze mobili diverse. La Corte ha considerato paradossale la pretesa che le ricerche potessero considerarsi concluse solo con un tentativo di contatto presso tutte le utenze in questione.

STUPEFACENTI

SULLA RILEVANZA PENALE DEL COSIDDETTO
«USO DI GRUPPO» DI SOSTANZE STUPEFACENTI

Cassazione penale, Sez. III, 3 ottobre 2011 (ud. 20 aprile 2011), n. 35706 - Pres. Ferrua - Rel. Rosi - P.M. Salzani (concl. conf.) - Ric. Garofano

Se costituisca reato la condotta di acquisto e detenzione di sostanze stupefacenti su mandato di più persone ed a fini di uso contestuale e collettivo delle sostanze medesime.

La questione del cd. «uso di gruppo» delle sostanze stupefacenti viene posta ormai da decenni, in relazione a comportamenti sociali molto frequenti, specie in ambito giovanile. Le riserve circa la punizione di condotte del genere si fonda, naturalmente, sull'irrilevanza penale da lungo tempo stabilita per il consumo personale delle droghe, e valorizza l'obiettivo diversità di significato «criminale» rispetto al comportamento dei «commercianti» di materie stupefacenti. È vero che, finanche nel caso di acquisto collettivo, ciascuno degli agenti favorisce il consumo altrui della sostanza acquistata. Ed è vero, soprattutto, che l'acquisto per conto del gruppo da parte di un singolo incaricato comporta che quest'ultimo detenga il materiale con finalità di cessione a terzi, e poi effettivamente

provveda alla cessione medesima, sia pure al fine di un **uso contestuale e collettivo** da parte del gruppo. Tuttavia, come accennato, la percettibile distanza dal modello del narcotraffico (sia pur di infimo livello) ha sempre indotto una parte della giurisprudenza all'elaborazione di modelli ermeneutici utili ad escludere la rilevanza penale del fenomeno.

Nel corso degli anni '90 si era sviluppato un severo **contrasto** sull'argomento, poi superato da un intervento risolutore delle **Sezioni unite**, nel senso della **irrilevanza penalistica** del cd. **uso di gruppo**.

Occorre rammentare che una consultazione referendaria aveva rimosso i limiti quantitativi posti per la «lecita» detenzione a fini di consumo personale, e che si considerava pacifica l'irrilevanza di acquisti collettivi per fini di comune consumo. Di qui la parte essenziale del ragionamento della Corte. Una situazione di **codetenzione** sarebbe ravvisabile anche nel caso di mandato per l'acquisto conferito ad un singolo, data l'equivalenza di effetti circa il trasferimento della disponibilità dello stupefacente (artt. 1388 e 1706 c.c.). Al momento della distribuzione, ogni cessionario sarebbe in sostanza già proprietario della droga ricevuta dal mandatario, e sarebbe irragionevole trattare la fattispecie diversamente da quella dell'acquisto collettivo contestuale. Per altro verso, la condotta di cessione sarebbe «inoffensiva» in termini di incremento dei consumi di droga, posto che, per definizione, le sostanze sarebbero movimentate secondo quantitativi e verso soggetti comunque già determinati all'utilizzo. La stessa abolizione dei limiti quantitativi avrebbe testimoniato - sempre secondo la Corte - una «tolleranza» di sistema verso una detenzione commisurata solo alle caratteristiche effettive del consumo, tale da comprendere anche l'assunzione di un gruppo di soggetti invece che del singolo: «l'esclusione dell'illeceità penale in assenza di qualsiasi limite quantitativo implica la possibilità di un più consistente "accumulo" della sostanza non solo da parte del singolo assunto, ma anche nel caso di codetenzione, che non potrebbe essere discriminato sotto tale profilo senza determinare arbitrarie disparità di trattamento» (Cass., Sez. un., 18 luglio 1997, n. 4, P.m. in c. Iacolare, in *Riv. pen.* 1997, 805, con nota di A. Tencati, *Assunzione collettiva di stupefacenti e depenalizzazione*; in *Guida dir.*, 1997, 33, 62, con nota di G. Amato, *La destinazione a una "somma" di usi personali toglie rilevanza penale alla detenzione*).

Come accennato, l'intervento del supremo Collegio aveva di fatto spento il contrasto antecedente. La giurisprudenza si era limitata a confermare e precisare le «**condizioni**» necessarie alla configurazione di un «**uso di gruppo**» effettivamente privo di rilevanza penale. Occorreva naturalmente che vi fosse un **mandato preventivo**, ed anche una collettiva predisposizione dei **mezzi finanziari** necessari all'acquisto, così da garantire che il successivo frazionamento della sostanza acquisita fosse solo una operazione materiale di divisione, senza trasferimento dall'uno all'altro di valore (Cass., Sez. IV, 22 novembre 2000, n. 12001, *Acqua*, in *Ced Cass.*, n. 217893; Cass., Sez. VI, 1 luglio 2003, n. 28318, Orsini, *ivi*, n. 225684). Occorreva, inoltre, che fossero stabiliti a monte dell'acquisto il **numero** e l'**identità** delle **persone interessate** alla successiva consumazione (Cass., Sez. VI, 16 luglio 2004, n. 31456, Altobelli, *ivi*, n. 229272). L'indirizzo aveva ricevuto numerose conferme (Cass., Sez. IV, 16 marzo 2001, n. 10745, Catania, *ivi*, n. 218778; Cass., Sez. IV, 13 agosto 2004, n. 34427, Inglese, *ivi*, n. 229693; Cass., Sez. IV, 6 febbraio 2004, n. 4842, Elia, *ivi*, n. 229368). E tali conferme erano proseguite anche dopo che la disciplina incriminatrice aveva subito le modifiche di cui subito si dirà, avuto riguardo

per altro a fattispecie concrete antecedenti (Cass., Sez. V, 21 settembre 2006, n. 31443, Roncucci, *ivi*, n. 235213; Cass., Sez. VI, 29 maggio 2007, n. 21178, Montaldo, *ivi*, n. 236585; Cass., Sez. IV, 28 settembre 2007, n. 35682, Di Riso, *ivi*, n. 237776; Cass., Sez. VI, 8 ottobre 2007, n. 37078, Antonini, *ivi*, n. 237274; Cass., Sez. VI, 15 luglio 2008, n. 29174, Del Conte, *ivi*, n. 240580; Cass., Sez. IV, 23 febbraio 2009, n. 7939, D'Aniello, *ivi*, n. 243870).

Per altro, come anticipato, una **sostanziale modifica** era stata portata alla **fattispecie incriminatrice** (di cui all'art. 73 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309) mediante l'art. 4-bis del d.l. 30 dicembre 2005, n. 272, come convertito dalla l. 21 febbraio 2006, n. 49. Il **comma 1-bis** del citato art. 73 stabilisce oggi il rilievo penale della condotta di chi «importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o **comunque illecitamente detiene**» sostanze stupefacenti, quando le stesse «appaiono destinate ad un uso **non esclusivamente personale**». Va ricordato che, nella versione antecedente alla riforma, l'art. 75 del T.U. stupefacenti riferiva le sanzioni amministrative alle condotte tenute, riguardo alle sostanze stupefacenti, «per farne uso personale». Dopo la novella, l'illecito amministrativo è ritagliato in negativo rispetto a quello di rilevanza penale («fuori dalle ipotesi di cui all'articolo 73, comma 1-bis»), e dunque sembra riguardare i casi di consumo «**esclusivamente personale**».

Il mutamento del quadro normativo ha immediatamente **rinnovato il contrasto** a proposito del rilievo penale del cd. «uso di gruppo». La necessità di superare i *dicta* delle Sezioni unite è stata prospettata a distanza di qualche anno della riforma (anche in ragione della ritenuta irretroattività della nuova disciplina rispetto a fattispecie antecedenti). In una prima occasione la Corte ha affermato la **sopravvenuta incriminazione dell'uso di gruppo** valorizzando, soprattutto, i segnali linguistici e sistematici che già sopra si sono evidenziati. Deve esservi una differenza - si è detto - tra «uso personale» e «uso esclusivamente personale», e la differenza starebbe proprio nella rilevanza ormai propria della detenzione per conto di altri, sia pur nelle condizioni che in precedenza avevano comportato l'impunità del consumo contestuale e collettivo. Si è aggiunto che l'intero intervento di riforma appare ispirato dall'intento di accrescere la pressione «penalistica» intorno all'uso delle droghe. La Corte ha dunque concluso, nell'occasione, che sono ormai punibili sia la fattispecie dell'acquisto in comune sia quella del mandato ad acquistare per conto del gruppo (Cass., Sez. II, 5 giugno 2009, n. 23574, Mazzuca, in *Ced Cass.*, n. 244859).

L'orientamento ha originato fenomeni di pedissequa adesione (Cass., Sez. III, 1 marzo 2011, n. 7971, Tanghetti, *ivi*, n. 249326), ma anche di **motivata contrapposizione**.

In una recente decisione la Corte, dopo aver argomentato sulla equivocità delle indicazioni ricavabili dai lavori parlamentari pertinenti alla conversione del d.l. n. 272 del 2005, ha sostanzialmente negato che il ricorso all'avverbio «**esclusivamente**» (utilizzato anche, ad altro fine, nel nuovo testo dell'art. 75) valga ad investire di rilevanza penale l'uso personale che si svolga «in gruppo». Si tratterebbe di una «**aggiunta, ridondante, superflua e pleonastica**», come sarebbe confermato anche dal ricorso alla forma indeterminativa «**un uso esclusivamente personale**». In ogni caso l'incertezza interpretativa, alla luce del principio di tassatività, dovrebbe essere risolta in favore del reo. Se davvero il legislatore avesse voluto superare il diritto vivente, per incriminare l'uso di gruppo, avrebbe dovuto farlo «in modo esplicito ed in termini tali da consentire la diretta percezione da parte di chiunque e non certo mediante sintagmi, variamente interpretabili, e con

sequenze lineari (sostantivo-negazione-avverbio-aggettivo) in grado di produrre equivoci e incertezze». In sintesi, resterebbe «per uso esclusivamente personale» la codetenzione a suo tempo descritta dalle Sezioni unite (accordo preventivo, partecipazione collettiva alla spesa, consumo collegiale e contestuale), mentre assumerebbe ormai rilievo penale il caso del consumo in gruppo di stupefacente acquistato da uno dei partecipi **senza il previo accordo** con gli altri (Cass., Sez. VI, 2 marzo 2011, n. 8366, P.G. in c. D'Agostino, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, 1038, con nota di G. Amarelli, *L'uso di gruppo tra modifiche normative ed overruling*).

Per quanto non immune da possibili rilievi (il consumo collettivo di droga acquistata «individualmente», ad esempio, non ha assunto rilievo penale solo per effetto del ricorso all'avverbio «esclusivamente», e d'altronde la Corte aveva prospettato per tale avverbio, in apertura della motivazione, un valore solo pleonastico), la sentenza appena evocata ha generato, a sua volta, pedissequa adesioni (Cass., Sez. VI, 27 maggio 2011, n. 21375, Masucci, *ivi*, n. 250064).

Poi, nell'intervento più recente sul tema, sono state sviluppate **obiezioni puntuali**, che hanno condotto la Cassazione ad una nuova **affermazione di rilevanza penale** dell'uso di gruppo (Cass., Sez. III, 3 ottobre 2011, n. 35706, Garofano, in *www.penalecontemporaneo.it*, con nota di A. C. Tombesi, *Sull'uso collettivo di sostanze stupefacenti: si consolida il contrasto nella giurisprudenza di legittimità*).

La Corte ha ricordato, in primo luogo, che la modifica *de qua* è dovuta ad un emendamento governativo, approvato mediante voto di fiducia, con chiari intenti di irrigidimento del sistema penale, ed anche con riferimenti all'uso di gruppo nel corso del **dibattito parlamentare**. In secondo luogo si è rilevato che l'attuale formulazione del precetto non difetta in alcun modo di **tassatività**, sì da consentire o imporre una interpretazione «costituzionalmente orientata» della norma, secondo l'assunto della sentenza criticata (come se il *vulnus* per il principio di determinatezza potesse essere risolto mediante il canone *in dubio pro reo*).

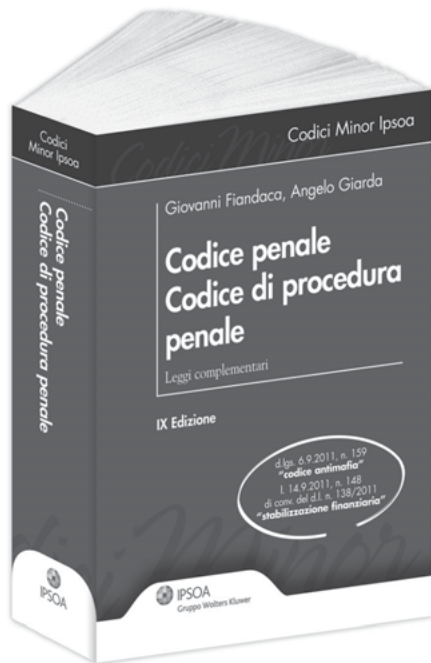
Ancora. La **Corte costituzionale**, dichiarando la infondatezza di una questione di legittimità costruita sulla comparazione tra la condotta di coltivazione per uso personale (punita penalmente) e quella di detenzione per uso personale (sanzionata solo in via amministrativa), avrebbe posto in chiara evidenza il carattere eccezionale della deroga al più severo trattamento penale, connessa «immediatamente e direttamente all'uso» deliberato, da parte dell'agente, della specifica sostanza già acquisita (Corte cost., 24 luglio 1995, n. 360). La motivazione prosegue con argomenti generali che, per la verità, avrebbero almeno in parte potuto ostacolare anche la soluzione negativa consolidatasi prima della riforma. La Corte ha osservato che la configurazione dell'acquirente individuale quale **mandatario del gruppo** sarebbe improponibile alla luce delle disposizioni civilistiche sul mandato, che non può avere ad oggetto una prestazione illecita (cioè la cessione dello stupefacente a ciascuno dei consumatori). Per altro verso, il rilievo conferito al preteso «mandato» determinerebbe «un possibile sfasamento con l'istituto del concorso di persone nel reato, in quanto (...) l'unione volitiva finirebbe col porre nel nulla sia l'acquisto di una consistente quantità di stupefacente, sia la successiva cessione delle dosi di droga, solo in forza della preordinazione ad un "rituale condiviso" di utilizzazione della droga». Il «frazionamento» ideale della *res* finirebbe per vanificare l'elemento qualificante della fattispecie nella sua attuale formulazione, e cioè il rilievo centrale che deve assumere, nella valutazione del giudice, il quantitativo della droga rinvenuta.



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

Codici Minor Ipsoa



Codice penale Codice di procedura penale

Leggi complementari

IX Edizione

Propone il testo aggiornato del **Codice penale** e del **Codice di procedura penale**, e delle relative **disposizioni di attuazione**; della **Costituzione**; della **Convenzione dei diritti dell'Uomo**; del **Trattato di Lisbona**; della **Carta dei diritti fondamentali UE** e di alcune principali leggi complementari di interesse penale, riportate in appendice: la legge sulla **depenalizzazione**, la legge sul **processo penale minorile**, il decreto relativo alla **competenza penale dei giudici di pace**, il decreto sulla disciplina della **responsabilità amministrativa delle persone giuridiche**, il testo unico in materia di **spese di giustizia** e il decreto relativo al **codice delle leggi antimafia**.

IL VOLUME È AGGIORNATO, da ultimo, dal D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, "**Codice delle leggi antimafia**"; dal D.L. 13 agosto 2011, n. 138, conv., con modif., dalla L. 14 settembre 2011, n. 148, di "**stabilizzazione finanziaria**"; dal D.L. 23 giugno 2011, n. 89, conv., con modif., dalla L. 2 agosto 2011, n. 129, "**Disposizioni in materia di rimpatrio degli stranieri irregolari**"; dal D.Lgs. 7 luglio 2011, n. 121, "**Reati ambientali**"; dal D.L. 6 luglio 2011, n. 98, conv., con modif., dalla L. 15 luglio 2011, n. 111, c.d. "**manovra economica**".

Giovanni Fiandaca e Angelo Giarda
IX ed. - pagg. 1376, € 17,00

Compili subito il coupon, e lo invii **via fax allo 02.82476403**. Può acquistare anche on line su **www.shopwki.it** oppure può contattare l'**Agenzia** della Sua zona (www.shopwki.it/agenzie) o rivolgersi alle **migliori librerie** della Sua città.

(00116677) Sì, desidero acquistare il volume **Codice penale - Codice di procedura penale** di Giovanni Fiandaca e Angelo Giarda a € 17,00.

Cognome e Nome _____ Azienda/Studio _____
Via _____ CAP _____
Città _____
Tel. _____ Fax _____
e-mail (obbligatoria): _____ Cod. cliente _____

Partita IVA _____ C.F. _____

(1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura
 Addebitare l'importo di € sulla mia carta di credito:
 Mastercard (16 cifre) American Express (15 cifre) VISA (16 cifre) Diner's (14 cifre)

n° _____ Data di scadenza _____

Nome e indirizzo titolare carta di credito _____

Timbro e firma _____

TRATTAMENTO DATI PERSONALI
I dati personali saranno registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e saranno trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.lgs. 196/03, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenere l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Pal. F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.
* Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. n. 185/1999. Decorso 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milanofiori - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Misure cautelari

Illegittima l'obbligatorietà della custodia carceraria anche per il traffico illecito di sostanze stupefacenti

Corte costituzionale, 22 luglio 2011 (c.c. 11 maggio 2011), n. 231 - Pres. Maddalena - Rel. Frigo

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conformi	Corte cost. n. 265/2010; Corte cost. n. 164/2011.
Difformi	Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

Omissis.

Considerato in diritto

1. - Il Giudice dell'udienza preliminare del Tribunale di Torino dubita della legittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, del codice di procedura penale, come modificato dall'art 2 del decreto-legge 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui non consente di applicare misure cautelari diverse e meno afflittive della custodia in carcere alla persona raggiunta da gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, previsto dall'art. 74 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza).

Il rimettente reputa estensibili ai procedimenti relativi a detto reato le ragioni che hanno indotto questa Corte, con la sentenza n. 265 del 2010, a dichiarare costituzionalmente illegittima la norma censurata in riferimento a taluni delitti a sfondo sessuale (artt. 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater del codice penale).

Al pari di tali delitti, neppure quello previsto dall'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 potrebbe essere, infatti, assimilato, sotto il profilo in esame, ai delitti di mafia, in relazione ai quali tanto questa Corte che la Corte europea dei diritti dell'uomo hanno ritenuto giustificabile la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere, stabilita dalla norma censurata. Per quanto gravi, i fatti che integrano tale delitto presenterebbero disvalori

ampiamente differenziabili sul piano della condotta e, soprattutto, potrebbero bene proporre anche esigenze cautelari suscettibili di essere soddisfatte con misure diverse dalla custodia carceraria.

La presunzione censurata, di conseguenza, si porrebbe in contrasto - conformemente a quanto deciso dalla citata sentenza n. 265 del 2010 - con i principi di eguaglianza e di ragionevolezza (art. 3 Cost.) e di inviolabilità della libertà personale (art. 13, primo comma, Cost.), nonché con la presunzione di non colpevolezza (art. 27, secondo comma, Cost.).

2. - La questione è fondata, nei termini di seguito specificati.

3. - Con la sentenza n. 265 del 2010, questa Corte ha già dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma censurata, nella parte in cui configura una presunzione assoluta - anziché soltanto relativa - di adeguatezza della sola custodia in carcere a soddisfare le esigenze cautelari nei confronti della persona raggiunta da gravi indizi di colpevolezza per taluni delitti a sfondo sessuale: in particolare, per i reati di induzione o sfruttamento della prostituzione minorile, violenza sessuale e atti sessuali con minorenne (artt. 600-bis, primo comma, 609-bis e 609-quater cod. pen.).

Ad analogia declaratoria di illegittimità costituzionale questa Corte è altresì pervenuta, successivamente all'odierna ordinanza di rimessione, con la sentenza n. 164 del 2011, nei riguardi della medesima norma, nella parte in cui assoggetta a detta presunzione assoluta anche il delitto di omicidio volontario (art. 575 cod. pen.).

3.1. - In entrambe le occasioni, la Corte ha rilevato come i limiti di legittimità delle misure cautelari - nell'ambito della cui disciplina si colloca la disposizione scrutinata -

risultino espressi, a fronte del principio di inviolabilità della libertà personale (art. 13, primo comma, Cost.) - oltre che dalle riserve di legge e di giurisdizione (art. 13, secondo e quarto comma, Cost.) - anche e soprattutto dalla presunzione di non colpevolezza (art. 27, secondo comma, Cost.), a fronte della quale le restrizioni della libertà personale dell'indagato o dell'imputato nel corso del procedimento debbono assumere connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena, irrogabile solo dopo l'accertamento definitivo della responsabilità.

I principi costituzionali di riferimento implicano che la disciplina della materia debba essere ispirata al principio del «minore sacrificio necessario» (sentenza n. 295 del 2005): la compressione della libertà personale va contenuta, cioè, entro i limiti minimi indispensabili a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto. Ciò impegna il legislatore, da una parte, a strutturare il sistema cautelare secondo il modello della «pluralità graduata», predisponendo una gamma di misure alternative, connotate da differenti gradi di incidenza sulla libertà personale; dall'altra, a prefigurare, in corrispondenza, criteri per scelte «individualizzanti» del trattamento cautelare, coerenti e adeguate alle esigenze configurabili nei singoli casi concreti.

Questo insieme di indicazioni costituzionali trova puntuale espressione nella disciplina generale dettata in materia dal codice di procedura penale. A fronte della tipizzazione di un «ventaglio» di misure, di gravità crescente (artt. 281-285), il criterio di «adeguatezza» (art. 275, comma 1) - dando corpo al principio del «minore sacrificio necessario» - impone al giudice di scegliere la misura meno afflittiva tra quelle astrattamente idonee a tutelare le esigenze cautelari ravvisabili nel caso di specie.

Da tali coordinate si discosta vistosamente la disciplina dettata dal secondo e dal terzo periodo del comma 3 dell'art. 275 cod. proc. pen. - inserita tramite una serie di interventi novellistici - la quale stabilisce, rispetto ai soggetti raggiunti da gravi indizi di colpevolezza per taluni delitti, una duplice presunzione: relativa, quanto alla sussistenza delle esigenze cautelari; assoluta, quanto alla scelta della misura, reputando il legislatore adeguata, ove la presunzione relativa non risulti vinta, unicamente la custodia cautelare in carcere, senza alcuna possibile alternativa.

Proprio per i marcati profili di eccezione rispetto al regime ordinario, la disciplina derogatoria - riferita, ai suoi esordi, ad un ampio ed eterogeneo parco di figure criminose - era stata limitata, a partire dal 1995 e in una prospettiva di recupero delle garanzie, ai soli procedimenti per i «delitti di cui all'articolo 416-bis del codice penale o ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo» (art. 5, comma 1, della legge 8 agosto 1995, n. 332, recante «Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa»).

Così circoscritta, essa aveva superato il vaglio tanto di questa Corte (ordinanza n. 450 del 1995), che della Cor-

te europea dei diritti dell'uomo (sentenza 6 novembre 2003, Pantano contro Italia). Entrambe le Corti avevano, infatti, in vario modo valorizzato la specificità dei predetti delitti, la cui connotazione strutturale astratta (come reati associativi entro un contesto di criminalità organizzata di tipo mafioso, o come reati a questo comunque collegati) valeva a rendere «ragionevoli» le presunzioni in questione, e segnatamente quella di adeguatezza della sola custodia carceraria: trattandosi, in sostanza, della misura più idonea a neutralizzare il *periculum libertatis* connesso al verosimile protrarsi dei contatti tra imputato e associazione.

Con l'intervento novellistico del 2009 (art. 2, comma 1, lettere a e a-bis, del decreto-legge n. 11 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 38 del 2009), il legislatore ha compiuto «un «salto di qualità» a ritroso», riespandendo l'ambito di applicazione della disciplina eccezionale a numerose altre fattispecie penali, in larga misura eterogenee fra loro quanto a oggettività giuridica (fatta eccezione per i delitti «a sfondo sessuale»), strutturata e trattamento sanzionatorio.

3.2. - Ciò posto, questa Corte, nelle citate sentenze n. 265 del 2010 e n. 164 del 2011, ha ricordato che «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia «agevole» formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa (sentenza n. 139 del 2010)».

Sotto tale profitto, né ai delitti a sfondo sessuale dianzi indicati (sentenza n. 265 del 2010) né al delitto di omicidio volontario (sentenza n. 164 del 2011) poteva estendersi la ratio giustificativa del regime derogatorio già ravvisata in rapporto ai delitti di mafia: ossia che dalla struttura stessa della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche - legate alla circostanza che l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice - deriva, nella generalità dei casi e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, una esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere (non essendo le misure «minori» sufficienti a troncare i rapporti tra l'indiziato e l'ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità).

Pur nella loro indubbia gravità e riprovevolezza - la quale peserà opportunamente nella determinazione della pena inflitta all'autore, quando ne sia riconosciuta in via definitiva la colpevolezza - i delitti in discorso possono essere, e spesso sono, fatti meramente individuali, che trovano la loro matrice in pulsioni occasionali o passionali, ovvero in situazioni maturate nell'ambito di specifici contesti (familiare, scolastico, dei rapporti socio-economici, e così via dicendo). Di conseguenza, in un numero

tutt'altro che marginale di casi, le esigenze cautelari - pur non potendo essere completamente escluse - sarebbero suscettibili di trovare idonea risposta anche in misure diverse da quella carceraria, che valgono a neutralizzare il "fattore scatenante" o ad impedirne la riproposizione. E così, anzitutto, quanto ai fatti legati a particolari contesti, tramite misure che valgono comunque ad operare una forzosa separazione da questi dell'imputato o dell'indagato: arresti domiciliari in luogo diverso dall'abitazione (art. 284 cod. proc. pen.), eventualmente accompagnati da particolari strumenti di controllo (quale il cosiddetto braccialetto elettronico: art. 275-bis); obbligo o divieto di dimora o anche solo di accesso in determinati luoghi (art. 283); allontanamento dalla casa familiare (art. 282-bis).

3.3. - Alla luce di tali rilievi, questa Corte ha quindi concluso che la norma impugnata violava, in parte qua, sia l'art. 3 Cost., per l'ingiustificata parificazione dei procedimenti relativi ai delitti considerati a quelli concernenti i delitti di mafia, nonché per l'irrazionale assoggettamento a un medesimo regime cautelare delle diverse ipotesi concrete riconducibili ai relativi paradigmi punitivi; sia l'art. 13, primo comma, Cost., quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale; sia, infine, l'art. 27, secondo comma, Cost., in quanto attribuiva alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena.

Al fine di ricondurre il sistema a sintonia con i valori costituzionali, la Corte ha ritenuto che non fosse, peraltro, necessario rimuovere integralmente la presunzione de qua, ma solo il suo carattere assoluto, che implicava una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del "minore sacrificio necessario". La previsione di una presunzione solo relativa di adeguatezza della custodia carceraria - atta a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio suggerita da aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi di segno contrario - non eccede, per contro, i limiti di compatibilità costituzionale, rimanendo per tale verso non censurabile l'apprezzamento legislativo circa la ordinaria configurabilità di esigenze cautelari nel grado più intenso.

4. - Le considerazioni dianzi ricordate risultano valedoli, con gli opportuni adattamenti e precisazioni, anche in rapporto al delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope: delitto al quale il regime cautelare speciale risulta esteso tramite il richiamo "mediato" alla norma processuale di cui all'art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen.

4.1. - Pur nella particolare gravità che il fatto assume nella considerazione legislativa, anche nel caso in esame la presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia carceraria non può considerarsi, in effetti, rispondente a un dato di esperienza generalizzato, ricollegabile alla «struttura stessa» e alle «connotazioni criminologiche» della figura criminosa.

È ben vero che, nelle ipotesi descritte dall'art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990, diversamente che nei casi precedentemente scrutinati da questa Corte, non si è di fronte

a un reato suscettibile di presentarsi come fatto meramente individuale ed episodico: trattandosi, al contrario, di un reato che - come la generalità delle fattispecie di tipo associativo - presuppone uno stabile vincolo di appartenenza del soggetto a un sodalizio criminoso, volto al compimento di una pluralità non predeterminata di delitti. Questa sola caratteristica non è, tuttavia, ancora sufficiente a costituire un'adeguata base logico-giuridica della presunzione di cui si discute. Lo dimostra eloquentemente già la semplice circostanza che lo stesso legislatore ordinario abbia ritenuto di dover includere fra i reati soggetti al regime cautelare censurato solo talune particolari figure associative, e non anche quella generale dell'associazione per delinquere, prevista dall'art. 416 cod. pen. (fatta eccezione per i casi in cui essa è menzionata dal richiamato art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen., in quanto diretta a commettere determinati reati-fine: in pratica, alla data di entrata in vigore della novella del 2009, le sole ipotesi di cui al sesto comma dello stesso art. 416).

Questa Corte, d'altro canto - nel ritenere assistita da adeguato fondamento razionale la presunzione de qua in rapporto al delitto di associazione di tipo mafioso - ha già avuto modo di porre in evidenza come tale conclusione si giustifichi alla luce non del mero vincolo associativo a scopi criminosi, quanto piuttosto delle particolari caratteristiche che esso assume nella cornice di detta fattispecie (sentenze n. 164 del 2011 e n. 265 del 2010).

Il delitto di associazione di tipo mafioso è, infatti, normativamente connotato - di riflesso ad un dato empirico-sociologico - come quello in cui il vincolo associativo esprime una forza di intimidazione e condizioni di assoggettamento e di omertà, che da quella derivano, per conseguire determinati fini illeciti. Caratteristica essenziale è proprio tale specificità del vincolo, che, sul piano concreto, implica ed è suscettibile di produrre, da un lato, una solida e permanente adesione tra gli associati, una rigida organizzazione gerarchica, una rete di collegamenti e un radicamento territoriale e, dall'altro, una diffusività dei risultati illeciti, a sua volta produttiva di accrescimento della forza intimidatrice del sodalizio criminoso. Sono tali peculiari connotazioni a fornire una congrua "base statistica" alla presunzione considerata, rendendo ragionevole la convinzione che, nella generalità dei casi, le esigenze cautelari derivanti dal delitto in questione non possano venire adeguatamente fronteggiate se non con la misura carceraria, in quanto idonea - per valersi delle parole della Corte europea dei diritti dell'uomo - «a tagliare i legami esistenti tra le persone interessate e il loro ambito criminale di origine», minimizzando «il rischio che esse mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti» (sentenza 6 novembre 2003, Pantano contro Italia).

Altrettanto non può dirsi per il delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope. Quest'ultimo si concreta, infatti, in una forma speciale del delitto di associazione per delinquere, qualificata unicamente dalla natura dei reati-fine (i delitti pre-

visti dall'art. 73 del d.P.R. n. 309 del 1990). Per consolidata giurisprudenza, essa non postula necessariamente la creazione di una struttura complessa e gerarchicamente ordinata, essendo viceversa sufficiente una qualunque organizzazione, anche rudimentale, di attività personali e di mezzi economici, benché semplici ed elementari, per il perseguimento del fine comune. Il delitto in questione prescinde, altresì, da radicamenti sul territorio, da particolari collegamenti personali e soprattutto da qualsivoglia specifica connotazione del vincolo associativo, tanto che, ove questo in concreto si presentasse con le caratteristiche del vincolo mafioso, il reato ben potrebbe concorrere con quello dell'art. 416-bis cod. pen. (come già ritenuto dalle Sezioni unite della Corte di cassazione: sentenza 25 settembre 2008-13 gennaio 2009, n. 1149).

Si tratta, dunque, di fattispecie, per così dire, "aperta", che, descrivendo in definitiva solo lo scopo dell'associazione e non anche specifiche qualità di essa, si presta a qualificare penalmente fatti e situazioni in concreto i più diversi ed eterogenei: da un sodalizio transnazionale, forte di una articolata organizzazione, di ingenti risorse finanziarie e rigidamente strutturato, al piccolo gruppo, talora persino ristretto ad un ambito familiare - come nel caso oggetto del giudizio a quo - operante in un'area limitata e con i più modesti e semplici mezzi.

Proprio per l'eterogeneità delle fattispecie concrete riferibili al paradigma punitivo astratto, ricomprendenti ipotesi nettamente differenti quanto a contesto, modalità lesive del bene protetto e intensità del legame tra gli associati, non è dunque possibile enucleare una regola di esperienza, ricollegabile ragionevolmente a tutte le «connotazioni criminologiche» del fenomeno, secondo la quale la custodia carceraria sarebbe l'unico strumento idoneo a fronteggiare le esigenze cautelari. In un significativo numero di casi, al contrario, queste ultime potrebbero trovare risposta in misure diverse e meno afflittive, che valgano comunque ad assicurare - nei termini in precedenza evidenziati - la separazione dell'indiziato dal contesto delinquenziale e ad impedire la reiterazione del reato.

4.2. - Né può considerarsi significativa, in senso contrario, la circostanza che la fattispecie associativa prevista dall'art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990 risulti accomunata all'associazione di tipo mafioso nella sottoposizione alla disciplina stabilita all'art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen.: disposizione alla quale - come accennato - la norma censurata preliminarmente rinvia al fine di individuare i delitti soggetti allo speciale regime cautelare di cui si discute.

Per corrente rilievo, infatti, la predetta disciplina risponde a una logica distinta ed eccentrica rispetto a quella sottesa alla disposizione sottoposta a scrutinio. Il richiamato art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen. prevede una deroga all'ordinaria regola (recata dal comma 3 dello stesso articolo ed espressione del cosiddetto principio di accessorietà) che vorrebbe attribuite le funzioni di indagine, di esercizio dell'azione penale e di sostegno dell'accusa nei procedimenti di primo grado all'ufficio del pubblico ministero presso il giudice competente, devolven-

dole a quello presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente.

Si tratta di norma ispirata da ragioni di opportunità organizzativa degli uffici del pubblico ministero, anche in relazione alla tipicità e alla qualità delle tecniche di indagine richieste da taluni reati, ma che non consentono inferenze in materia di esigenze cautelari, tantomeno al fine di omologare quelle relative a tutti i procedimenti per i quali quella deroga è stabilita. Ne è evidente riprova l'eterogeneità della lista delle fattispecie criminose cui la norma stessa fa riferimento, che già primo visu evidenzia come il relativo criterio di selezione non consista affatto in una particolare "qualità" del *periculum libertatis*. Detta lista - mentre non include, ad esempio, l'associazione per delinquere finalizzata a commettere rapine a mano armata o estorsioni - abbraccia invece figure quali l'associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-quater del d.P.R. 23 gennaio 1973, n. 43, recante «Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale») o l'associazione diretta a commettere i delitti di cui agli artt. 473 e 474 cod. pen., in materia di contraffazione di marchi o altri segni distintivi e di commercio di prodotti con segni mendaci (ciò a seguito dell'interpolazione dell'art. 51, comma 3-bis, cod. proc. pen. operata dall'art. 15, comma 4, della legge 23 luglio 2009, n. 99, recante «Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia»).

4.3. - Contrariamente a quanto assume l'Avvocatura dello Stato, la presunzione assoluta censurata non può neppure rinvenire, da ultimo, la sua base di legittimazione costituzionale nella gravità astratta del delitto associativo che qui viene in rilievo, desumibile dalla severità della pena edittale, o nell'esigenza di eliminare o ridurre situazioni di allarme sociale, correlate alla pericolosità della diffusione del traffico e del consumo di sostanze stupefacenti rispetto a beni quali l'ordine pubblico e la salute individuale. A tale riguardo, non si può, infatti, che ribadire quanto già affermato da questa Corte nelle precedenti pronunce sul tema (sentenze n. 164 del 2011 e n. 265 del 2010). In primo luogo, cioè, che la gravità astratta del reato, considerata in rapporto alla misura della pena o alla natura dell'interesse protetto, è elemento significativo in sede di giudizio di colpevolezza, particolarmente ai fini della determinazione della sanzione, ma inidoneo a fungere da elemento preclusivo della verifica del grado delle esigenze cautelari e all'individuazione della misura concretamente idonea a farvi fronte. In secondo luogo, poi, che il contenimento dell'allarme sociale causato dal reato non può essere annoverato tra le finalità della custodia cautelare, costituendo una funzione istituzionale della pena, perché presuppone la certezza circa il responsabile del delitto che ha provocato l'allarme.

5. - Alla luce delle considerazioni che precedono, la presunzione assoluta sancita dalla norma censurata va dunque trasformata, anche in rapporto al delitto oggetto dell'odierno scrutinio, in presunzione solo relativa.

L'art. 275, comma 3, secondo periodo, cod. proc. pen. va dichiarato, pertanto, costituzionalmente illegittimo nella

parte in cui - nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di cui all'art. 74 del d.P.R. n. 309 del 1990, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari - non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

6. - Giova precisare che non interferisce con l'odierno *thema decidendum* il problema dell'operatività o meno del regime cautelare previsto dalla norma censurata in rapporto all'ipotesi - che non risulta ricorrere nel giudizio a quo - contemplata dal comma 6 dell'art. 74 del d.P.R. n.

309 del 1990 (associazione finalizza a commettere fatti di «lieve entità» ai sensi dell'art. 73, comma 5, del medesimo decreto): problema che trae origine dalla sancita applicabilità a tale fattispecie delle disposizioni generali in tema di associazione per delinquere (delitto non assoggettato, come detto, al regime cautelare speciale). Qualora si opti, infatti, per la soluzione negativa, all'ipotesi in parola non si applicherebbe neppure la presunzione relativa di adeguatezza della sola custodia in carcere, nei termini stabiliti dalla presente sentenza, rimanendo la fattispecie integralmente soggetta alla disciplina ordinaria in punto di trattamento cautelare.

Omissis.

Il commento di Giuseppe Tabasco

I Giudici della Consulta hanno dichiarato illegittima la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia carceraria anche per il delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti rilevando che tale fattispecie criminosa costituisca una fattispecie "aperta" idonea a qualificare come penalmente rilevanti fatti che in concreto risultano fortemente differenziati. E, pertanto, hanno ritenuto che, nella ipotesi specifica, non sia possibile individuare una regola d'esperienza che legittimi la obbligatorietà della custodia carceraria ben potendo le esigenze cautelari essere soddisfatte con misure differenti e meno afflittive, comunque in grado di «assicurare la separazione dell'indiziato dal contesto delinquenziale» e di impedire la reiterazione del delitto.

I principi ispiratori del sistema delle cautele disciplinate dal codice di rito penale

Il principio sancito dall'art. 27 Cost., che vieta di considerare colpevole chi non è stato condannato con sentenza definitiva (1), costituisce contemporaneamente una regola di giudizio ed una regola di trattamento dell'imputato (2). Come regola di trattamento il significato minimo che può essere attribuito alla presunzione di non colpevolezza (3) è quello di non consentire, per l'imputato, restrizioni della libertà personale che si applicano, invece, quali sanzioni al condannato in via definitiva (4). Affinché le misure cautelari siano compatibili con la presunzione di innocenza è necessario, dunque, che esse siano nettamente differenziate rispetto alla pena in modo da non costituire una anticipazione del-

tano ai più esagerati e incoerenti eccessi le garanzie individuali» (Cfr. *Relazione ministeriale sul progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, Roma, 1929, vol. VIII, 22), è solennemente sancito dalla Carta costituzionale, pur se nella forma della presunzione di non colpevolezza. Sull'evoluzione storica del principio della presunzione di non colpevolezza cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989, 560-561.

(2) Sulla presunzione di non colpevolezza cfr., per tutti, G. Illuminati, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979; e, più di recente, P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2008, 9-10, il quale parla di polivalenza funzionale della presunzione di non colpevolezza, che, «intesa come regola di trattamento dell'imputato si sostanzia nel divieto di assimilare l'imputato al colpevole, e quindi nel divieto di punire tale soggetto prima della condanna definitiva. ... Considerata come regola di giudizio ... cristallizza l'onere della prova (inteso come "rischio della mancata prova") della responsabilità penale in capo al pubblico ministero, risolvendo l'incertezza processuale in senso favorevole all'imputato, secondo l'aureo canone dell'*in dubio pro reo*».

(3) Secondo P. Tonini, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza alla custodia cautelare in carcere*, in questa *Rivista*, 2010, 952, la locuzione in considerazione deve essere interpretata come ha statuito la Corte costituzionale con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007, in armonia con il dettato della Convenzione europea di diritti dell'uomo. Pertanto, la norma costituzionale di cui all'art. 27, comma 2, va intesa alla luce della presunzione di innocenza dell'imputato sancita dall'art. 6 § 2 della Convenzione.

(4) In tal senso A. De Caro, *Libertà personale (Profili costituzionali)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., vol. III, t. I, Torino, 2005, 839.

Note:

(1) Tale principio, elevato da F. Carrara, *Il diritto penale e la procedura penale*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. V, Firenze, 1873, 17-19, a «postulato» fondamentale della scienza processuale e a presupposto di tutte le altre garanzie processuali, dopo essere stato oggetto di un attacco concentrico dalla fine dell'Ottocento, che portò il codice Rocco del 1930 a respingerlo liquidandolo come «una stravaganza derivata da quei vietati concetti, germogliati dai principi della Rivoluzione francese, per cui si por-

la sanzione penale che potrà essere irrogata successivamente con la sentenza di condanna (5).

In altri termini, la presunzione di non colpevolezza impone, da un lato, che la limitazione della libertà personale non avvenga solamente in forza di una prognosi di colpevolezza, ma anche in presenza di esigenze specifiche ed autonome rispetto a tale giudizio; dall'altro, che le finalità cautelari siano strumentali all'esercizio della funzione giurisdizionale (6).

È legittimo, cioè, che la libertà personale dell'imputato venga ristretta solamente al fine di assicurare il buon andamento del processo sotto il profilo probatorio, o l'esecuzione della pena, che, in ipotesi, sia inflitta con la sentenza definitiva (7).

Ma, nel vigente codice di rito penale a tali esigenze di cautela processuale se ne aggiunge un'altra di natura extraprocessuale, ossia di «tutela della collettività» (8).

Si tratta - come è noto - della esigenza cautelare presa in considerazione dall'art. 274 c.p.p., ossia il pericolo concreto che l'imputato lasciato libero commetta uno dei delitti tassativamente elencati dalla norma (9).

In conclusione, le misure cautelari possono trovare applicazione solamente se, accanto all'accertata esistenza dei gravi indizi di colpevolezza, esista in concreto almeno una delle esigenze cautelari previste dal codice di rito penale (10).

Trattandosi di restrizioni della libertà personale nei confronti di persone che debbono essere considerate presuntivamente innocenti, affinché non venga compromessa l'assoluta non equiparazione tra imputato e colpevole, è necessario, peraltro, che nell'applicazione della misura cautelare vengano rispettati i principi di adeguatezza e proporzionalità.

In altre parole, il giudice, nell'ambito di una pluralità di misure cautelari prefigurate dalla legge e progressivamente graduate a seconda dell'intensità del sacrificio imposto alla libertà personale, deve individuare quella astrattamente più idonea a garantire le esigenze cautelari nel caso concreto prescegliendo, in virtù del criterio del minore sacrificio necessario, la misura meno afflittiva per l'imputato (11), che deve, altresì, essere correlata all'entità del fatto per

conseguenza della sola instaurazione del procedimento ed indipendentemente dal suo risultato».

(7) Sul punto cfr. V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, 335, il quale, nel vigore del codice di procedura penale del 1930, escludeva che alla carcerazione preventiva potesse attribuirsi una funzione istituzionale di cautela contro il pericolo di nuovi reati da parte dell'imputato, ritenendo, invece, che la misura fosse idonea ad assumere nel processo una funzione di cautela strumentale ed una funzione di cautela finale. Più di recente A. De Caro, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, 185 ss., osserva che per «tutelare il processo da comportamenti che "inquinano" l'attività giurisdizionale» non è necessario individuare una crepa nella regola della presunzione di innocenza dell'imputato ma va rimarcato «il livello del bene "processo", la necessità di una sua tutela nell'alveo di una più generale tutela della libertà della persona umana globalmente individuata» e riconosciuta «la assoluta legittimità di forme di "coazione" deputate a difendere il bene da attacchi oggettivi purché esse non compromettano mai l'assoluta non equiparazione tra imputato e colpevole». Di contrario avviso è L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, cit., 566, secondo il quale la carcerazione *ante iudicium*, «qualunque fine le si voglia attribuire, contraddice in radice il principio di giurisdizionalità: che non consiste nel poter essere arrestati solo per ordine di un giudice, ma nel poterlo essere solo sulla base di un giudizio».

(8) Art. 2, n. 59, l. 16 febbraio 1987, n. 81, recante «delega legislative al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale». Su tale esigenza cautelare, che ha sollevato accesi dibattiti, la dottrina ha assunto due opposti orientamenti: il primo, che, nel respingere ogni obiettivo extraprocessuale della custodia cautelare, ritiene insanabile il conflitto fra istanze specialpreventive e presunzione di non colpevolezza; il secondo, che, pur rifiutando l'impiego della custodia cautelare per fini squisitamente sostanziali, propri cioè della pena, nega che solamente le finalità endoprocessuali possano giustificare la restrizione della libertà personale alla luce dell'attuale quadro costituzionale. Sulla ricostruzione del dibattito cfr. V. Grevi, *Libertà personale*, cit., 333.

(9) Nel vigore del codice di rito penale del 1930 G. Vassalli, *La riforma della custodia preventiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1954, 319, osservava che la carcerazione preventiva fosse potenzialmente idonea ad assolvere sia una funzione di «coercizione processuale», sia una funzione di «garanzia per l'esecuzione della pena» sia, infine, una funzione di «prevenzione immediata della commissione di delitti da parte del prevenuto».

(10) Sul punto cfr. E. Marzaduri, *Misure cautelari personali (Principi generali e disciplina)*, in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, 70, il quale osserva che una disciplina delle misure cautelari che ne consentisse l'applicazione solamente in presenza del *fumus commissi delicti* «finirebbe con il configurare delle sanzioni penali incidenti sulle libertà della persona giustificate da un giudizio provvisorio di colpevolezza, dal momento che l'interprete non sarebbe assolutamente in grado di assicurare una distinzione funzionalmente orientata tra l'intervento restrittivo in corso di procedimento e l'intervento restrittivo all'esito del medesimo», in palese contrasto con la presunzione di non colpevolezza sancita dall'art. 27, comma 2, della Costituzione. Il legislatore, pertanto, ha risolto con assoluta chiarezza sistematica il problema della individuazione dei *pericula libertatis*, ossia delle situazioni in presenza di una delle quali potrà essere adottata una misura cautelare personale.

(11) Secondo E. Marzaduri, *Misure cautelari*, cit., 72-73, la scelta operata dal legislatore del 1988 di affidare il regime cautelare al corretto esercizio del potere discrezionale del giudice esaltava la centralità del principio di adeguatezza con la conseguenza che dovrà essere adottata la misura meno gravosa per l'imputato fra quelle idonee a soddisfare le esigenze cautelari nel caso concreto. Sul punto cfr. anche V. Grevi, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso e V. Grevi, Padova 2006, 383.

Note:

(5) Così Corte cost., 21 luglio 2010, n. 265 in questa *Rivista*, 2011, 949.

(6) Così, ancora, P.P. Paulesu, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, 680-681, secondo il quale «Qualsiasi finalizzazione di tipo "sostanziale" trasformerebbe la custodia cautelare in una sorta di sanzione anticipata, inflitta in

il quale si procede e alla sanzione che si ritiene possa essere irrogata.

I poteri cautelari, quindi, debbono essere esercitati in virtù di una regola decisoria (12) che individua nel ricorso alla custodia carceraria una vera e propria *extrema ratio*. La più grave misura cautelare personale cioè deve essere adottata soltanto quando le esigenze cautelari del caso concreto non possano essere soddisfatte da nessun'altra diversa o meno afflittiva restrizione della libertà personale.

È noto che questa regola, che rappresenta una delle opzioni più qualificanti del codice Vassalli, subisce una cospicua eccezione proprio dalla previsione normativa racchiusa nell'art. 275, comma 3, c.p.p., sulla cui evoluzione legislativa conviene allora sinteticamente soffermarsi.

Le vicende normative dell'art. 275 del codice di rito penale

La formulazione originaria dell'art. 275 c.p.p. rimetteva alla valutazione discrezionale del giudice la scelta della misura cautelare più adeguata al caso concreto.

Tale assetto normativo (13), che escludeva meccanismi automatici nell'adozione di misure limitative della libertà personale, è stato più volte modificato da successivi interventi legislativi volti a ridimensionare drasticamente l'originaria preferenza del legislatore del 1988 per un regime cautelare affidato all'esercizio del potere discrezionale del giudice in ordine ai presupposti ed ai criteri in grado di legittimare la restrizione della libertà personale dell'imputato per ogni singolo caso concreto.

È opportuno, allora, ricordare brevemente le vicende normative che hanno radicalmente trasformato la norma, irrigidendo il sistema con meccanismi presuntivi legali che si sostituiscono allo spazio valutativo del giudice della cautela (14).

Il d.l. 13 maggio 1991, n. 152 convertito dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, aggiunse al testo originario del comma 3, art. 275 c.p.p. un secondo periodo, nel quale veniva elencata una serie di reati per i quali, in presenza di gravi indizi di colpevolezza, deve essere sempre disposta «la custodia cautelare in carcere salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che le stesse possono essere soddisfatte con altre misure». E quest'ultima frase fu, poi, soppressa dall'art. 1, d.l. 9 settembre 1991, n. 292, convertito dalla l. 8 novembre 1991, n. 356.

Dopo questa interpolazione normativa, il legislatore, in deroga ai principi e ai criteri di ordine generale che presiedono alla decisione del giudice sull'an e

sul *quomodo* dell'intervento cautelare, ha introdotto una doppia presunzione.

Ferma restando la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza in ordine ad uno dei delitti introdotti con la decretazione d'urgenza richiamata, viene fissata una presunzione *iuris tantum* di esistenza di un *periculum libertatis* ed una presunzione assoluta *iuris et de iure* di adeguatezza e proporzionalità della sola custodia cautelare in carcere (15).

Ulteriori modifiche introdusse, poi, l'art. 5 della l. 8 agosto 1995, n. 332, che ridusse drasticamente l'elenco dei reati per i quali era esclusa la possibilità di applicare una misura cautelare diversa dalla custodia in carcere, ispirandosi ad una *ratio* di garanzia più in armonia con le linee-guida della riforma codicistica del 1988 - 1989.

Il meccanismo presuntivo veniva così mantenuto solamente per i delitti di cui all'art. 416-*bis* c.p. e per quelli commessi «avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416-*bis* ovvero al fine di age-

Note:

(12) Secondo V. Grevi, *Misure cautelari*, cit., 385, tale regola è la risultante della combinazione tra la logica della gradualità e quella della adeguatezza.

(13) Sul punto G. Illuminati, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in *Misure cautelari e diritto di difesa nella l. 8 agosto 1995, n. 332*, a cura di V. Grevi, Milano, 1996, 88, osserva che l'assetto normativo ha avuto «vita breve».

(14) Secondo P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 140, gli automatismi cautelari costituiscono meccanismi volti a comprimere o addirittura a sopprimere lo spazio valutativo del giudice in ordine ai presupposti ed ai criteri che dovrebbero giustificare l'adozione di una misura cautelare personale, e determinano, in tal modo, una sostanziale assimilazione dell'imputato al colpevole, in contrasto con l'art. 27, comma 2, della Costituzione.

(15) A tal proposito P. Tonini, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza alla custodia cautelare in carcere*, cit., 951, osserva che, in via di eccezione, a partire dal 1991, a causa della recrudescenza del fenomeno della criminalità organizzata, è stata introdotta «una presunzione relativa di esistenza delle esigenze cautelari ed una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere per i delitti di associazione mafiosa». Secondo S. Lorusso, *Altre norme a rischio di prossima bocciatura irrispettose del «minor sacrificio necessario»*, in *Guida dir.*, 2011, 22, 75, il regime cautelare speciale previsto dall'art. 275, comma 3, c.p.p. riduce al minimo i poteri discrezionali del giudice in sede cautelare provocando notevoli frizioni con i principi costituzionali, mentre la doppia presunzione prevista dalla norma, «ingessa l'intervento giurisdizionale, con sensibili ricadute sull'obbligo di motivazione», allorché ricorrano i gravi indizi di colpevolezza ex art. 273, comma 1, del codice di rito penale. Infine, per P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 141, la doppia presunzione su cui risulta costruito l'art. 275, comma 3, c.p.p. non solo capovolge radicalmente la prospettiva garantista della norma in base alla quale la custodia in carcere viene disposta solamente allorché ogni altra misura risulti inadeguata, «ma anche quella indicata dal precedente comma 2 della medesima disposizione, dove è prescritto che ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e al tipo di sanzione che si ritiene possa essere concretamente applicata».

volare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo».

A dimostrazione della oscillante mutevolezza ed asistematicità degli obiettivi di politica criminale da perseguire, l'art. 2 del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito dalla l. 23 aprile 2009, n. 38, ha esteso le presunzioni di pericolosità ed adeguatezza anche ai reati di cui all'art. 51, comma 3-bis e 3-quater c.p.p., nonché ai delitti di cui agli artt. 575, 600-bis, comma 1, 600-ter (escluso il comma 3) e 600-quinquies, 609-bis, 609-quater, 609-octies (salvo che ricorrano circostanze attenuanti), ossia ad un vasto elenco di delitti, sicuramente non assimilabili a quelli legati alla criminalità mafiosa, allargando senza giustificazione il regime cautelare di eccezione, comprimendo, ancora una volta, la discrezionalità giudiziale nella scelta della misura cautelare più adeguata al caso concreto (16) e statuendo - in spregio al principio secondo cui la detenzione provvisoria costituisce l'*extrema ratio* - che le esigenze cautelari non integrano condizioni processuali per legittimare il provvedimento, bensì unicamente per escluderlo (17).

La libertà dell'interessato resta perciò affidata alla allegazione degli elementi - evidenziati dall'indiziato o dalla sua difesa - idonei a dimostrare la insussistenza delle esigenze cautelari, non essendo il giudice obbligato ad accertare *ex officio*, dandone atto in motivazione, l'esistenza degli elementi idonei a vincere la presunzione di adeguatezza della misura cautelare più afflittiva (18).

È questa la ragione per la quale l'ampliamento delle fattispecie criminose, per le quali vige una presunzione relativa di sussistenza del *periculum libertatis*, in presenza di gravi indizi di colpevolezza, ed una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, ha indotto la dottrina a parlare isticamente di una sorta di reviviscenza dei casi di "cattura obbligatoria" del Codice di procedura penale abrogato (19) ed a sollevare forti dubbi di legittimità costituzionale della norma così riformulata (20).

Le prime declaratorie di illegittimità costituzionale dell'art. 275 c.p.p.

La questione di legittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p. è stata sollevata per la prima volta con riferimento ai delitti di mafia in senso stretto.

In tale occasione il giudice *a quo* aveva prospettato il dubbio che la norma contrastasse con gli artt. 3, 13 e 27, comma 2, Cost., nella parte in cui prevedeva, in presenza di imputazioni per reati di criminalità organizzata, una presunzione legale assoluta di

adeguatezza della sola misura coercitiva carceraria, tale da imporre che una persona indagata per associazione mafiosa dovesse restare in carcere anche quando le iniziali esigenze cautelari riscontrate si fossero successivamente affievolite.

Nel dichiarare manifestamente infondata la questione la Corte costituzionale rilevava - come è noto - che un conto «è il presupposto ... di sussistenza delle esigenze cautelari», che «è presunto fino a prova contraria», un altro è la valutazione della misura che ne consegue (21).

Secondo il Giudice delle leggi, mentre la sussistenza di una od alcune delle esigenze cautelari prefigurate

Note:

(16) Sul punto cfr. S. Lorusso, *Altre norme a rischio di prossima bocciatura irrispettose del «minor sacrificio necessario»*, loc. ult. cit., per il quale attraverso il regime cautelare speciale introdotto nel 1991 viene infranto il principio del minor sacrificio necessario posto a fondamento del sistema cautelare del 1998 secondo lo schema della pluralità graduata.

(17) Così P.P. Paulesu, *Presunzione di non colpevolezza*, cit., 680, il quale ritiene che quella che può apparire come una presunzione *iuris tantum* nella vicenda cautelare diviene una presunzione *iuris et de iure*, atteso che il giudice per le indagini preliminari non gode di poteri istruttori *ex officio* e la difesa non può interloquire in sede di adozione della misura e, pertanto, solamente il pubblico ministero potrebbe allegare fatti che dimostrino la non sussistenza di esigenze cautelari. Ma, in tal caso, prosegue l'Autore, appare velleitario definire garantista un sistema che affida il rispetto delle prerogative individuali alla correttezza deontologica dell'organo inquirente.

(18) In giurisprudenza cfr. Cass., Sez. Un., 28 dicembre 1994, Demitry, in *Cass. pen.*, 1995, 842, secondo cui in presenza di gravi indizi di colpevolezza per uno dei reati contenuti nell'art. 275, comma 3, c.p.p., deve essere senz'altro applicata la misura della custodia carceraria senza necessità di accertare le esigenze cautelari che sono presunte dalla legge, di guisa che al giudice di merito incombe solo l'obbligo di dare atto dell'esistenza di elementi idonei a superare tale presunzione, mentre l'obbligo della motivazione diventa più rigoroso nell'ipotesi in cui l'indagato abbia posto in evidenza elementi idonei a dimostrare l'insussistenza di esigenze cautelari, dovendosi, in tal caso, dare atto, in maniera puntuale e specifica, delle ragioni che portano a respingere la prospettazione della difesa, esplicitando, altresì, i criteri di valutazione. Nello stesso senso, successivamente, anche Cass., Sez. I, 14 luglio 1998, Nodeo, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, 214; Cass., Sez. VI, 22 gennaio 2008, L., in *Cass. pen.*, 2009, 268.

(19) Così A. Marandola, *Misure cautelari personali*, in *Enc. giur. del Sole 24 ore*, vol. IX, Milano, 2008, 575; P.P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 141.

(20) Secondo P. Moscarini, *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, in questa *Rivista*, 2010, 231-232, c'è da chiedersi se l'ampliamento delle fattispecie criminose implicanti l'automaticità della cattura si sia mantenuto entro i limiti di ragionevolezza che la Corte costituzionale sin dalla sentenza n. 64 del 1970 ha ritenuto non sindacabili, ossia presumere una «persona accusata di reato particolarmente grave e colpita da sufficienti indizi di colpevolezza» come quella «in condizioni di porre in pericolo» i beni tutelati dalla suddetta restrizione.

(21) Corte cost., 24 ottobre 1995, Ord. n. 450, in *Giur. cost.*, 1995, 3540.

dalle norme processuali non può prescindere dall'accertamento della loro effettiva esistenza, la scelta del tipo di misura non impone una analoga limitazione al potere di apprezzamento giudiziale, ben potendo essere predeterminata dal legislatore in termini generali.

Inoltre, la «delimitazione» normativa «all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso» rende ragionevole la sostituzione della discrezionalità giurisdizionale con quella legislativa, «atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che a quegli illeciti è connaturata» (22).

In conclusione, nella prospettiva argomentativa tracciata dai giudici della Consulta, l'adesione ad un sodalizio criminoso, dotato di particolare forza intimidatrice, implica, in virtù di una regola di esperienza sufficientemente condivisa, che soltanto la custodia cautelare in carcere sia adeguata, giacché ogni altra misura cautelare risulta inidonea sia per troncare i rapporti tra l'indagato e l'associazione criminosa sia per neutralizzarne la pericolosità (23).

Benché parte della dottrina avesse sottolineato che, dopo tale presa di posizione della Corte, sarebbe stato difficile immaginare una futura declaratoria di illegittimità costituzionale relativa alla presunzione di adeguatezza della custodia carceraria (24), l'art. 275, comma 3, c.p.p. è stato oggetto di censura proprio con riferimento ad alcuni dei delitti che il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito dalla l. 23 aprile 2009, n. 38, aveva equiparato ai delitti di mafia ed assoggettati allo stesso regime cautelare di eccezione.

La norma, nel testo riformulato, è stata posta all'attenzione della Corte costituzionale per la prima volta con riferimento ai delitti di induzione o sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-bis, comma 1, c.p.), di violenza sessuale (art. 609-bis salvo che ricorra l'attenuante di cui al comma 3), e di atti sessuali con minorenne (art. 609-quater c.p. salvo che ricorra l'attenuante di cui al comma 4).

Il Giudice delle leggi, nel dichiarare l'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 275, comma 3, c.p.p., ha ritenuto che la norma leda il principio del minore sacrificio necessario della libertà personale dell'indagato o dell'imputato in sede di applicazione delle misure cautelari, e violi sia l'art. 3 della Costituzione, «per l'ingiustificata parificazione dei procedimenti relativi ai delitti in questione a quelli concernenti i delitti di mafia nonché per l'irrazionale assoggettamento a un medesimo regime cautelare delle diverse ipotesi concrete riconducibili ai relativi paradigmi punitivi», sia l'art. 13, comma 1, della

Costituzione «quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale»; sia, infine, l'articolo 27, secondo comma, della Costituzione «in quanto attribuisce alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena» (25).

In particolare, con riferimento ai delitti in materia di violenza sessuale, innanzi richiamati, la presunzione assoluta della custodia carceraria è stata considerata priva di ragionevolezza, in quanto non sorretta dalla medesima *ratio* giustificativa della deroga alla disciplina ordinaria per i procedimenti di mafia, «per la quale dalla struttura della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche deriva, nella generalità dei casi e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, un'esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere» (26).

Sebbene i delitti sessuali costituiscano fatti «odiosi e

Note:

(22) Così, ancora, Corte cost., 24 ottobre 1995, loc. ult. cit.

(23) Anche Corte eur., 6 novembre 2003, Pantano c. Italia, in *www.giustizia.it*, ha ritenuto ammissibile la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere in relazione ai delitti di criminalità mafiosa, affermando che essa non si pone in contrasto con la Convenzione europea: si tratta, infatti, di una presunzione legale non assoluta, che può essere contraddetta dalla prova contraria, e disposta al fine di tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza e per prevenire il rischio che le persone accusate di delitti di criminalità organizzata di stampo mafioso, mantenendo collegamenti con l'associazione criminosa, possano commettere ulteriori delitti della stessa indole.

(24) In tal senso F. Zacché, *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 con. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, a cura di O. Mazza e F. Viganò, Torino, 2009, 290.

(25) Così Corte cost., 21 luglio 2010, cit., 949.

(26) Così, ancora, Corte cost. 21 luglio 2010, loc. ult. cit., secondo cui le presunzioni assolute di adeguatezza della custodia cautelare in carcere vanno contro il principio del «minimo sacrificio necessario» e sono accettabili soltanto in casi eccezionali qualora siano espressione di «massime di esperienze generali». A tal proposito secondo P. Tonini, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza alla custodia cautelare in carcere*, cit., 953, la Corte costituzionale ha tratto dalla concezione post-positivista della scienza il principio della falsificabilità delle ipotesi e l'ha applicato alla materia cautelare distinguendo secondo una triplice gradazione: le massime di esperienza che vanno valutate in concreto e che, pertanto, non ammettono alcuna presunzione legale, le massime di esperienza accettate ma che non escludono in astratto la falsificazione mediante prova contraria e che, quindi, possono essere poste solamente a fondamento di presunzioni relative, ed infine le massime di esperienza non falsificabili poste a base delle presunzioni assolute.

È ovvio che tale ultima categoria genera forti dubbi sotto il profilo gnoseologico atteso che, secondo le moderne teorie della conoscenza scientifica, è impossibile ipotizzare proposizioni induttive che *a priori* escludano ogni possibilità di smentita. In tal senso S. Lorusso, *Altre norme a rischio di prossima bocciatura irrispettose del «minor sacrificio necessario»*, cit., 76.

riprovevoli», infatti, è possibile che nel singolo processo vengano acquisiti, tuttavia, elementi specifici in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

Dunque, per la Corte costituzionale solamente una presunzione relativa di adeguatezza della custodia in carcere può risultare, in tal caso, accettabile, una presunzione cioè superabile in presenza di elementi probatori di segno contrario che dimostrino la sufficienza anche di misure cautelari meno gravose.

Nel solco di tale decisione e chiamati a pronunciarsi nuovamente sulla legittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p. - ma questa volta con riferimento all'art. 575 c.p. - i giudici della Consulta hanno dichiarato la norma parzialmente illegittima, come modificata dal d.lgs. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito dalla l. 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui non prevede che, qualora sussistano gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di omicidio volontario e sempre che non siano acquisiti elementi dai quali risulti l'insussistenza di esigenze cautelari, possa essere applicata una misura cautelare diversa dalla custodia cautelare in carcere qualora siano stati «acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

Anche in tal caso il Giudice delle leggi ha preso le mosse dai connotati della fattispecie criminosa di cui all'art. 575 c.p. per evidenziare che, nonostante l'innegabile gravità del fatto, l'omicidio volontario di sovente è «un fatto meramente individuale, che trova la sua matrice in pulsioni occasionali o passionali», ovvero in situazioni maturate nell'ambito di specifici contesti (familiare, scolastico, dei rapporti socio-economici e così via dicendo) (27).

Ne consegue che non è possibile predeterminare in astratto la misura più idonea a soddisfare, di volta in volta, le esigenze cautelari reclamate dalle singole fattispecie concrete, potendo esse, in un numero tutt'altro che marginale di casi, trovare idonea risposta anche in misure diverse da quella carceraria, «che valgano a neutralizzare il fattore scatenante o a impedirne la riproposizione», a differenza di quanto accade per i reati che implicino un vincolo di appartenenza permanente ad un sodalizio criminoso, con accentuate caratteristiche di pericolosità perché radicato sul territorio e dotato di intensità dei collegamenti personali e forza intimidatrice e che - sempre ad avviso dei giudici della Consulta - solo la misura più severa risulterebbe, nella generalità dei casi, in grado di interrompere.

Anche con riferimento all'omicidio volontario,

dunque, attesa la carenza di una adeguata base statistica della presunzione assoluta della custodia cautelare in carcere, la Corte costituzionale è pervenuta alla conclusione di considerare conforme alla Carta fondamentale la sola presunzione relativa di adeguatezza della misura carceraria, superabile, quindi, «nell'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure».

L'illegittimità costituzionale della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il delitto di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope

Considerato il paradigma di ragionamento giustificativo elaborato dai Supremi giudici e sin qui sinteticamente ricordato non era difficile attendersi una nuova pronuncia di illegittimità dell'art. 275, comma 3, c.p.p., che è puntualmente intervenuta.

Questa volta la questione ha investito la norma nella parte in cui non consente di applicare la misura degli arresti domiciliari, o altra misura cautelare che comunque risulti meno afflittiva della custodia in carcere, in relazione al delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope di cui all'art. 74 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309.

Ancora una volta essa è stata ritenuta fondata e, pertanto, è stata dichiarata la parziale illegittimità dell'art. 275, comma 3, c.p.p. nella parte in cui, prescrivendo che quando sussistano gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto in questione deve essere necessariamente applicata la custodia cautelare in carcere (salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari), non fa salva l'ipotesi in cui siano acquisiti specifici elementi, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con altre misure.

Anche in questo caso la Corte costituzionale ha sottolineato la eterogeneità delle fattispecie concrete «riferibili al paradigma punitivo astratto», ricomprendenti ipotesi nettamente differenti in relazione al contesto, alle modalità lesive del bene protetto e all'intensità del legame tra gli associati ed in forza di tale eterogeneità ha affermato che non è possibile

Nota:

(27) Così Corte cost., 12 maggio 2011, n. 164, in questa *Rivista*, 2011, 1217, con nota di P. Balducci, *Custodia cautelare in carcere e omicidio volontario: la Consulta elimina l'obbligatorietà*.

enucleare una regola di esperienza, che legittimi la presunzione di adeguatezza della sola custodia carceraria, ricollegabile alla struttura e alle «connotazioni criminologiche» dell'associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti.

In un significativo numero di casi, infatti, le esigenze cautelari potrebbero essere soddisfatte attraverso misure meno afflittive, che, tuttavia, risultano idonee ad assicurare la separazione dell'indiziato dal contesto delinquenziale e ad impedire la reiterazione del reato.

Non si può fare a meno di condividere le ora esposte conclusioni argomentative, che recepiscono osservazioni critiche generali formulate da tempo anche in dottrina.

L'ampliamento dei reati implicanti l'obbligo di adozione della misura della custodia cautelare in carcere è certamente irragionevole, atteso che le fattispecie criminose elencate dall'art. 275, comma 3, c.p.p. - così come novellato dal d.lgs. 23 febbraio 2009, convertito dalla legge 23 aprile 2009, n. 38 - sono assolutamente disomogenee e non giustificate a fronte dell'esclusione di altri illeciti connotati da una pari o maggiore gravità sotto il profilo del disvalore del fatto tipico e del trattamento sanzionatorio. Ad esempio - come è stato rilevato - non appare coerente estendere il regime cautelare derogatorio ai principi di proporzionalità ed adeguatezza all'omicidio volontario ed ai delitti in materia di libertà sessuale piuttosto che a delitti quali la strage, l'infanticidio, la rapina o l'estorsione aggravata (28).

A differenza dei reati di criminalità organizzata, caratterizzati da un vasto radicamento sul territorio e da un collegamento permanente con l'organizzazione criminale, il delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope non postula necessariamente la creazione di una struttura complessa e gerarchicamente ordinata, essendo sufficiente una qualunque organizzazione, anche rudimentale, di attività personali e di mezzi economici, benché semplici ed elementari, per il perseguimento del fine comune.

Se le esigenze cautelari possono essere soddisfatte anche con misure diverse dal carcere, in grado, comunque, di assicurare la separazione dell'indiziato dal contesto delinquenziale e di impedire la reiterazione del reato, consegue che la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere risulta incongrua ed irrazionale alla luce del principio di eguaglianza, non rispondendo, nel caso di specie, ai dati di esperienza generalizzati sintetizzabili nella nota formula dell'*id quod plerumque accidit* (29).

Né la presunzione in esame potrebbe trovare un fondamento giustificativo nell'esigenza di placare l'allarme sociale correlato alla pericolosità del traffico e del commercio di sostanze stupefacenti rispetto a beni quali l'ordine pubblico e la salute individuale, giacché tale funzione presupponendo la certezza circa la responsabilità dell'agente che ha provocato l'allarme sociale, si lega agli scopi istituzionali della pena, e non, certo, della misura cautelare personale. Né avrebbe, d'altronde, alcuna base di legittimazione costituzionale in riferimento alla gravità astratta del reato correlata alla misura della pena o alla natura dell'interesse protetto, atteso che tali indici possono rilevare in sede di determinazione della sanzione, ma non incidere pregiudizialmente sulla verifica delle concrete esigenze cautelari e sull'individuazione della misura più idonea a soddisfarle (30).

Se si consentisse di disporre la custodia cautelare in carcere sulla sola base della mera tipologia delittuosa e dei gravi indizi di colpevolezza - come accadeva nel codice di rito penale del 1930 - verrebbe meno ogni differenza funzionale tra custodia cautelare e pena e sarebbero violati i principi-cardine della nostra Carta fondamentale dei diritti, ad iniziare dalla presunzione di non colpevolezza la quale non permette la assimilazione tra imputato e colpevole, tra cautele processuali personali e sanzioni penali.

Le declaratorie di illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p. non solo segnano un ritorno allo spirito ed alla filosofia riformista del codice di rito penale del 1988, ma scongiurano

Note:

(28) In tal senso F. Zacché, *Vecchi automatismi cautelari e nuove esigenze di difesa sociale*, cit., 290, il quale osserva che, mentre i delitti di violenza sessuale sono spesso il risultato di una condotta individuale ed occasionale, quelli di criminalità organizzata sono caratterizzati da un radicamento nel territorio e da un collegamento permanente con l'organizzazione criminale che giustificano «la presunzione fondata sulla massima di esperienza secondo cui le misure coercitive diverse dal carcere, di per sé, non sono in grado d'isolare l'inquisito dal contesto delinquenziale».

(29) Così Corte cost. 22 luglio 2011, n. 231, in *Guida dir.*, 2011, 60 ss., che, sul punto, ha seguito il percorso argomentativo delle precedenti ed omologhe sentenze n. 265/2010 e n. 164/2011.

(30) Cfr., ancora, Corte cost., 22 luglio 2011, loc. ult. cit., che, a parere di S. Lorusso, *Il variegato panorama del vincolo associativo impedisce di formulare una regola d'esperienza*, in *Guida dir.*, 2011, 33-34, 63, mette in crisi il ragionamento secondo il quale poiché il processo penale non può fare il suo corso in tempi ragionevoli si ricorre all'immediata applicazione della misura cautelare. Tuttavia, osserva ancora l'Autore che se, da un lato, la misura cautelare può sembrare l'unico mezzo in grado di offrire una soluzione al bisogno di sicurezza e quiete pubblica, dall'altro, costituisce una risposta «distonica rispetto ai canoni del sistema accusatorio e ai principi liberali che regolano il processo penale contemporaneo».

anche il pericolo che la custodia carceraria *ante iudicatum* si traduca nella inammissibile irrogazione di una pena anticipata inflitta senza processo (31).

Le ulteriori prevedibili ricadute delle decisioni di illegittimità costituzionale sull'art. 275, comma 3, c.p.p.

Nel solco della esposizione retrospettiva sin qui compiuta, è agevole prevedere ulteriori declaratorie di illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p. in relazione alle figure criminose introdotte dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito dalla l. 23 agosto 2009, n. 38 (32).

In particolare, vengono in rilievo l'associazione finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri (art. 291-*quater* del d.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43, recante "Approvazione del testo unico delle disposizioni legislative in materia doganale"), l'associazione diretta a commettere i delitti di cui agli artt. 473 e 474 c.p., in materia di contraffazione di marchi o altri segni distintivi e di commercio di prodotti con segni mendaci, e gli altri delitti contemplati dall'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p. quali la riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), la tratta di persone (art. 601 c.p.), l'acquisto e l'alienazione di schiavi (art. 602 c.p.), il sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.).

A queste fattispecie incriminatrici vanno, poi, aggiunti i delitti di pornografia minorile (art. 600-*ter* c.p.) e di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, in ordine ai quali la Corte costituzionale non ha statuito con la sentenza n. 265 del 2010 unicamente perché le ordinanze di rimessione concernevano un diverso e più limitato *thema decidendum*.

È evidente, peraltro, che anche tali fattispecie non abbiano alcuna affinità con i reati di criminalità organizzata e che anche per esse non possa valere la presunzione fondata sulla massima di esperienza in virtù della quale le misure coercitive diverse dal carcere non siano in grado di recidere i legami tra l'indagato ed il contesto delinquenziale di provenienza, né di neutralizzare la probabile reiterazione della condotta criminosa.

Se, dunque, - come il discorso giustificativo delle pronunce della Corte costituzionale chiaramente lascia intendere - soltanto per l'associazione a delinquere di stampo mafioso può ritenersi non irragionevole la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare carceraria, anche le residue figure criminose ancora sottoposte allo stesso regime *de libertate* di eccezione non potranno che

cadere sotto la scure dei giudici della Consulta (33).

Mette conto di ricordare, a questo proposito, che anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, occu-

Note:

(31) In tal senso P.P. Paulesu, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, 680, secondo il quale [Con l'avvenuta metamorfosi, nell'art. 275, comma 3, c.p.p., delle esigenze cautelari da elemento «costitutivo» a requisito «impeditivo» del carcere, la restrizione della libertà personale diventa conseguenza automatica dell'imputazione, così come la pena consegue (automaticamente) alla condanna].

(32) Nel corso della stesura del presente lavoro è intervenuta una decisione della Corte costituzionale che sembra confermare la previsione. Il riferimento è alla sentenza n. 331, depositata il 16 dicembre 2011, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 12, comma 4-*bis*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero), come modificato dalla l. 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), nella parte in cui, nel prevedere che quando sussistano gravi indizi di colpevolezza in ordine al delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina deve essere necessariamente applicata la custodia cautelare in carcere (salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari), non fa salva l'ipotesi in cui siano acquisiti specifici elementi, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possano essere soddisfatte con altre misure. La pronuncia si inserisce nel novero delle sentenze - fra cui quella commentata - con le quali la Corte costituzionale ha dichiarato illegittima la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia carceraria in relazione ad alcune figure criminose introdotte dal d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito dalla legge 23 agosto 2009, n. 38, nell'art. 275, comma 3 c.p.p.: delitti a sfondo sessuale (sent. n. 265/2010); omicidio volontario (sent. n. 164/2011); associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope (sent. n. 231/2011). Anche in quest'ultima occasione i Giudici della Consulta hanno ritenuto che l'obbligatorietà della misura cautelare carceraria si giustifichi solo per i delitti di mafia mentre per tutti gli altri essa dovrebbe costituire l'*extrema ratio*. In tale prospettiva hanno, quindi, rilevato che il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, pure nelle ipotesi aggravate, può essere compiuto occasionalmente, con condotte individuali fortemente differenziate fra loro e al di fuori di una struttura criminale organizzata e che, pertanto, la norma censurata viola sia l'art. 3 della Costituzione, perché vengono ingiustificatamente parificati i procedimenti relativi ai delitti in questione a quelli concernenti i delitti di mafia, sia l'art. 13, primo comma, della Costituzione perché viene introdotta una deroga al regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale senza una adeguata ragione giustificatrice; sia, infine, l'articolo 27, secondo comma, della Costituzione in quanto attribuisce alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena in contrasto con il principio della presunzione di non colpevolezza.

(33) Nello stesso senso, cfr. S. Lorusso, *Il variegato panorama del vincolo associativo impedisce di formulare una regola d'esperienza*, cit., 63, secondo il quale rimanendo l'associazione a delinquere di stampo mafioso l'unica fattispecie rientrante nella deroga al regime *de libertate* ordinario dettata dall'articolo 275, comma 3, c.p.p., viene ripristinato lo *status quo ante* alla novella del 2009 risultante dalla legge 8 agosto 1995, n. 332, «con l'effetto di vanificare il tentativo del legislatore di "forzare" le linee fondanti del sistema cautelare costruito dal codice del 1988, per piegarlo al soddisfacimento di esigenze di tutela dell'ordine e di sicurezza pubblica che non si riesce a (o non si vuole) perseguire con altri e più appropriati strumenti a disposizione dei pubblici poteri».

pandosi esplicitamente dell'art. 275, comma 3, c.p.p., pur riconoscendo che la presunzione *iuris tantum* inerente alla esigenza cautelare di mantenere *in vinculis* l'indagato «rischia d'impedire al giudice d'adattare le misure coercitive alle esigenze del caso concreto», apparendo «eccessivamente rigida», ha, tuttavia, concluso che la lotta contro la mafia può, «a certe condizioni, richiedere l'adozione di misure che giustifichino una deroga alle regole fissate dall'art. 5», a tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza nonché per prevenire la commissione di altri gravi delitti.

Quindi, le sentenze di illegittimità parziale già emesse sull'art. 275, comma 3, c.p.p. e quelle che probabilmente le seguiranno quale logico corollario non solo hanno il merito di ripristinare la coerenza del quadro sistematico cautelare in armonia con i *Grund Werte* posti a base del nostro ordinamento (34), ma anche di uniformarsi, con significativa convergenza, agli *standards* minimi tracciati dai giudici di Strasburgo in tema di giusto processo (35).

Note:

(34) Cfr. P. Balducci, *Custodia cautelare in carcere e omicidio volontario: la Consulta elimina l'obbligatorietà*, cit., 1222. Secondo B. Andò, *Tutto o niente. Presunzioni di sussistenza delle esigenze cautelari e di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere in presenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine a determinati delitti: la Corte costituzionale e la differente dimensione cautelare tra i delitti di mafia e l'omicidio volontario*, in *Giust. pen.*, 2011, I, c. 216, la Corte costituzionale con la declaratoria di illegittimità dell'art. 275, comma 3, c.p.p. conferisce nuovamente piena rilevanza agli elementi di fatto dai quali poter desumere l'elemento inserito dal legislatore in tutte le tre tipologie di esigenze cautelari: il pericolo concreto. In tal modo, prosegue l'Autore, viene ricostruito il carattere unitario ed organico dell'intero sistema delle misure cautelari di guida che si riduce l'attrito con le garanzie costituzionali della inviolabilità della libertà personale e della presunzione di non colpevolezza.

(35) Cfr. Corte cost., sentenze nn. 348 e 349 del 2007, sull'obbligo del giudice nazionale, in presenza di un contrasto fra la normativa italiana e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, di sperimentare, in primo luogo, la possibilità di una interpretazione conforme della norma interna alla pertinente norma internazionale, in maniera tale da eliminare in via ermeneutica il contrasto, e, solamente laddove ciò non sia possibile, sollevare la questione di legittimità costituzionale con riferimento alla legge medesima, per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., utilizzando quali norme interposte le norme dei trattati che di volta in volta si assumono violate.

LIBRI

COLLANA: **Codici Minor Ipsoa**

**Codice Penale
Codice di Procedura Penale**

Leggi complementari

Curatori: *Giovanni Fiandaca – Angelo Giarda*

– Propone: il testo aggiornato del **Codice penale** e del **Codice di procedura penale**, e delle relative **disposizioni di attuazione**; della **Costituzione**; della **Convenzione dei diritti dell'Uomo**; del **Trattato di Lisbona**; della **Carta dei diritti fondamentali UE** e di alcune principali leggi complementari di interesse penale, riportate in appendice: la legge sulla **depenalizzazione**, la legge sul **processo penale minorile**, il decreto relativo alla **competenza penale del giudice di pace**, il decreto sulla disciplina della **responsabilità amministrativa delle persone giuridiche**, il testo unico in materia di **spese di giustizia** e il decreto relativo al **codice delle leggi antimafia**.

– IL VOLUME È AGGIORNATO, da ultimo, dal D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, **“Codice delle leggi antimafia”**; dal D.L. 13 agosto 2011, n. 138, conv., con mo-

dif., dalla L. 14 settembre 2011, n. 148, di **“stabilizzazione finanziaria”**; dal D.L. 23 giugno 2011, n. 89, conv., con modif., dalla L. 2 agosto 2011, n. 129, **“Disposizioni in materia di rimpatrio degli stranieri irregolari”**; dal D.Lgs. 7 luglio 2011, n. 121, **“Reati ambientali”**; dal D.L. 6 luglio 2011, n. 98, conv., con modif., dalla L. 15 luglio 2011, n. 111, c.d. **“manovra economica”**.

*IX edizione
Ipsoa 2011, euro 17,00*

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **<http://shop.wki.it/ipsoa>**





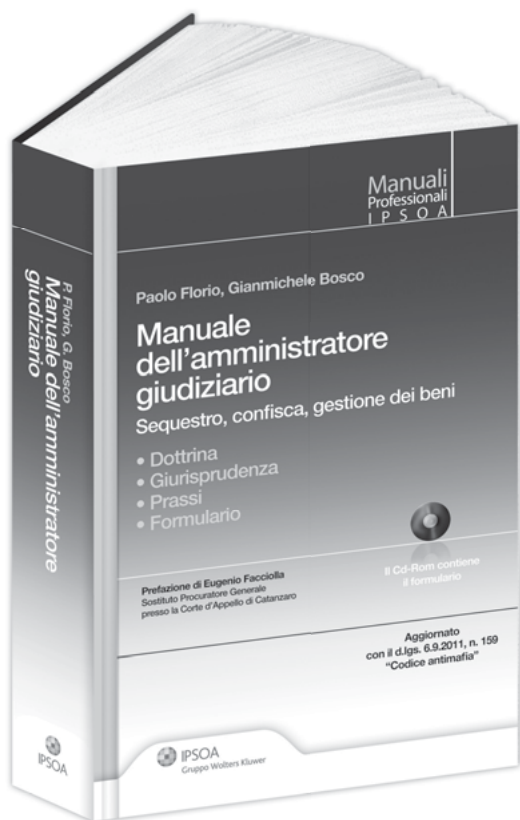
IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

Manuali
Professionali
IPSOA

Manuale dell'amministratore giudiziario

Sequestro, confisca, gestione dei beni



Il nuovo manuale dell'amministratore giudiziario approfondisce i temi del **sequestro**, della **confisca** e della **gestione dei beni**, alla luce della elaborazione giurisprudenziale e dottrinarie. Aggiornato con il D.Lgs. n. 159/2011, riguardante il "**Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione**", illustra cronologicamente l'**attività pratico - operativa** dell'amministratore giudiziario dai primi adempimenti agli aspetti finali della procedura.

Il volume rappresenta uno strumento indispensabile per i professionisti che già svolgono la delicata funzione di amministratore giudiziario e per coloro che desiderano intraprendere questa attività.

Il **CD-ROM** allegato contiene **82 formule**, utilizzabili con qualunque sistema di videoscrittura e **adattabili al caso concreto**.

di **Paolo Florio, Gianmichele Bosco**
pagg. 800, € 69,00, 1 edizione

Compili subito il coupon, e lo invii **via fax allo 02.82476403**. Può acquistare anche on line su **www.shopwki.it** oppure può contattare l'**Agenzia** della Sua zona (www.shopwki.it/agenzie) o rivolgersi alle **migliori librerie** della Sua città.

(00116668) Sì, desidero acquistare il volume **Manuale dell'amministratore giudiziario**, di P. Florio e G. Bosco a € 69,00.

Cognome e Nome	Azienda/Studio
Via	CAP
Città	
Tel.	Fax
e-mail (obbligatoria):	Cod. cliente

Partita IVA	C.F.
-------------	------

(1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura

Addebitare l'importo di € sulla mia carta di credito:

Mastercard (16 cifre) American Express (15 cifre) VISA (16 cifre) Diner's (14 cifre)

n°	Data di scadenza
----	------------------

Nome e indirizzo titolare carta di credito

Timbro e firma

TRATTAMENTO DATI PERSONALI
I dati personali saranno registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e saranno trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. 196/03, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Pal. F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

*Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. n. 185/1999. Decorsi 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milanofiori - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Delitto tentato

Univocità e circostanze nel tentativo: tra oggettivismo e soggettivismo

Cassazione penale, Sez. II, 20 luglio 2011 (ud. 6 luglio 2011), n. 28865 - Pres. Esposito - Ric. F.F.

I requisiti della idoneità e della univocità degli atti devono potersi rilevare obiettivamente dalla condotta non essendo sufficiente, ai fini della punibilità, la semplice intenzione dell'agente. Ciò non esclude tuttavia che anche atti preparatori possano integrare il tentativo punibile qualora ricorrano i presupposti necessari. È configurabile il tentativo di rapina aggravato ex art. 628, comma 3, n. 1) c.p. nell'ipotesi in cui, nonostante non sia stata compiuta alcuna sottrazione di denaro e non sia stata usata violenza o minaccia, l'agente abbia indosso l'arma.

Cassazione penale, Sez. II, 11 ottobre 2011 (ud. 21 settembre 2011), n. 36536 - Pres. Fiandanese - Est. Rago - Ric. D.M.

Ai fini del tentativo punibile assumono rilevanza penale non solo gli atti esecutivi del delitto pianificato, ma anche atti qualificabili come preparatori, sempre che, per le circostanze concrete del fatto, si possa fondatamente ritenere che l'azione, come insieme dei suddetti atti, abbia la rilevante probabilità di conseguire l'obiettivo programmato.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conformi	Cass., Sez. II, 24 settembre 2008, n. 40058, C., in <i>Cass. pen.</i> , 2009, 3355 ss.; Cass., Sez. I, 7 gennaio 2010, n. 9411, M. e altro, in <i>Ced Cass.</i> , n. 246620; Trib. Alessandria, 17 gennaio 2011, S.P., in <i>De Jure on line</i> .
Difformi	Cass., Sez. VI, 20 maggio 2008, n. 27323, P., in <i>Ced Cass.</i> , n. 240736; Cass., Sez. V, 24 settembre 2009, n. 43255, A., in <i>Cass. pen.</i> , 2010, 3850 ss.; Cass., Sez. II, 5 novembre 2010, n. 41649, V.G., in <i>Ced Cass.</i> , n. 248829; Cass., Sez. II, 15 giugno 2010, n. 28213, M., in <i>Ced Cass.</i> , n. 247680.

Cassazione penale, Sez. II, 20 luglio 2011 (ud. 6 luglio 2011), n. 28865

Omissis

Considerato in diritto

Il ricorso è infondato.

In punto di diritto, è pacifico, secondo l'insegnamento di questa Corte che:

“Ai fini della ravvisabilità del tentativo, i requisiti della idoneità e della univocità degli atti devono potersi rilevare obiettivamente dalla condotta degli agenti e dalle modalità degli atti da loro posti in essere, senza che, a tal fine, possa farsi riferimento alle intenzioni, dagli stessi eventualmente formulate.

Ne consegue che al giudice non è consentito di conferire idoneità e univocità di direzione ad atti che, di per se stessi, non sono né idonei né univoci, attraverso il riferi-

mento ai propositi interni degli agenti, dei quali non si abbia conoscenza attraverso dati obiettivamente rilevabili, ma che siano conosciuti soltanto attraverso le ammissioni degli imputati. Diversamente operando, si finirebbe inevitabilmente per conferire rilievo penale ad atti di volizione interna che possono essere valutati soltanto ai fini dell'esistenza dell'elemento psicologico, ma non anche ai fini della ravvisabilità dell'elemento materiale del reato” (Cass. Sez. 1^a, Sentenza n. 2587 del 23/10/1997 Ud. (dep. 27/02/1998) Rv. 210074).

Essendo scontato che per la ravvisabilità del tentativo, i requisiti di idoneità e di inequivocità degli atti devono risultare obiettivamente dalla condotta, poiché sono irrilevanti, ai fini della punibilità le intenzioni degli agenti, è ancora aperto un dibattito giurisprudenziale in ordine al-

l'idoneità o meno degli atti preparatori ad integrare la soglia del tentativo punibile, quando ricorrano determinate circostanze idonee a conferire anche a tali atti i requisiti della idoneità ed univocità in relazione al compimento dell'attività delittuosa programmata.

Se, infatti, un orientamento giurisprudenziale ritiene che:

“Nel delitto tentato gli atti diretti in modo non equivoco a commettere un reato possono essere esclusivamente gli atti esecutivi, ossia gli atti tipici, corrispondenti, anche solo in minima parte, alla descrizione legale di una fattispecie delittuosa a forma libera o vincolata, in quanto la univocità degli atti indica non un parametro probatorio, ma un criterio di essenza e una caratteristica oggettiva della condotta; ne consegue che non sono punibili, a titolo di tentativo, i meri atti preparatori” (Cass. Sez. 1[^], Sentenza n. 40058 del 24/09/2008 Ud. (dep. 28/10/2008) Rv. 241649; Sez. 1[^], Sentenza n. 9411 del 07/01/2010 Ud. (dep. 09/03/2010) Rv. 246620), un altro orientamento, maggioritario, ritiene, invece che anche gli atti preparatori, possano integrare la soglia del tentativo punibile, qualora ricorrano determinati presupposti.

In proposito è stato statuito che:

“Integra il tentativo di rapina anche il mero possesso di armi, pur se di fatto non utilizzate, in quanto l'univocità della condotta va apprezzata, senza tenere conto della distinzione tra atti preparatori ed atti esecutivi, nelle sue caratteristiche oggettive, così da verificare se sia tale da rivelare le finalità attraverso l'apprezzamento, secondo le regole di comune esperienza, della natura e dell'essenza degli atti compiuti e del contesto in cui si inseriscono” (Cass. Sez. 2[^], Sentenza n. 40702 del 30/09/2009 Ud. (dep. 22/10/2009) Rv. 245123).

Ed ancora:

“Ai fini della punibilità del tentativo, possono assumere rilevanza anche gli atti meramente preparatori, quando essi, per le concrete circostanze di luogo, di tempo o di mezzi, evidenzino che l'agente commetterà il delitto progettato a meno del sopravvenire di eventi imprevedibili, indipendenti dalla volontà dell'agente, e che l'azione abbia la rilevante probabilità di conseguire l'obiettivo programmato” (Cass. Sez. 2[^], Sentenza n. 28213 del 15/06/2010 Cc. (dep. 20/07/2010) Rv. 247680).

“Anche un atto preparatorio può integrare gli estremi del tentativo punibile, quando sia idoneo e diretto in modo non equivoco alla consumazione di un reato, ossia qualora abbia la capacità, sulla base di una valutazione *ex ante* e in relazione alle circostanze del caso, di raggiungere il risultato prefisso e a tale risultato sia univocamente diretto” (Cass. Sez. 2[^], Sentenza n. 41649 del 05/11/2010 Ud. (dep. 25/11/2010) Rv. 248829).

Nel caso di specie, tuttavia, il ricorso alla distinzione fra atti esecutivi ed atti meramente preparatori non ha rilevanza concreta in quanto la Corte territoriale ha rilevato che l'azione criminosa era già passata alla fase degli atti esecutivi (vedi fol. 10 e 11) in quanto il coimputato C., munito di un'arma da taglio e di mezzi di travisamento, aveva tentato di introdursi nei locali della banca dove

doveva essere compiuta la rapina, non riuscendovi per cause indipendenti dalla sua volontà, grazie alla reazione del Direttore dell'Agenzia che, insospettito, aveva rifiutato di aprire la bussola.

Pertanto correttamente, ed in piena coerenza con i principi di diritto sopra esposti, la Corte ha ritenuto che gli atti posti in essere dal F. e dai suoi complici, considerati nel loro complesso, hanno superato la soglia della punibilità, sotto il profilo del tentativo.

Di conseguenza deve essere respinto, in quanto infondato, il primo motivo di ricorso.

Ugualmente infondato è il secondo motivo in punto di desistenza.

La Corte territoriale ha respinto l'analoga doglianza avanzata con i motivi d'appello, osservando che: “la circostanza che (F.) al momento dell'arresto fosse in strada, non lontano dall'istituto di credito e non a bordo dell'auto, lasciata parcheggiata in via (*Omissis*), trova ragionevole spiegazione nel tentativo di allontanarsi dal luogo del delitto in modo defilato ed a piedi, avendo colto il fallimento del tentativo di ingresso in banca da parte di C. e temendo un intervento delle forze dell'ordine chiamate dai funzionari di banca ovvero avendo notato i movimenti della polizia giudiziaria, già operante sul luogo” (fol. 14).

Alla luce di tale ricostruzione fattuale, è evidente che non sussiste nella fattispecie la circostanza esimente della desistenza volontaria in quanto, secondo la giurisprudenza di questa Corte: “La desistenza dall'azione delittuosa può ritenersi volontaria quando la prosecuzione non sia impedita da fattori esterni che renderebbero estremamente improbabile il successo di essa, e la scelta di desistere sia, pertanto, operata liberamente” (Cass. Sez. 4[^], Sentenza n. 32145 del 24/06/2010 Ud. (dep. 20/08/2010) Rv. 248183).

Quanto al terzo motivo, in punto di concorso del ricorrente nei reati satelliti, le censure sono infondate, in quanto la Corte ha compiutamente motivato circa il concorso del F. nella commissione dei reati satelliti contestati sub b) e c), richiamando le considerazioni svolte con riferimento alla posizione del coimputato G. (fol. 12), che si attagliano perfettamente anche alla posizione del F., trattandosi di condotte poste in essere in modo coordinato fra i concorrenti nel reato ed in pieno accordo fra di loro.

Quanto al quarto motivo, in punto di impossibilità di configurare l'aggravante di cui all'art. 628 c.p., comma 3, n. 1) le censure sono completamente destituite di fondamento, in quanto agli imputati non è stato contestato di aver commesso una rapina con condotte di violenza o minaccia, bensì di aver compiuto un tentativo, mediante atti idonei diretti in modo non equivoco a compiere una rapina, ricorrendo alla minaccia dell'uso di un'arma, che uno dei coimputati aveva indosso.

Poiché di tentativo si tratta, è evidente che l'evento non si è verificato, quindi non è stata compiuta alcuna sottrazione di denaro e non è stata usata violenza o minaccia. Né si può ritenere che la disciplina del tentativo riguardo solo il reato base.

Al riguardo questa Corte ha osservato, che: “La disciplina del reato tentato coinvolge tutti gli aspetti della tipicità compresi quelli inerenti alle circostanze: ne consegue che è configurabile, in materia di delitti concernenti gli stupefacenti, l’aggravante di cui al D.P.R. n. 309 del 1990, art. 80 allorché vi sia prova che, se l’operazione illecita di traffico di droga fosse riuscita, essa avrebbe riguardato un quantitativo ingente di sostanza” (Cass. Sez. 4[^], Sentenza n. 2631 del 23/11/2006 Ud. (dep. 25/01/2007) Rv. 235937).

È infondato anche il quinto motivo concernente le non concesse attenuanti generiche e la misura della pena giacché la motivazione della impugnata sentenza, pure su tali punti conforme a quella del primo giudice, si sottrae ad ogni sindacato per avere adeguatamente richiamato i precedenti specifici per lesioni personali e tentata rapina, nonché l’esistenza di un ulteriore procedimento per rapina in corso - elementi sicuramente rilevanti ex artt. 133 e

62 bis c.p.p. - nonché per le connotazioni di complessiva coerenza dei suoi contenuti nell’apprezzamento della gravità dei fatti.

Né il ricorrente indica elementi non considerati in positivo decisivi ai fini di una diversa valutazione.

Deve essere respinto, infine, il sesto motivo di ricorso in punto di diniego dell’attenuante di cui all’art. 114 c.p., avendo la Corte territoriale respinto l’analoga doglianza avanzata con i motivi d’appello, con motivazione congrua e priva di vizi logico-giuridici, come tale incensurabile in questa sede.

Ai sensi dell’art. 616 c.p.p., con il provvedimento che rigetta il ricorso, l’imputato che lo ha proposto deve essere condannato al pagamento delle spese del procedimento.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Cassazione penale, Sez. II, 11 ottobre 2011 (ud. 21 settembre 2011), n. 36536

Diritto

Omissis

Violazione degli artt. 56 - 628 c.p.: il fatto è stato ricostruito dalla Corte territoriale nei seguenti termini: nella notte del 7/6/1995, i C.C. di Cerignola predisposero “un servizio di appostamento ed osservazione dopo che il direttore del locale Ufficio postale aveva denunciato di avere trovato le sbarre della finestra della sua stanza, dove era custodita la cassaforte, segate e riposte in stato da sembrare integre tramite l’apposizione di stucco e nastro adesivo dello stesso colore giallo dell’inferriata. Costoro notavano che la notte del 7/6/95, successiva all’effrazione, tre giovani, riconosciuti poi negli imputati (*omissis*) ben noti alle forze dell’ordine che li avevano controllati più volte mentre erano in reciproca compagnia, arrivavano nei pressi dell’ufficio postale a bordo di un’autovettura Mercedes e, dopo aver aperto un cancello scorrevole e scavalcato un muro alto circa due metri portando con sé due buste di plastica bianche del tipo di quelle usate per la spesa, si avvicinavano alla finestra in questione e cercavano (proprio il D.) di divellerla; in quel momento i C.C. intervenivano e, mentre gli altri due si davano a precipitosa fuga abbandonando le buste di plastica, riuscivano invece a bloccare l’odierno appellante che veniva immediatamente tratto in arresto”.

La Corte territoriale ha ritenuto che, nella suddetta condotta fossero ravvisabili gli estremi del tentativo di rapina aggravata sulla base della seguente motivazione: “Ed invero, il possesso delle due pistole, di cui una giocattolo ma priva del tappo rosso, dei due passamontagna, della scatola di vernice gialla (del medesimo colore dell’inferriata) e dello stucco, unitamente alle due spatole per posarlo, non trova altra diversa spiegazione se non nella ricostruzione dell’accaduto operata dal Tribunale. I tre si recarono sul posto in piena notte e procedettero a tirare l’inferriata, che essi stessi in precedenza avevano segato,

in modo che due di loro potessero penetrare all’interno della stanza del direttore dove, all’apertura dell’Ufficio postale, travisati con i passamontagna ed armi in mano, lo avrebbero costretto ad aprire la cassaforte ed a consegnare loro il denaro ivi contenuto; lo stucco colorato, gli arnesi necessari ad applicarlo e la vernice dello stesso colore giallo dell’inferriata dovevano servire all’altro complice a richiuderla dall’esterno per dare ai condomini che si affacciavano in quel cortile l’apparenza che tutto fosse in ordine. Tutta l’operazione era stata congegnata nei termini suesposti, perché altrimenti non si spiegherebbe logicamente perché tre noti malviventi si fossero avvicinati all’ufficio postale tutti insieme muniti dell’armamentario che fu sequestrato loro ed il D. stesso avesse tirato (o tentato di tirare quando intervennero i CC) l’inferriata della stanza del direttore. La condotta dell’imputato, quindi, non solo era idonea ma altresì era univocamente orientata a commettere la rapina, che l’intervento dei C.C. valse ad impedire”.

p. 2.1. Il ricorrente censura la suddetta motivazione osservando che: “in realtà, tali osservazioni sono del tutto illogiche e non danno atto delle possibili ricostruzioni alternative, molto più plausibili, degli accadimenti svoltisi nella notte del 7 giugno ‘95.

Innanzitutto, va rilevato che è stato accertato che le sbarre della finestra della stanza del direttore dell’ufficio postale furono tagliate la notte precedente a quella in cui avvenne l’arresto del sottoscritto e dei propri correi. Non si comprende, pertanto, perché l’odierno ricorrente e i propri complici non avrebbero dovuto effettuare l’ipotizzata rapina il giorno precedente ma, nell’impostazione accusatoria accolta dall’impugnata sentenza, abbiano aspettato non una ma ben due notti per tentare di porre in essere l’ipotizzata rapina. È, invece, logicamente infinitamente più plausibile che il sottoscritto e i propri correi si siano recati la mezzanotte del 7 giugno 1995 presso l’ufficio postale di Cerignola al fine di effettuare un furto,

anziché attendere otto ore l'arrivo del direttore dell'ufficio postale per rapinarlo. È davvero incredibile, inoltre, ipotizzare che dei rapinatori, dopo aver posto in essere il contestato reato, possano perdere tempo a richiudere le sbarre segate della finestra e a riverniciarle, invece di fuggire a gambe levate. È, invece, di evidenza lampante che lo stucco colorato, gli arnesi necessari ad applicarlo e le vernici dello stesso colore giallo dell'inferriata dovessero servire sì a richiudere la finestra dall'esterno, ma dopo che il sottoscritto e i propri complici avessero posto in essere il furto in tutta tranquillità nella notte del 7 giugno". Aggiunge il ricorrente che il possesso delle armi e di strumenti di camuffamento non erano sufficienti a connotare l'azione come diretta al compimento di una rapina in presenza di quegli evidenziati elementi fattuali che deponevano nel senso del furto.

p. 2.2. In via di stretto diritto, in ordine ai principi applicabili in tema di tentativo, va affermato quanto segue.

L'art. 56 c.p., disciplina il tentativo nei delitti e, essendo una fattispecie autonoma rispetto al reato consumato (*ex plurimis* Cass. 13/6/2001 riv. 220330), richiede, come tutti i reati, la sussistenza sia dell'elemento soggettivo che oggettivo.

L'elemento soggettivo è identico al dolo del reato che il soggetto agente si propone di compiere.

L'elemento oggettivo, invece, presenta spiccate peculiarità in quanto ruota intorno a tre concetti:

- l'idoneità degli atti;
- l'univocità degli atti;
- il mancato compimento dell'azione o il mancato verificarsi dell'evento.

La linea di demarcazione fra la semplice intenzione non punibile (secondo il vecchio brocardo *cogitationis poenam nemo patitur*) e quella punibile si snoda proprio attraverso l'esatta comprensione dei suddetti principi.

Una premessa di natura sistematica: sebbene l'art. 56 c.p. sia l'unica norma che disciplini espressamente il tentativo, tuttavia, utili argomenti si possono trarre, ai fini sistematici, anche dall'art. 115 c.p. a norma del quale "qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato e questo non sia commesso, nessuna di essa è punibile per il solo fatto dell'accordo".

La suddetta norma, evidenzia, quindi, in modo plastico, il principio secondo il quale anche un semplice accordo a commettere un delitto (e, quindi, a *fortiori*, il semplice averlo pensato) non è punibile (salva l'applicazione della misura di sicurezza) ponendosi all'estremo opposto del delitto consumato.

Ma è proprio fra questi due estremi, ossia fra la semplice *cogitatio* o accordo (non punibile) ed il delitto consumato che si colloca la problematica del delitto tentato che consiste, appunto, nello stabilire quando un'azione, avendo superato la soglia della mera *cogitatio*, pur non avendo raggiunto il suo scopo criminoso, dev'essere ugualmente punibile.

Il codice penale del 1889 (cd. codice Zanardelli), influenzato dal codice napoleonico, all'art. 61, punendo "colui che, al fine di commettere un delitto, ne comincia con mezzi idonei l'esecuzione", poneva la soglia di puni-

bilità del delitto programmato nel momento in cui l'agente avesse cominciato l'esecuzione dell'azione: da qui, la distinzione fra atti preparatori non punibili ed atti di esecuzione punibili.

La distinzione, però, creò notevoli problemi interpretativi tanto che il legislatore del 1930 - peraltro anche per precise ragioni ideologiche - abbandonò espressamente il suddetto criterio, introducendo l'attuale art. 56 c.p. che ruota intorno a due criteri: l'idoneità e la inequivocità degli atti compiuti dall'agente, nel senso che solo ove l'azione presenti le suddette caratteristiche, l'agente può essere punito a titolo di tentativo.

Il dibattito (dottrinale e giurisprudenziale), però, si è riacutizzato perché, mentre prima, la domanda era quali fossero i criteri per stabilire la differenza fra atti preparatori (non punibili) ed atti di esecuzione (punibili), ora la questione consiste nell'individuare la linea di confine che separa il semplice accordo (o la mera *cogitatio*), non punibile, dagli atti idonei inequivoci, punibili. In ordine al concetto di idoneità degli atti (e non del mezzo come prescriveva il codice Zanardelli), l'opinione maggioritaria sia della dottrina che della stessa giurisprudenza di questa Corte, è alquanto compatta nel ritenere che un atto si può ritenere idoneo quando, valutato *ex ante* ed in concreto (cd. criterio della prognosi postuma), ossia tenendo conto di tutte le circostanze conosciute e conoscibili e non di quelle oggettivamente presenti e conosciute dopo (ed criterio di valutazione su base parziale: *ex plurimis* Cass. 9/12/1996, Tansino, riv. 206562), il giudice, sulla base della comune esperienza dell'uomo medio, possa ritenere che quegli atti - indipendentemente dall'insuccesso determinato da fattori estranei - erano tali da ledere, ove portati a compimento, il bene giuridico tutelato dalla norma violata: *ex plurimis* Cass. 40058/2008 riv. 241649 (in motivazione) - Cass. 43255/2009 riv. 245721 - Cass. 27323/2008 riv. 240736 - Cass. 34242/2009 riv. 244915.

Tanto risulta confermato anche dall'art. 49 c.p., comma 2 che è la norma speculare dell'art. 56 c.p. nella parte in cui dispone la non punibilità per l'idoneità dell'azione. Più controversa è la nozione di univocità degli atti. Secondo una prima tesi "anche gli atti preparatori possono configurare l'ipotesi del tentativo, allorché essi rivelino, sulla base di una valutazione *ex ante* e indipendentemente dall'insuccesso determinato da fattori estranei, l'adeguatezza causale nella sequenza operativa che conduce alla consumazione del delitto e l'attitudine a creare una situazione di pericolo attuale e concreto di lesione del bene protetto, dimostrando contemporaneamente, per la loro essenza ed il contesto nel quale s'inseriscono, l'intenzione dell'agente di commettere il delitto": Cass. 27323/2008 riv. 240736 - Cass. 43255/2009 Riv. 245720 "L'atto preparatorio può integrare gli estremi del tentativo punibile, quando sia idoneo e diretto in modo non equivoco alla consumazione di un reato, ossia qualora abbia la capacità, sulla base di una valutazione "ex ante" e in relazione alle circostanze del caso, di raggiungere il risultato prefisso e a tale risultato sia univocamente diretto" - Cass. 40702/2009 Riv. 245123.

È la cd. tesi soggettiva in base alla quale, appunto, la prova del requisito dell'univocità dell'atto può essere raggiunta non solo sulla base dell'atto in sé considerato ma anche *aliunde* e, quindi, anche sulla base di semplici atti preparatori qualora rivelino la finalità che l'agente intendeva perseguire.

Ad avviso, invece, di un'altra tesi, "gli atti diretti in modo non equivoco a commettere un reato possono essere esclusivamente gli atti esecutivi, ossia gli atti tipici, corrispondenti, anche solo in minima parte, come inizio di esecuzione, alla descrizione legale di una fattispecie delittuosa a forma libera o vincolata, in quanto la univocità degli atti indica non un parametro probatorio, ma un criterio di essenza e una caratteristica oggettiva della condotta; ne consegue che non sono punibili, a titolo di tentativo, i meri atti preparatori": Cass. 9411/2010 Rv. 246620 - Cass. 40058/2008 cit. - Cass. 36283/2003 riv. 228310 - Cass. 43406/2001 riv. 220144. "Se è vero, infatti, che il legislatore del 1930, obbedendo a sollecitazioni politiche dell'epoca, aveva ritenuto di allargare l'area del tentativo punibile redigendo il testo dell'art. 56 c.p., non è men vero che gran parte della dottrina e della giurisprudenza hanno dimostrato l'illusorietà del proposito che, con quel mezzo, si intendeva attuare. Ciò perché atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto possono essere esclusivamente atti esecutivi, in quanto se l'idoneità di un atto può denotare al più la potenzialità dell'atto a conseguire una pluralità di risultati, soltanto dall'inizio di esecuzione di una fattispecie delittuosa può dedursi la direzione univoca dell'atto stesso a provocare proprio il risultato criminoso voluto dall'agente": Corte Cost. 177/1980.

È la cd. tesi oggettiva secondo la quale gli atti possono essere considerati univoci ogni qualvolta, valutati in quel singolo contesto, rivelano, in sé e per sé considerati, l'intenzione dell'agente (ed criterio di essenza). Per questa tesi, quindi, "la "direzione non equivoca" indica, infatti, non un parametro probatorio, bensì un criterio di essenza e deve essere intesa come una caratteristica oggettiva della condotta, nel senso che gli atti posti in essere devono di per sé rivelare l'intenzione dell'agente. L'univocità, intesa come criterio di "essenza", non esclude che la prova del dolo possa essere desunta *aliunde*, ma impone soltanto che, una volta acquisita tale prova, sia effettuata una seconda verifica al fine di stabilire se gli atti posti in essere, valutati nella loro oggettività per il contesto nel quale si inseriscono, per la loro natura, siano in grado di rivelare, secondo le norme di esperienza e l'*id quod plerumque accidit*, l'intenzione, il fine perseguito dall'agente": Cass. 40058/2008 cit..

È evidente il punto di frizione fra le due tesi.

Infatti, mentre per la tesi soggettiva, l'univocità va valutata sulla base delle circostanze concrete (con la conseguenza che si determina, sul piano della repressione penale, un arretramento della soglia di punibilità, in quanto anche gli atti in sé preparatori, possono, a determinate condizioni, essere considerati univoci), al contrario per la tesi oggettiva, l'univocità coincide con l'inizio degli atti tipici di un determinato reato (con conseguente sposta-

mento in avanti della soglia di punibilità, escludendosi l'univocità degli atti meramente preparatori).

Questa Corte ritiene che la tesi ed oggettiva non sia condivisibile perché, riproponendo, di fatto, l'antica problematica di cui si discuteva sotto il codice Zanardelli, opera un'interpretazione *abrogans* della nuova normativa, lasciando insoluti, in specie per i reati a forma libera, quegli stessi interrogativi che avevano indotto il legislatore del 1930 a rivedere radicalmente l'intera normativa.

Infatti, nella Relazione al progetto definitivo al codice penale, si trova scritto: "innovazioni radicali sono state introdotte nella disciplina del tentativo, sopprimendo la distinzione tra atti preparatori e atti esecutivi".

Si ritiene, quindi, che la tesi più corretta sia quella soggettiva per i motivi di seguito indicati.

Il punto di partenza, per una corretta esegesi dell'art. 56 c.p., non può che essere il dato storico: come si è detto, fu proprio per evitare le incertezze interpretative derivanti dall'individuare quali fossero i mezzi che potevano essere considerati inizio dell'esecuzione criminosa (problema che diventava quasi irresolubile per i reati a forma libera) che il legislatore del 1930 s'indusse ad abbandonare la formula che parlava di "cominciamento" "mezzi" "esecuzione". Nel nuovo art. 56 c.p., infatti, non si parla più di mezzi ma di atti idonei (in contrapposizione agli atti idonei di cui all'art. 49 c.p., comma 2) e di azione che non si compie o di evento che non si verifica. La terminologia adoperata dal legislatore è molto importante: una cosa è parlare di cominciamento dell'esecuzione con mezzi idonei, altro è parlare di azione non compiuta e di atti idonei a commettere il delitto.

È evidente, infatti, l'arretramento della soglia di punibilità, laddove si consideri che i termini "azione" ed "atti", indicano, proprio a livello semantico, una maggiore estensione rispetto alla più ristretta categoria degli atti esecutivi.

In altri termini, il legislatore ha focalizzato la sua attenzione non solo sull'esecuzione ma anche sull'azione.

Ora, siccome l'azione è quell'attività umana composta da uno o più atti, ne deriva, proprio sul piano logico (oltre che semantico) che il tentativo è punibile non solo quando l'esecuzione è compiuta ma anche quando l'agente ha compiuto uno o più atti (non necessariamente esecutivi) che indichino, in modo inequivoco, la sua volontà di voler compiere un determinato delitto. Sul punto, è lo stesso art. 56 c.p. che offre utili spunti di riflessione nella parte in cui dispone che il delitto tentato si verifica in due ipotesi: 1) quando l'azione non si compie (cd. tentativo non compiuto); 2) quando l'evento non si verifica (cd. tentativo compiuto). Sebbene si sia soliti attribuire poca importanza alla suddetta distinzione, in quanto la si assimila a quella del codice Zanardelli fra "delitto tentato" e "delitto mancato" (peraltro sanzionato più gravemente), il dato di fatto lessicalmente rilevante è che non si parla di "delitto tentato o mancato" ma di azione non compiuta e di evento non verificatosi.

Il suddetto dato non può non avere una sua rilevanza giuridica. Infatti, quando la legge adopera la locuzione "evento che non si verifica" è chiaro che ipotizza il caso

dell'agente che ha compiuto l'esecuzione degli atti tipici del delitto programmato, che, però, non si è verificato per un fatto indipendente dalla sua volontà (ad es. l'agente ha sparato a Tizio ma questi, all'ultimo momento, casualmente, si è spostato, facendo, quindi, fallire l'attentato).

Se, quindi, la legge ha già previsto la punibilità dell'esecuzione degli atti di un delitto, quando prevede la punibilità anche dell'azione, necessariamente non può che far riferimento ad un qualcosa che precede l'esecuzione vera e propria, ossia quell'insieme di atti (o semplice atto) che, sebbene non esecutivi, valutati unitariamente, abbiano l'astratta attitudine a produrre il delitto programmato. L'azione, lo si ripete, è un termine molto ampio ed indica il risultato finale del compimento di un atto o più atti, e contiene, in sé, tutti gli elementi che consentono di affermare, sia pure *ex post*, che quell'azione era idonea, ove portata a termine (*rectius*: eseguita) a perpetrare il delitto programmato.

Ciò, quindi, permette di affermare che ci si trova di fronte ad un tentativo punibile in tutti quei casi in cui l'agente abbia approntato e completato il suo piano criminoso in ogni dettaglio ed abbia iniziato ad attuarlo pur non essendo ancora arrivato alla fase esecutiva vera e propria ossia alla concreta lesione del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice.

Quanto appena detto, trova una conferma negli speculari commi terzo e quarto dell'art. 56 che, ancora una volta, confermano i due livelli del tentativo punibile (sanzionati in modo differente): la desistenza dell'azione nel senso sopra specificato, nel quale caso, la norma prevede che l'agente risponde degli atti compiuti solo se questi costituiscano un reato diverso; l'impedimento, da parte dell'agente, dell'evento determinato dal compimento degli atti esecutivi veri e propri, nel quale caso, l'agente risponde pur sempre del tentativo, sebbene con una diminuzione della pena.

È evidente, quindi, che, anche a livello sanzionatorio, la legge ha voluto distinguere le due tipologie di tentativi che, se non vengono attuati per cause indipendenti dalla volontà dell'agente, vengono puniti allo stesso modo (primo comma), mentre se il delitto non si verifica per la resipiscenza dell'agente, vengono sanzionati diversamente rendendo, pertanto, palese che l'azione che non si compie (o dalla quale l'agente desiste) è un qualcosa che precede l'evento che non si verifica (o compie).

Ed ulteriore conferma può trarsi dall'art. 49 c.p., comma 2 (che rappresenta, per così dire, il lato speculare e contrario dell'art. 56 c.p.) che esclude la punibilità per "l'inedoneità dell'azione" non degli atti esecutivi: il che significa che, per stabilire se ci si trova di fronte ad un tentativo punibile, a parte l'ipotesi del compimento degli atti esecutivi veri e propri (ipotesi considerata espressamente, come si è detto, dall'art. 56 c.p., comma 1, ultima parte) occorre aver riguardo più che all'inedoneità dei singoli atti, all'inedoneità dell'azione valutata nel suo complesso così come appare cristallizzata in un determinato momento storico, tenuto conto di tutti gli elementi esterni ed interni, conosciuti e conoscibili.

Solo se l'azione viene valutata unitariamente, può aversi un quadro d'insieme dei singoli atti che, se valutati singolarmente, possono anche sembrare in sé inidonei, ma che se inseriti in un più ampio contesto, appaiono per quelli che sono, ossia dei singoli anelli di una più complessa ed unica catena, l'uno funzionale all'altro per il compimento dell'azione finale destinata a sfociare nella consumazione del delitto programmato.

Si può, quindi, concludere affermando che il legislatore del 1930, arretrando la soglia di punibilità del tentativo, ha completamente ribaltato l'impostazione del codice Zanardelli in quanto ora sono punibili non solo gli atti di esecuzione veri e propri ma anche gli atti ad essi antecedenti che, per comodità descrittiva, si possono continuare a chiamare ancora atti preparatori, a condizione però che posseggano quelle caratteristiche di cui si è detto.

Si deve, pertanto, affermare il seguente principio di diritto: "ai fini del tentativo punibile, assumono rilevanza penale non solo gli atti esecutivi veri e propri del delitto pianificato, ma anche quegli atti che, pur essendo classificabili come atti preparatori, tuttavia, per le circostanze concrete (di luogo - di tempo - di mezzi ecc.) fanno fondatamente ritenere che l'azione - considerata come l'insieme dei suddetti atti - abbia la rilevante probabilità di conseguire l'obiettivo programmato e che l'agente si trovi ormai ad un punto di non ritorno dall'imminente progettato delitto e che il medesimo sarà commesso a meno che non risultino percepibili incognite che pongano in dubbio tale eventualità, dovendosi, a tal fine, escludere solo quegli eventi imprevedibili non dipendenti dalla volontà del soggetto agente atteso che costui ha solo un modo per dimostrare di avere receduto dal proposito criminoso: ossia la desistenza volontaria (art. 56 c.p., comma 3) o il recesso attivo (art. 56 c.p., comma 4)".

Omissis. Il caso di specie è emblematico della problematica di cui si è parlato.

In punto di fatto, la doglianza secondo la quale sarebbero ipotizzabili i diversi reati di danneggiamento o tentato furto, non è accoglibile in quanto la Corte territoriale - sulla base di precisi riscontri fattuali - ha coerentemente e logicamente concluso che il ricorrente, insieme agli altri complici, aveva intenzione di perpetrare la rapina.

Peraltro, sul punto, il motivo è generico perché il ricorrente si è semplicemente limitato ad affermare, in modo assertorio ed ipotetico, che sarebbero ipotizzabili ipotesi alternative.

Al contrario, gli elementi fattuali indicati dalla Corte, unita alla considerazione che lo stesso ricorrente non spiega che cosa avrebbe dovuto rubare in un ufficio nel quale l'unico bene che giustificasse tutta quell'accurata preparazione era costituito dal denaro custodito nella cassaforte fanno ritenere la conclusione della Corte Territoriale del tutto logica e, quindi, immune da vizi di legittimità.

In punto di diritto, va, invece, rilevato quanto segue. Si è chiarito che l'art. 56 c.p. prevede e sanziona due ipotesi di tentativo: quello in cui l'azione non si verifica e quello in cui l'evento non si compie, per cause indipendenti dal-

la volontà dell'agente (nel qual caso le due ipotesi, ai fini sanzionatoli, vengono assimilate) ovvero per resipiscenza dell'agente (nel qual caso, ai sensi dei commi 3 e 4, la sanzione varia).

Si è anche chiarito che l'azione può essere considerata idonea quando, sulla base degli elementi fattuali in atti, può affermarsi che il programma criminoso dell'agente si è ormai concluso e l'agente sta per passare alla fase operativa vera e propria.

Nel caso di specie, da quanto emerge dalla sentenza impugnata, il piano operativo era stato completamente esaurito: la sera precedente erano state segate le sbarre della finestra; erano stati predisposti i mezzi per eseguire il piano; l'imputato aveva la disponibilità di tutto l'armamentario necessario per perpetrare materialmente la rapina che, al momento in cui intervennero i C.C., in pra-

tica era passata alla fase esecutiva vera e propria in quanto l'imputato, con i complici, stava per entrare nell'ufficio postale.

Si verte, pertanto, nella prima delle ipotesi considerate: infatti, l'imputato non fu sorpreso ed arrestato mentre, ad es. eseguiva i sopralluoghi: in tale ipotesi, invero, sarebbe stato configurabile il reato impossibile per inidoneità dell'azione ex art. 49, comma 2.

Al contrario, venne arrestato quando tutte le suddette operazioni prodromiche erano già state eseguite e, quindi, l'azione, in sé e per sé considerata, come correttamente ha rilevato la Corte territoriale, era ormai potenzialmente idonea al compimento della progettata rapina. In conclusione, poiché la Corte territoriale si è correttamente adeguata al principio di diritto sopra enunciato, la censura va disattesa. *Omissis.*

Il commento

di Rita Urbani

Le sentenze che si annotano, tornando ad affrontare alcune delle tematiche più rilevanti e delicate in tema di tentativo, offrono l'occasione per riflettere su due questioni "applicative" di grande interesse, quali quelle rappresentate da un lato dalla distinzione fra atti preparatori ed esecutivi e dall'altro dal rapporto fra circostanze e tentativo. In questa prospettiva, la presa di distanze dalla tesi cd. formale esecutiva, comune alle due pronunce nonostante la diversità delle argomentazioni addotte, consente non solo di puntualizzare l'orientamento della giurisprudenza più recente con riferimento al problema della individuazione del contenuto (oggettivo o soggettivo) del requisito dell'univocità, ma anche di apprezzare la possibilità di una composizione in concreto di conflitti fra modelli di tutela che, pensata in astratto, risulta difficilmente immaginabile.

Le questioni sul tappeto

Le sentenze in commento, riconducibili entrambe ad un'ipotesi di tentata rapina realizzata in concorso fra più soggetti ed aggravata, ex art. 628, comma 3, n. 1 c.p. (1), si soffermano, pur con ampiezza diversa e talvolta solo incidentalmente, da un lato sul concetto di univocità degli atti e, dall'altro, sulla configurabilità del delitto tentato circostanziato, affrontando due aspetti dell'istituto la cui centralità risulta evidente. Esse offrono senza dubbio una occasione per riflettere, ancora una volta, sulla questione dell'individuazione della soglia di punibilità del tentativo. Una questione antica, perché espressione della stessa ragion d'essere dell'istituto (2); eppure, paradossalmente, attuale (3). Ma consentono soprattutto di interrogarsi nuovamente sulle ragioni profonde che sorreggono alcune scelte applicative, ragioni che, come si tenterà di dimostrare, risultano ancor più evidenti, sol che si accostino due aspetti tanto diversi, concettualmente e strutturalmente, quali sono quello inerente alla di-

stinzione fra atti esecutivi e atti preparatori nell'accertamento dell'univocità degli atti da una parte e dall'altra quello relativo alla configurabilità del delitto circostanziato tentato. Profili questi, indiscutibilmente autonomi, ma la cui analisi congiunta, pur limitata alla funzione del presente scritto, consente non solo di fare il punto sulle linee che giurisprudenza e dottrina hanno assunto, più o meno concordemente, in materia; ma anche, e an-

Note:

(1) L'art. 628, comma 3, n. 1 c.p. prevede un'aggravante speciale, «se la violenza o la minaccia è commessa con armi, o da persona travisata o da più persone riunite».

(2) Cfr. A. Cavanna, *Il problema delle origini del tentativo nella storia del diritto italiano*, in *Annali Genova*, 1970, 4 ss.; R. Isotton, *Crimen in itinere. Profili della disciplina del tentativo dal diritto comune alle codificazioni penali*, Napoli, 2006, 51 ss.; Si veda inoltre, S. Del Corso, *Atti preparatori ed esecutivi nel pensiero di Francesco Carrara*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 149 ss.

(3) Illuminante in questo senso il contributo di F. Palazzo, *Il tentativo: un problema ancora aperto? (tipicità ed offesa tra passato e futuro)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 38 ss.

cora una volta, di rivelare quel carattere che pare costituire la cifra del delitto tentato e che potrebbe essere individuato nella continua contaminazione fra oggettivismo e soggettivismo, che rischia di condizionare la ricostruzione della struttura dell'istituto e dunque, inevitabilmente, la sua applicazione (4).

Una "costante" del delitto tentato: atti preparatori ed esecutivi nella individuazione della soglia di punibilità

Come già accennato, uno degli aspetti di maggior interesse oggetto delle pronunce in commento attiene alla rilevanza, ai fini della individuazione della soglia di punibilità del tentativo, della distinzione fra atti preparatori ed esecutivi. Tale alternativa - che è come dire alternativa nel considerare il modello di cui all'art. 56 c.p. realmente o solo apparentemente "innovativo" rispetto al modello del cominciamento di esecuzione di cui al Codice previgente - rappresenta, logicamente e storicamente (5), un passaggio fondamentale nell'individuazione dell'ambito di applicazione della nozione di tentativo, in grado di condizionarne la fisionomia in una prospettiva innanzitutto strutturale. All'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice così come oggi, sono dunque sostanzialmente due gli orientamenti che vedono schierarsi gli interpreti in ordine alla problematica della distinzione fra atti di esecuzione e atti di preparazione.

Secondo un primo indirizzo, la nuova formulazione dell'art. 56 c.p. avrebbe comportato la riconducibilità agli atti di tentativo anche di quelli preparatori. Tale assunto costituisce, agli occhi dei suoi sostenitori, la conseguenza pura e semplice del mutato assetto di disciplina dell'istituto. Dall'abbandono del modello dell'inizio dell'esecuzione, accolto dal Codice penale Zanardelli, non potrebbe che dedursi l'espansione della nozione di tentativo. Del resto, si ribadisce, non si comprende come la rilevanza della distinzione fra atti preparatori ed esecutivi potrebbe essere fondatamente sostenuta per il tentativo alla luce di disposizioni, come l'art. 114 c.p., che la escludono per la compartecipazione (6). A tali argomentazioni, si contrappone la tesi di chi sostiene come la formula di cui all'art. 56 non avrebbe invece determinato l'estensione agli atti di preparazione della nozione di tentativo. Non avrebbe potuto, si ribadiva (e non raramente si ribadisce ancora), perché essa è norma che deve, come ogni disposizione, essere letta sistematicamente. In questa prospettiva, allora come oggi, particolare rilevanza assume l'art. 115 c.p. (7). Esso rivelerebbe come

l'abbandono del modello esecutivo non possa considerarsi reale, ma solo apparente. La non punibilità dell'accordo criminale ex art. 115 c.p., cioè di un atto che senza dubbio può essere qualificato come preparatorio, rappresenterebbe dunque la dimostrazione della permanente rilevanza nel nostro ordinamento della distinzione fra esecuzione e preparazione, anche ai fini dell'individuazione della nozione di tentativo (8). Tutto ciò premesso, è evidente, come risulterà anche dall'esame delle pronunce in commento, che l'inclusione o meno nell'area di applicazione dell'art. 56 c.p. degli atti preparatori rappresenta chiaramente solo il primo passaggio di un processo di determinazione dell'area di punibilità rispetto al quale i requisiti dell'univocità e dell'idoneità degli atti non hanno ancora preso una parte decisiva.

Le posizioni della Suprema Corte

Se dunque la distinzione fra preparazione ed esecuzione rappresenta una costante del dibattito sulla individuazione della soglia di rilevanza penale del tentativo, non desta certamente meraviglia che le sentenze in commento prendano posizione sul punto (9). Suscita piuttosto qualche perplessità, al-

Note:

(4) Cfr., fra gli altri, A. Manna, *La giustizia penale fra Otto e Novecento: la disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in *Ind. pen.*, 2006, 509 ss. e G. Marinucci, *Soggettivismo e oggettivismo nel diritto penale. Uno schizzo dogmatico e politico-criminale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 1 ss., i quali individuano nel tentativo uno degli istituti più idonei a "misurare" l'indice di "oggettivizzazione" del diritto penale vigente.

(5) Cfr. C. Saltelli - E. Romano Di Falco - A. Rocco, *Commento teorico pratico del nuovo codice penale*, Roma, 1930; G. Maggiore, *Principi di diritto penale*, Bologna, 1943; V. Cavallo, *Il delitto tentato*, Napoli, 1934; G. Bettiol, *Diritto penale*, Padova, 1982.

(6) Si veda, per tutti in dottrina, C. Scarano, *Il tentativo*, Napoli, 1960, 122, secondo il quale «è evidente che, nel nuovo codice, la distinzione in tema di concorso fra atti di preparazione e atti di esecuzione non ha più alcuna rilevanza. E se questo avviene in tema di compartecipazione, non v'è nessuna ragione perché l'importanza della distinzione debba rimanere in tema di tentativo».

(7) Cfr. Cass., Sez. II, 24 settembre 2008, n. 40058, C., in *Cass. pen.*, 2009, 3355 ss., nella cui motivazione l'art. 115 c.p. assume senza dubbio un ruolo centrale, anche se non privo di qualche punto debole. Cfr. in tal senso, F. Cingari, *Gli incerti confini del tentativo punibile*, in questa *Rivista*, 2009, 859 ss.

(8) Cass., Sez. II, 24 settembre 2008, n. 40058, C., cit.; In senso analogo, Cass., Sez. I, 7 gennaio 2010, n. 9411, M. e altro, in *Ced Cass.*, n. 246620; nella giurisprudenza di merito, Trib. Alessandria, 17 gennaio 2011, S.P., in *De Jure on line*.

(9) Cass., Sez. VI, 20 maggio 2008, n. 27323, P., in *Ced Cass.*, n. 240736; Cass., Sez. V, 24 settembre 2009, n. 43255, A., in *Cass. pen.*, 2010, 3850; Cass., Sez. II, 5 novembre 2010, n. 41649, V.G., in *Ced Cass.*, n. 248829; Cass., Sez. II, 15 giugno 2010, n. 28213, M., in *Ced Cass.*, n. 247680.

meno in prima battuta, la circostanza che a conclusioni analoghe la Suprema Corte giunga muovendo da premesse che vedremo veramente distanti l'una dall'altra. Ma qualsiasi perplessità è destinata a ben vedere a sfumare nel momento in cui si faccia lo sforzo di aprire il proprio campo di analisi ad una prospettiva non meramente tecnico-sistemica, quale quella fin ora sommariamente illustrata. Ad una prospettiva cioè che abbia chiara la consapevolezza dei principi cui la disciplina espressa dall'art. 56 c.p., se non nel momento della sua formazione certamente oggi (10), risulta ispirata. Prevenzione, certo, in un'ottica di politica criminale, ma anche garanzia contro rischi di eccessi repressivi. Queste le coordinate, il cui rispetto, pur nella differenza di soluzioni argomentative offerte dalle due sentenze in oggetto, del resto del tutto giustificabile alla luce della fragilità che caratterizza la formula contenuta nell'art. 56 c.p. (11), occorre verificare.

Come sottolineato, le tesi dalle quali le pronunce in esame muovono non potrebbero distinguersi maggiormente l'una dall'altra, almeno in linea teorica. Mentre la sentenza n. 28865 del 2011 sembra decisamente aderire ad una ricostruzione oggettivistica dell'univocità, «essendo scontato» che «per la ravvisabilità del tentativo, i requisiti di idoneità e di inequivocità degli atti» debbano «risultare obiettivamente dalla condotta, poiché sono irrilevanti, ai fini della punibilità le intenzioni dell'agente», con la pronuncia n. 36536 del 2011, la Suprema Corte ritiene al contrario che «la tesi oggettiva non sia condivisibile». Le sentenze paiono dunque divise nelle premesse da cui muovono. Non così negli esiti delle proprie argomentazioni. Nell'uno come nell'altro caso esse concludono per l'irrelevanza, ai fini dell'individuazione del tentativo punibile, della distinzione fra atti preparatori ed atti esecutivi, e dunque nello specifico per la colpevolezza degli imputati a titolo di tentata rapina aggravata. Più in particolare, per esigenze di chiarezza, si precisa qui la fisionomia essenziale dei fatti oggetto di imputazione.

Nella prima delle sentenze in commento, il delitto tentato sarebbe stato realizzato da due soggetti, di cui uno era fermato, con armi indosso, mentre tentava di introdursi nella banca per impossessarsi del denaro; l'altro, pronto a garantire una fuga tempestiva attraverso un'auto posizionata nei pressi dell'entrata della banca, era invece bloccato mentre si allontanava dal mezzo.

La vicenda oggetto della seconda pronuncia si riferisce invece alla condotta di tre giovani che, essendo-

si premurati di garantirsi un punto di accesso clandestino in un ufficio postale (segando precedentemente le sbarre di una finestra), erano stati sorpresi nell'atto di farvi ingresso nottetempo con indosso oggetti atti a travisare ed armi.

In entrambi i casi, la Suprema Corte considera oltrepassata, e condivisibilmente a nostro avviso, la soglia minima di punibilità del tentativo. Rimanono tuttavia da analizzare più compiutamente le argomentazioni che sorreggono una siffatta soluzione.

In questa prospettiva, per la verità, la prima pronuncia non pare offrire grandi spunti di analisi. Essa sembra piuttosto preoccupata esclusivamente di confutare quella tesi che viene tradizionalmente e da autorevole dottrina definita come teoria esecutiva formale. Secondo tale impostazione, l'univocità degli atti viene a coincidere con un determinato grado di sviluppo della condotta, la cui tipicità viene mutuata dalla fattispecie di parte speciale perfetta. In quest'ottica, gli atti potrebbero dirsi univoci solo qualora sia iniziata l'esecuzione della condotta incriminata dalla norma di parte speciale (12).

Le argomentazioni paiono tuttavia stringate, in qualche modo anche giustificatamente. Afferma infatti la Corte come «nel caso di specie il ricorso alla distinzione fra atti esecutivi ed atti meramente preparatori non» abbia «rilevanza concreta in quanto (...) l'azione criminosa» sarebbe «già passata alla fase degli atti esecutivi». Ciò nonostante,

Note:

(10) Cfr. Corte cost., 22 dicembre 1980, n. 177: «Se è vero, infatti, che il legislatore del 1930, obbedendo a sollecitazioni politiche dell'epoca, aveva ritenuto di allargare l'area del tentativo punibile redigendo il testo dell'art. 56 del codice penale, non è men vero che gran parte della dottrina e della giurisprudenza hanno dimostrato l'illusorietà del proposito che, con quel mezzo, si intendeva attuare. Ciò perché "atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto" possono essere esclusivamente atti esecutivi».

(11) Cfr. in tal senso R. Bartoli, *Brevi considerazioni sull'elemento oggettivo del delitto tentato in una prospettiva de lege ferenda*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 917 ss. Ed è proprio la latente "indeterminatezza" della formula di cui all'art. 56 c.p. che può in qualche modo spiegare come la distanza fra le argomentazioni delle due pronunce appaia talvolta più "terminologica" che sostanziale.

(12) La limitazione della punibilità degli atti a quelli esecutivi, se da un lato realizza nel suo massimo grado il principio di legalità-determinatezza rispetto all'individuazione della sfera del tentativo, dall'altra, come evidente, rischia di frustrare qualsiasi esigenza di prevenzione, cui pure l'istituto è indissolubilmente legato. In un'ottica di bilanciamento fra questi due interessi, spiega una funzione essenziale la "categoria" degli atti immediatamente pretipici, cui autorevole dottrina estende la punibilità a titolo di tentativo. Cfr. F. Palazzo, *Corso di diritto penale, parte generale*, Torino, 2011, 483 ss.

la pronuncia prende posizione a favore della punibilità degli atti preparatori, quando univoci, pur nella ritenuta irrilevanza di tale argomento ai fini specifici della risoluzione del caso di specie. Irrilevanza che in effetti spiega la concisione della motivazione anche nella sua *pars construens*, quella cioè dedicata alla definizione del contenuto del requisito dell'univocità. Sotto questo profilo, rinviando alle pagine successive per un'analisi più specifica, ancorché sintetica, delle diverse posizioni anche dottrinali in materia, pare di poter inquadrare la pronuncia nell'ambito di quegli orientamenti che riconducono l'accertamento della "direzione non equivoca degli atti" ad una duplice fase. La prima diretta alla individuazione del fine cui l'agente mira; la seconda volta a verificare che gli atti posti in essere possano qualificarsi come diretti in modo non equivoco alla realizzazione di tale fine (13).

Di ben altro tenore la seconda pronuncia. La motivazione sul punto appare lunga ed articolata, tutta tesa a dimostrare, sotto un profilo storico, letterale e sistematico il carattere innovativo, rispetto alla disciplina del Codice Zanardelli, della formulazione dell'art. 56 c.p., da cui discenderebbe l'irrilevanza ai fini della individuazione del tentativo punibile della distinzione fra preparazione ed esecuzione e la necessaria configurazione in chiave soggettiva del requisito dell'univocità. Ed è proprio questa consequenzialità a suscitare qualche perplessità. Un rigido sillogismo, in base al quale l'abbandono dell'inizio dell'esecuzione dovrebbe necessariamente comportare l'adesione ad una concezione soggettiva dell'univocità.

In questa prospettiva, venendo ora all'analisi pur sintetica della motivazione, l'elemento di cui la sentenza pare farsi forza è rappresentato senza dubbio dal dato storico, dato imprescindibile, secondo la Corte, cui riferirsi nell'affrontare la questione in oggetto. Ecco dunque che del carattere innovativo della nuova disciplina del tentativo, così come appare nel codice penale Rocco, non si può che prendere atto, a partire proprio dalla soppressione della distinzione fra atti esecutivi e atti preparatori (14). Soppressione che, sottolinea la sentenza, è confermata dal dato lessicale: «non si parla di "delitto tentato o mancato" ma di azione non compiuta e di evento non verificatosi». Dunque, atti non equivoci e azione non compiuta. Un binomio che dimostra la punibilità di «un qualcosa che precede l'esecuzione vera e propria». Un qualcosa che sussisterebbe qualora «l'agente» abbia «compiuto uno o più atti (non necessariamente esecutivi) che indi-

chino in modo inequivoco la sua volontà di voler compiere un determinato delitto». Nonostante questa presa di posizione, che a dire il vero non pare così lontana dall'impostazione della precedente pronuncia, la Corte precisa che «la prova dell'univocità può essere raggiunta (...) anche *aliunde*», avvicinandosi, in questa prospettiva, ad una concezione soggettivistica del requisito della non equivocità degli atti. L'univocità dunque assume qui i connotati di un criterio processuale, che niente aggiunge sul piano della tipizzazione del delitto tentato e la cui funzione si esaurirebbe nella prova dell'intenzione dell'autore. Un requisito dunque il cui accertamento rischia di sovrapporsi con quello del dolo.

In tale quadro è di tutta evidenza come, almeno in astratto, l'equilibrio fra prevenzione e legalità risulti tutto a favore della prima. Non resta che interrogarci se lo stesso possa affermarsi *in concreto*, e cioè in relazione alla vicenda oggetto della pronuncia.

Ed allora, alla luce della breve ricostruzione del fatto svolta, può veramente affermarsi nel caso di specie uno sbilanciamento in favore della prevenzione, a scapito di esigenze di garanzia? Detto in altre parole, davvero l'univocità intesa in senso soggettivistico consente di ottenere *in questo caso* una anticipazione della tutela del bene giuridico non realizzabile altrimenti, e segnatamente accedendo ad una concezione oggettiva della non equivocità degli atti? Tali interrogativi presuppongono una pur sommaria rassegna di quelli che potremmo definire "modelli" oggettivi dell'univocità degli atti (15). In questa prospettiva, procedendo per rapidissimi cenni, ricondurre l'univocità ad un piano oggettivo della fattispecie significa in primo luogo affrancare tale requisito, nella propria essenza, dall'intenzione dell'agente. Essa viene a rappresentare

Note:

(13) Cfr. R. Bartoli, *op. cit.*, 919, secondo il quale in particolare «la prima fase» di accertamento dell'univocità degli atti «viola il principio di tipicità, poiché si finisce per delineare, quanto meno in un primo momento, una fattispecie di delitto tentato assolutamente generica ed indeterminata».

(14) Cfr. Nella *Relazione a S.M. il Re del Ministro Guardasigilli*, Roma, 1930, 100 dove si legge che «innovazioni radicali sono state introdotte nella disciplina del tentativo sopprimendo la distinzione fra atti preparatori e atti esecutivi».

(15) Per una sistematizzazione dei possibili modelli di tipizzazione del tentativo, sia sotto un profilo soggettivo che oggettivo, in dottrina cfr. D. Guidi, *Il tentativo punibile: modelli di tipizzazione e nodi interpretativi*, in *Criminalia*, 2009, 533 ss.; D. Guidi, *Problematrice strutturali e criteri di individuazione della soglia minima di punibilità nel delitto tentato*, in *Studi senesi*, 2010, 65 ss.; F. Cingari, *op. cit.*, 859 ss.

dunque un dato della condotta, la quale ne costituirebbe conseguentemente l'unico fulcro (diretto) di accertamento.

Nell'ambito di questa impostazione tuttavia si distinguono diversi orientamenti.

Secondo una prima linea interpretativa, univoco sarebbe esclusivamente l'atto che riveli di per sé il fine perseguito dall'agente. La non equivocità dovrebbe essere intesa nel senso di "unicità" o unidirezionalità, unidirezionalità che assume un carattere a ben vedere "statico". Gli atti appaiono in questa prospettiva isolati da qualsiasi circostanza ad essi estranea, sia essa di tempo, di spazio o di altra natura. Senonché si potrebbe obiettare che, sotto un profilo per così dire naturalistico, gli atti sono per loro essenza pluridirezionali (16). Anche la vicenda oggetto della pronuncia *de qua* ne costituisce un esempio. Non a caso la difesa degli imputati è tutta costruita sull'astratta pluridirezionalità della condotta posta in essere verso ben tre diverse fattispecie di reato (danneggiamento, furto e rapina).

Proprio da questi rilevati muove un secondo orientamento, in base al quale «per potersi parlare di univocità è necessario che il soggetto agente ponga in essere una condotta, che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, non viene compiuta se non per commettere quel dato fatto criminoso» (17). Anche in questo caso, l'univocità assume dunque a ben vedere il significato di unidirezionalità, ma quest'ultima è intesa in una dimensione per così dire dinamica e a divenire oggetto di giudizio non è l'atto isolatamente considerato bensì l'intera azione relazionata al complesso delle circostanze in cui si è svolta.

Secondo un terzo indirizzo, il fine delittuoso dovrebbe invece costituire il primo ineludibile passaggio per svolgere il giudizio di univocità. Solamente una volta individuato il termine di relazione rispetto al quale ha senso parlare di "tentativo", è logicamente possibile verificare la non equivocità degli atti. Essa dunque verrebbe accertata secondo un "doppio riscontro" (18): da un lato, si individua il fine, desumibile «facendo applicazione dei consueti canoni probatori in tema di elemento soggettivo del reato» (19); dall'altro, e in secondo luogo, si verifica che la condotta posta in essere dall'agente rifletta la direzione verso quel fine delittuoso già previamente individuato. Altra questione è poi rappresentata dal metro del giudizio. Rispetto a questo profilo, si deve distinguere una impostazione più rigorosa che ritiene necessario che il rapporto di consequenzialità fra atto e fine debba avvenire in termini di certezza (20)

e le tesi di chi ritiene che tale relazione possa esprimersi in termini di ragionevole consequenzialità (21).

Secondo un diverso orientamento infine, il requisito dell'univocità degli atti deve essere ricondotto al "grado di sviluppo dell'azione" criminosa. Diventa, dunque, centrale individuare il parametro dal quale la fattispecie di tentativo possa mutuare la propria tipicità. In questa prospettiva, si distinguono due diversi orientamenti.

In primo luogo, secondo una impostazione materiale individuale, valutando il grado di sviluppo in modo autonomo rispetto al delitto perfetto preso di mira dall'agente, si potrebbero ritenere penalmente rilevanti (perché univoci) quegli atti che abbiano raggiunto un grado di sviluppo tale da rendere il pericolo di lesione al bene tutelato dalla norma di parte speciale concreto e attuale (22). In questa pro-

Note:

(16) In questo senso, F. Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2009, 423 ss.

(17) F. Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2003, 492 ss. Cfr. inoltre O. Eronia, in G. Lattanzi - E. Lupo (a cura di), *Codice penale, Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 2011, 962, secondo la quale sono univoci gli atti in grado di rivelare l'intenzione dell'agente non già di per sé soli ma «considerati nella loro derivazione dinamica»; quando cioè «tutta l'azione nel complesso delle circostanze di tempo e di luogo in cui si è svolta» riveli, secondo l'*id quod plerumque accidit*, l'intenzione dell'agente, intesa non come intenzione genericamente delittuosa, bensì come intenzione di commettere uno specifico delitto.

(18) Per rilievi critici a tale orientamento cfr. R. Bartoli, *op. cit.*, 919; D. Guidi, *La soglia minima di punibilità*, cit., 87; G.A. De Francesco, *Sul tentativo punibile*, in *Studium Juris*, 1999, 256, che rileva come «l'idea di postulare un termine di relazione costruito in funzione del (solo) delitto avuto di mira dall'agente sembra trascurare la possibilità di distinguere, già su un piano rigorosamente obiettivo, l'elemento dell'univocità della condotta rispetto alla successiva indagine inerente all'accertamento del dolo».

(19) G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2009, 465.

(20) M. Siniscalco, *La struttura del delitto tentato*, Milano, 1959.

(21) Cfr. in dottrina G. Fiandaca - E. Musco, *op. cit.*, 465; in giurisprudenza, Cass., Sez. II, 4 luglio 2003, n. 36283, M., in *Cass. pen.*, 2005, 2243 ss.; Cass., Sez. IV, 20 settembre 2002, n. 31449, Scanzani, in *Guida dir.*, 2002, 89 ss., Cass., Sez. II, 31 luglio 2001, n. 30121, Boi, in *Guida dir.*, 2001, 69 ss.

(22) L'univocità viene ricostruita in questa impostazione sulla base del piano criminoso in concreto perseguito dall'agente. In questo senso, cfr. Cass., Sez. II, 15 giugno 2010, n. 28213, M.A., in *De Jure online*, la quale rileva come: «nel caso di specie, da quanto emerge dall'ordinanza impugnata, il piano operativo era stato completamente esaurito: erano stati effettuati gli appostamenti - erano stati predisposti i mezzi per eseguire il piano - gli indagati avevano la disponibilità di tutto l'armamentario necessario per perpetrare materialmente la rapina. È evidente, quindi, che tutto era stato predisposto per passare alla fase esecutiva vera e propria».

spettiva, univoci sarebbero non solo gli atti corrispondenti alla descrizione legale di una fattispecie delittuosa ma anche quelli che si trovino, rispetto ai primi, in rapporto di stretta anticipazione naturalistica - teleologica (23).

In secondo luogo e a contrario, la tipicità della fattispecie tentata dovrebbe essere mutuata da quella di parte speciale perfetta. In quest'ottica, gli atti potrebbero definirsi univoci solo qualora sia "iniziata" l'esecuzione della condotta incriminata dalla norma di parte speciale.

È di tutta evidenza, che, fra le soluzioni interpretative cui si è qui sommariamente fatto cenno, solo una esprime completamente la rilevanza della distinzione fra atti preparatori ed esecutivi. È la tesi c.d. formale esecutiva, in cui il requisito della univocità diventa sinonimo di inizio dell'esecuzione (24). In questa prospettiva, se certamente il principio di legalità trova la sua massima espressione, il principio di materialità risulta viceversa fortemente compresso, a meno che non si riconducano alla nozione di univocità anche gli atti c.d. immediatamente pre-ticipici (25), come peraltro autorevole dottrina sostiene.

Tutto ciò premesso, e tornando al caso oggetto della pronuncia in commento, le uniche prospettive "oggettive" che porterebbero ad escludere l'univocità degli atti posti in essere dagli imputati paiono essere da un lato la concezione che intende l'univocità come unidirezionalità statica e dall'altro la teoria esecutiva formale pura. Insomma una concezione soggettiva dell'univocità se in generale non pare condivisibile perché destinata a realizzare in astratto uno squilibrio in favore di esigenze di prevenzione a discapito di quelle di garanzia, in concreto sembra in questo caso del tutto inutile, non contribuendo affatto ad anticipare la soglia di punibilità del tentativo e realizzando al contrario la sovrapposizione di due profili della fattispecie, quello soggettivo e quello oggettivo, che dovrebbero a nostro avviso essere tenuti distinti.

I rilievi appena svolti necessitano di un ulteriore approfondimento. In quest'ottica, di particolare interesse si rivela quel passaggio della motivazione della sentenza che si annota secondo il quale «ai fini del tentativo punibile, assumono rilevanza penale (...) anche quegli atti che, pur essendo classificabili come atti preparatori, tuttavia, per le circostanze concrete (di luogo - di tempo - di mezzi ecc.) fanno fondatamente ritenere che l'azione - considerata come l'insieme dei suddetti atti - abbia la rilevante probabilità di conseguire l'obiettivo programmato». Nonostante dunque il requisito dell'univocità appaia,

almeno in alcuni passaggi della sentenza, degradato a criterio meramente probatorio, rimane nella struttura dell'argomentazione il riferimento a profili che sembrano richiamare un concetto di esecuzione in senso materiale, nel quale, come osservato da autorevole dottrina, «i due requisiti legali dell'univocità e dell'idoneità vengono in definitiva a confluire e a confondersi in un concetto dirimente, e appunto sostanziale, di probabilità di consumazione del reato» (26).

Il problema del rapporto fra circostanze e tentativo: ancora imputazione di circostanze "tentate"

Come sottolineato in premessa, il secondo aspetto interessante che viene in rilievo nelle sentenze in commento attiene al rapporto fra tentativo e circostanze (27). Sotto questo profilo, al contrario di quanto si è rilevato in relazione alla questione appena analizzata, è la prima pronuncia ad offrire maggiori spunti di riflessione. Dunque, nonostante entrambe le sentenze si riferiscano ad una ipotesi di tentata rapina "circostanziata", e, nello specifico, aggravata dall'uso di armi ai sensi del n. 1, comma 3, art. 628 c.p., nella schematica trattazione che seguirà, ci si limiterà a prendere spunto dalle argomentazioni contenute nella prima delle due sentenze oggetto della presente annotazione.

Rinviando alla sintetica rappresentazione dei fatti tratteggiata in precedenza, basti qui rilevare in particolare come la Suprema Corte, nella sentenza n. 28865 del 2011, abbia ritenuto sussistente l'ipotesi di cui all'art. 628, comma 3, n. 1 c.p. in virtù del possesso da parte del compartecipe di un'arma al

Note:

(23) Cfr. E. Morselli, voce *Tentativo*, in *Dig. disc. pen.*, vol. XIV, Torino, 1999, 197, il quale parla di atti «indirettamente e relativamente tipici».

(24) Cfr. G. Marinucci - E. Dolcini, *Manuale di diritto penale, parte generale*, Milano, 2009, 377, il quale intende gli «atti univoci come sinonimo di atti esecutivi».

(25) Cfr. F. Palazzo, *Corso*, cit., 483 ss.; R. Bartoli, *op. cit.*, 917.

(26) F. Palazzo, *Il tentativo: un problema ancora aperto?*, cit., 41.

(27) Sul punto, nella manualistica F. Mantovani, *op. cit.*, 2009, 448 ss.; A. Cadoppi - P. Veneziani, *Elementi di diritto penale, parte generale*, Padova, 2010, 405 ss.; G. Fiandaca - E. Musco, *op. cit.*, 479 ss.; inoltre, in particolare, cfr. M. Boscarelli, *Tentativo circostanziato e tentativo di delitto circostanziato*, in *La scuola positiva*, 1962, 663; P. Mutti - M. Zannotti, *Il delitto tentato*, in F. Bricola - V. Zagrebelsky (a cura di), *Codice penale, parte generale*, Torino, 1984, 69 ss.; A. Calabria, *Considerazioni sul delitto "tentato circostanziato", "circostanziato tentato", "circostanziato tentato circostanziato"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 1354 ss.

momento del tentato ingresso nella banca, imputando la circostanza *de qua* anche al complice "agevolatore".

La questione pare particolarmente delicata. Non a caso sul punto deve essere segnalata una profonda difformità fra le posizioni assunte in dottrina e le soluzioni sostenute dalla giurisprudenza, con le quali certamente la pronuncia in oggetto può definirsi in linea.

Prima di esaminare compiutamente le argomentazioni poste a fondamento dell'applicazione nel caso di specie della circostanza di cui all'art. 628, comma 3, n. 1 cui si è accennato, pare il caso di chiarire i termini della questione.

Come è noto, si è soliti distinguere due diverse ipotesi di "interferenza" fra tentativo e circostanze. Da un lato, si parla di tentativo circostanziato, tutte le volte in cui, nella commissione di un delitto che rimanga allo stadio del tentativo, risultino integrate circostanze aggravanti o attenuanti. Dall'altro, si definisce tentativo di delitto circostanziato il «tentativo di un delitto che - se fosse giunto a consumazione - sarebbe apparso qualificato da una o più circostanze» (28). Nel primo caso dunque ci si trova di fronte a circostanze "perfette". Nel secondo a circostanze solo "tentate".

Posta questa distinzione di fondo, il primo elemento da chiarire è se la circostanza di cui all'art. 628, comma 3, n. 1, si sia realizzata. Solo in questo caso, a condizione cioè che l'elemento accidentale si sia perfezionato, ha senso a ben vedere porsi il problema del rapporto e dell'interferenza fra gli istituti in questione. Ed infatti, come è stato sostenuto da autorevole dottrina, «l'idea di un tentativo di delitto circostanziato» pare costituire «giuridicamente un non senso» (29). Sarebbe in effetti contraddittorio costruire un sistema di imputazione delle circostanze oggettivo, fondato cioè sul presupposto dell'esistenza della circostanza da imputare (art. 59 c.p.), per poi ammettere la configurabilità di un tentativo di delitto circostanziato, in cui l'elemento accidentale risulta a contrario meramente tentato e dunque inesistente.

D'altra parte l'esigenza di «tenere giuridicamente conto del fatto che nel delitto circostanziato tentato gli atti del tentativo si sono rivolti alla realizzazione del delitto, non semplice, ma circostanziato» (30), sembra rispondere ad una esigenza di equa commisurazione della pena rispetto alla "gravità" del reato tentato. Ma ammesso che tale esigenza risulti frustrata nel sistema vigente (31), ciò non pare costituire un motivo sufficiente a consentire quella che rappresenterebbe una vera e

propria deroga al principio di riserva di legge (32). Come è stato osservato infatti «da un lato (...) nel sistema vigente non si dà spazio ad una circostanza tentata, dall'altro lato l'art. 59, comma 1 e 2, prendendo in considerazione soltanto le circostanze effettivamente presenti, non consente di accordare rilevanza non solo al putativo (a ciò che l'agente riteneva ci fosse), ma neppure all'ipotetico (a ciò che vi sarebbe stato se fosse avvenuta consumazione)» (33).

Note:

(28) P. Mutti - M. Zannotti, *op. cit.*, 90 ss.

(29) T. Padovani, voce *Circostanze del reato*, in *Dig. disc. pen.*, vol II, Utet, 1988, 205 ss.; *contra* A. Calabria, *op. cit.*, 1355, il quale ritiene ammissibili entrambe le figure «perché entrambe ontologicamente configurabili».

(30) Cfr. A. Calabria, *op. cit.*, 1365.

(31) *Contra* M. Boscarelli, *op. cit.*, 663.

(32) La giurisprudenza prevalente ritiene configurabile il tentativo di delitto circostanziato nei limiti della «certezza che l'iter consumativo del reato avrebbe realizzato gli elementi di tali circostanze» (Cass., Sez. I, 16 dicembre 1987, Nuges, in *Cass. pen.*, 1989, 200 ss.). Il rapporto fra circostanze e tentativo rappresenta dunque in questa impostazione un problema di «compatibilità logico giuridica» non incidente sul principio di legalità. In questo senso, cfr. già Cass., Sez. IV, 17 gennaio 1989, La Musta, in *Cass. pen.*, 1990, 605. Più di recente, in relazione all'aggravante del danno patrimoniale, cfr. Cass., Sez. fer., 13 agosto 2009, n. 33408, H. e altro, in *Ced. Cass.*, n. 244353, secondo cui «la circostanza aggravante del danno patrimoniale di rilevante gravità può essere ravvisata anche nel delitto tentato, quando le modalità del fatto criminoso siano idonee a fornire concrete e univoche indicazioni sull'entità del pregiudizio che si sarebbe determinato nel caso in cui l'azione delittuosa fosse stata portata a compimento».

(33) M. Romano, *Commentario sistematico del codice penale, I (artt. 1-84)*, Milano, 2004, 601 ss. Cfr. T. Padovani, *op. cit.*, 205, il quale ritiene che «un'eccezione potrebbe tuttavia prospettarsi per le attenuanti», le quali potrebbero in via analogica essere applicate al reo, senza violare il principio di divieto di analogia in *malam partem*. In questa prospettiva, pare significativa la giurisprudenza in tema di danno di particolare tenuità (art. 62, comma 4, c.p.), in relazione al quale le posizioni interpretative sembrano caratterizzate da una certa discontinuità. Cfr. Cass., Sez. V, 12 luglio 2004, n. 32467, in *Guida dir.*, 2004, 91 ss.; Cass., Sez. II, 22 maggio 2009, in *Ced. Cass.*, n. 245258, secondo le quali «l'attenuante di cui all'art. 62 c.p. n. 4 è applicabile anche ai tentati delitti contro il patrimonio. Ai fini della concessione dell'attenuante del danno patrimoniale di speciale tenuità, prevista dall'art. 62 c.p. n. 4, nel caso di tentativo il giudice deve avere riguardo alle concrete modalità dell'azione rimasta incompiuta o improduttiva di evento e a tutte le circostanze del fatto desumibili dalle risultanze processuali ed accertare che il reato, ove fosse stato consumato, avrebbe cagionato in modo diretto ed immediato un danno di speciale tenuità». Cfr. inoltre Cass., Sez. V, 5 febbraio 1999, n. 648, in *Cass. pen.*, 2000, 3002 ss.; Cass., Sez. V, 30 settembre 2008, n. 44153, in *Ced. Cass.*, n. 241688, che in relazione ad ipotesi di tentato furto hanno precisato che «ai fini della configurabilità della circostanza attenuante del danno di speciale tenuità, deve aversi riguardo al danno ipotetico che il reato avrebbe cagionato qualora fosse stato consumato». Contraria a questa impostazione Cass., Sez. V, 27 gennaio 2010, n. 1193, in *Diritto giust.*, 2010, 1906 ss.; Cass., Sez. V, 6 ottobre 2005, n. 11142, cit.

Una volta precisato che il perfezionamento della circostanza costituisce il presupposto di un rapporto giuridicamente fondato fra gli istituti in questione, occorre tuttavia chiarire a che condizioni, anche in tali ipotesi, il tentativo possa dirsi "circostanziato". Più in particolare sul punto è possibile individuare due diversi orientamenti. In base ad una prima impostazione, solo le circostanze comuni risulterebbero compatibili legalmente con la fattispecie di delitto tentato. Le circostanze c.d. speciali, caratterizzate da una specifica previsione normativa in relazione ad un reato o ad un gruppo di reati espressamente individuati, non potrebbero estendersi all'ipotesi di delitto tentato (34).

Secondo un altro orientamento, viceversa, comportando le circostanze «effetti di rilevanza edittale», non potrebbero che presupporre una autonoma fattispecie incriminatrice. Conseguentemente, diventerebbe «difficile escludere che anche questa, non meno della fattispecie base di riferimento, sia suscettibile di tentativo» (35). In questa prospettiva, sempre che la circostanza si profili come esistente, la configurabilità del delitto circostanziato tentato diventa un problema non più giuridico ma "ontologico". Occorre, in altre parole, un'analisi concreta e non astratta, volta ad accertare la compatibilità logica della circostanza perfezionatasi, nell'ambito del reato non consumato, con il delitto tentato.

In questa prospettiva, non pare tuttavia muoversi la pronuncia in commento. Non c'è alcuna indagine né alcuna precisazione circa il perfezionamento della circostanza di cui all'art. 628, comma 3, n. 1, se non qualche brevissimo cenno al possesso dell'arma da parte di uno dei complici.

Ma l'aver indossato l'arma pare a ben vedere sintomo dell'intenzione di realizzare una rapina aggravata, e non sembra di per sé comportare, a nostro avviso, il perfezionamento dell'aggravante *de qua*, almeno se si parte dal presupposto, dal quale la sentenza in esame pare muovere, secondo cui nel caso di specie «non» sia «stata usata violenza o minaccia».

Del resto la soluzione accolta dalla pronuncia in commento non desta particolare meraviglia, posto che non si può negare «una certa riluttanza della giurisprudenza ad affrontare il tema in una prospettiva teorica complessiva» (36). Questa tendenza richiede tuttavia a nostro avviso uno sforzo di comprensione. Comprensione che sembra necessariamente dover passare attraverso la riflessione sulle scelte in tema di fondamento della punibilità del tentativo.

Alcune considerazioni conclusive: tendenze soggettivistiche nell'individuazione del tentativo punibile

Quanto sinteticamente esposto, consente in qualche misura di tracciare alcune considerazioni d'insieme in ordine alle questioni individuate. Esse appartengono evidentemente ad aspetti strutturalmente e concettualmente autonomi della disciplina del tentativo. Queste brevi riflessioni non vogliono dunque rappresentare una sintesi ingiustificata di profili che sono e devono rimanere distinti. A nostro avviso tuttavia, è opportuno, e forse anche utile, riflettere sulla possibilità di individuare alla base delle questioni affrontate dalle sentenze in commento un nucleo comune, che forse potrebbe essere ricondotto a quella alternativa fra soggettivismo e oggettivismo nella quale l'istituto pare ancora dibattersi.

In questa prospettiva, la ricostruzione in chiave soggettivistica del requisito dell'univocità, se da un lato lo estromette da qualsiasi ruolo in ordine alla tipizzazione della fattispecie di tentativo, dall'altro rischia evidentemente di estendere la portata applicativa dell'istituto quasi ai confini della *cogitatio* (37). Ridurre la non equivocità degli atti all'accertamento della volontà delittuosa dunque, se non necessariamente dà luogo a soluzioni aberranti, tuttavia può certamente indurre a cedere alla tentazione di punire l'agente non per ciò che fa ma per ciò che aveva intenzione di fare. Tentazione nella quale, a nostro avviso, cade la prima delle pronunce in commento imputando una circostanza che pare solo tentata e che tuttavia penetra nella fattispecie di tentativo condizionandone l'applicazione. Quanto appena rilevato, non vuole, ben inteso, significare che nessuna rilevanza debba avere l'accertamento di circostanze che non sono venute ad esistenza proprio perché e solo perché l'*iter criminis* è stato interrotto. Esse sono in effetti espressione di un pericolo più intenso corso dal bene giuridico. E tuttavia a nostro avviso pare che esse possano trovare una giusta valorizzazione sul piano della commisurazione della pena, almeno fino a quando non venga ad esistenza

Note:

(34) Sul punto cfr., fra gli altri, M. G. Gallisai Pilo, *Ancora in tema di tentativo circostanziato*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1978, 778, che svolge alcune interessanti considerazioni proprio in relazione alla circostanza di cui all'art. 628, comma 3, n. 1.

(35) T. Padovani, *op. cit.*, 205.

(36) P. Mutti - M. Zannotti, *op. cit.*, 90.

(37) Sul punto, F. Cingari, *op. cit.*, 861; R. Bartoli, *op. cit.*, 918.

una norma che consenta di ritenere configurabile il tentativo di delitto circostanziato.

Tali considerazioni, condizionate anche dalla consapevolezza della inidoneità della formula contenuta nell'art. 56 ad offrire un contributo chiaro in ordine alla individuazione della soglia di punibilità del tentativo (38), inidoneità peraltro nuovamente dimostrata proprio dalle sentenze in commento, potrebbero indurre a ritenere una riforma del tentativo ormai urgente ed ineludibile. Del resto le proposte in merito sono molte, autorevoli e certamente note (39). Tuttavia pare a nostro avviso di doversi unire alle voci di coloro che, pur concordando sull'opportunità di una riforma, non arrivano a qualificarla come urgente. Le sentenze oggetto della presente annotazione non potrebbero costituire argomento migliore per giustificare la conclusione appena svolta. Esse, in effetti, rappresentano un esempio chiaro

della paradossale intercambiabilità, ai fini della formulazione del giudizio di responsabilità, di tesi che in astratto si trovano a distanze siderali. È questo un aspetto a nostro avviso estremamente interessante, perché rivela come nella concretezza dell'applicazione dell'istituto i conflitti fra modelli, che giustamente devono essere rilevati, trovino di frequente una ragionevole e concreta pacificazione (40) che pensata in astratto sembrerebbe impossibile.

Note:

(38) Cfr. sul punto, F. Palazzo, *Se e come riformare il tentativo*, in C. de Maglie - S. Seminara (a cura di), *La riforma del codice penale. La parte generale*, Milano, 2002, 213 ss.; R. Bartoli, *op. cit.*, 917.

(39) Si allude evidentemente ai Progetti di riforma Riz, Pagliaro, Nordio, Grosso e Pisapia. Per le linee essenziali delle prospettive di riforma ivi delineate, cfr. F. Cingari, *op. cit.* 859.

(40) F. Palazzo, *op. cit.*, 38.

LIBRI

COLLANA: Nuovi percorsi di diritto di famiglia

MINORI E MASS MEDIA: VECCHI E NUOVI STRUMENTI DI TUTELA

di Alessandra Spangaro



Il tema affrontato in quest'opera è relativo alla **tutela giuridica dei minori di età** nell'ambito dei **mass media** e del **consumo**.

Il volume ricostruisce il **complesso delle norme generali e speciali**, che in vario modo regolano il fenomeno e valorizza il ricorso agli **strumenti del diritto comune**. Si propone una ricostruzione sistematica di **norme eterogenee**, di plurima fonte normativa (europea, nazionale, convenzionale) e non sempre di univoca interpretazione, al fine di verificare se i **diritti formalmente riconosciuti ai fanciulli** - la cui personalità è ancora in formazione e bisognosa di una tutela particolare - trovino in detti contesti effettiva applicazione.

Si analizza quindi l'attuale posizione del minore nel mondo dei **media** all'interno dell'ordinamento nazionale e internazionale con particolare riguardo al **trattamento che i mezzi di comunicazione riservano ai minori di età**.

Ipsoa 2011, pp. 356, EURO 40,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **<http://ipshop.ipsoa.it>**



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

ATTI DIFENSIVI PENALI FORMULARIO COMMENTATO



L'Opera riporta tutte le **formule** relative al **procedimento penale: ordinario** (norme del **codice di rito**, con i rimandi al **codice penale**, alla **fase esecutiva**, alle disposizioni sull'**ordinamento penitenziario** e in materia di **stupefacenti**) e **complementare** (davanti al **giudice di pace** e **minorile**); particolare riguardo viene anche riservato agli atti relativi alle **misure di prevenzione**, alla **responsabilità amministrativa degli enti**, al **recupero dei crediti professionali** (T.U. spese di giustizia), al **risarcimento danni per durata irragionevole del processo** (legge Pinto) e alle formule per i **ricorsi alla Corte europea dei diritti dell'uomo**.

NOVITÀ:

In questa edizione sono **commentati per la prima volta:**

- il **T.U. Immigrazione** (d.lgs. 286/1998)
- **l'esecuzione domiciliare per pene detentive non superiori a un anno** (l. 199/2010)

Ogni articolo di riferimento è strutturato in **tre "moduli"**: un **inquadramento sistematico**, **l'atto** e una **rassegna della giurisprudenza più significativa**.

Il **Cd-Rom allegato** contiene **394 formule utilizzabili con qualunque sistema di videoscrittura** ed **adattabili al caso specifico**.

a cura di
S. Corbetta, L. Filippi, G. Spangher
III ed. - pagg. 3.040, € 145,00

Compili subito il coupon, e lo invii **via fax allo 02.82476403**. Può acquistare anche on line su **www.shopwki.it** oppure può contattare l'**Agenzia** della Sua zona (www.shopwki.it/agenzie) o rivolgersi alle **migliori librerie** della Sua città.

(00116648) Sì, desidero acquistare il volume **Atti difensivi penali - Formulario commentato con Cd-Rom - III ed.**, a cura di S. Corbetta, L. Filippi, G. Spangher a € **145,00**.

Cognome e Nome Azienda/Studio

Via CAP

Città

Tel. Fax

e-mail (obbligatoria): Cod. cliente

Partita IVA C.F.

(1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura

Addebitare l'importo di € sulla mia carta di credito:

Mastercard (16 cifre) American Express (15 cifre) VISA (16 cifre) Diner's (14 cifre)

n° Data di scadenza

Nome e indirizzo titolare carta di credito

Timbro e firma

TRATTAMENTO DATI PERSONALI

I dati personali saranno registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e saranno trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.lgs. 196/03, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Pal. F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

* Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.lgs. n. 185/1999. Decorso 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milanofiori - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Contestazioni nell'esame dibattimentale

"Sudditanza psicologica" e provata condotta illecita nelle contestazioni probatorie

Cassazione penale, Sez. II, 10 ottobre 2011 (ud. 22 settembre 2011), n. 36478 - Pres. Cosentino - Rel. Rago

In materia di contestazioni dell'esame testimoniale, la situazione di "inquinamento probatorio" disciplinata dai commi 4 e 5 dell'art. 500 c.p.p., prevede solo ipotesi di minaccia o violenza (a parte la subornazione, estranea alla fattispecie) esercitata dall'imputato o anche da terzi nei confronti del teste, fatti questi che devono emergere da elementi concreti. Ne consegue che la mera "sudditanza psicologica" del teste nei confronti dell'imputato, non integra gli estremi della provata condotta illecita tale da giustificare la piena utilizzabilità delle dichiarazioni rese nella fase delle indagini.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conformi	In senso sostanzialmente conforme Cass., Sez. VI, 3 luglio 2008, Morabito, in <i>Ced Cass.</i> , n. 240971; Cass., Sez. VI, 22 settembre 2005, Garacci, in <i>Cass. pen.</i> , 2006, 2534; Cass., Sez. VI, 20 luglio 2005, Iannizzi, <i>ivi</i> , 2007, 2722 ss.; Cass., Sez. IV, 1 marzo 2005, Flotta, <i>ivi</i> , 2005, 3843 ss.
Difformi	Non sono stati rinvenuti precedenti difformi.

Omissis

Diritto

1. Violazione dell'art. 213 c.p.p.: in punto di diritto va precisato quanto segue:

– l'individuazione di persona nel corso delle indagini preliminari è formalmente una dichiarazione e pertanto il relativo verbale è legittimamente utilizzato per le contestazioni nel corso della deposizione dibattimentale del testimone che l'ha effettuata: *ex plurimis* Cass. 13882/2009 Rv. 243212;

– possono essere utilizzati per le contestazioni, e quindi ritualmente acquisiti al fascicolo del dibattimento ex art. 500 c.p.p., gli atti di individuazione fotografica o personale compiuti dal pubblico ministero o dalla polizia giudiziaria in quanto essi, pur implicando attività strumentali necessarie per l'esecuzione della ricognizione, costituiscono pur sempre, nella sostanza, dichiarazioni rese da testi per l'identificazione di persone o di cose: Cass. 9676/1994 Rv. 199256.

2. Ora, nel caso di specie, poiché il teste, in dibattimento, non aveva confermato quanto dichiarato durante le indagini preliminari, legittimamente furono effettuate le contestazioni ma, di conseguenza, la Corte avrebbe dovuto applicare il regime giuridico di cui all'art. 500 c.p.p. La questione, quindi, che la Corte avrebbe dovuto porsi e

alla quale avrebbe dovuto rispondere è la seguente: che valore attribuire alle dichiarazioni (*rectius*: individuazione e dichiarazioni sull'accaduto) rese in sede di indagine preliminare a fronte di una evidente ritrattazione effettuata dal teste in sede di esame testimoniale. Sul punto, va premesso che il principio generale sul quale è stato costruito l'intero nuovo codice di procedura penale è quello secondo il quale le prove assunte durante le indagini preliminari non sono utilizzabili salvo i casi espressamente previsti dalla legge che, proprio perché di natura eccezionale, non sono estensibili analogicamente. Tanto si desume a chiare lettere dal combinato disposto degli artt. 526 - 514 c.p.p.

Una delle eccezioni (per le altre: art. 500 c.p.p., comma 6, art. 500 c.p.p., comma 7) al suddetto principio si trova contemplata nel quarto comma dell'art. 500 c.p.p., che prevede il recupero (e, quindi, l'utilizzabilità) delle dichiarazioni rese dal teste durante le indagini preliminari ove, nel corso del dibattimento, emerga una situazione di c.d. "inquinamento probatorio" (violenza - minaccia - offerta o promessa di denaro o altra utilità) desumibile da circostanze emerse nel dibattimento o da appositi accertamenti compiuti dal giudice attraverso un subprocedimento incidentale, e fondato, in ogni caso, su "elementi concreti", non essendo sufficiente la semplice mancanza di genuinità della deposizione. In tale ipotesi, le dichiara-

zioni precedente rese ed utilizzate per la contestazione sono acquisite al fascicolo del dibattimento e possono essere legittimate utilizzate. In caso contrario (e cioè ove non emerga alcuna situazione di inquinamento probatorio), le dichiarazioni lette per la contestazione possono essere valutate solo ai fini della credibilità del teste in ordine alle differenti e contrastanti dichiarazioni rese in dibattimento (art. 500 c.p.p., comma 2): il che significa, *per argumentum* a contrario, che le precedenti dichiarazioni rese durante le indagini preliminari ed utilizzate per la contestazione non possono essere utilizzate come prova del fatto: *in terminis* Cass. 12481/2005 Rv. 231593 secondo la quale “in tema di testimonianza, la deroga al principio della formazione della prova in contraddittorio contenuta nell’art. 500 c.p.p., comma 4, si riferisce alle sole condotte illecite poste in essere sul dichiarante (quali la violenza, la minaccia o la subornazione), ma non a quelle realizzate dal dichiarante stesso, quale la falsa testimonianza anche nella forma della reticenza”. Nel caso di specie è avvenuto che la Corte territoriale (e, prima ancora, lo stesso Tribunale: cfr sentenza in atti), pur dando atto della differente versione resa dal teste in dibattimento rispetto a quanto dichiarato durante le indagini preliminari, ha ritenuto di utilizzare l’individuazione e le dichiarazioni rese nella fase delle indagini, sulla base di una pretesa “sudditanza psicologica” del teste nei confronti dell’imputato consistente nel timore che costui avrebbe potuto “provocargli un danno se solo si fosse spinto a denunciare quanto accaduto (...)”.

Il problema, quindi, consiste nello stabilire se la predetta situazione di “sudditanza psicologica” possa essere fatta rientrare in una delle ipotesi di inquinamento probatorio previsto dall’art. 500 c.p.p., comma 4 - la risposta, ad avviso di questa Corte, dev’essere negativa perché la norma prevede, a chiare lettere, solo ipotesi di minaccia o violenza (a parte la subornazione, estranea alla presente fattispecie) esercitata dall’imputato o anche da terzi nei confronti del teste, fatti questi che, peraltro, devono emergere da elementi concreti. Nel caso di specie, la Corte territoriale non ha evidenziato alcun elemento concreto dal quale possa desumersi una violenza o minaccia effettuata nei confronti del teste, ma ha attribuito la reticenza e la diversa versione dei fatti rispetto a quanto dichiarato nelle indagini preliminari, ad una mera sudditanza psicologica ossia al timore sorto spontaneamente nel teste, che l’imputato potesse provocargli un danno: il che, però, contrasta con la citata disposizione normativa secondo la quale l’inquinamento probatorio presuppone pur sempre un intervento esterno (da parte dell’imputato o di un terzo) sul teste. La sentenza, pertanto, va annullata, dovendosi ritenere che la mera “sudditanza psicologica” del teste nei confronti dell’imputato, non integri gli estremi dell’inquinamento probatorio tale da giustificare la piena utilizzabilità delle dichiarazioni rese nella fase delle indagini.

In sede di rinvio, la Corte, adeguandosi al suddetto principio di diritto, valuterà, alla stregua degli elementi probatori, se il teste sia stato reticente spontaneamente ovvero se la reticenza fosse dovuta ad un intervento ester-

no, secondo i criteri individuati da questa Corte di legittimità: *ex plurimis*, per una casistica sull’argomento, Cass. 49579/2009 riv. 245864; Cass. 48140/2009 Rv.

P.Q.M.

annulla l’impugnata sentenza e dispone che gli atti siano trasmessi ad altra sezione della Corte di Appello di Catania per nuovo giudizio.

Il commento

di Silvia Fabbretti

Con la sentenza in epigrafe, la Corte esclude che il timore del teste nei confronti dell'imputato sia sufficiente a dimostrare la sussistenza di una condotta illecita, idonea ad attribuire valore probatorio alle precedenti dichiarazioni ai sensi dell'art. 500, comma 4, c.p.p. L'Autore condivide tale impostazione della Suprema Corte, ma sottolinea la problematicità di altre due questioni che si pongono sullo sfondo della vicenda processuale: da un lato, la legittimità dell'uso a fini contestativi dell'individuazione fotografica e, dall'altro, l'ammissibilità della ricognizione "atipica".

Premessa

La sentenza che si annota si inserisce nel tema delle contestazioni probatorie nell'esame testimoniale e, in particolare, fa riferimento alla disciplina prevista dall'art. 500, comma 4, c.p.p. in tema di illecite interferenze sul dichiarante.

Per la verità, il caso di specie si riferisce a una contestazione effettuata a fronte di una "ricognizione atipica". Al teste, in sede di esame incrociato, era stato chiesto di riconoscere l'imputato e, a fronte del fallimento di tale richiesta, gli era stata contestata l'individuazione eseguita durante le indagini preliminari. Davanti a tale divergenza, i giudici di merito avevano ritenuto di utilizzare le dichiarazioni rese in sede di indagine, sulla scorta della "sudditanza psicologica" del testimone nei confronti dell'imputato. Tale soggezione consisteva, secondo i giudici di merito, nel timore che l'imputato avrebbe potuto «provocargli un danno se solo si fosse spinto a denunciare quanto accaduto».

Come si può intuire, nella vicenda processuale che ha dato origine alla decisione in epigrafe si è realizzata una triplice forzatura. La prima inerisce alla tipologia di strumento utilizzato dai giudici di merito, vale a dire la cd. "ricognizione atipica". La seconda fa riferimento all'utilizzazione degli atti di individuazione eseguiti in sede di indagine preliminare a fini contestativi. La terza, infine, è rappresentata dall'acquisizione dell'individuazione investigativa al fascicolo per il dibattimento a causa della "sudditanza psicologica" ricondotta a un'ipotesi di "provata condotta illecita".

"Ricognizione atipica" e utilizzabilità degli atti di individuazione a fini contestativi

Sullo sfondo della vicenda processuale al vaglio del Supremo Collegio si colloca il tema della legittimità del riconoscimento effettuato dal testimone. Il tema, per l'appunto, è stato tralasciato, poiché il ricorrente non ha neppure sollevato il problema, né la Corte si è soffermata su questo versante: evidente-

mente, nella prassi l'istituto della ricognizione irrituale è ormai talmente diffuso e accettato, che ci si è rassegnati alla sistematica violazione del Codice di rito e si evita di avanzare una censura in Cassazione. Si rischierebbe solo una declaratoria di manifesta infondatezza e, magari, la condanna alla sanzione pecuniaria ex art. 616 c.p.p.

In effetti, la giurisprudenza ammette pacificamente questo tipo di riconoscimento, sulla scorta dell'affermazione che si tratta di un «atto di identificazione diretta mediante una dichiarazione orale» (1). Ma la dottrina pressoché unanime critica tale orientamento (2): si afferma che si tratta di un'esegesi forzata, la quale tende ad aggirare la disciplina prevista dalla legge. La ricognizione è una prova tipica, prevista dagli artt. 213 e ss. c.p.p. e deve essere eseguita nel rispetto delle regole e delle garanzie stabilite dal legislatore. Se le forme disegnate dal codice non sono rispettate, non è possibile far rientrare l'atto irritalmente formato nell'ambito dell'atipicità. Quest'ultima, infatti, presuppone come prima condizione l'inesistenza di un mezzo di prova tipico per acquisire quell'elemento probatorio (3).

Come si è detto, la circostanza che sul punto nulla sia stato detto nella sentenza in esame fa ritenere che tanto il ricorrente quanto i giudici abbiano seguito l'impostazione che riconosce la legittimità del ricorso alla "ricognizione atipica".

Note:

(1) Cass., Sez. I, 11 giugno 1992, Cannarozzo, in *Cass. pen.*, 1994, 125. Questo orientamento si è consolidato nel tempo: Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2008, Major, in *Ced Cass.*, n. 239416; Cass., Sez. III, 4 ottobre 2007, Alberti, *ivi*, n. 237564; Cass., Sez. II, 15 dicembre 2006, Cavaliere, *ivi*, n. 235402; Cass., Sez. II, 23 settembre 2003, Monaco, in *Cass. pen.*, 2005, 1661.

(2) Cfr., per tutti, A. Bernasconi, *La ricognizione di persone nel processo penale. Struttura e procedimento probatorio*, Torino, 2003, 197 ss.; C. Pansini, *Le ricognizioni*, in Aa.Vv., *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. II, tomo I, Torino, 2009, 222; A. Procaccini, *Prove atipiche*, in Aa.Vv., *La prova penale*, diretto da A. Gaito, vol. I, Torino, 2008, 289 ss.

(3) Ancora, A. Bernasconi, *La ricognizione di persone*, cit., 202.

La Corte si sofferma, invece, su un altro nodo problematico in materia di riconoscimento: ossia quello relativo alla legittima riconducibilità dell'individuazione di persona tra gli atti utilizzabili per le contestazioni. Al riguardo, il Collegio aderisce all'orientamento giurisprudenziale prevalente, il quale riconosce come integralmente utilizzabili gli atti di individuazione, ricognizione o riconoscimento, nonostante si tratti di atti cosiddetti complessi (4). Si ritiene, infatti, che tali atti di indagine rappresentino pur sempre delle dichiarazioni, ancorché volte a estrinsecare una percezione visiva (5). Le attività identificative in senso proprio hanno carattere strumentale e nulla tolgono alla natura dichiarativa dell'atto (6).

Per vero, parte della dottrina critica questo tipo di approccio, poiché l'utilizzabilità degli atti di individuazione a fini contestativi contrasta con il disposto dell'art. 361 c.p.p., in base al quale essi possono eseguirsi «quando è necessario per la immediata prosecuzione delle indagini». Con quest'ultima affermazione si intende attribuire all'individuazione una natura prettamente investigativa, in linea con l'interpretazione accolta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 265 del 1991, che ha riconosciuto nell'atto in commento un «puro atto di indagine (...) che (...) esaurisce i suoi effetti all'interno della fase in cui viene compiuto» (7).

Confini della provata condotta illecita

Dopo aver affermato la legittimità dell'uso a fini contestativi degli atti di individuazione fotografica, la Cassazione affronta il punto nodale su cui i giudici di merito avrebbero dovuto interrogarsi. Infatti, la presunta "sudditanza psicologica" ha portato la Corte territoriale ad acquisire le precedenti dichiarazioni del testimone al fascicolo per il dibattimento.

Come noto, il principio ispiratore dell'intero giudizio consiste nella tendenziale inutilizzabilità di atti formati fuori dal contraddittorio tra le parti (8). Questa rappresenta la premessa al comma 2 dell'art. 500 c.p.p. che prevede un preciso criterio valutativo del cosiddetto "precedente difforme": le dichiarazioni utilizzate per le contestazioni possono essere valutate «solo ai fini della credibilità del teste». Pertanto, ove permanga il contrasto, esse non possono essere acquisite al fascicolo per il dibattimento (9).

Peraltro, la regola di esclusione probatoria del "precedente difforme" subisce tre eccezioni, disciplinate dallo stesso art. 500 c.p.p., le quali consentono di utilizzare a fini decisori le dichiarazioni impiegate per le contestazioni: qualora si versi in situazioni di inquinamento probatorio (comma 4); nell'ipotesi

in cui le dichiarazioni siano state assunte dal giudice nell'udienza preliminare ai sensi dell'art. 422 c.p.p. (comma 6); ove ci sia l'accordo delle parti (comma 7).

Nel caso di specie ricorre l'eccezione prevista dal comma 4: la Corte territoriale ha, infatti, ricondotto la "sudditanza psicologica" a un'ipotesi di inquinamento probatorio, e si è avvalsa della specifica ed eccezionale disciplina prevista per le precedenti dichiarazioni rese dal "testimone".

Note:

(4) Vale a dire atti nei quali confluisce sia un'attività dichiarativa, consistente nella descrizione effettuata dal soggetto, sia un'attività propriamente individuativa. Sulla scorta di tale definizione, un indirizzo esegetico minoritario ritiene l'utilizzabilità a fini contestativi delle sole dichiarazioni descrittive (ad esempio, delle caratteristiche del soggetto da riconoscere), mentre esclude dal novero degli atti che possono essere posti a fondamento di una contestazione le dichiarazioni ricognitive in senso proprio. Si veda, in dottrina, F.M. Molinari, *Sui limiti di utilizzabilità degli atti di individuazione fotografica e personale compiuti dalla polizia giudiziaria*, in *Cass. pen.*, 1996, 201; in giurisprudenza, tale interpretazione è stata accolta da Cass., Sez. II, 2 luglio 1997, Lombardi in *Giust. pen.*, 1998, III, 370.

(5) In questo senso, Cass., Sez. II, 18 ottobre 1995, Casula, in *Cass. pen.*, 1996, 2703.

(6) Si veda, Cass., Sez. I, 7 settembre 1994, Sannino, in *Cass. pen.*, 1996, 190. Nello stesso senso, più di recente, Cass., Sez. IV, 30 marzo 2009, in *Ced. Cass.*, n. 243212; Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2008, *ivi*, n. 239416.

(7) Così, Corte cost., sent. 12 giugno 1991, n. 265, in *Giur. cost.*, 1991, 2139. In tal senso, si veda N. Triggiani, *La ricognizione personale: struttura ed efficacia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 770 s., il quale afferma che «non sembra corretto 'aggirare' - sostanzialmente - la minuziosa disciplina dettata per la ricognizione utilizzando a fini contestativi l'esito degli atti di individuazione». Nello stesso senso, A. Bernasconi, *La ricognizione di persone*, cit., 137 ss.; C. Cesari, *Individuazione e dibattito: limiti e rischi dell'uso a fini contestativi di un atto di indagine*, in *Crit. dir.*, 1995, 145. Per una rassegna delle critiche appena prospettate, si veda S. Corbetta, sub art. 500 c.p.p., in *Aa.Vv.*, *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, IV ed., Milano, 2010, 6394 s.; M. D'Andria, sub art. 500 c.p.p., *Aa.Vv.*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di G. Lattanzi ed E. Lupo, Milano, 2003, 185 s.

(8) Sia sufficiente richiamare, sul punto, P. Ferrua, *La regola d'oro del processo accusatorio: l'irrelevanza probatoria delle contestazioni*, in *Aa.Vv.*, *Il giusto processo. Tra contraddittorio e diritto al silenzio*, a cura di R.E. Kostoris, Torino, 2002, 11 ss.

(9) La soluzione, nonostante sia frutto di un iter travagliato, è assolutamente pacifica, almeno dopo l'intervento della legge di attuazione del "giusto processo" (legge 1 marzo 2001, n. 63) e, in particolare, dell'ordinanza della Corte costituzionale 26 febbraio 2002, n. 36, in *Giur. cost.*, 2002, 320 ss. In dottrina, si veda C. Cesari, voce *Prova (acquisizione della)*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. II, 2004, 705; C. Conti, *Principio del contraddittorio e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in questa *Rivista*, 2001, 596; S. Corbetta, *Principio del contraddittorio e disciplina delle contestazioni nell'esame dibattimentale* (artt. 499, 500, 503 c.p.p.), in *Aa.Vv.*, *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova*, a cura di P. Tonini, Padova, 2001, 472; P. Ferrua, *Il giusto processo*, II ed., Bologna, 2007, 107 ss., dove esemplifica cosa esattamente significhi valutare il "precedente difforme" solo ai fini della credibilità; A. Mambriani, *Giusto processo e non dispersione delle prove*, Piacenza, 2002, 942.

La norma, come è evidente, traspone nella disciplina codicistica una delle deroghe alla formazione della prova nel contraddittorio tra le parti previste dall'art. 111, comma 5, Cost. La disposizione mira a tutelare la genuinità della prova, in considerazione dell'«impedimento che la 'condotta illecita' reca all'esplicazione del contraddittorio» (10).

Ci si potrebbe chiedere se tale previsione possa valere solo con riferimento a determinate fattispecie di reato ovvero a qualsiasi tipo di condotta intimidatoria in senso lato (11). Se si guardasse al tenore letterale delle disposizioni, sembrerebbe doversi propendere per un'interpretazione stringente: da un lato, l'art. 111, comma 5, Cost. prevede l'operatività della deroga laddove rilevi una «condotta illecita»; dall'altro, l'art. 500, comma 4, c.p.p. specifica il precetto costituzionale, con la previsione dell'eventualità che vi sia stata «violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o altra utilità» (12).

Tuttavia, parte della dottrina ha affermato la necessità di considerare che, nel caso delle contestazioni probatorie, la finalità non è quella ricostruire i fatti per pervenire all'accertamento della responsabilità penale dell'autore delle pressioni, ma solo riscontrare la sussistenza di interferenze che impediscono la corretta formazione della prova nel contraddittorio delle parti. Pertanto, parrebbe più ragionevole attribuire rilevanza a tutte le condotte idonee a creare una situazione di turbativa, indipendentemente dalla possibilità di sussunzione di queste nell'ambito delle specifiche fattispecie illecite previste (13).

Tale impostazione, però, è stata contestata da altro indirizzo dottrinale, che ha affermato la coerenza della selezione delle condotte operata dall'art. 500, comma 4, c.p.p. con i «limiti logicamente desumibili» dalla disposizione costituzionale. Tanto più che è difficile immaginare altri modi per coartare la libertà di autodeterminazione del testimone (14).

Per vero, si è assistito a un ampliamento delle condotte rilevanti ai sensi dell'art. 500, comma 4, c.p.p. da parte della Corte di cassazione, sul rilievo che l'elencazione degli illeciti prevista abbia valore esemplificativo e aperto (15).

Ciò, peraltro, è stato censurato sotto un duplice profilo. Per un verso, è vero che gli elementi concreti si possono desumere anche da comportamenti in sé leciti (16); tuttavia, per potersi ritenere applicabile la disciplina relativa alle indebite interferenze, tali elementi devono costituire indizi tali da richiamare una condotta illecita (17). Per altro verso, l'elenco delle condotte rilevanti di cui all'art. 500 va pur sempre coordinato con la previsione costituzionale che richiede una condotta connotata da illiceità (18).

Un altro aspetto rilevante della disciplina prevista

Note:

(10) Così, Corte cost., 12 novembre 2002, n. 453, in *Giur. cost.*, 2002, 3737. In senso critico nei confronti della formulazione della norma, si veda F.M. Grifantini, *Utilizzabilità in dibattimento degli atti provenienti dalle fasi anteriori*, in Aa.Vv., *La prova nel dibattimento penale*, IV ed., Torino, 2010, 215 ss., secondo il quale i requisiti previsti dall'art. 500, comma 4, c.p.p. risultano troppo vaghi, sicché la deroga si presenta discutibile in relazione alla tassatività che dovrebbe caratterizzare le eccezioni al contraddittorio. Altresì critico è R. Orlandi, *Linee applicative dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, in Aa.Vv., *Eccezioni al contraddittorio e giusto processo. Un itinerario attraverso la giurisprudenza*, a cura di G. Di Chiara, Torino, 2009, 366.

(11) Uno dei primi a sottolineare la questione è stato V. Grevi, *Processo penale, giusto processo e revisione costituzionale*, in *Cass. pen.*, 1999, 3320, soffermandosi sulla circostanza che l'inquinamento della fonte di prova può provenire anche da una condotta non riconducibile nell'alveo dell'illiceità. Nello stesso senso, si veda P.P. Paulesu, *Giudice e parti nella 'dialettica' della prova testimoniale*, Torino, 2002, 235 s.

(12) Inoltre, la formulazione attuale del comma 4 non ricomprende tra le ipotesi che aprono la via alla valutazione delle dichiarazioni difformi come «prova dei fatti in esse affermati» le «altre situazioni che hanno compromesso la genuinità dell'esame», previste nel disposto dell'art. 500, comma 5, c.p.p., precedente alla l. n. 63 del 2001.

(13) Per questa impostazione si veda P.P. Paulesu, *Giudice e parti*, cit., 236, ove afferma che sarebbe logico accordare rilievo a qualsiasi interferenza capace di «influire sulla libertà di autodeterminazione del dichiarante».

(14) Fornisce questa interpretazione R. Orlandi, *Linee applicative*, cit., 368, ove afferma che le condotte di violenza, minaccia, offerta o promessa di denaro o altra utilità sono idonee a far ritenere completa l'elencazione. Inoltre, A. Scaglione, *L'art. 500 c.p.p. e gli eventi perturbativi sul teste: una storia travagliata*, in Aa.Vv., *Eccezioni al contraddittorio*, cit., 360 afferma che la legge del 2001, modificando l'art. 500, comma 4, c.p.p., ha fatto riferimento «a qualunque tipologia di condotta illecita», con ciò avallando l'interpretazione che ritiene esaustivo l'elenco.

(15) Cass., Sez. III, 21 novembre 2006, Guazzoni, in *Cass. pen.*, 2007, 2704, con nota critica di V. Grevi, *Sulla (non) rilevanza della 'riappacificazione' tra testimone e imputato ai fini dell'art. 500, comma 4, c.p.p.*, la quale ha affermato che nei procedimenti per delitti di violenza sessuale «il riavvicinamento o la riappacificazione della persona offesa con l'imputato possono costituire elemento concreto idoneo ai sensi dell'art. 500 comma 4 ad incidere sulla genuinità della deposizione testimoniale».

(16) Ad esempio, è stato ritenuto elemento concreto da cui desumere, insieme ad altri elementi, il convincimento del giudice sull'esistenza di violenza o minaccia anche il disprezzo o l'ostilità dei vicini nei confronti del testimone nei procedimenti relativi alla criminalità organizzata: cfr. Cass., Sez. I, 21 settembre 2004, Arena, in *Cass. pen.*, 2005, 3840 ss. Si veda V. Grevi, *Processo penale*, cit., 3320; R. Orlandi, *Linee applicative*, cit., 376 s.

(17) O almeno, nei processi per mafia, le condotte, sia pure lecite, devono rinviare a un contesto sociale caratterizzato da una forte componente criminosa, da cui emerge quella che è stata definita «intimidazione ambientale»: cfr. R. Orlandi, *Linee applicative*, cit., 376 s. Per un'analisi del concetto di «intimidazione ambientale», si veda P.G. Morosini, *Provata condotta illecita e processo per fatti di criminalità organizzata*, in Aa.Vv., *Eccezioni al contraddittorio*, cit., 405 ss.

(18) Per questa impostazione, R. Orlandi, *Linee applicative*, cit., 377, il quale conclude con l'affermazione che non è possibile giustificare la deroga al contraddittorio prevista dall'art. 500, comma 4, c.p.p. sulla base di un'interferenza lecita.

dall'art. 500, comma 4, c.p.p., ai fini della valutazione effettuata dalla sentenza in epigrafe, è quello relativo al concetto di «elementi concreti», che si riverbera sulla tipologia degli stessi, nonché sul *quantum* di prova richiesto.

Anzitutto, la formulazione dell'art. 500 c.p.p. ha portato la giurisprudenza ad accogliere l'orientamento in base al quale «le circostanze emerse in un dibattimento possono essere di per sé sufficienti per integrare la prova richiesta dal comma 4» (19). Ed è ben possibile che tali circostanze siano ricavate dalla condotta processuale del testimone: potranno rilevare, ad esempio, l'inverosimiglianza delle giustificazioni addotte per la divergenza o le allusioni alla necessità di tutelare i propri familiari o i propri beni (20).

Tuttavia, se è vero che non si richiede l'osservanza delle regole dibattimentali per l'assunzione e per la valutazione degli elementi concreti, non può nemmeno considerarsi provata la condotta illecita sulla base di mere congetture o vaghi sospetti. Infatti, per costante giurisprudenza (21), si ritiene che gli «elementi concreti» richiesti dall'art. 500, comma 4, c.p.p., debbano rispecchiare uno *standard* probatorio «intermedio»: non deve essere rispettato il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, ma deve comunque trattarsi di qualcosa di più di un semplice sospetto (22).

Un altro profilo che la decisione della Corte di cassazione nel caso in commento prende in considerazione, riguarda la necessità che la condotta illecita sia posta in essere «sul» dichiarante da altri. Questa interpretazione è ormai pacifica: poco importa che le turbative siano riconducibili all'imputato ovvero a terzi. Ciò che conta è che provengano *ab externo* (23). La giurisprudenza ha seguito, sul tema, l'insegnamento della Corte costituzionale (24), che, come noto, si è soffermata sull'espressione «condotta illecita» di cui all'art. 111, comma 5, Cost. (25).

Non riconducibilità della “sudditanza psicologica” tra le ipotesi di contraddittorio inquinato

Con la sentenza in epigrafe, la Corte di cassazione ha dato seguito agli indirizzi appena tratteggiati e ha fornito sul punto un'ulteriore precisazione.

Muovendo dal rilievo che gli elementi concreti non possono esaurirsi nella mera affermazione della mancanza di genuinità della testimonianza, e che il “precedente difforme” può assurgere a prova solo laddove siano integrati gli estremi previsti dall'art. 500, comma 4, c.p.p., il Supremo Collegio si è interrogato sulla possibilità di ricondurre la “sudditanza

psicologica”, richiamata dai giudici di merito, nell'alveo dell'inquinamento probatorio.

La risposta al quesito è stata condivisibilmente negativa. Non è possibile derogare al principio del contraddittorio nella formazione della prova sulla base del mero timore del teste che compori una differente dichiarazione durante l'esame incrociato rispetto a quanto affermato in sede predibattimentale. Ove tale atteggiamento sia spontaneo, esso si configura come una condotta posta in essere dal dichiarante, in assenza di un intervento esterno di turbativa.

Note:

(19) Cass., Sez. VI, 22 settembre 2004, Foriglio, in *Cass. pen.*, 2005, 3392. Per un avallo di tale orientamento, V. Grevi, *In tema di accertamento incidentale delle illecite interferenze sul testimone a norma dell'art. 500 commi 4 e 5 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2005, 3830. Critica, invece, questa interpretazione della Corte di cassazione A. Follieri, *La ritrattazione del teste in dibattimento: effetto di una provata condotta illecita?*, in *Cass. pen.*, 2005, 3394.

(20) Si veda, in giurisprudenza, Cass., Sez. II, 27 febbraio 2006, Russo, in *Guida dir.*, 2006, 22, 63; Cass., Sez. I, 21 settembre 2004, Arena, cit., 3840 ss. In dottrina, R. Adorno, *Assunzione delle prove*, in Aa.Vv., *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. IV, tomo II, cit., 332 ss.; M. D'Andria, sub art. 500 c.p.p., cit., 117; V. Grevi, *In tema di accertamento incidentale*, cit., 3831.

(21) Cass., Sez. VI, 3 luglio 2008, Morabito, in *Ced Cass.*, n. 240971; Cass., Sez. VI, 22 settembre 2005, Garacci, in *Cass. pen.*, 2006, 2534; Cass., Sez. VI, 20 luglio 2005, Iannizzi, *ivi*, 2007, 2722 ss.; Cass., Sez. IV, 1 marzo 2005, Flotta, *ivi*, 2005, 3843 ss. Sul punto, in dottrina, sia sufficiente richiamare M. Bargis, sub art. 16 legge 1 marzo 2001, n. 63, in *Leg. pen.*, 2002, 299 s.; P. Ferrua, *Introduzione*, in questa *Rivista*, 2001, 588, il quale afferma che «sarebbe insensato pretendere che lo *standard* debba essere rappresentato dalla prova al di là di ogni ragionevole dubbio, necessaria per la pronuncia di una sentenza di condanna»; V. Grevi, *In tema di accertamento incidentale*, cit., 3834 s.

(22) Si veda, A. Mambriani, *Giusto processo*, cit., 955; M. Bargis, sub art. 16 legge 1 marzo 2001, n. 63, cit., 300. Appare dubbio sul punto M. Nobili, *Giusto processo e indagini difensive: verso una nuova procedura penale?*, in questa *Rivista*, 2001, 11, dove si interroga sulla sufficienza del «volenteroso appello del legislatore a 'elementi concreti'» e si chiede se «saranno ritenuti tali pure i segni di una plurisecolare fisiognomica [:] occhi allarmati dietro al microfono, sudori e simili, parole mozze».

(23) In questo senso, Cass., Sez. II, 4 aprile 2005, Sarno, in *Cass. pen.*, 2007, 2718 ss.

(24) Corte cost., 12 novembre 2002, n. 453, cit., 3733 ss., con nota adesiva di E. Mengoni, *La falsità della testimonianza non consente il recupero delle dichiarazioni predibattimentali (una precisazione della Corte costituzionale sul significato dell'art. 111 Cost. in materia di provata condotta illecita)*, in *Giur. cost.*, 2003, 1063 ss. Nello stesso senso si sono espresse altre pronunce della Corte costituzionale: Corte cost., 4 dicembre 2002, n. 518, in *Giur. cost.*, 2002, 4271 ss.; Corte cost., 6 aprile 2005, n. 137, *ivi*, 2005, 1151 ss. In dottrina, cfr., per tutti, C. Conti, *Sull'ambito applicativo della provata condotta illecita (art. 111 comma 5 Cost.)*, in *Cass. pen.*, 2001, 1058.

(25) Corte cost., 12 novembre 2001, n. 453, cit., 3737 s. Nello stesso senso, C. Conti, *Sull'ambito applicativo*, cit., 1058.

Ciò non comporta quell'impedimento all'esplicazione del contraddittorio, identificato dalla giurisprudenza come una delle giustificazioni al recupero probatorio delle pregresse dichiarazioni; l'autonoma scelta di mentire, o di tacere, del testimone «non incide di per sé, sulla lineare esplicazione» del principio cristallizzato nell'art. 111, comma 4, Cost. (26). Tanto più che i giudici di merito non avevano fornito alcun elemento concreto dal quale potesse desumersi la sussistenza di un'azione intimidatoria nei confronti del testimone; avevano ritenuto, invece, che la reticenza, dovuta dal timore del teste che l'imputato potesse provocargli un danno, fosse sufficiente ad acquisire il "precedente difforme" al fascicolo del dibattimento.

Ma questo ragionamento contrasta sia con la lettera della legge, sia con l'interpretazione, dottrinale e giurisprudenziale, che è stata fornita in tema di inquinamento probatorio quale deroga al principio del contraddittorio.

Sul primo versante, la *littera legis* prevede che vi sia stata un'intimidazione e che questa evenienza sia "provata" sulla scorta di elementi concreti.

Per altro verso, si ritiene necessaria la provenienza esterna delle intimidazioni e la sussistenza di uno *standard* probatorio tarato tra i due estremi del semplice sospetto, da un lato, e dell'oltre ogni ragionevole dubbio, dall'altro.

Per poter applicare lo specifico regime di utilizzabilità degli atti di indagine nel dibattimento previsto dall'art. 500, comma 4, c.p.p. è necessario, dunque, che l'ipotesi di indebita interferenza trovi un riscontro serio e razionalmente motivato dal giudice. Nel caso di specie, il giudice aveva considerato sufficiente la "sudditanza psicologica", che però si configurava come un mero sospetto. Certo si può ritenere che il timore del testimone, pur non potendo fungere da elemento "provante" l'intimidazione, ben potrebbe venire in rilievo come quella circostanza che induce il giudice a ritenere la possibilità dell'esistenza di una condotta illecita. Ma, sulla scorta di tale sospetto, l'organo giudicante dovrebbe valutare la sussistenza di ulteriori elementi che facciano propendere per una turbativa e svolgere gli accertamenti stabiliti dal comma 5 dell'art. 500 c.p.p.

In conclusione, si deve prendere atto che, con la sentenza in esame la Corte ha risolto in modo assolutamente condivisibile la terza forzatura della legge processuale, compiuta in sede di merito. Rimangono peraltro aperte le altre due questioni. Quella dell'uso a fini contestativi degli atti di individuazione e, a monte, quella relativa alla legittimità della ricognizione atipica. Ove, applicando le norme del codice,

si escludesse tale prassi, non si porrebbero neanche le altre due questioni. Ma, al riguardo, la giurisprudenza sembra davvero monolitica.

Non resta dunque che auspicare un intervento legislativo. Ma non di mera interpretazione autentica: è venuto, infatti, il momento di risolvere alla radice il problematico rapporto tra individuazione e ricognizione, superando l'implicito assunto codicistico della ripetibilità dell'atto ricognitivo. Ormai è ora di recepire gli insegnamenti della psicologia, secondo i quali l'atto ricognitivo è materialmente ripetibile, ma la sua reiterazione ne mina l'attendibilità (27).

Note:

(26) Cass., Sez. II, 4 aprile 2005, Sarno, cit., 2720, che riprende le affermazioni contenute in Corte cost., 12 novembre 2002, n. 453, cit., 3738, la quale specifica, inoltre, che l'«autonoma decisione del teste di non rispondere in dibattimento (commettendo così il reato di falsa testimonianza per reticenza) è una scelta illecita, ma comunque libera».

(27) In questo senso, S. Priori, *La ricognizione di persona: cosa suggerisce la ricerca psicologica*, in questa *Rivista*, 2003, 1291.

La scriminante dell'attività sportiva

Le lesioni dolose possono ricorrere anche nel corso della gara sportiva

Cassazione penale, Sez. IV, 16 novembre 2011 (ud. 4 luglio 2011), n. 42114 - Pres. Amato, Rel. Bruno, P.G. Salvi, imp. Bellini

La condotta violenta dell'atleta che colpisce volontariamente un avversario integra il delitto di lesioni dolose, anche se ciò avviene durante lo svolgimento di una gara (nel caso di specie il pugno era stato sferrato da un calciatore al di fuori di un'azione di gioco, che si stava sviluppando in altra zona del campo), non ricorrendo nelle ipotesi di consapevole violazione delle regole del gioco la scriminante dell'esercizio dell'attività sportiva.

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI

Conformi	Cass., Sez. IV, 28 aprile 2010, n. 20595; Cass., Sez. V, 13 febbraio 2009, n. 17923.
Difformi	Trib. Cagliari 1 dicembre 2006; in precedenza Cass., Sez. I, 20 novembre 1973.

Omissis

Motivi della decisione

1. - Con il primo motivo di impugnazione parte ricorrente denuncia vizio motivazionale ai sensi dell'art. 606 c.p.p., lett. e). Si duole, in particolare, della erronea valutazione delle risultanze di causa e della conseguente ricostruzione dei fatti, che avevano disatteso le risultanze favorevoli allo stesso imputato.

Lamenta, altresì, inosservanza od erronea applicazione della legge penale, ai sensi dello stesso art. 606 lett. b) per mancata applicazione della scriminante o causa di non punibilità del c.d. rischio consentito nell'ambito di attività sportiva, sul rilievo che il fatto traumatico, generatore di lesioni in danno della persona offesa, era avvenuto in fase di gioco.

Il secondo motivo deduce difetto di motivazione con riferimento alla contestata aggravante della gravità delle lesioni, ed erronea valutazione delle risultanze della consulenza tecnica del PM, redatta dal dr. P., e della difesa, redatta dal dr. L.

2. - La prima ragione di doglianza è destituita di fondamento. Non è, infatti, ravvisabile il denunciato vizio motivazionale, dovendo, piuttosto, ritenersi che la struttura argomentativa della decisione impugnata sia pienamente adeguata ed esaustiva nell'esposizione delle ragioni del ribadito giudizio di colpevolezza a carico dell'imputato.

Ed infatti, in esito all'esame delle contrapposte versioni delle parti, i giudici di merito hanno espresso motivata opzione in favore della ricostruzione offerta dalle testi-

monianze favorevoli alla persona offesa, rendendo, all'uopo, ragioni giustificative affatto logiche e plausibili. È infondato anche il profilo di censura che si duole della mancata applicazione, nel caso di specie, della scriminante non codificata del c.d. rischio consentito, notoriamente operante nell'ambito delle attività sportive, con riguardo ai possibili pregiudizi all'integrità fisica derivanti dalla pratica dello sport, per sua natura potenzialmente pericolosa, tanto più nelle competizioni che comportino uso di forza fisica e consentano il contatto fisico tra i partecipanti. Con argomentazioni pertinenti il giudice a quo ha rigettato identica questione sollevata in sede di gravame, rilevando che la condotta illecita era stata posta in essere dall'imputato al di fuori dell'ordinaria azione di gioco. Così pronunciando ha fatto corretta applicazione dei principi di diritto più volte enunciati in materia da questa Corte di legittimità, che ha delimitato l'area del rischio consentito in rapporto all'osservanza delle regole tecniche del gioco praticato, la violazione delle quali, peraltro, va valutata in concreto, con riferimento all'elemento psicologico dell'agente il cui comportamento può essere - pur nel travalicamento di quelle regole - colposa, involontaria evoluzione dell'azione fisica legittimamente esplicata o, al contrario, consapevole e dolosa intenzione di ledere l'avversario approfittando della circostanza del gioco (cfr. Cass. Sez. 5, 20.1.2005, n. 19473, rv. 231534; cfr., nello stesso senso, id. sez. 5, 13.2.2009, n. 17923, rv. 243611, che ha ulteriormente precisato che in tema di cosiddette lesioni sportive, non è applicabile la previsione di eccesso colposo (art. 55 cod. pen.) in quanto la

causa di giustificazione, cosiddetta non codificata, dell'esercizio di attività sportiva presuppone che l'azione lesiva non integri infrazione di regola sportiva o comunque, laddove la integri, sia compatibile con la natura della disciplina sportiva praticata ed il contesto agonistico di svolgimento; in assenza della causa di giustificazione detta, il fatto di reato sarà doloso o colposo a seconda che la condotta sia connotata da volontà diretta a ledere l'incolumità dell'avversario o a preventiva accettazione del relativo rischio ovvero sia meramente colposa).

Insomma, correttamente è stato ritenuto che il *discrimen* tra condotta integrante fatto-reato ammessa al beneficio della scriminante e condotta illecita ad essa estranea sia l'inquadramento della stessa nell'ordinaria dinamica di gioco che sia conforme alle regole tecniche che disciplinano quella determinata pratica sportiva.

Nel caso di specie, relativo ad un incontro di calcio, è stato accertato - con insindacabile apprezzamento di merito - che il B. ha colpito l'avversario al di fuori di una comune azione di gioco, che si stava, invece, sviluppando in altra zona del campo. In particolare, dopo avere escluso che il colpo fosse stato occasionalmente inferto durante la contesa aerea del pallone proveniente da rimessa laterale, si è ritenuto che il B. avesse colpito l'avversario, per una sorta di senso di frustrazione a seguito della precedente azione di contrasto, quando il gioco si stava sviluppando in altra zona del terreno di gioco, a ridosso dell'area di porta avversaria, tanto da portare, nell'occasione, ad una segnatura.

Alle inappuntabili argomentazioni di merito, andrebbe solo aggiunta, in risposta alle odierne obiezioni di parte ricorrente, la precisazione che nella disciplina calcistica l'azione di gioco è quella focalizzata dalla presenza del pallone ovvero da movimenti, anche senza palla, funzionali alle più efficaci strategie tattiche (blocco degli av-

versari; marcamenti vari, tagli in area e quant'altro) e non può ricomprendere indiscriminatamente tutto ciò che avvenga in campo, sia pure nei tempi di durata regolamentare dell'incontro.

Pertanto, un pugno inferto all'avversario quando il pallone sia giocato in altra zona del campo è condotta gratuita, estranea alla logica dello sport praticato, nonché dolosa aggressione fisica dell'avversario per ragioni affatto avulse dalla peculiare dinamica sportiva.

Priva di fondamento è anche la seconda censura, riguardante il preteso travisamento delle risultanze delle consulenze mediche in atti. Anche sul punto la risposta motivazionale della Corte di merito è inappuntabile avendo ritenuto, con logica argomentazione, che la sublussazione di un incisivo, con conseguente devitalizzazione, avesse comportato indebolimento della funzione masticatoria, intendendosi per tale, secondo indiscusso insegnamento di questa Corte regolatrice, qualsiasi alterazione dell'apparato dentario, indipendentemente dalla possibilità di applicazione di protesi (cfr., tra le altre, Cass., sez. 5, 3.2.1989 n. 14768 rv. 182417).

In tale prospettiva, anche la devitalizzazione di un dente rappresenta, pertanto, una compromissione dell'originaria integrità del sistema dentario, costituendo vulnus capace nel tempo di evoluzione peggiorativa.

2. - Per quanto precede, il ricorso deve essere rigettato, senza statuizione di condanna trattandosi di imputato minorenni all'epoca dei fatti. Inoltre, stante la minore età delle persone coinvolte, va disposto, a norma delle vigenti disposizioni a tutela della privacy, l'oscuramento dei dati identificativi.

P.Q.M.

Rigettabile il ricorso, disponendo l'oscuramento dei dati identificativi.

Il commento di Giuseppe Marra

L'autore affronta, sulla scorta dei principi affermati dalla sentenza in commento, il tema dei limiti operativi della scriminante dell'esercizio dell'attività sportiva, esaminando tutte le diverse ipotesi ricorribili: dai casi di condotta lesiva volontaria commessa a gioco fermo alle ipotesi di condotta imprudente compiuta nel corso di un'azione di gioco. Dalla disamina della giurisprudenza più recente, emerge la ridotta applicabilità della predetta causa di giustificazione.

I principi della sentenza in commento

La pronuncia in commento ha deciso il caso di un giocatore di calcio, il quale durante lo svolgimento della partita, colpiva con un pugno un avversario al volto cagionandogli una malattia della durata di 25 giorni. La vicenda richiama alla mente il famosissimo episodio avvenuto durante la finale dei mondiali di calcio del 2006, quando il campio-

nissimo francese Zidane colpì volontariamente il calciatore Materazzi con una violenta testata al torace.

Il principale motivo di ricorso dell'imputato avverso la condanna per lesioni volontarie, è stato quello relativo al mancato riconoscimento della scriminante dell'esercizio dell'attività sportiva, sottolineandosi in particolare che l'azione violenta era co-

munque avvenuta nel corso della gara, non risultando infatti che la partita fosse stata in precedenza interrotta.

La sentenza si segnala pertanto perché affronta in generale la tematica relativa ai limiti applicativi della scriminante sportiva, ed in particolare l'ipotesi più controversa che si verifica quando l'azione lesiva è commessa quando l'attività sportiva è in corso, non essendo stata la gara sospesa dall'arbitro.

È infatti pacifico che se la gara è momentaneamente sospesa o definitivamente conclusa, qualsivoglia condotta violenta (il caso tipico è quello del cosiddetto fallo di reazione) non può rientrare nell'ipotesi scriminata dell'esercizio dell'attività sportiva, perché tale causa di giustificazione presuppone che l'attività sportiva sia in corso. In tal senso si è recentemente espressa la Suprema Corte (1), confermando la condanna per lesioni colpose nei confronti di un giocatore di calcio, il quale malgrado l'arbitro avesse fischiato per fermare il gioco, non aveva frenato il suo slancio agonistico, né aveva considerato la vicinanza della mano dell'avversario al pallone, ed aveva quindi tentato di calciare il pallone impattando invece la mano del giocatore della squadra avversaria procurandogli una frattura.

Al contrario invece, quando la gara è in corso, non necessariamente ricorre la scriminante *de qua*, anzi, come vedremo, di seguito l'ambito di operatività è piuttosto limitato.

Nel caso di specie (come fu per la testata di Zidane a Materazzi nella finale dei Mondiali di calcio) la gara di calcio era in pieno svolgimento, ma l'azione di gioco si stava svolgendo in tutt'altra parte del campo, per cui l'azione lesiva dell'imputato all'evidenza non era connessa con le finalità del gioco. Tuttavia negli sport di squadra, in particolare quelli che hanno un intrinseco indice di violenza es. rugby, calcio, basket, pallanuoto ecc., non sempre è facile distinguere se il contatto fisico tra due atleti rientri o meno nell'azione di gioco, perché ad esempio anche la condotta di "marcare" l'avversario fa parte delle azioni tipiche di quegli sport, a prescindere dalla presenza del pallone.

Opportunamente perciò la Cassazione sul punto ha offerto delle precisazioni che potranno essere utilizzate anche in futuro per casi analoghi, affermando che: «... nella disciplina calcistica l'azione di gioco è quella focalizzata dalla presenza del pallone ovvero da movimenti, anche senza palla, funzionali alle più efficaci strategie tattiche (blocco degli avversari; marcamenti vari, tagli in area e quant'altro) e non può ricomprendere indiscriminatamente tutto ciò che avvenga in campo, sia pure nei termini di dura-

ta regolamentare dell'incontro. Pertanto, un pugno inferto all'avversario quando il pallone sia giocato in altra zona del campo è condotta gratuita, estranea alla logica dello sport praticato, nonché dolosa aggressione fisica dell'avversario per ragioni affatto avulse dalla peculiare dinamica sportiva». Spetterà quindi al giudice di volta in volta accertare se la condotta dell'atleta incriminato era comunque funzionale ad un'azione di gioco.

Fatta questa necessaria puntualizzazione, la decisione in commento non presenta particolari aspetti problematici; infatti nel caso di specie la condotta violenta era pienamente volontaria, senza alcuna finalità agonistica secondo lo spirito del gioco. Né appare possibile richiamare la presumibile accettazione del cosiddetto rischio consentito (2) da parte dei giocatori prima della gara, perché questa ipotesi opera esclusivamente nell'ambito di un rischio compatibile con la natura e le modalità di gioco del singolo sport, che nel caso del calcio non contemplano assolutamente la possibilità di sferrare pugni agli avversari.

La Cassazione ha tuttavia ritenuto in premessa di ribadire una serie di principi giuridici attinenti alla scriminante non codificata (3) della pratica sportiva, offrendo l'occasione per ricostruire, seppur sinteticamente, gli elementi essenziali della materia a volte oggetto di distorte interpretazioni da parte dei giudici di merito nei casi più controversi, che sono principalmente quelli riguardanti le condotte di

Note:

(1) Cfr. Cass., Sez. IV, 28 aprile 2010, n. 20595, in *Cass. pen.*, 2011, 4321, con nota di M. Bondoni, *L'“elusione” del giudizio di tipicità in materia di lesioni sportive*.

(2) Sulla problematica del cosiddetto “rischio consentito” nelle attività pericolose, come possono essere alcuni sport, si veda per maggiori e necessari approfondimenti: Pagliaro, *Principi di diritto penale*, p. gen., Giuffrè, 1996, 302 e 378 ss.; Albergiani, *Profili problematici del consenso dell'avente diritto*, Giuffrè, 1995; Bricola, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, ora in *Scritti di dir. pen.*, vol. I, Giuffrè, 1997, 170 ss.

(3) Oltre alla giurisprudenza, anche una parte autorevole della dottrina ritiene che l'esercizio dell'attività sportiva rientri nelle ipotesi di cosiddette scriminanti non codificate (insieme ad esempio all'attività medica), che hanno pertanto una loro autonomia rispetto alle cause di giustificazioni contenute nel codice penale. Vedi sul punto: Antolisei, *Manuale di diritto penale, parte generale*, XVI ed., a cura di L. Conti, Giuffrè, 2003, 311 ss.; altra parte della dottrina ritiene che l'attività sportiva possa essere scriminata ai sensi dell'art. 50 c.p. In tal senso vedi tutti Riz, *Il consenso dell'avente diritto*, Cedam, 1979, 250 ss., con ampi richiami e casi giurisprudenziali, nonché Pagliaro, *op. cit.* Secondo altri invece si può utilizzare l'art. 51 c.p.; in tal senso De Francesco, *La violenza sportiva ed i suoi limiti scriminanti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 597; F. Mantovani, voce *Esercizio del diritto (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Giuffrè, 1990, 648; Bricola, *op. cit.*, 203.

inosservanza volontaria delle regole di gioco (4), in cui però la correlata volontà di ledere l'integrità fisica dell'avversario non è però palese come nella fattispecie oggetto della presente sentenza.

Le lesioni personali commesse con la violazione delle regole di gioco

Il punto che presenta i maggiori contrasti e che appare di maggiore incidenza statistica, è quello riguardante, come accennato, la valutazione delle condotte lesive conseguenti alla violazione delle regole sportive.

In tale ambito, come già accennato, non è contestata la piena ricorrenza della responsabilità penale quando l'attività lesiva, pur se compiuta nel corso dell'esercizio di un'attività sportiva, è da questa scissa non avendo nessun collegamento con le finalità proprie del singolo sport, comprendendo anche quelle agonistiche. È infatti evidente che, ad esempio, se durante una partita di basket o di calcio (non ovviamente durante un incontro di boxe), un giocatore colpisca volontariamente con un pugno il viso dell'avversario cagionandogli delle lesioni, egli risponderà ai sensi dell'art. 582 c.p., e se poi da quel pugno derivasse la morte della persona offesa, lo stesso sarà imputato di omicidio preterintenzionale. In tali ipotesi, non infrequenti nel caso ad esempio del cosiddetto fallo di reazione, l'agente viola consapevolmente le regole del gioco, disattendendo i doveri di lealtà verso l'avversario e superando con ogni evidenza la soglia del cosiddetto rischio consentito, poiché quel tipo di condotta non è prevedibile dai partecipanti, non rientrando tra quelle azioni normali e tipiche del basket o del calcio. Né si può invocare alcun consenso tacito da parte dei giocatori, poiché è logico presumere che essi non abbiano acconsentito ad essere presi a pugni.

Non è dubbio perciò che in tali fattispecie la gara sportiva è solo un'occasione dell'azione illecita volta a cagionare l'evento, e che perciò l'autore del fatto integrante il reato di lesioni risponderà dello stesso a titolo di dolo, non potendosi invocare alcuna delle cause di giustificazione relative all'attività sportiva indicate in precedenza.

Non vi sono poi particolari perplessità neanche nei casi diametralmente opposti, ossia quando la violazione della regola sportiva è avvenuta involontariamente, per la concitazione della gara, per la stanchezza che ha ridotto il livello di attenzione dell'atleta ecc. È evidente che non vi sono profili di rimproverabilità penale da imputare allo sportivo, per cui in quell'ambito trova comunque piena applicazione la scriminante *de qua*.

Dubbi invece sussistono nelle ipotesi in cui la lesione o la morte derivino dalla violazione anche consapevole delle regole sportive, compiuta però nel corso di un'azione di gioco in cui, dalla ricostruzione in fatto, appare evidente che l'atleta perseguisse solo finalità agonistiche (come ad esempio nell'ipotesi, per così dire di scuola, del calciatore che rincorrendo l'avversario che corra con il pallone verso la sua porta per segnare un goal, nell'impossibilità di togliergli la palla, lo atterri da tergo, colpendolo con un calcio ad una gamba, così cagionandogli una frattura all'arto inferiore) (5).

Non pare tuttavia condivisibile in questi casi la ricostruzione dogmatica in termini di stretto parallelismo tra violazione volontaria della regola sportiva ed illecito penale, in quanto tale interpretazione non è rispettosa dell'intrinseca peculiarità dell'attività sportiva, la quale trova motivi di perfezionamento e di interesse, anche per gli spettatori oltre che per i praticanti, proprio nella cosiddetta ansia di risultato, la quale invero costituisce l'"in sé" dell'agonismo, che a sua volta rappresenta l'anima dell'attività sportiva, anche di quella amatoriale.

Va sottolineato che il mancato rispetto, anche volontario, delle regole del gioco, è in una certa misura fisiologicamente connesso ad ogni pratica agonistica, tant'è che gli stessi regolamenti sportivi prevedono una serie di violazioni, con le rispettive sanzioni per i cosiddetti "falli di gioco" commessi dagli atleti; ipotizzare invece in questi casi sempre l'intervento del giudice penale, significherebbe scoraggiare in radice ogni attività sportiva, in quanto si fini-

Note:

(4) Va comunque detto che non è principio pacifico in giurisprudenza che l'osservanza delle regole del gioco sia sufficiente per escludere sempre la responsabilità penale nel caso di lesioni. Cfr. in particolare per l'affermazione di una responsabilità penale, anche se vi è stata osservanza delle regole sportive, Cass. pen., sez. IV, 22 maggio 1967, n. 72, in *Giust. pen.* 1967, II, 582; Cass. pen., 9 ottobre 1950, in *Giust. pen.* 1951, II, 232; App. Firenze, 17 gennaio 1983, in *Giur. merito.*, 1987, 218; si veda anche, quale sentenza più recente, Cass. civ., sez. III, 8 agosto 2002, n. 12012, Fregola c. Saliotti, in *Foro it.*, 2003, I, 168 ss, con nota di A. Fanelli.

In senso contrario, vedasi Cass. pen., sez. IV, 28 aprile 2010, n. 20595, *cit.*; Cass. pen., sez. V, 13 febbraio 2009, n. 17923, in *Cass. pen.*, 2010, 279, 933, con nota di G. Marra, *La Cassazione precisa i limiti scriminanti dell'attività sportiva*; Cass. pen., sez. V, 21 febbraio 2000, n. 1951, in *Cass. pen.*, 2000, 1634, 3016, con nota di D'Ambrosio, *La responsabilità per le lesioni cagionate durante un'attività sportiva*; Cass. pen., sez. V, 12 maggio 1993, in *Riv. dir. sport*, 1993, 321.

(5) Si tratta di un caso oggetto della sentenza di cui Cass. pen., sez. V, 8 ottobre 1992, n. 9627, in *Cass. pen.*, 1993, 1726, 1002, con nota di Melillo, *Violenza sportiva: condizioni per la rilevanza penale del fatto*.

rebbe con il ridurre drasticamente i margini di liceità (6).

Appare perciò condivisibile l'impostazione offerta dalla dottrina nettamente maggioritaria e da parte della giurisprudenza, nella quale l'area di liceità nello sport, non è limitata dall'osservanza o meno delle regole di gioco, ma piuttosto dal livello di "violenza base", in ragione dei diversi sport, che ogni partecipante accetta implicitamente nello svolgimento dell'attività agonistica. È evidente che in una partita di calcio o di basket, entrambi sport a violenza cosiddetta eventuale, solo di fronte a eventi di particolare gravità lesiva, tali da ricomprendere anche lesioni permanenti all'integrità fisica, si potrà presumere il superamento della soglia del rischio consentito.

Tale impostazione, per così dire meno rigoristica, trova peraltro dei giusti contemperamenti in ulteriori criteri di valutazione della soglia del cosiddetto rischio consentito; essa infatti non dipende solamente dall'individuazione della cosiddetta "violenza-base" a seconda dei tipi di sport che si praticano, che vanno infatti distinti tra quelli a violenza necessaria, quelli a violenza eventuale e quelli senza contatto fisico (es. tennis), ma anche dal livello agonistico sotteso alla gara sportiva. Detta soglia va perciò ritenuta particolarmente bassa nel caso di semplice allenamento o di gare amatoriali nelle quali i partecipanti si attendono un livello di correttezza maggiore dagli avversari, e invece deve essere via via innalzata nell'ipotesi di gare ufficiali tra dilettanti, sino a quelle tra professionisti, in cui l'ansia di risultato assume la sua massima espansione, in ragione anche degli interessi economici presenti.

Appare infine degna di nota la posizione di quegli autori (7) i quali, ritenendo che il discrimine tra ciò che è lecito e quello che risulta penalmente rilevante non sta nell'osservanza delle regole del gioco, quanto piuttosto nella violazione del principio di lealtà che deve sorreggere l'attività sportiva, arrivano alla conclusione che l'alternativa è solo tra due possibilità: mero illecito sportivo e reato doloso, contrariamente a quanto invece sostenuto dalla giurisprudenza che prevede anche l'ipotesi del reato colposo.

In realtà le incertezze interpretative esposte, consentono conclusivamente di concordare con quanto affermato *expressis verbis* dalla Cassazione in più sentenze, e cioè che: «Neppure è facile stabilire quale sia la soglia del c.d. rischio consentito per ciascuna disciplina sportiva. Trattasi in realtà di questione prevalentemente di fatto la cui soluzione compete ai giudici di merito» (8).

Peraltro in un primo tempo, la giurisprudenza della

Cassazione è sembrata dare centralità al consenso dell'avente diritto, al fine di individuare così la soglia del c.d. rischio consentito, entro la quale non vi sarebbe rilevanza penale. In particolare ha affermato che la violazione consapevole delle regole del gioco, anche di quelle poste specificamente a salvaguardia dell'incolumità dei partecipanti, non può comportare automaticamente l'affermazione della colpa per inosservanza di norme cautelari ai sensi dell'art. 43 c.p., ma che essa può ricorrere solo quando si accerta nel merito il superamento della predetta soglia, determinata in ragione del tipo e livello di attività sportiva, su cui viene dato anche implicitamente il consenso all'offesa da parte di ogni partecipante (in una partita di calcio la Cassazione ha ritenuto che gli atleti fossero consapevoli del rischio di essere atterrati con uno sgambetto o con una spinta che superasse i limiti regolamentari). Tale superamento è stato poi individuato in quelle condotte che abbiano travalicato «dal dovere di lealtà sportiva fino a trasmodare nel disprezzo per l'altrui integrità fisica» (nella fattispecie si trattava di un fallo da tergo nei confronti del calciatore che si avviava verso la porta avversaria; la Cassazione annullava la sentenza della Corte d'Appello escludendo il dolo, poiché la condotta illecita era stata compiuta nell'esercizio dell'attività sportiva, all'interno di un'azione finalisticamente inserita nello svolgimento di una gara, quale quella volta ad impossessarsi del pallone ed ad impedire all'avversario di segnare il goal, ritenendo tuttavia che nella fattispecie ricorresse in ogni caso la colpa, poiché il difensore aveva commesso un fallo di gioco che, oltre ad essere volontario, era diretto alla persona dell'avversario e di portata tale da comportare la prevedibilità di eventi lesivi) (9).

Note:

(6) Vedi Albeggiani, voce *Sport*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Giuffrè, 1990, 552; De Francesco, *op. cit.*; G. Marra, *Le lesioni personali nell'ambito dell'attività sportiva*, in *Merito*, 2004, 6, 48 ss.

(7) Cfr. M. Ronco, *sub art. (590)*, in *Codice penale ipertestuale*, a cura di M. Ronco e S. Ardizzone, Utet, 2003, 2084 ss.; Melillo, *Violenza sportiva, op. cit.*; nonché G. Amato, *Per i danni causati nell'azione di gioco la responsabilità è solo per colpa*, in *Guida dir.*, 2000, 10, 73 ss.

(8) In questi termini sia, Cass. pen., sez. V, 8 ottobre 1992, n. 9627, *op. cit.*, sia Cass. pen., sez. V, 21 febbraio 2000, n. 1951, *op. cit.*

(9) Cfr. sul caso riportato Cass. pen., sez. V, 8 ottobre 1992, n. 9627, *op. cit.*; i principi sono stati poi successivamente confermati da Cass. pen., sez. V, 12 maggio 1993, *op. cit.*, e più di recente da Cass. pen., sez. IV, 25 febbraio 2000, n. 2765, in *Riv. dir. sport*, 2000, 1-2, 142 ss., con nota di G. Chiné, *Illecito sportivo e responsabilità penale: i nuovi confini di una scriminante non codificata*. Negli stessi termini anche una piuttosto recente sentenza in sede civile Cass., sez. III, 8 agosto 2002, n. 12012, Fre-gola c. Saliotti, *op. cit.*

Tale impostazione è stata poi prevalentemente seguita dalla giurisprudenza di merito (10).

Di diverso avviso sono invece alcune recenti sentenze della Suprema Corte (11), nelle quali abbandonando il richiamo alla figura del consenso dell'avente diritto, si è sostenuto che quando il fatto lesivo si è verificato perché il giocatore ha violato volontariamente le regole del gioco, disattendendo i doveri di lealtà verso l'avversario, allora esso non potrà rientrare nella causa di giustificazione dell'attività sportiva, ma sarà penalmente perseguibile.

Se il fatto si è poi verificato nel corso di una azione di gioco al fine di impossessarsi della palla o di impedire che l'avversario ne assuma il controllo, e il mancato rispetto delle regole del gioco sia in realtà dovuto all'ansia di risultato, si è affermato ricorrere la natura colposa dell'illecito penale (12).

In questi termini perciò la Cassazione ha limitato l'area dell'illecito sportivo penalmente irrilevante, alle sole ipotesi d'inosservanza involontaria delle norme regolamentari di gioco (ad es. a causa della concitazione della fase di gioco o per stanchezza), mentre ha ritenuto che la violazione volontaria delle stesse comporterà sempre una responsabilità penale: 1) di natura colposa, se l'atleta non le ha osservate, anche solo per ansia di risultato, nell'ambito di una azione di gioco ed in funzione dell'obiettivo agonistico; 2) di natura dolosa se l'agente le ha violate fuori da finalità sportive, con l'intenzione o la mera accettazione del rischio di arrecare pregiudizio all'integrità fisica dell'antagonista. In sostanza è la finalizzazione o meno allo sviluppo del gioco che contraddistingue l'atto lesivo doloso da quello colposo, in cui è voluto soltanto il contrasto, sia pure irregolare, all'azione di gioco dell'avversario. (13)

Su quest'ultimo punto è infatti pacifico anche in giurisprudenza che se l'azione di gioco è stata solo un'occasione per commettere delle lesioni, si è fuori dall'ambito applicativo della scriminante dell'attività sportiva (14). Analogamente, come già detto, nel caso in cui l'azione lesiva è compiuta quando il gioco è fermo (15).

La giurisprudenza più recente e l'individuazione dell'elemento soggettivo secondo un criterio finalistico

Al fine di ricostruire i principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità più recente, che quasi sempre ha ravvisato una responsabilità penale per lesioni colpose, pur nell'ambito dello svolgimento di un'azione di gioco, si può prendere quale *leading case* quello affrontato dalla sentenza sez. V, 13 febbraio 2009, n. 17923 (16) (richiamata dalla sentenza qui

pubblicata), che aveva ad oggetto un episodio di lesioni personali gravi cagionate con la violazione volontaria delle regole sportive, nella specie del basket, in cui durante una gara agonistica un giocatore in possesso della palla, per smarcarsi dell'avversario che lo pressava da dietro, aveva alzato il gomito e repentinamente aveva ruotato il busto ed il braccio alzato, così colpendo con forza ed in pieno volto l'avversario. In quel caso il Tribunale di Cagliari aveva assolto l'imputato, a cui era stato contestato il delitto di lesioni volontarie gravi, con la formula che il fatto non costituisce reato, difettando a suo avviso l'elemento psicologico della consapevolezza e volontà di ferire la persona offesa. La Corte d'appello invece aveva dichiarato l'imputato colpevole del reato ascrittogli, ritenuto l'eccesso colposo nell'esercizio dell'attività sportiva. La Procura generale della Cassazione, dal canto suo, aveva poi chiesto l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata perché il fatto non costituisce reato, ritenendo ricorresse la scriminante dell'attività sportiva. Come è evidente una notevole incertezza di giudizio, frutto probabilmente di una confusione di concetti giuridici che tuttora investe la materia.

La citata sentenza della Cassazione peraltro ribadisce l'interpretazione già offerta con la sentenza n. 19473/2005 (17) (ove il relatore/estensore era il medesimo), preoccupandosi di chiarire e precisare *funditus* la ricostruzione sistematica dell'intero settore dell'attività sportiva.

Si è ribadito esplicitamente che si tratti di una co-

Note:

(10) Vedi Trib. Aosta, 21 maggio 1997, in *Resp. civ. e prev.*, 1997, 1208; Trib. civ. Milano, 20 dicembre 1999, Di Salvo c. Crescione, in *Riv. dir. sport*, 2000, 1-2, 189 ss, con nota di G. Chiné, *La responsabilità del giocatore di calcetto violazione delle regole di gioco*; di particolare interesse poi, Trib. Rieti, 12 gennaio 2001, in *Giur. merito*, 2001, II, 409; App. Palermo, 26 novembre 2002, in *Giur. merito*, 2003, II, 719.

(11) Cfr. Cass. pen., sez. V, 21 febbraio 2000, n. 1951, *op. cit.*; Cass. pen., sez. IV, 7 ottobre 2003, n. 39204, in *Riv. pen.*, 2004, 194; più di recente Cass. pen., sez. V, 20 gennaio 2005, n. 19473, in *Riv. it. dir. pro. pen.*, 2006, 1584, con nota adesiva di S. Raffaele, *Tipicità e giustificazione di lesioni personali in ambito sportivo*.

(12) Negli stessi termini anche Trib. Venezia 2 dicembre 1999, in *Giur. merito*, 2000, II, 641.

(13) Cfr. in questi termini le già citate: Cass. pen., sez. IV, 28 aprile 2010, n. 20595; Cass. pen., sez. V, 13 febbraio 2009, n. 17923.

(14) Cfr. per ultimo Cass. pen., sez. V, 16 giugno 2009, in *Foro it.*, 2010, II, 501; Cass. pen., sez. V, 21 febbraio 2000, n. 1951, *op. cit.*

(15) Cfr. sempre Cass. pen., sez. IV, 28 aprile 2010, n. 20595.

(16) Sentenza già citata alla nota 4.

(17) Vedi nota 11.

siddetta scriminante non codificata, a fronte delle difficoltà di applicare a tali ipotesi le cause di giustificazioni tipiche del consenso dell'avente diritto o dell'esercizio di un diritto, propugnate da una parte maggioritaria della dottrina.

Tale scriminante opera poi nei limiti della soglia del cd. "rischio consentito" dall'ordinamento, da individuare di volta in volta in ragione delle diverse tipologie e discipline sportive.

La sentenza ha affermato che il discrimine tra attività sportiva lecita ed illecito penale, «... non può che essere segnato, dal rispetto delle regole tecniche che presiedono allo svolgimento di ciascuna disciplina sportiva... Il rispetto delle regole anzidette segna, allora, i contorni dell'area di impunità, nel senso che qualsiasi pregiudizio alla persona, sia alla sua integrità fisica che persino alla sua esistenza in vita, ove avvenga in costanza di condotta agonistica pienamente rispettosa delle relative misure cautelari, si sottrae alla responsabilità penale.», affermazione che come detto non è sempre stata scontata in giurisprudenza ed è tuttora messa in dubbio nella sua assolutezza da parte della dottrina (18), che ritiene comunque necessario tener conto anche delle regole cautelari non scritte, suggerite dagli ulteriori canoni di prudenza e diligenza (la cd. colpa generica).

Viene poi ribadito che la violazione involontaria delle regole sportive, dovuta alla concitazione del gioco ed all'ansia di risultato insita nella competizione sportiva, è penalmente irrilevante, come da tutti ritenuto.

Quanto poi invece ai casi più problematici, ossia quelli relativi alle condotte che volontariamente violano la disciplina sportiva, si è infine precisato che «... non sempre la violazione volontaria sfocia nell'area dell'illecito penale. Ciò può avvenire qualora la condotta dell'agente sia obiettivamente incompatibile con le caratteristiche e lo spirito di una determinata disciplina sportiva e sia, cioè, totalmente avulsa dalle relative peculiarità ... Ricorrendo i due presupposti (volontarietà dell'infrazione ed abnormità della condotta), il fatto è penalmente rilevante». La Cassazione in quella pronuncia, prescindendo dal caso di specie posto alla sua attenzione ove la rilevanza penale della condotta dell'imputato avrebbe dovuto essere piuttosto chiara in ragione della grave slealtà e pericolosità dell'azione posta in essere, ha voluto raccogliere i suggerimenti di quella parte della dottrina che ha contestato l'automaticità tra violazione disciplinare con effetti lesivi ed illecito penale, in nome della necessità di non "soffocare" lo spirito agonistico che dà linfa vitale allo sport con la cappa del penalmente rilevante.

Viene perciò detto che per integrare la fattispecie penale non basta che il giocatore violi volontariamente la regola sportiva, ma è necessario che la sua condotta sia abnorme, nel senso di contraria con evidenza al "principio di lealtà e correttezza sportiva".

Queste affermazioni della Cassazione, per certi versi richiamano l'idea che la scriminante dell'attività sportiva abbia come presupposto (e non anche come fondamento) il consenso implicito dei partecipanti al gioco, il quali sono consapevoli che l'attività sportiva includa quasi inevitabilmente anche la violazione delle relative regole (punte con le sanzioni disciplinari), nel limite però del principio di lealtà sportiva, che certamente non può comprendere una grave lesione della propria integrità fisica a cui nessun giocatore di regola acconsentirebbe (ad eccezione ovviamente per gli sport a violenza c.d. necessaria).

Individuato perciò l'ambito del penalmente rilevante, la Cassazione precisa e ribadisce infine il criterio di imputazione del profilo soggettivo, doloso o colposo, affermando che esso «... andrà poi, agevolmente risolto sulla base del criterio finalistico (applicabile solo in tale limitato ambito), ossia se l'azione violenta, anche se antisportiva - e dunque antidoverosa - sia direttamente funzionale non alla messa in pericolo dell'altrui incolumità, ma al perseguimento dell'obiettivo agonistico, ovvero se sia gratuitamente rivolta alla persona dell'avversario, in forma diretta o intenzionale (con consapevole profitto della circostanza di gioco) o con mera accettazione preventiva del rischio di arrecare pregiudizio all'integrità fisica dell'antagonista. Nel primo caso, si avrà responsabilità per colpa; nel secondo a titolo di dolo, diretto od eventuale.».

In conclusione si può ritenere che il dato interpretativo più interessante della giurisprudenza della Cassazione sin qui esaminata, è che di fronte ad un gesto volontario dell'atleta, in cui in molti casi si può ragionevolmente immaginare che l'agente abbia accettato il rischio di colpire pericolosamente l'avversario, la Suprema Corte ha utilizzato il criterio finalistico per escludere l'imputazione dolosa, sottolineando che tale criterio è «... applicabile solo in tale limitato ambito ...». Si è perciò tenuto in massimo conto il contesto in cui si è verificata la condotta violenta, ossia nell'ambito di un'attività, che come detto, non solo è consentita dall'ordinamento ma è anche da esso promossa a fini di utilità sociale.

Nota:

(18) Vedi nota 7.

Tali affermazioni permettono di fare un parallelismo con l'altra scriminante non codificata, quella dell'attività medico-chirurgica, ove con riferimento agli interventi cosiddetti arbitrari (quelli in cui il medico agisce consapevole dell'assenza del consenso del paziente), la Cassazione, recependo le osservazioni di gran parte della dottrina, ha valorizzato al massimo il dato della finalizzazione terapeutica della condotta medica, in alcuni casi (nell'ipotesi di esito fausto) per negare la sussistenza della tipicità del reato di lesioni dolose (19), in altri casi (nell'ipotesi di esiti infausti) per negare la ricorrenza dell'omicidio preterintenzionale, difettando le lesioni intenzionali (20).

Questo parallelismo offre l'occasione per fare una ri-

flessione sull'affermazione anche in giurisprudenza di un diritto penale per così dire "situazionale", in cui la specificità del contesto è l'occasione per dettare una disciplina di settore (lo sport, l'attività medica, l'attività di impresa ecc.).

Note:

(19) Vedi Cass. pen., sez. un., 18 dicembre 2008, n. 2437, in *Foro it.*, 2009, II, 305, con nota critica di G. Fiandaca, *Luci ed ombre della pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico chirurgico arbitrario*.

(20) Cfr. Cass. pen., sez. IV, 26 maggio 2010, n. 34521, Huscher, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2011, 1, 237 ss., con nota di A. Fiori, D. Marchetti, G. La Monaca, *Gli atti medici terapeutici e non terapeutici alla luce della sentenza della Cass. pen., sez. IV n. 34521/2010*.

LIBRI

Collana **Società e Mercati finanziari**

Abuso di gestione e responsabilità penale degli amministratori

di Paolo De Angelis

Il volume esamina, partendo dalla **riforma dei reati societari** , il tema della gestione dell'impresa societaria e quello della valutazione delle condotte degli amministratori alla luce della norma sull'infedeltà patrimoniale. L'art. 2634 c.c. delinea nell'ordinamento penale una fattispecie incentrata sulla **tutela del patrimonio sociale** contro le aggressioni da parte degli organi di gestione che si trovano in conflitto di interessi con la società. Oltre al tema dell' **infedeltà patrimoniale** , la norma regola altresì la gestione nei **gruppi societari** e il fenomeno dei **c.d. vantaggi compensativi** .

Attraverso l'analisi degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali e la costante comparazione tra disciplina civilistica e norma penale, l'Autore affronta le principali **problematiche interpretative ed applicative** , fornendo una risposta alle molteplici questioni che si pongono nella pra-

tica quotidiana di ogni compagine sociale: quali condotte espongono l'amministratore a conseguenze penali? Quali sono gli atti infragruppo consentiti e quali quelli vietati? Che rapporti intercorrono tra il reato di infedeltà, quello di appropriazione indebita e, in caso di fallimento, quello di bancarotta?

Il volume si rivolge ai giuristi, specie quelli d'impresa, ai professionisti che si occupano di gestione e controllo societario, ai magistrati e agli studiosi ed operatori del diritto penale.

Codice: 116643
Ipsoa 2011, pagg. 192, € 22,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- **<http://shop.wki.it/ipsoa>**





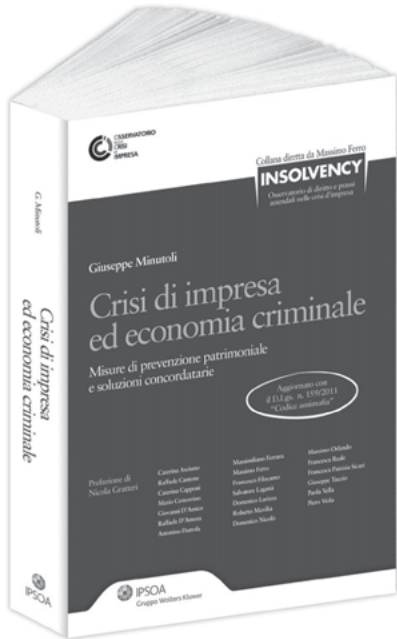
IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

Collana diretta da Massimo Ferro

INSOLVENCY

Osservatorio di diritto e prassi aziendali nelle crisi d'impresa



a cura di **Giuseppe Minutoli**
I ed. - pagg. 448, € 38,00

Crisi di impresa ed economia criminale

Misure di prevenzione patrimoniale e soluzioni concordatarie

Il volume approfondisce il tema della **crisi di impresa** e il suo **rapporto con l'economia criminale**, ponendo a confronto, in un'ottica multidisciplinare, profili **penalistici** e **socio-aziendali**, con aspetti più propriamente **fallimentaristici**.

Vengono analizzate le dinamiche con cui l'economia criminale incide su determinati **ambiti territoriali**, causando o aggravando la **crisi di liquidità** delle imprese, e approfonditi i problemi della **gestione giudiziaria dell'impresa insolvente**, anche riguardo all'**amministrazione dei beni sequestrati e confiscati** alla luce della recente riforma attuata con il cd. **Codice antimafia** (D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159) che ha introdotto rilevanti novità in tema di rapporti tra **misure di prevenzione patrimoniale e procedure concorsuali**.

Infine, sono esaminate le **potenzialità** e le **criticità** degli **istituti di gestione concordata della crisi** offerti dalle riforme della legge fallimentare del 2005-2007, sino alle più recenti modifiche in tema di accordi di ristrutturazione e di transazione fiscale.

Il volume offre **soluzioni pratiche** all'operatore che deve giornalmente confrontarsi con le realtà delle **imprese insolventi** e di quelle **sottoposte a sequestro penalpreventivo**.

Compili subito il coupon, e lo invii **via fax allo 02.82476403**. Può acquistare anche on line su **www.shopwki.it** oppure può contattare l'**Agenzia** della Sua zona (www.shopwki.it/agenzie) o rivolgersi alle **migliori librerie** della Sua città.

(00116661) Sì, desidero acquistare il volume **Crisi di impresa ed economia criminale** a cura di Giuseppe Minutoli a € **38,00**.

Cognome e Nome _____ Azienda/Studio _____

Via _____ CAP _____

Città _____

Tel. _____ Fax _____

e-mail (obbligatoria): _____ Cod. cliente _____

Partita IVA _____ C.F. _____

(1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura

Addebitare l'importo di € sulla mia carta di credito:

Mastercard (16 cifre) American Express (15 cifre) VISA (16 cifre) Diner's (14 cifre)

n° _____ Data di scadenza _____

Nome e indirizzo titolare carta di credito _____

Timbro e firma _____

TRATTAMENTO DATI PERSONALI
I dati personali saranno registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e saranno trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.lgs. 196/03, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Pal. F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.
* Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. n. 185/1999. Decorso 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milanofiori - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Criminalità organizzata

Il Codice antimafia tra istanze compilative e modelli criminologici

di **Alberto Cisterna**

La sistemazione del materiale normativo nelle forme di un Codice in tanto persegue un risultato conforme alle attese del Legislatore e agli auspici della comunità dei giuristi in quanto sia sorretto da una visione condivisa ed aggiornata dei fenomeni che intende assemblare in modo unitario. Il Codice antimafia, da questo punto di vista, sembra scontare il prezzo di una percezione non ancora matura del modo in cui le organizzazioni mafiose si sono strutturate nella modernità.

Preambolo

È una *mainstream* profonda quella che orienta l'attività di codificazione. L'esigenza di costruire un *corpus* normativo omogeneo, razionale e intrinsecamente armonioso non può essere la risultante di spinte meramente politiche o, peggio ancora, simboliche. Un codice si impone, piuttosto, tutte le volte in cui la società e la comunità dei giureconsulti (giudici, pubblici ministeri, avvocati, dottrina, attori della nomogenesi) percepiscono il consolidarsi di un insieme di disposizioni attorno ad alcuni canoni ermeneutici profondamente condivisi. Il coagularsi di norme, principi ed interpretazioni in un contesto coerente ed empatico, in un consolidato "diritto vivente" vince l'entropia del legislatore distratto, bislacco, disordinato e impone di por mano alla codificazione. Naturalmente non è sempre così. Altre volte la stesura del codice è un'operazione eminentemente politica che i giuristi propongono al titolare della sovranità con l'intento di conseguire, attraverso l'unificazione delle norme, fini di egemonia politica, economica o commerciale (si pensi, per tutti, ai codici napoleonici e alla loro ricaduta nell'Italia preunitaria).

Da questo punto di vista il recente proliferare di codici appare - rispetto alla più risalente tradizione giustiniana, napoleonica o fascista - la risultante di una spinta dal "basso"; ossia non il frutto di un'imposizione politica, talvolta straordinariamente lungimirante, ma l'effetto di istanze provenienti dagli operatori per conseguire un quadro meno provvisorio e capriccioso di riferimenti normativi. Alla sta-

bilizzazione della cornice ermeneutica e nomofilattica segue, per così dire, il consolidamento delle disposizioni in una struttura avente la morfologia e i tratti formali di un codice. È il caso delle innumerevoli compilazioni che, talvolta a torto, si fregiano di titolo di codice, laddove invece li sorregge in modo preponderante l'urgenza compilativa di porre rimedio al disordine del legislatore e di consolidare taluni risultati della giurisprudenza e della prassi delle aule di giustizia (Codice del processo amministrativo, Codice dell'amministrazione digitale) ovvero di recepire in modo organico le istanze della normazione comunitaria (Codice degli appalti, Codice dell'ambiente, Codice del consumo, Codice del turismo e via seguitando) (1). Per il Codice antimafia deve registrarsi una genesi singolare. Dopo circa mezzo secolo dall'introduzione nell'ordinamento delle misure di prevenzione personale antimafia (la l. n. 575 del 1965); dopo circa 30 anni dall'inserimento nel Codice penale dell'art. 416-bis c.p. grazie alla l. n. 646 del 1982 che sanziona le associazioni

Nota:

(1) Scriveva Piano Mortari, *Codice (storia)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960, 228: «La caratteristica essenziale di tutte queste opere è quella intrinseca al loro scopo principale di costituire delle raccolte di leggi ai fini pratici di una più agevole conoscenza e consultazione del diritto vigente ... I nuovi codici (invece), intesi come corpi unitari ed architettonici di norme nuove ed omogenee, come opere legislative caratterizzate dalla semplicità, dalla chiarezza, dall'uniformità, dalla certezza delle loro disposizioni, non dovevano essere soltanto la espressione in termini legislativi della formazione dello Stato moderno, burocratico ed accentrato, ma anche la espressione del rinnovamento della scienza giuridica ad opera del pensiero giusnaturalistico».

mafiose e consente la confisca di prevenzione e dopo un susseguirsi ciclico (1991-1992; 2008-2010) di importanti innovazioni nei dispositivi normativi e organizzativi volti al contrasto alla criminalità mafiosa, era divenuta indispensabile un'azione di manutenzione del sistema delle fonti. Troppe volte l'operatore e l'interprete dovevano aggirarsi in una selva di norme dall'incerta compatibilità e dall'ancora più dubbia qualità sistematica. Diciamo subito che il risultato consegnato a seguito dell'esercizio delle deleghe conferite al Governo con la n. 136 del 2010 non appaga tutte le aspettative e ha destato molte perplessità nella comunità dei giuristi e nella società civile (2). In gran parte ciò è dovuto alla palese insufficienza della legge del 2010 che ha tracciato un quadro confuso e incompleto di principi e criteri secondo i quali esercitare l'attività delegata. In altra parte ciò è stato determinato da un incomprensibile *self-restraint* del Governo che ha lasciato fuori dalla cornice codicistica disposizioni di prima rilevanza nel contrasto alle mafie, pur potendo agire diversamente. Si pensi, per tutti, alle norme sul carcere duro *ex art. 41-bis* ord. pen.; a quelle che regolano lo scioglimento dei consigli comunali e provinciali per infiltrazioni e condizionamenti mafiosi; alle norme che disciplinano il funzionamento e le attribuzioni del Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza sulle grandi opere; alle norme sul sistema di prevenzione del riciclaggio. Si registra, ancora, l'assenza anche di disposizioni (o di rinvio alle norme esistenti) in materia di collaboratori e testimoni di giustizia - sia con riferimento alle misure di protezione che ai benefici penitenziari - di colloqui a fini investigativi previsti dall'*art. 18-bis* ord. pen. (finalizzati all'acquisizione di informazioni utili per la prevenzione e repressione dei delitti di criminalità organizzata) e di criminalità organizzata transnazionale di cui alla l. n. 146 del 2006 e così di seguito. In un alternarsi di "vuoti e pieni" che certo disorienterà che si attendeva una completa ed esauritiva sistemazione dell'intera legislazione antimafia (3). Non è questione da poco, questa, poiché la persistente frammentazione delle norme volte al contrasto alla criminalità mafiosa comporta il venir meno di un quadro di riferimento capace di influenzare ed orientare le prassi dell'intervento. Per meglio dire, in assenza di una cornice normativa che compendi tutte le opzioni che nel corso degli ultimi 30 anni il legislatore ha posto a disposizione delle strutture di contrasto, i titolari dell'azione preventiva e repressiva rischiano di smarrire l'indicazione (che un codice completo darebbe) affinché si affrontino le aggregazioni mafiose avvalendosi, in

modo concertato e pianificato, di tutta la strumentazione a disposizione (confische, scioglimento organi elettivi, carcere duro ecc.).

Un altro limite della codificazione 2010-2011 si deve rinvenire nel fatto che il tentativo di riordinare il complesso sistema normativo evocato dall'endiadi «legislazione antimafia» non è stato accompagnato da una lucida consapevolezza degli strumenti nomografici ed ermeneutici propri di una codificazione in senso stretto: l'abrogazione minuziosa del sistema precedente, la formulazione idonea ad impedire ogni possibile conflitto di norme, l'autosufficienza

Note:

(2) Caselli, *Quale codice antimafia?*, in *Il Fatto quotidiano*, 27 luglio 2011, 1. Si legge nella scheda di lettura 229 del luglio 2010, predisposta dal Servizio studi del Senato sull'AS. 2226, recante "*Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*", già A.C. 3290: «Più volte in passato è, del resto, emersa l'opportunità dell'emanazione di testi unici, che chiariscano, settore per settore, qual è la legislazione effettivamente in vigore. Già nel 2002, l'allora Procuratore nazionale antimafia Vigna auspicava, davanti alla Commissione antimafia, con riferimento alla materia del sequestro e della confisca, "*un lavoro certosino di unificazione di tutta questa materia... e prevedere proprio lo statuto dell'aggressione ai patrimoni della criminalità organizzata*". Si ricorda l'impegno in tale direzione della Commissione per la ricognizione e il riordino della normativa di contrasto della criminalità organizzata presieduta dal prof. Giovanni Fiandaca (XIII legislatura), volto all'individuazione dei contenuti di un possibile testo unico antimafia. L'attività della Commissione, costituita presso il Ministero della giustizia, si è dispiegata con maggiore efficacia proprio nel settore delle misure di prevenzione, proponendo modifiche al regime vigente volte anche a colmare una grave lacuna del sistema, ovvero la possibile tutela dei terzi di buona fede che vantino diritti sui beni oggetto del sequestro e confisca. Nella scorsa legislatura era stato presentato un disegno di legge del Governo (A.C. 3242) per l'adozione di un testo unico delle misure di prevenzione; che teneva conto del contributo fornito da numerosi progetti di legge parlamentari, del lavoro operato dalla Commissione per la ricognizione e il riordino della normativa di contrasto della criminalità organizzata, istituita presso il Ministero della giustizia e presieduta dal prof. Fiandaca, nonché della relazione del Commissario straordinario del Governo per la gestione e la destinazione dei beni confiscati ad organizzazioni criminali».

(3) «La parzialità del contenuto del codice appare anche in riferimento a disposizioni di altro tenore rispetto a quelle sopra richiamate. Appare parziale, ad esempio, anche la "raccolta" delle norme attinenti la Direzione nazionale antimafia, venendo riportati gli attuali articoli 70-bis, 76-bis, 76-ter, 110-bis, 110-ter dell'ordinamento giudiziario, mentre non si rinviengono quelli concernenti le attribuzioni e le competenze del Procuratore nazionale antimafia e della Direzione nazionale antimafia, di cui, ad esempio, agli articoli 371-bis del codice penale e 70, comma 6, dell'ordinamento giudiziario nonché quelle in materia di gratuito patrocinio, di operazioni sospette, di benefici penitenziari e misure alternative alla detenzione nonché di applicazione del regime carcerario previsto dall'articolo 41-bis dell'ordinamento penitenziario, di operazioni sottocopertura, della facoltà di effettuazione dei colloqui a fini investigativi previsti dall'articolo 18-bis dell'ordinamento penitenziario» (cfr. parere approvato dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati il 2 agosto 2011).

dell'ordinamento tale da escludere ogni meccanismo di etero integrazione (4).

Salvo un minimo apparato di disposizioni di coordinamento e transitorie a valenza intertemporale (v. oltre gli artt. 115, 116, 117, 119 e 120) (5), infatti, per il resto l'inserzione del codice nell'ordinamento giuridico resta affidata all'attività dell'interprete che dovrà, nell'applicazione complessa ed articolata degli istituti (si pensi per tutti alla regolamentazione dei rapporti tra misure di prevenzione e procedure fallimentari ex art. 63 e seguenti), individuare giunti di snodo e camere di compensazione che sappiamo assicurare la migliore trazione dell'apparato.

La struttura del Codice ed i limiti della delega del 2010

Il d.lgs. n. 159 del 2011 è destinato a dare attuazione a due distinte deleghe contenute, nella l. n. 136 del 2010, aventi, in verità, diversa consistenza e differente latitudine applicativa. La prima delega, conferita nell'art. 1, aveva per oggetto l'emanazione di un Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, stabilendo, solo per queste ultime, numerosi e specifici principi e criteri, mentre per il contrasto alla criminalità organizzata si consentiva al Governo solo un'attività di ricognizione, armonizzazione e coordinamento delle norme esistenti. La seconda delega, contenuta nell'art. 2, prevedeva l'aggiornamento e la semplificazione della normativa in materia di documentazione antimafia, sulla base di specifici criteri analiticamente enucleati (6).

Più esattamente l'art. 1, comma 1 della legge stabiliva che il Governo fosse delegato ad adottare entro il 7 settembre 2011 un decreto legislativo recante il Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (7). La formulazione letterale della delega, concernente la porzione di diritto sostanziale e processuale del corpus legislativo antimafia, fece apparire da subito evidente che - in assenza di ogni statuzione recante specifici «principi e criteri direttivi» ai sensi dell'art. 76 Cost. - la legislazione delegata avrebbe dovuto limitarsi esclusivamente ad una difficoltosa ricognizione delle disposizioni esistenti, senza possibilità alcuna di incidere sulle norme esistenti. Tra gli ambiziosi risultati perseguiti dal comma 1, la sola ricognizione è apparsa attività legislativa suscettibile di un legittimo e pieno esercizio da parte del Governo, mentre scarso o nessuno spazio di agibilità costituzionale poteva avere l'intento di adeguare, addirittura, la «normativa italiana alle disposizioni adottate dall'Unione europea», compito questo affidato dal Parlamento alla cd. legge comunitaria che fissa ogni anno minutamente i principi e

i criteri di recepimento nella normativa italiana delle disposizioni adottate dall'Unione europea, anche per la materia *de qua*.

Non è agevole misurare e, quindi, indicare in modo certo quali disposizioni, tra quelle recepite nel decreto n. 159 del 2011, assolvano alle finalità indicate dall'art. 1, comma 1 della l. n. 136 del 2010. L'originario libro I del Codice aveva ad oggetto, tra l'altro, la completa ricognizione della normativa penale, processuale ... vigente in materia di contrasto della criminalità organizzata, ivi compresa quella già contenuta nel Codice penale e di procedura penale», ma - a seguito di molteplici rilievi in sede parlamentare e della *moral suasion* esercitata dal Quirinale sullo schema varato dal governo - si è preferito non ottemperare a questa parte della delega e mettere da parte la materia, affidandone le sorti ad un successivo disegno di legge. Ciascuno intende che l'aver pretermesso totalmente un riordino delle disposizioni di diritto sostanziale e processuale che di-

Note:

(4) Come ricordava Princigalli, *La vicenda della codificazione, in Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, a cura di Lipari, Roma-Bari, 1976, 8. Nella sterminata letteratura una guida autorevole in Rescigno, *La "forma" codice: storia e geografia di un'idea*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1; Petronio, *La lotta per la codificazione*, Torino, 2002; Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

(5) Peraltro di complessa lettura a causa, anche, di qualche svista compilativa: si veda la relazione tra il comma 1 ed il comma 5 dell'art. 117 del Codice con riferimento alle disposizioni sull'Agenzia nazionale per i patrimoni di mafia.

(6) Occorre segnalare che questa opzione, per un codice unico diviso per libri ed inclusivo dell'esercizio delle due deleghe, non era apparsa così scontata al momento dell'approvazione della l. n. 136 del 2010, tant'è che il Comitato per la legislazione della Camera dei deputati - considerato che sia l'articolo in esame che il successivo art. 2 (che conferisce una delega in materia di documentazione antimafia) prevedevano un termine annuale - aveva suggerito di verificare «l'esigenza di differenziare il termine di scadenza delle due deleghe, al fine di consentire che (secondo le intenzioni proclamate nella relazione illustrativa) anche i contenuti del decreto legislativo adottato ai sensi dell'articolo 2 possano confluire nel codice redatto in attuazione della delega dell'articolo 1, salvo che non si ritenga che la confluenza debba essere realizzata solo successivamente, mediante lo strumento dei decreti legislativi correttivi e integrativi; al riguardo, tale circostanza andrebbe comunque esplicitata e valutata sotto il profilo della sua coerenza rispetto alle caratteristiche di onnicomprensività che dovrebbe avere l'emanando codice» (cfr. la scheda di lettura 229 del luglio 2010 citata).

(7) Il comma 2, art. 1 prescriveva che «Il decreto legislativo di cui al comma 1 è adottato realizzando: a) una completa ricognizione della normativa penale, processuale e amministrativa vigente in materia di contrasto della criminalità organizzata, ivi compresa quella già contenuta nei codici penale e di procedura penale; b) l'armonizzazione della normativa di cui alla lettera a); c) il coordinamento della normativa di cui alla lettera a) con le ulteriori disposizioni di cui alla presente legge e con la normativa di cui al comma 3; d) l'adeguamento della normativa italiana alle disposizioni adottate dall'Unione europea».

sciplinano la materia del contrasto alla criminalità organizzata ha cospicue ricadute in ordine all'intera impalcatura del Codice antimafia. Difetta, così, il perimetro normativo "essenziale" che individua a sua volta l'ambito entro cui il Codice deve operare. Il fatto stesso che il delitto di associazione mafiosa riposi fuori dell'*inner circle* tracciato dalla l. n. 136 del 2010 altera l'operazione di sistemazione organica della materia e confina l'esercizio della delega entro margini troppo esigui per poter aspirare a quell'«autosufficienza dell'ordinamento» che la migliore dottrina da sempre segnala come requisito inderogabile di ogni codificazione.

Altrimenti detto: l'abbandono dell'originario Libro I che, in una decina di articoli, si incaricava di inserire il Codice antimafia nel telaio collaudato, ma frammentario, del Codice penale e di procedura penale - ovvero nell'alveo del cd. doppio binario in cui l'opzione rigoristica del diritto sostanziale si traduce in un irrigidimento della disciplina processuale (durata indagini, regime custodiale, intercettazioni ect.) - segna una lacuna troppo evidente. Resta pressante e attuale l'esigenza di pervenire ad un'unificazione dell'intera normativa antimafia, finalizzata a rendere coerente un sistema di norme consolidatosi negli anni attraverso «una stratificazione di interventi legislativi alla quale ha corrisposto una costante attività della giurisprudenza» che, nel tentativo di dare organicità all'intero sistema, ha dovuto colmare, con i limiti della funzione nomofilattica, alcuni vuoti normativi. Così come occorre dar corso ad una rapido ed incisivo adeguamento della normativa nazionale vigente a quella dell'Unione europea, recependo, ad esempio, la decisione-quadro n. 783 del 2006 del Consiglio europeo che renda possibile la confisca di quei beni che i mafiosi detengono in un paese comunitario attraverso il meccanismo del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca. Sono istanze che il parlamento avrebbe potuto meglio considerare in sede di approvazione della l. n. 136 del 2010 e che oggi marcano il coefficiente di inadeguatezza del Codice antimafia rispetto alle reali esigenze di un contrasto evoluto alle nuove manifestazioni della criminalità organizzata di stampo mafioso (8). L'opzione, quindi, di non dar corso alla delega per la parte riguardante le disposizioni codicistiche processuali e sostanziali ha, per un verso, menomato l'originario intento del legislatore di procedere ad un'apprezzabile opera compilatoria delle norme antimafia, e, per altro, ha comunque evitato che si producessero ulteriori distorsioni derivanti dalla stesura largamente insufficiente del Libro I, poi abbandonato (9). È stato, così, accolto l'auspicio

formulato dai competenti Uffici delle Camere di procedere alla «soppressione degli articoli da 1 a 10 limitando il decreto legislativo alle sole misure di prevenzione e rinviando ad un ulteriore decreto legislativo il riordino della materia di cui al Libro I. In tal caso apparirebbe opportuna non soltanto una proroga dei termini della delega, quanto piuttosto anche una integrazione dei principi e criteri direttivi di delega al fine di pervenire un intervento normativo che consenta di creare un testo coordinato con l'intero sistema normativo, esaustivo ed efficace».

Note:

(8) Tuttavia l'intrinseca difficoltà di realizzare un corpo normativo esaustivo dell'intera normativa di contrasto alla mafia era ben presente nella stessa Relazione di accompagnamento allo schema di decreto del Codice laddove si affermava che nell'originario Libro I, recante disposizioni sulla criminalità organizzata, erano «contenute soltanto le norme essenziali alla disciplina del fenomeno criminoso di tipo mafioso, sia per ciò che concerne il diritto sostanziale che per quanto riguarda la normativa processuale, con esclusione di tutte quelle disposizioni ritenute compiutamente e inscindibilmente integrate nel tessuto normativo preesistente, onde evitare di alterare eccessivamente la vigente sistemazione codicistica e di creare problemi e difficoltà nell'interpretazione delle norme». Come si vede l'esatto contrario di quanto la codificazione avrebbe dovuto operare, ma tanto in ragione dei gravi limiti di una frettolosa e poco attenta attività parlamentare di predisposizione della legge delega. Infatti i competenti Uffici di Camera e di Senato avevano immediatamente rilevato che, sebbene la Relazione illustrativa spiegasse che «l'articolo 1 intende riordinare e innovare la normativa antimafia, ivi compresa quella già contenuta all'interno del codice penale e del codice di procedura penale, nonché quella relativa alle misure di prevenzione», invero i principi e criteri direttivi recati dal comma 3 sono riferiti esclusivamente alla complessa disciplina delle misure di prevenzione. «Come rilevato anche dal Comitato per la legislazione della Camera dei deputati, alla luce di quanto affermato nella relazione illustrativa, in ordine al carattere non meramente compilativo del codice, occorrerebbe precisare i principi e criteri direttivi della delega anche relativamente al profilo della ricognizione, armonizzazione e coordinamento della normativa antimafia».

(9) Cfr. parere approvato dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati il 2 agosto 2011: «La scelta (dello schema di decreto d.r.) di tralasciare tutti gli altri delitti indicati nell'articolo 51 comma 3-bis del codice di procedura penale rischia di determinare una "stratificazione" normativa con la creazione di una ulteriore "specie" di nuovi istituti applicabili a particolari delitti indicati nel nuovo codice con la contestuale permanenza di quelli "originari" applicabili ad una più ampia platea di reati; in ragione di tale scelta, comunque condizionata anche da carenze sul punto della delega, il codice antimafia da emanare difficilmente potrebbe definirsi tale rispetto alla normativa penale, essendo questa riportata solo in minima parte; secondo una scelta che rischia di determinare gravi conseguenze applicative, non si è proceduto ad abrogare esplicitamente tutte le norme vigenti riprodotte nello schema di decreto ovvero incompatibili con esso, rimanendo così formalmente disciplinata da due disposizioni identiche, limitandosi l'articolo 128 dello schema ad affermare che dalla data di entrata in vigore del decreto, i richiami alle disposizioni di cui agli articoli 416-bis, 416-ter e 417 del codice penale, ovunque presenti, si intendono rispettivamente riferiti alle corrispondenti disposizioni di cui agli artt. 1, 2, 3 e 7 del decreto».

Chiarita la sorte del Libro I, occorre aver cura di precisare che, laddove la legge delega lo consentiva, il Governo ha provveduto a recepire nel provvedimento finale disposizioni che coerentemente dovevano essere annoverate nella trama del nuovo Libro I e II del Codice. È il caso delle norme relative gli accessi ai cantieri (già d.lgs. n. 150 del 2010), di quelle sulla rescissione dei contratti pubblici di appalto e sull'incapacità a contrattare con la pubblica amministrazione per tre anni in caso di omessa denuncia di estorsione; mentre, come si diceva, sono rimasti esclusi i delitti di turbata libertà degli incanti e della procedura di scelta del contraente (pur, rispettivamente, modificato e introdotto con la l. n. 136 del 2010) le norme sugli agenti sottocopertura, sui ritardati arresti e sequestri, sulle competenze dei prefetti e delle autorità locali in materia amministrativa, sull'antiracket e antiusura, sulle vittime di mafia. Lacune che occorrerà necessariamente colmare nell'auspicato provvedimento di riordino dell'intera normativa antimafia.

Mafia e Codice antimafia

Il d.lgs. n. 159 del 2011, pur tra luci ed ombre, consente una prospettiva inedita sull'insieme delle disposizioni che regolano il contrasto alla criminalità organizzata. L'incompletezza dell'ordito normativo e la mancanza di porzioni cospicue della legislazione speciale che sovrintende alla punizione (l'art. 416-bis c.p. in primo luogo) e all'accertamento (il noto doppio binario in materia di intercettazioni, durata delle indagini, competenza distrettuale e via seguendo) dei "fatti di mafia" pone l'interprete innanzi ad un'un'opzione rigida: quella di considerare il Codice puramente e semplicemente come un lavoro incompiuto ovvero quella di muovere da quel testo per tentare una prima, significativa ricostruzione del sistema antimafia. Dicevamo di una prospettiva inedita e questa, in effetti, sembra essere offerta da una considerazione multilivello di quella che, in prima approssimazione e con un coefficiente quasi intollerabile di imprecisione, si potrebbe definire come la "mafiosità". La sinossi tra regole della prevenzione (Libro I), norme per il rilascio della certificazione antimafia (Libro II) e disposizioni su alcuni soggetti istituzionali del *law enforcement* (Libro III) permette di cogliere la trama densa di una nozione, quella di associazione mafiosa, che opera nella porzione di ordinamento ad essa dedicata a profondità diverse e con gradienti probatori disomogenei. Il frantumarsi dell'unico fenomeno (la mafia in senso lato e senza frammentarie connotazioni territoriali) (10) in un rivolo di disposizioni così diverse, oggi

tenute insieme dal d.lgs. n. 159 del 2011, pone all'interprete il dilemma di stabilire se davvero vi siano relazioni vitali tra questi settori dell'ordinamento; se effettivamente, cioè, si manipoli in modi diversi e per fini eterogenei (la prevenzione, la pericolosità sociale, la tutela della negoziazione pubblica ecc.) la medesima realtà fattuale ovvero se la proliferazione dei piani applicativi non abbia comportato una diluizione del valore semantico dell'endiadi mafia/antimafia sino ad attenuarne le capacità connotative.

A leggere il Codice si ricava l'impressione che - dal 1965 (la prima legge di prevenzione antimafia) sino al 2010 (il Piano straordinario antimafia) - la legislazione speciale abbia dilatato il proprio ambito d'applicazione e incrementato gli spazi economici e sociali da proteggere in modo disordinato. Si è sviluppata una sorta di permanente entropia che ha imposto al *law maker* l'affannoso compito di arginare la presenza delle consorterie criminali in mondi sempre diversi e con carature mai eguali. Così lo scioglimento degli organi elettivi in caso di infiltrazione negli apparati politici e amministrativi degli enti locali (il d.l. n. 164 del 1991), la certificazione antimafia per gli appalti e le gare pubbliche (la l. n. 646 del 1982), la tracciabilità finanziaria (artt. 3 e 6 della l. n. 136 del 2010) (11), le linee-guida per le grandi opere, l'approntamento delle *white list* in tema di contrattualistica pubblica secondaria (d.l. n. 70 del 2011) disegnano un insieme di congegni normativi permanentemente volti a fissare le "regole d'ingaggio" di un avversario (la mafia) mai messo a fuoco fino in fondo e tutto sommato confinato in una definizione codicistica ormai angusta e insufficiente, a trenta anni dal suo conio.

Come dicevamo il Codice, per la mancanza di un'adeguata integrazione sul versante sanzionatorio e processuale, ha lasciato insoddisfatte le aspettative

Note:

(10) A questo riguardo deve escludersi, per i principi d'ordine generale che governano le relazioni tra norme abrogatrici e norme modificative di altre leggi contenute nel testo abrogato, la pur involontaria cancellazione della *ndrangheta* tra le organizzazioni criminali "tipiche" enumerate dall'art. 416-bis c.p. La soppressione e del termine «*ndrangheta*», secondo alcuni, sarebbe stata conseguenza dell'art. 120 Codice che ha disposto l'abrogazione del d.l. n. 4 del 2010 che aveva, a sua volta, interpolato il testo dell'art. 416-bis c.p. inserendovi quella tipologia organizzativa delle associazioni mafiose. L'abrogazione, com'è ovvio, non avrebbe avuto comunque alcuna ricaduta pratica, posto che dal 1982 non v'è stato dubbio alcuno circa l'assoggettamento all'art. 416-bis c.p. del pulviscolo delle cosche calabresi, inopinatamente omologate per via legislativa sotto il termine «*ndrangheta*».

(11) Sul punto si veda Aa.Vv., *La tracciabilità dei pagamenti*, a cura di Cisterna, Bologna, 2011.

degli operatori i quali contavano di poter adoperare un *corpus* definito di disposizioni. Non è questa la sede per affrontare il tema delle finalità cui assolve la codificazione nel diritto moderno (v. *supra*), ma certo non può dimenticarsi che il Codice non può costituire un mero *rassemblement* di norme per fini di sola consultazione, ma deve essere animato da un'ispirazione di fondo che orienti l'interpretazione dei testi e assecondi le prassi applicative. Il Codice antimafia sembra soddisfare a stento questi requisiti minimi, i Libri I e II, privi finanche della cornice dell'ancora vigente art. 416-bis c.p., sembrano sospesi in un sorta di *hortus clausus*, senza sbocchi, né proiezioni sul resto delle disposizioni *latu sensu* antimafia. Eppure non può negarsi che si sia in presenza di compilazioni, in sé considerate, di buona fattura e sicuramente in linea con gli *standard* della nomografia e delle tecniche di redazione; tuttavia scontano il prezzo della assenza di trame connettive che tengano insieme l'intero in modo armonico.

Malgrado questo, resta legittima la pretesa di voler leggere in modo unitario i tre Libri per tentare di comprendere quale rappresentazione della fenomenologia mafiosa li sorregga. Diciamo subito che quella inglobata nel d.lgs. n. 159 del 2011 è ancora una criminalità pre-moderna, concepita come tutta intrisa di legami parentali, relegata in strutture economiche individuali (12) o appena plurisoggettive, infiltrata in micro-dimensioni politiche e orientata verso interessi che le concrete dinamiche mostrano in regresso, se non del tutto abbandonati. Le aeree della cooperazione intermafiosa (tra gruppi diversi) e inframafiosa (i concorrenti esterni, le zone di contiguità) sono appena accennate; è un mondo al tramonto la mafia descritta dal Codice, mentre nuovi fenomeni prendono il sopravvento e conquistano posizioni egemoni (13). Da questo punto di vista lo stesso tentativo di voler imprimere, per via giudiziaria ed emulativa di ben altre esperienze, assetti unitari o addirittura verticistici al pulviscolo delle organizzazioni mafiose tradizionali rischia di accreditare un'immagine tranquillizzante e mendace del modo con cui le mafie si stanno lanciando alla conquista dei mercati legali e illegali. Mendace perché costruisce un modello di mafia-nemico, in qualche modo predestinato ad una guerra endemica e senza sbocchi, laddove l'entropia dei clan si incunea in modo liquido negli interstizi della società e impedisce di segnare risultati duraturi, rendendo l'avversario del tutto invisibile.

In altre parole, il Codice non agevola la comprensione del nuovo, poiché si ostina, per un difetto congenito e irredimibile della legge delega, a privilegia-

re una visione antagonistica dei fenomeni criminali organizzati (le nozioni di infiltrazione, condizionamento, omertà, assoggettamento vanno in questa direzione), la concezione arcaica del cd. antistato, laddove le mafie stanno almeno da un decennio compiendo un'operazione di silente occupazione degli spazi di legalità, di a-legalità e di illegalità che la società civile consegna loro a ritmo esponenziale.

Il sistema della prevenzione, la documentazione antimafia e i soggetti

L'introito al Codice è rappresentato dalle norme del nuovo procedimento di prevenzione. La necessità di riorganizzare in un *corpus* unitario le regole disseminate nella l. n. 1423 del 1956 e nella l. n. 575 del 1965, oltre che in un pulviscolo di modifiche, integrazioni ed *addenda* durato quasi un trentennio (1982-2010), ha indotto il legislatore delegante e il governo delegato a riassumere nel nuovo Libro I tutte le norme sulla prevenzione, a prescindere dalla loro originaria riconducibilità all'alveo dell'antimafia, l'unica eccezione è costituita dall'Agenzia per i patrimoni di mafia, la cui disciplina è ripartita tra il Libro I ed il Libro III a cagione delle funzioni promiscue esercitate sia in sede penale che, appunto, di prevenzione.

L'unificazione del procedimento di prevenzione comporta che al Codice occorre guardare anche in relazione alle manifestazioni di pericolosità sociale che provengono da contesti criminali diversi da quelli mafiosi. In queste sede non possiamo che individuare alcune linee di fondo che caratterizzano la legislazione delegata. Le novità codicistiche sono, sostanzialmente, consistite nell'assegnare rango primario a talune soluzioni giurisprudenziali che si erano consolidate dopo innumerevoli oscillazioni e a seguito di un nutrito dibattito dottrinale (si pensi alla revoca, alle procedure concorsuali, ai diritti dei terzi). È una scelta opportuna che traccia un percorso innovativo nelle relazioni tra il diritto giurisprudenziale e la produzione legislativa. Il recepimento nel Codice delle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza di legittimità fortifica la funzione nomofilattica e rafforza il ruolo della Corte regolatrice quale soggetto erogatore di una giurisdizione di principi. La previsione, poi, di un termine per l'efficacia della

Note:

(12) Si pensi alla misura della amministrazione giudiziaria dei beni personali *ex art. 34* Codice o alle prescrizioni che integrano il contenuto della sorveglianza speciale *ex art. 8*, commi 3 e 4, Codice.

(13) Cfr. Varese, *Mafie in movimento. Come il crimine organizza la conquista nuovi territori*, Torino, 2011.

confisca di primo grado nel corso del giudizio d'appello appare, non solo, la corretta estensione al giudizio di prevenzione del precetto costituzionale della «ragionevole durata», ma tende soprattutto a contrarre i tempi (ancora troppo lunghi) che separano l'esecuzione del sequestro dalla definitiva assegnazione e destinazione dei beni confiscati da parte dell'Agenzia nazionale.

La trama parziale e insoddisfacente del Codice, per la parte concernente i soggetti dell'azione antimafia, emerge a prima vista laddove si esamina il Libro III, intitolato con enfasi forse eccessiva a «Le attività informative ed investigative nella lotta contro la criminalità organizzata. L'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata». Pur dovendosi, anche in questo caso, registrare la natura meramente compilativa e ricognitiva del d.lgs. n. 159 del 2011, non può non registrarsi che il Governo abbia perseguito un disegno fortemente riduttivo finanche nella semplice individuazione dei soggetti istituzionali titolari di potestà nel contrasto alla criminalità mafiosa. Ripetesi non si tratta, solo ed esclusivamente, di contrazioni scritturali che hanno lasciato incompleto l'ordito legislativo, quanto piuttosto di una scelta compilativa che ha marginalizzato l'attività di istituzioni le quali svolgono un ruolo essenziale nel contenere e reprimere le infiltrazioni della criminalità organizzata. È una sorta di vocazione «giudizio-centrica» del Codice a dover essere sindacata, poiché essa anziché dare respiro alla costruzione realizzata nell'attuale Libro I e nel Libro II del decreto, ha confinato i soggetti dell'azione antimafia in un periferico e parziale Libro III che non consente di apprezzare la vitale sinergia istituzionale che muove, sul versante della prevenzione amministrativa e della giurisdizione, gli organi centrali e periferici dello Stato. L'aver circoscritto al Consiglio generale per la lotta alla criminalità organizzata, alla Direzione nazionale antimafia e alle Direzioni distrettuali antimafia, nonché all'Agenzia nazionale per i patrimoni di mafia, il *range* della ricognizione codicistica ha lasciato fuori da questo perimetro le competenze di altri soggetti istituzionali (si pensi solo ai prefetti, al comitato provinciale e nazionale per la sicurezza e l'ordine pubblico, ai servizi centrali e interprovinciali di polizia giudiziaria - ROS, SCICO, SCO -, alla Commissione centrale di protezione e al relativo Servizio centrale, al CCASGO nella materia degli appalti pubblici, al sistema antiriciclaggio ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2007 ecc.) che avrebbero aiutato - come detto - gli operatori ad intendere la complessità e la

vivacità polimorfica del sistema antimafia nel nostro Paese (14).

Ne risulta un scenario incompleto e, forse, incomprensibile circa il modo con cui si attuano le strategie della prevenzione e repressione antimafia in Italia, a discapito delle finalità del Governo e del Parlamento di creare uno strumento agile e significativo capace di indirizzare anche le strategie legislative e i modelli organizzativi di altri Paesi chiamati a confrontarsi con le organizzazioni mafiose italiane e straniere.

Quanto alla disciplina inserita nel Libro III, agli articoli da 102 a 114, essa ripercorre pedissequamente e con lievissimi aggiustamenti formali (ad es. per la Direzione nazionale antimafia sono adeguate le qualifiche professionali richieste per ricoprire l'incarico di procuratore e di sostituto alle nuove fasce di valutazione previste dalla riforma dell'ordinamento giudiziario) le norme previgenti, in piena adesione alla delega conferita dalla legge 136 del 2010. In conformità alla scelta operata con lo stralcio del Libro I dal *corpus* codicistico, anche il Libro III con menzione delle disposizioni del Codice di procedura penale (artt. 51, comma 3-*bis*, art. 117, comma 2-*bis*, art. 371-*bis* c.p.p. e via seguitando) che governano l'attività della Direzione nazionale e distrettuale antimafia, con il risultato di un'enumerazione poco proficua di disposizioni ordinamentali, avente quasi sempre meri riflessi interni all'organizzazione giudiziaria (designazioni, applicazioni e via seguitando).

Di analogo tenore l'operazione nomografica posta in essere per l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, istituita ai sensi del d.l. n. 4 del 2010, convertito nella l. n. 50 del 2010, cui sono dedicati il Titolo II del Codice e gli artt. da 110 a 114. Tuttavia, in questo caso, l'art. 1, comma 3, della l. n. 136 del 2010 prevedeva che «nell'esercizio della delega di cui al comma 1, previa ricognizione della normativa vigente in materia di misure di prevenzione, il Governo provvede altresì a coordinare e armonizzare in modo organico la medesima normativa, anche con riferimento alle norme concernenti l'istituzione dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, aggiornandola e modificandola secondo i seguenti principi e criteri direttivi ...». Si aveva, quindi, una precisa cor-

Nota:

(14) Sia consentito, sul punto, un rinvio a Cisterna, *Una inedita cooperazione inter-istituzionale che consente di evitare i tavoli di consultazione*, in *G. dir.*, 2010, 16, 32.

nice entro cui esercitare la delega legislativa, con il conseguente vantaggio che il d.lgs. n. 159 del 2011 ha minuziosamente curato l'inserzione nel Libro I di tutte le disposizioni riguardanti il ruolo e le funzioni dell'Agenzia nazionale nell'ambito del procedimento di prevenzione e di quello penale (limitatamente alle ipotesi previste).

In questo caso, forse il solo, l'attività delegata ha sicuramente conseguito un ottimo risultato sotto il profilo della tecnica codicistica, poiché ha raccolto in un unico testo, il Codice appunto, tutte le disposizioni riguardanti l'Agenzia nazionale, distribuendole nel Libro I e III del decreto legislativo.

Le disposizioni di diritto intertemporale e le abrogazioni espresse

La materia del diritto intertemporale ha, da sempre, costituito un terreno particolarmente accidentato, in cui l'interprete procede *per ignes* nel tentativo di evitare infortuni di percorso che - soprattutto nella materia penale in senso lato - possono prestarsi a gravi conseguenze interpretative ed applicative. Il *corpus* normativo di riferimento all'interno della l. n. 136 del 2010 è costituito, per il procedimento di prevenzione personale e patrimoniale, dall'art. 1, comma 3, lett. i) «prevedere una disciplina transitoria per i procedimenti di prevenzione in ordine ai quali sia stata avanzata proposta o applicata una misura alla data di entrata in vigore del decreto legislativo di cui al comma 1»; e l) «prevedere l'abrogazione espressa della normativa incompatibile con le disposizioni del decreto legislativo di cui al comma 1». Inoltre, sia per le misure di prevenzione che per la documentazione antimafia, l'art. 1, comma 5 («Entro tre anni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo di cui al comma 1, nel rispetto delle procedure e dei principi e criteri direttivi stabiliti dal presente articolo, il Governo può adottare disposizioni integrative e correttive del decreto medesimo») e l'art. 2, comma 4 («Entro tre anni dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo di cui al comma 1, nel rispetto delle procedure e dei principi e criteri direttivi stabiliti dal presente articolo, il Governo può adottare disposizioni integrative e correttive del decreto medesimo») della l. n. 136 del 2010 prevedono una clausola di valutazione che affida al Governo la possibilità di integrare e correggere le disposizioni, è da ritenersi, del Libro I e del Libro II del Codice antimafia.

L'art. 115 del Libro IV del Codice si limita a modificare l'art. 23-bis, comma 1, l. n. 646 del 1982 statuendo quando si procede nei confronti di persone imputate del delitto di cui all'art. 416-bis c.p. o del

delitto di cui all'art. 75, l. n. 685 del 1975, il pubblico ministero ne dà senza ritardo comunicazione al procuratore della Repubblica «presso il tribunale del capoluogo del distretto ove dimora la persona» per l'attivazione, qualora non sia già in corso, del procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione ai sensi della vecchia l. n. 575 del 1965. La modifica, com'è evidente, si limita a dare corso definitivo alla «distrettualizzazione» della competenza in tema di proposta di applicazione delle misure di prevenzione antimafia introdotta con il primo pacchetto sicurezza (art. 10, d.l. n. 92 del 2008).

L'art. 116 reca le disposizioni di coordinamento della normativa codicistica con la disciplina previgente, nella parte in cui quest'ultima, ovviamente, sopravvive all'entrata in vigore delle statuizioni di cui al d.lgs. n. 159 del 2011.

Il primo comma stabilisce che «Dalla data di entrata in vigore del presente decreto, i richiami alle disposizioni contenute nella l. 27 dicembre 1956, n. 1423, ovunque presenti, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni contenute nel presente decreto», con conseguenze che attengono anche all'individuazione delle fattispecie penali che la citata l. n. 1423 del 1956 detta in materia di infrazione e violazione delle disposizioni comportamentali conseguenti all'irrogazione delle misure di prevenzione personali (15).

Il comma 2 dispone in modo identico per la misure di prevenzione antimafia statuendo che «Dalla data di cui al comma 1, i richiami alle disposizioni contenute nella l. 31 maggio 1965, n. 575, ovunque presenti, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni contenute nel presente decreto». Anche qui occorre ricordare che i decreti di prevenzione vengono iscritti al Casellario, oltre che al sistema SIPPI, per cui si impongono i necessari aggiustamenti nelle procedure di iscrizione e annotazione.

Non sembra avere, invece, ricadute operative degne di nota - almeno sotto il versante processuale e sostanziale - il disposto del comma 3 dell'art. 116, secondo cui «Dalla data di cui al comma 1, i richiami alle disposizioni contenute negli articoli 1, 3 e 5 del decreto legge 29 ottobre 1991, n. 345, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 dicembre 1991, n. 410, ovunque presenti, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni contenute nel presente de-

Nota:

(15) Questo comporterà che, a cura del pubblico ministero o *ex officio* del giudice nelle fasi processuali previste, si debba aggiornare il *nomen iuris* dell'imputazione per procedere alle iscrizioni di rito sia sul Registro notizie di reato che, a pronuncia definitiva, sul Casellario giudiziale.

creto», poiché esso concerne il funzionamento e le attribuzioni del Consiglio generale per la lotta alla criminalità organizzata e della Direzione investigativa antimafia.

Più significativo, invece, nel tema della documentazione antimafia il c. 4 dell'art. 116, per il quale «Dalla data di entrata in vigore delle disposizioni del libro II, capi I, II, III e IV, i richiami agli articoli 1-*septies* del decreto legge 6 settembre 1982, n. 629, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 ottobre 1982, n. 726, e 4 e 5-*bis* del decreto legislativo 8 agosto 1994, n. 490 nonché quelli alle disposizioni contenute nel decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252 e nel decreto del Presidente della Repubblica 2 agosto 2010, n. 150, ovunque presenti, si intendono riferiti alle corrispondenti disposizioni contenute nel presente decreto». La norma di coordinamento prende atto dell'avvenuta cancellazione delle informative atipiche ad opera del d.lgs. n. 159 del 2011, nonché del trasferimento nel corpus codicistico delle disposizioni concernenti l'accesso prefettizio ai cantieri e dell'abrogazione delle previgenti disposizioni in tema di rilascio delle certificazioni antimafia.

Nel corso dei lavori parlamentari le competenti Commissioni Giustizia e Affari Costituzionali avevano formulato, nel parere approvato dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati il 2 agosto 2011 dei puntuali rilievi al testo predisposto dal Governo ai punti da 43 a 45 dell'atto consultivo (16).

Com'è agevole constatare si tratta di prescrizioni particolarmente cogenti che il Parlamento ha inteso vedere soddisfatte al fine di assicurare che l'entrata in vigore del Codice antimafia abbia un contenuto impatto operativo e una ridotta incidenza sul contenzioso interpretativo. Parte di queste problematiche sono state risolte attraverso il nuovo conio dell'art. 117 del Codice che detta, per l'appunto, la disciplina transitoria diretta a traghettare i procedimenti giurisdizionali ed amministrativi conseguenti - sostanzialmente - all'entrata in vigore del nuovo processo di prevenzione personale e patrimoniale e della nuova documentazione antimafia verso il nuovo assetto normativo.

Il comma 1, in modo molto netto, statuisce che «Le disposizioni contenute nel libro I non si applicano ai procedimenti nei quali, alla data di entrata in vigore del presente decreto, sia già stata formulata proposta di applicazione della misura di prevenzione. In tali casi, continuano ad applicarsi le norme previgenti». Il termine «formulata» manifesta una certa attitudine ad ingenerare equivoci applicativi, dovendosi con maggiore precisione farsi riferimento al

momento in cui la proposta è depositata presso la cancelleria del tribunale territorialmente competente e non a quello della sua generica formulazione/redazione (cfr. art. 5, comma 4, del Codice secondo cui «La proposta di cui al comma 1 è presentata al presidente del Tribunale del capoluogo della provincia in cui la persona dimora»).

Il comma 2, art. 117 ripropone il testo delle disposizioni transitorie dettate dal d.l. n. 4 del 2010, convertito nella l. n. 50 del 2010 e oggetto di talune addizioni e modificazioni per effetto del d.l. n. 187 del 2010, convertito nella legge n. 217 del 2010, con una serie di difficoltà interpretative che riguardano le connessioni tra il primo ed il quinto comma e, all'interno di questo, tra il primo ed il secondo alinea. In primo luogo l'art. 117, comma 1, prevede che «Le disposizioni contenute nel libro I non si applicano ai procedimenti nei quali, alla data di entrata in vigore del presente decreto, sia già stata formulata proposta di applicazione della misura di prevenzione. In tali casi, continuano ad applicarsi le norme previgenti». È un primo canone, di chiara ed inequivoca lettura, che tuttavia deve essere coordinato con l'ulteriore norma transitoria prevista dal comma 5 del

Nota:

(16) «43) siano espressamente abrogate le disposizioni recepite o modificate; sia introdotta un'articolata disciplina transitoria relativa alle misure di prevenzione che, tra l'altro preveda: a) l'immediata applicabilità dell'articolo 55 del codice secondo cui "A seguito della confisca definitiva di prevenzione i beni sono acquisiti al patrimonio dello Stato liberi da oneri e pesi"; b) l'applicabilità della nuova disciplina sulla tutela dei terzi titolari di diritti di credito solo a per i sequestri eseguiti successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo; c) una specifica disposizione per i titolari di diritti reali di garanzia che intendono dimostrare la buona fede e l'inconsapevole affidamento (per poi ottenere la restituzione per equivalente) secondo cui: 1) per i procedimenti pendenti all'atto dell'entrata in vigore del decreto, si preveda la prosecuzione del procedimento (iniziato innanzi al tribunale quale giudice dell'esecuzione) sulla base delle disposizioni previgenti (richiamando espressamente il procedimento ex articolo 666 del codice di procedura penale); 2) per i beni confiscati definitivamente all'atto dell'entrata in vigore del decreto, si preveda che i titolari di ipoteca siano tenuti ad attivare il procedimento di riconoscimento della buona fede sulla base della nuova disciplina con istanza da proporre in un termine espressamente fissato a pena di decadenza decorrente dall'entrata in vigore del decreto (ovvero dalla messa in mora da parte dell'Agenzia) ai sensi dell'articolo 666 del codice di procedura penale al Tribunale quale giudice dell'esecuzione; in applicazione dell'articolo 9 del D.L.vo 231/07, sia prevista la comunicazione alla Banca d'Italia del decreto con cui viene respinta la domanda di riconoscimento della buona fede; 44) siano comunque espressamente elencate le norme del codice antimafia in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati applicabili al sequestro penale di cui all'articolo 12-*sexies* del decreto legge 306/92, conv. dalla l. 346/92, richiamando oggi il comma 4 bis gli articoli 2-*quater* e da 2-*sexies* a 2-*duodecies* della l. 575/65; 45) sia prevista una adeguata normativa transitoria.».

medesimo articolo (17). Una prima notazione: la locuzione «continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto» costituisce, forse, la mera trasposizione del testo originario del d.l. n. 4 del 2010 che recava un'identica disciplina transitoria (art. 7, comma 3) con un richiamo alla l. n. 575 del 1965 e successive integrazioni e modificazioni.

Il dato assume una certa rilevanza in considerazione del fatto che è già il primo comma del medesimo art. 117 a prevedere l'ultrattività delle norme della l. n. 575 del 1965 associandola, come visto, al deposito della proposta di prevenzione alla data del 13 ottobre 2011 (data di entrata in vigore del Codice antimafia). Il comma 5 rinvia, invece, alle disposizioni della l. n. 575 del 1965 (evidentemente per la porzione che aveva registrato modifiche nel 2010 in ragione dell'istituzione dell'Agenzia) e ne afferma il persistente vigore sino alla pubblicazione in «Gazzetta Ufficiale» dei tre regolamenti.

Potrebbe sorgere, così, qualche incertezza in relazione alle proposte formulate dopo l'entrata in vigore del Codice antimafia (13 ottobre 2011), per le quali non può certo invocarsi l'ultrattività della legge n. 575 del 1965, ma deve ovviamente applicarsi quanto previsto dal Codice stesso per il nuovo procedimento di prevenzione antimafia.

I due casi (proposte di prevenzione antecedenti e successive al 13 ottobre 2011) manifestano, tuttavia, un tratto in comune: per entrambi occorre attendere la pubblicazione in «Gazzetta Ufficiale» dei regolamenti affinché l'Agenzia nazionale operi con tutte le sue competenze e prerogative.

Un secondo profilo meritevole di considerazione è quello connesso all'interpretazione del secondo inciso del medesimo art. 117, comma 5, secondo cui «le predette disposizioni si applicano anche ai procedimenti, di cui al medesimo articolo 110, comma 2, lettere b) e c), pendenti alla stessa data» (18). La norma, alla luce della proposta lettura del primo inciso, potrebbe apparire frutto di un refuso compilativo, poiché ripeterebbe una regola già enunciata nel citato primo inciso del medesimo quinto comma in relazione a tutti i procedimenti penali e di prevenzione di cui all'art. 110, comma 2, senza distinguere tra le diverse lettere. Il testo originario del d.l. n. 4 del 2010 disciplinava, invero, al primo ed al secondo inciso due ipotesi distinte (i procedimenti non ancora pendenti e quelli invece pendenti alla data di entrata in vigore del testo legislativo sull'ANBSC), ma che risultano accorpate per effetto del nuovo regime transitorio di cui all'art. 117, com-

ma 1, espressamente dedicato all'ultrattività della l. n. 575 del 1965.

Resta, comunque, inteso che l'Agenzia svolgerà i propri compiti *pleno iure*, ossia nella completezza delle sue funzioni, solo al momento della pubblicazione in «Gazzetta Ufficiale» dei regolamenti e solo per i procedimenti per i quali - dopo tale data - sia depositata la proposta di prevenzione o iscritta la notizia di reato (19).

In effetti l'intento del Legislatore nel 2010 e del Governo nel 2011 era quello di evitare che la gran massa dei procedimenti «pendenti» confluisse nell'amministrazione dell'ANBSC appesantendone i compiti e conducendola ad una sostanziale paralisi operativa e l'art. 117, comma 5, persegue e realizza tale fine.

Il congegno normativo transitorio, in definitiva, potrebbe essere il seguente: a) le norme della l. n. 575 del 1965 si applicano ai procedimenti di prevenzione pendenti alla data del 13 ottobre 2011, ai sensi dell'art. 117, comma 1, Codice; b) le norme del Codice, ad eccezione di quelle relative alle

Note:

(17) Secondo cui: «Fino alla data di entrata in vigore del regolamento ovvero, quando più di uno, dell'ultimo dei regolamenti previsti dall'articolo 113, ai procedimenti di cui all'articolo 110, comma 2, continuano ad applicarsi le disposizioni vigenti anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto. Le predette disposizioni si applicano anche ai procedimenti, di cui al medesimo articolo 110, comma 2, lettere b) e c), pendenti alla stessa data».

(18) Recita il comma 2. «All'Agenzia sono attribuiti i seguenti compiti: *omissis*

b) ausilio dell'autorità giudiziaria nell'amministrazione e custodia dei beni sequestrati nel corso del procedimento di prevenzione di cui al libro I, titolo III;

c) ausilio dell'autorità giudiziaria nell'amministrazione e custodia dei beni sequestrati, anche ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, e successive modificazioni, nel corso dei procedimenti penali per i delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale, e amministrazione dei predetti beni a decorrere dalla conclusione dell'udienza preliminare».

(19) A questo proposito si consideri che l'art. 117, comma 1, riguarda solo il procedimento di prevenzione, mentre il comma 5, si applica a tutti i procedimenti di cui all'art. 112 comma 2 e comprende anche i procedimenti penali per i delitti di cui all'art. 51 comma 3-bis c.p.p., in relazione ai quali rappresenta la sola disposizione transitoria a disposizione dell'interprete. Si pone il problema di identificare quali disposizioni (la l. n. 575 del 1965 o il Codice antimafia) si debbano applicare ai processi penali in virtù del complesso congegno di rinvii *per relationem* regolato dall'art. 12-sexies; per questi par lecito far riferimento, in presenza di un'indicazione esplicita («procedimenti pendenti»), alla data di iscrizione del procedimento penale al 13 ottobre 2011. In questo modo risulteranno sottoposti, per *relationem*, al regime di cui al Codice antimafia i procedimenti iscritti a decorrere dal 13 ottobre 2011, i quali saranno di seguito assoggettati alle disposizioni sull'Agenzia dal giorno della pubblicazione dei tre regolamenti.

competenze “processuali” dell’Agenzia, si applicano alle proposte depositate dopo il 13 ottobre 2011; c) questo regime cessa al momento della pubblicazione in «Gazzetta Ufficiale» dei regolamenti e da quel momento ai nuovi procedimenti di prevenzione si applicheranno le disposizioni relative alla competenza infra-processuale dell’Agenzia nazionale; d) per i procedimenti penali *ex art.* 51, comma 3-*bis*, c.p.p. è rilevante la data di iscrizione del procedimento, per cui saranno assoggettati alle disposizioni del Codice antimafia i procedimenti penali iscritti a decorrere dal 13 ottobre 2011 e, per questi, le disposizioni sull’Agenzia dal momento della pubblicazione dei regolamenti in «Gazzetta Ufficiale». L’art. 120, a sua volta, differisce l’entrata in vigore di alcune porzioni rilevanti del Libro II, dedicato alla documentazione antimafia, all’adozione di disposizioni regolamentari da emanarsi dopo l’entrata in vigore del Codice antimafia. Più precisamente le disposizioni del Libro II, Capi I (Disposizioni di carattere generale), artt. da 82 a 83; Capo II (Documentazione antimafia) artt. da 84 a 86; Capo III (Comunicazioni antimafia) artt. da 87 a 89 e Capo IV (Informazioni antimafia) artt. da 90 a 95, «entrano in vigore decorsi 24 mesi dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del regolamento, ovvero quando più di uno, dell’ultimo dei regolamenti di cui all’art. 99 comma 1» del Codice stesso, ossia del/i regolamento/i che disciplina/no il funzionamento del vero e proprio “cuore operativo” del nuovo sistema di documentazione antimafia, ossia la «Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia» (artt. da 96 a 99) (20). A leggere la norma si deve constatare che l’entrata in vigore delle disposizioni indicate nei Capi precedenti è in realtà differita non già di due anni, ma quanto meno di ulteriori sei mesi rispetto all’entrata in vigore del d.lgs. n. 159 del 2011 («con uno o più regolamenti ai sensi dell’articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, 400, da adottarsi, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto»), con una *vacatio* che potrebbe apparire eccessiva, rispetto alle finalità di semplificazione ed accelerazione dei procedimenti di formazione e rilascio della documentazione antimafia che, secondo la legge delega, avrebbero dovuto indirizzare il legislatore governativo.

L’art. 120, infine, compendia le disposizioni di legge e della normazione delegata che devono considerarsi abrogate in ragione dell’entrata in vigore del Codice antimafia, esse ricomprendono alcune norme “storiche” della legislazione antimafia in Italia (si pensi alla l. n. 575 del 1965) ed altre che pur hanno

svolto un ruolo preminente nella regolazione di settori decisivi della prevenzione.

Conclusioni

L’assenza di un perimetro che delimiti l’area della criminalità mafiosa, quanto alle norme incriminatrici e alle disposizioni processuali (in primo luogo quelle probatorie e cautelari), consegna una trama incompiuta che difficilmente potrà essere ricondotta ad una ragionevole unità con interventi successivi. Ragioni sistematiche, del tutto intuibili, imporrebbero la sostituzione del Libro I con un apposito *corpus* di norme dedicate alla descrizione dei fenomeni mafiosi (l’associazione, il concorso esterno, l’aggravante del metodo, il voto di scambio e via seguendo) e all’individuazione degli strumenti sanzionatori e processuali destinati a contrastarlo (confisca, misure di sicurezza, intercettazioni e via seguendo). Ma, par chiaro, che un siffatto approccio nomografico scompaginerebbe l’intero assetto codicistico, con intuibili incertezze e confusioni; sarà un compito non facile.

Nota:

(20) Art. 120: «l. Con uno o più regolamenti ai sensi dell’articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, 400, da adottarsi, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del presente decreto, su proposta del Ministro dell’interno, di concerto con i Ministri della pubblica amministrazione e dell’innovazione, della giustizia, dello sviluppo economico e delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, sono disciplinate le modalità: a) di funzionamento della banca dati; b) di autenticazione, autorizzazione e di registrazione degli accessi e delle operazioni effettuate sulla banca dati; c) di accesso da parte del personale delle Forze di polizia e dell’Amministrazione civile dell’interno; d) di accesso da parte della Direzione nazionale antimafia per lo svolgimento dei compiti previsti dall’articolo 371-bis del codice di procedura penale; e) di consultazione da parte dei soggetti di cui all’articolo 97, comma 1; f) di collegamento con il Centro Elaborazione Dati di cui all’articolo 96».

Misure cautelari personali

La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale

di **Giovanni Barrocu**

Con i recenti interventi della Corte costituzionale in merito alla custodia in carcere cosiddetta "obbligatoria" è stata ribadita, con forza, la presenza nel sistema processuale del principio del "minor sacrificio della libertà personale": il legislatore ordinario, pertanto, non è privo di vincoli di ragionevolezza nella scelta dei reati per i quali stabilire una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere.

Premessa

Sin dalla sua stesura originale, l'art. 275 c.p.p. ha fissato i criteri a cui il giudice deve attenersi nella scelta della misura cautelare più idonea da adottare; in particolare si richiede che le misure cautelari rispondano - per l'intero periodo in cui si protraggono - ai principi di "adeguatezza" e "proporzionalità" (1). La norma segna un punto di rottura con la tradizione giuridica processuale legata alla cosiddetta "cattura obbligatoria" disciplinata nell'art. 253 del "codice Rocco", in base al quale in presenza di sufficienti indizi di colpevolezza in relazione ad un grave reato l'accusato doveva essere obbligatoriamente sottoposto a custodia in carcere (2).

Per il principio di "adeguatezza" il giudice, nell'adottare un provvedimento cautelare, deve tener conto della specifica idoneità di ciascuna misura in relazione alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto. Come dire che deve sussistere una stretta corrispondenza tra le esigenze di cui si giudica indispensabile la salvaguardia e la misura da adottarsi. Quest'ultima, quindi, deve essere disposta nell'ambito del potere discrezionale del giudice, il quale è tenuto ad applicare quel provvedimento che al tempo stesso risponda ad ineludibili esigenze cautelari e compori il minor sacrificio possibile per la libertà personale dell'indagato o dell'imputato (3).

Per il principio di "proporzionalità", vi deve essere un costante rapporto sia fra la misura applicata

e l'entità del fatto contestato, sia fra questa e la pena che si ipotizza possa essere irrogata attraverso una "prognosi di colpevolezza" allo stato degli atti.

In base ai principi su esposti e a quanto espressamente disposto nella versione originaria del comma 3 dell'art. 275 c.p.p., la custodia cautelare era concepita come misura estrema nel caso in cui le esigenze cautelari non potessero essere assolutamente soddisfatte mediante le altre misure cautelari personali indicate dal codice in ordine di afflittività. Si riteneva che i principi dovessero valere anche per i reati più gravi, nell'ambito dei quali era certamente legittima l'applicazione della custodia in carcere, pur senza privare il giudice del potere discrezionale di valutare quale fosse la misura più

Note:

(1) Fra gli altri G. Amato, *Art 275*, in E. Amodio - O. Dominioni (a cura di), *Commentario del nuovo codice di procedura penale*, Milano, 1990, 40.

(2) Per gravi reati si intendono quei delitti per cui è prevista una pena edittale non inferiore nel minimo a 5 anni e nel massimo a 10 anni, ovvero l'ergastolo, nonché una gamma di delitti indicati nominalmente. In argomento v. A. Nappi, *Art. 253*, in G. Conso - V. Grevi (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, Padova, 1987, 761.

(3) S. Guadalupi, *La scelta delle misure cautelari e le modifiche legislative all'art. 275 c.p.p.: il principio "tempus regit actum" e la successione di leggi nel tempo*, in P. Corso - G. Insolera - L. Stortoni (coord. da), *Mafia e criminalità organizzata*, Torino, 1995, vol. II, 848.

idonea a soddisfare l'esigenza cautelare nel caso concreto (4).

Le modifiche normative

Nel corso del 1991 - sulla spinta della legislazione dell'emergenza seguita all'aggravarsi del fenomeno mafioso (5) -, l'art. 275, comma 3, c.p.p. subì due importanti modifiche nello spazio di pochi mesi. Se in occasione del primo intervento legislativo, pur in presenza di una precisa indicazione nel senso della normale applicazione della misura carceraria per i reati di criminalità organizzata, fu riservata al giudice la possibilità di valutare se le accertate esigenze cautelari "potessero essere soddisfatte con altre misure" (6), a distanza di soli due mesi, l'ulteriore intervento legislativo, di contro, sottrasse al giudice anche tale residuo margine di apprezzamento in chiave di adeguatezza, impedendogli in sostanza di optare per gli arresti domiciliari, o per qualche altra misura ancora meno gravosa, in luogo della custodia in carcere (7).

La sottrazione del potere discrezionale attribuito al giudice in materia di scelta delle misure cautelari ha portato ad una palese inversione di tendenza rispetto al più liberale indirizzo accolto nel codice del 1988. Così il giudice, pur conservando sempre la possibilità di valutare la non sussistenza di alcuna esigenza cautelare, si trova ora di fronte alla scelta tra il disporre la custodia in carcere e il non disporre alcuna misura. Operano in definitiva due presunzioni, una *iuris tantum* (8) di sussistenza delle esigenze cautelari, ed una *iuris et de iure* di adeguatezza della custodia in carcere. Ne risulta, pertanto, fortemente ridimensionato il potere di controllo giurisdizionale, poiché la l'accertamento circa la sussistenza delle esigenze cautelari non interviene per fondare il provvedimento coercitivo, bensì per escluderlo (9). Difatti, secondo la giurisprudenza pressoché unanime, la presunzione relativa di sussistenza di tutte le esigenze cautelari consente al giudice di limitarsi ad addurre la loro non dimostrata inesistenza (10) e limita l'obbligo di motivazione alla presenza dei gravi indizi di colpevolezza, salva la necessità di argomentare opportunamente la fondatezza delle condizioni che fanno ritenere superata la presunzione stessa (11). Alla luce dell'obbligo di motivazione esaustivo oggi previsto dall'art. 292 lett. c-bis c.p.p. appare in-

(5) Vi erano stati inoltre alcuni casi che suscitavano molto clamore nell'opinione pubblica, in cui non fu applicata la custodia in carcere a soggetti accusati di gravi reati di criminalità organizzata che ne approfittarono per evadere. Ma, se è vero che non sempre i giudici seppero utilizzare i poteri loro attribuiti in coerenza con le finalità cautelari a cui avrebbero dovuto rigidamente uniformarsi, è anche vero che questi, talvolta, si trovarono ad operare sotto la spinta di più o meno pesanti condizionamenti che incisero sulla serenità di decisioni comunque assai delicate e che l'originaria formulazione codicistica attribuiva esclusivamente alla loro responsabilità. A dimostrazione di questa delicatissima situazione, non mancarono, dagli stessi ambienti giudiziari, per tradizione abbastanza gelosi dei poteri loro attribuiti, segnali favorevoli ad una drastica riduzione dell'area di discrezionalità spettante ai giudici in tema di misure restrittive della libertà personale: il tutto, allo scopo di costituire una sorta di barriera normativa che li ponesse al riparo - soprattutto nei procedimenti per delitti di criminalità organizzata in cui questa esigenza è maggiormente avvertita - dal pericolo di pressioni e di intimidazioni. Così, quasi testualmente, V. Grevi, *Nuovo codice di procedura penale e processi di criminalità organizzata: un primo bilancio*, in V. Grevi (a cura di), *Processo Penale e criminalità organizzata*, Bari, 1993, 10.

(6) Così, l'art. 5 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 convertito in l. 12 luglio 1991, n. 203.

(7) Art. 1 d.l. 9 settembre 1991, n. 292, convertito in l. 8 novembre 1991, n. 356; Cfr. V. Grevi, *Nuovo codice di procedura penale*, cit., 10; G. Di Chiara, *Il carcere come extrema ratio: emergenze normative, emergenze giurisprudenziali e recenti polemiche*, in *Foro it.*, 1992, II, 1; In base all'art. 8 d.l. 13 maggio 1991, n. 152, così come interpretato dalla Cass. 14 gennaio 2000, ricorrente in M. M. Alma, *Codice della criminalità organizzata*, Milano, 2002, 884. «Il riconoscimento, nel giudizio di merito, dell'attenuante di cui all'art. 8, fa venir meno [...] gli effetti penali processuali, e, segnatamente, il particolare regime cautelare di cui all'art. 275, comma 3, c.p.p. E, infatti, lo stesso legislatore, con la posizione della norma, a prevedere il venir meno delle particolari esigenze cautelari sottese alle disposizioni eccezionali di cui all'art. 7 della stessa legge, tra cui lo speciale regime cautelare ex art. 275, comma 3, c.p.p. Ciò peraltro non comporta il venir meno della necessità di una valutazione della pericolosità del soggetto, ma implica soltanto che tale giudizio va espresso, a norma degli artt. 274 e 299 c.p.p. (riappropriandosi quindi il giudice della propria discrezionalità), in coerenza con la dissociazione dell'imputato dall'organizzazione mafiosa».

(8) Cass. 11 febbraio 1992, «alla stregua della nuova formulazione dell'art. 275, comma 3, c.p.p., quale risulta dalle innovazioni introdotte dapprima dalla l. 12 luglio 1991, n. 203 e poi dalla l. 8 novembre 1991, n. 356, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordini a taluno dei delitti indicati, l'esistenza di esigenze cautelari tali da imporre la custodia in carcere è presunta, salvo prova contraria dalla legge. Non è pertanto richiesta, in detta ipotesi, nell'ordinanza applicativa della misura cautelare in carcere, una specifica motivazione in ordine alla sussistenza delle esigenze in questione» ricorrente in V. Grevi, *Nuovo codice di procedura penale*, cit., 10.

(9) In tal senso P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 2009, 2ª ed., 141.

(10) In particolare, l'orientamento giurisprudenziale dominante sviluppatosi in relazione al reato di cui all'art. 416-bis c.p. impone che, ai fini della dimostrazione dell'inesistenza di *periculum libertatis*, l'accusato si sia distaccato in modo definitivo e stabile dall'associazione criminale. Cass. 10 settembre 1992, in *Cass. pen.*, 1994, 1291; Cass. 16 dicembre 2004, in *Cass. pen.*, 2006, 1529; Cass. 6 marzo 2008, in *Cass. pen.*, 2009, 268; *contra* Cass. 21 gennaio 2004, in *Cass. pen.*, 4146, 1472.

(11) Fra le tante v. Cass. 16 marzo 1992, in *Ced Cass.* 189512; Cass. 30 giugno 1995, in *Ced Cass.* 201746; Cass. 7 luglio 1995, in *Ced Cass.* 202840.

Note:

(4) In tal senso la *Relazione al progetto preliminare del nuovo codice di procedura penale*, in G. Conso - V. Grevi - G. Neppi Modona (a cura di), *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati, Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, 701.

dubbio un obbligo per il giudice di esposizione delle ragioni per cui gli elementi a discarico presenti agli atti non facciano ritenere superata la presunzione relativa (12).

Il doppio intervento legislativo, non ha esaurito l'attività normativa sull'art. 275 c.p.p., al quale il legislatore ha apportato rilevanti modifiche con l'emanazione della l. 8 agosto 1995, n. 332. Si è trattato di una sorta di controriforma tesa a realizzare l'obiettivo di contemperare le esigenze di sicurezza sociale e la tutela dei principi individual-garantistici così come erano stati previsti nella formulazione originaria dell'impianto codicistico (13). Tuttavia, non sono state dimenticate le speciali esigenze di tutela della collettività contro i reati di stampo mafioso, posto che non si è sostanzialmente modificato il cosiddetto sistema del "doppio binario" (14), sebbene sia stata ritoccata la categoria dei reati cui l'art. 275, comma 3, c.p.p. - così come risultante a seguito della l. 12 luglio 1991, n. 203 - fa riferimento. Vi erano compresi i delitti di cui agli artt. 285, 286, 416-bis, 422, 575, 628, comma 3, 629, comma 2 e 630 c.p., nonché i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività di associazioni mafiose, ed infine alcuni delitti in materia di eversione politica, di armi e di traffico di stupefacenti.

Da ricordare che l'indirizzo legislativo introdotto con la l. 8 agosto 1995, n. 332 è nel senso di una drastica riduzione dell'elenco dei reati per i quali vige la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere. Il legislatore ha, infatti, riscritto l'art. 275, comma 3, c.p.p., prevedendo che l'eccezione ai primi due commi dello stesso art. 275 c.p.p. deve essere limitata ai delitti di cui all'art. 416-bis c.p. o ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste nello stesso articolo. Viene quindi espunta dalla previsione normativa tutta una serie di altri gravi reati, che vengono riportati nell'ambito del regime ordinario (15). Dal nuovo disposto dell'art. 275, comma 3, c.p.p. si evince che il legislatore ha voluto mantenere il regime speciale solo per quei delitti *stricto sensu* "mafiosi", ritenendo ingiustificato il sacrificio dei principi generali in materia di misure cautelare anche nei procedimenti per altri gravissimi delitti che rientrano sicuramente nella più ampia nozione di criminalità organizzata (16).

Dopo un lungo periodo di inattività legislativa nella materia *de qua*, "a fronte dell'allarme diffusosi nell'opinione pubblica in relazione alla - percepita - escalation della perpetrazione di reati, soprattutto a

sfondo sessuale si è, ancora una volta, intervenuti con la decretazione d'urgenza" (17). È difficile classificare questo provvedimento come attività legislativa "dell'emergenza", piuttosto la si potrebbe definire come legislazione "emozionale", poiché in realtà più che fondarsi su un effettivo allarme sociale è conseguenza dell'enfaticizzazione mediatica di alcune pronunce in materia di reati a sfondo sessuale, in cui i giudici avevano ritenuto sufficienti gli arresti domiciliari per scongiurare le specifiche esigenze cautelari. Non occorre certo soffermarsi sul fatto che la pretesa repressiva dell'opinione pubblica non può ovviamente influire su principi costituzionali - quali la presunzione d'innocenza - che impediscono di utilizzare la custodia cautelare quale strumento punitiva. Di fatto, con il d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 convertito, con modificazioni, dalla l. 23 aprile 2009, n. 38 la gamma di reati per i quali opera la duplice presunzione è stata, ancora una volta, allargata (18): vi rientrano ora tutti i delitti distrettuali previ-

Note:

(12) In tal senso, ancor prima della modifica dell'art. 292 c.p.p., Cass. 28 dicembre 1994, in *Cass. pen.*, 1995, 842 con nota di F.M. Iacoviello, *Il concorso eventuale nel delitto di partecipazione ad associazione per delinquere*.

(13) G. C. Caselli - A. Ingroia, *Gli effetti della l. 8 agosto 1995 n. 332 sui procedimenti di criminalità organizzata*, in V. Grevi (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa*, Milano, 1996, 348; P. Ferrua, *Potere istruttorio del pubblico ministero e nuovo garantismo: un'inquietante convergenza degli estremi*, in A. Gaito (a cura di), *Studi sul processo penale in ricordo di A. Mazzara*, Padova, 1996, 134.

(14) In argomento L. D'Ambrosio, *Commento all'art. 5 l. 8 agosto 1995 n. 332*, in *La riforma della custodia cautelare*, suppl. a *Italia Oggi*, 9-10 agosto 1995, 9.

(15) In particolare erano stati esclusi dall'eccezione normativa all'*extrema ratio* della custodia in carcere i reati previsti dagli artt. 285 (devastazione, saccheggio o strage commessa al fine di attentare alla sicurezza dello stato), 286 (guerra civile), 422 (strage), 575 (omicidio), 628, comma 3 (rapina aggravata), 629, comma 2 (estorsione aggravata) e 630 (sequestro di persona a scopo di estorsione) c.p.; i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell'ordinamento costituzionale, puniti con la reclusione non inferiore nel minimo a cinque anni e nel massimo a dieci anni; alcuni gravi delitti in materia di armi; le più gravi ipotesi di traffico di sostanze stupefacenti e il delitto di associazione per delinquere.

(16) G. C. Caselli - A. Ingroia, *Gli effetti della l. 8 agosto 1995 n. 332*, cit., 358; E. Zappalà, *Commento agli artt. 4 e 5*, in Aa.Vv., *Modifiche al codice di procedura penale*, Padova, 1995, in cui l'A. chiarisce che «la nuova scelta legislativa è quindi quella di ripristinare il sistema originario del codice, riaffermando la regola generale della separazione tra titolo di reato e misura cautelare».

(17) Così A. Marandola, *Profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in questa *Rivista*, 2009, 8, 947.

(18) In generale sulla legge *de qua*, O. Mazza - F. Viganò (a cura di), *Il "pacchetto sicurezza" 2009 (commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94)*, Torino, 2009.

sti dall'art. 51 comma 3-bis e 3-quater, i delitti di omicidio volontario, di prostituzione minorile, ex art. 600-bis comma 1 c.p., di pornografia minorile - salva l'ipotesi di offerta o cessione ad altri del materiale pornografico -, di iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile, di violenza sessuale, anche di gruppo, di atti sessuali commessi in danno di un minore, salvo ricorrano le circostanze attenuanti previste dalle singole disposizioni normative.

Si tratta, pertanto, di un autentico "ritorno al passato": vale a dire ad un'epoca di regresso culturale caratterizzata da una produzione emergenziale che priva ancora una volta, seppur temporaneamente, il parlamento del proprio potere legislativo. Sin dall'emanazione del nuovo "pacchetto sicurezza", ci si è chiesti se l'ingente ampliamento dei casi custodia in carcere obbligatoria possa considerarsi conforme alle regole costituzionali in materia di libertà personale (19). Sotto il profilo meramente concettuale, l'automatismo cautelare - ancorché limitato ai soli delitti espressione di criminalità di stampo mafioso -, nel comportare l'applicazione della custodia in carcere sulla base della mera tipologia delittuosa e del grave quadro indiziante, impedisce che vi sia una reale partizione fra la misura cautelare e la pena. Su tale premessa, la carcerazione preventiva "quasi obbligatoria" (20) parrebbe costituzionalmente indefendibile laddove renda evidente il rischio strisciante di un utilizzo della stessa come sanzione anticipata (21).

L'evoluzione giurisprudenziale

La Corte costituzionale chiamata a pronunciarsi sulla conformità della "cattura obbligatoria" con la presunzione di non colpevolezza, già in passato, seppur con motivazioni diverse, ha sempre evitato di dichiararne l'incostituzionalità. Con la sentenza n. 64 del 1970 la stessa Corte, dopo aver premesso che la detenzione preventiva deve essere disciplinata nel rispetto delle garanzie costituzionali, ha aggiunto che «in nessun caso possa avere la funzione di anticipare la pena da infliggersi solo dopo l'accertamento della colpevolezza: essa, pertanto, può essere predisposta unicamente in vista della soddisfazione di esigenze di carattere cautelare o strettamente inerenti al processo». Tuttavia, ciò non comporta che il legislatore sia privo del potere discrezionale di stabilire - entro limiti non insindacabili di ragionevolezza - un obbligo per il giudice di emettere il mandato di cattura, in presenza di sufficienti indizi di colpevolezza riferiti a reati particolarmente gravi (22). Sotto altro profilo, in tale pronuncia venne dichia-

rata l'incostituzionalità dell'art. 253 c.p.p. 1930 per violazione dell'art. 13, comma 2, Cost., nel punto in cui non imponeva al giudice, verificato il titolo di reato, di motivare in ordine alla sussistenza in concreto di sufficienti indizi di colpevolezza a carico dell'accusato.

Nella successiva sentenza - la n. 1 del 1980 - il giudice delle leggi confermò la massima per cui le finalità della custodia preventiva - lungi dal doversi risolvere in una anticipata espiazione della pena - sono segnate da esigenze di carattere cautelare, rispetto a ragioni di giustizia penale, le quali, per la durata del processo, sarebbero pregiudicate ove non si potesse provvedere prima della sentenza definitiva. Secondo la Corte, pertanto, il sacrificio della libertà personale dell'imputato può essere giustificato solo quando si debbano bilanciare fra di loro interessi di rilievo costituzionale: la presunzione di non colpevolezza deve, perciò, essere temperata con la tutela della collettività dal pericolo di commissione di determinati reati. È utile osservare, inoltre, come al tempo venne dichiarata l'incostituzionalità dell'art. 1, comma 3, l. 22 maggio 1975, n. 152 - successivamente abrogato - nel punto in cui conteneva l'avverbio "nuovamente" a proposito della temuta commissione di reati da parte dell'imputato lasciato libero. Infatti, tale locuzione avrebbe presupposto la già accertata commissione di un reato da parte dell'imputato contrariamente al precetto costituzionale di cui all'art. 27, comma 2, che impedisce di considerarlo sicuramente responsabile dei delitti lui ascritti, prima della sentenza definitiva (23).

Note:

(19) Cfr. P. Moscarini, *L'ampliamento del regime speciale della custodia in carcere per gravità del reato*, in questa Rivista, 2010, 2, 229.

(20) Le parole sono di E. Fassone, *Garanzie e dintorni: spunti per un processo non metafisico*, in *Quest. giust.*, 1991, nota 9, 120.

(21) P. Paulesu, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., 142, in cui l'A. aggiunge che «con la trasformazione delle finalità cautelari da elemento costitutivo a requisito ostativo del carcere, la limitazione della libertà personale diventa insomma il naturale riflesso dell'imputazione, così come la pena rappresenta la naturale conseguenza della condanna».

(22) Corte cost. 4 maggio 1970, n. 64, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, 1284. Si aggiunge poi che, *a fortiori*, «la stessa Costituzione prevede esplicitamente l'esistenza di casi nei quali la legge rende obbligatoria l'emissione di mandati o ordini di cattura (art. 68, secondo comma): l'aver stabilito che vi sono ipotesi in cui, per la privazione della libertà personale di un membro del parlamento, viene meno l'esigenza di una preventiva autorizzazione della Camera alla quale egli appartiene, costituisce argomento decisivo per concludere che il legislatore costituente non ha affatto escluso la compatibilità delle suddette misure detentive obbligatorie con i principi che assistono e garantiscono la libertà di ogni cittadino».

(23) Corte cost. 23 gennaio 1980, n. 1, in *Giur. cost.*, 1980, 3.

In seguito, in seno alla Corte costituzionale si è affermato un orientamento tendente a circoscrivere nettamente gli ambiti in cui trovano applicazione i precetti costituzionali attinenti alla libertà dell'individuo. Ciò equivale a dire che la custodia carceraria inciderebbe sul trattamento dell'imputato durante il procedimento e, a norma dell'art. 13, comma 5, Cost., potrebbe essere regolamentata dal legislatore prescindendo completamente dalla presunzione di non colpevolezza (24), che interviene, di contro, come criterio probatorio fondamentale per il giudice ai fini della valutazione della responsabilità penale. Più esplicitamente, la Corte ha negato che la presunzione di non colpevolezza dell'imputato escluda che all'interno di una valutazione politica discrezionale - ed esclusiva - la legge possa stabilire ipotesi nelle quali la presenza di sufficienti indizi di colpevolezza impongano al giudice l'obbligo di emettere il mandato di cattura; per di più «il diniego della libertà provvisoria non implica nessuna presunzione di colpevolezza poiché la detenzione preventiva non ha la funzione di anticipare la pena» (25).

Questa ricostruzione è conforme, inoltre, con quanto si ricava dall'interpretazione offerta dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Anche i giudici di Strasburgo pongono la presunzione d'innocenza a garanzia del procedimento probatorio che conduce alla pronuncia giudiziaria, evitando di farvi ricorso per verificare la legittimità del procedimento cautelare (26). Tuttavia, lo stesso giudice sovranazionale - in riferimento al parametro dell'art. 5, paragrafo 3 della Cedu - ha in più circostanze precisato che, posto il rapporto di stretta dipendenza fra il trattamento cautelare e le esigenze processuali o extraprocessuali da soddisfare, la scelta della misura cautelare deve comunque ispirarsi al principio dell'*extrema ratio* della custodia in carcere (27).

Già con l'ordinanza n. 450 del 1995, i Giudici della Consulta avevano temperato la rigidità della ricostruzione ermeneutica che attribuiva tale incontrollata discrezionalità alla scelte legislative. Di fatto, dopo aver premesso che spetta al legislatore individuare il punto di equilibrio fra le diverse esigenze, della minore restrizione possibile della libertà personale e dell'effettiva garanzia degli interessi di rilievo costituzionale tutelati attraverso la previsione degli strumenti cautelari nel processo penale, la Corte proseguiva nell'individuare il limite di ragionevolezza proprio nella ristrettezza delle ipotesi per cui è contemplata la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere. Pertanto, a seguito della delimitazione dell'area dei delitti contemplati nell'art. 275, comma 3, c.p.p. ai soli reati di criminalità organizzata di stampo

mafioso, la norma *de qua* non risultava in contrasto con il parametro dell'art. 3 della Costituzione, in quanto il precetto non impone di affidare obbligatoriamente al giudice la valutazione di adeguatezza e proporzionalità della misura cautelare; inoltre, la censura di disparità di trattamento non poteva trovare accoglimento perché iniqua è la pretesa di uguale "risposta cautelare" a fronte di ipotesi delittuose tra loro estremamente diverse. La ragionevolezza della scelta legislativa consisteva, perciò, proprio nel comune denominatore dei reati sottoposti al regime eccezionale, caratterizzati dal particolare allarme sociale e dalla potenziale lesione ai beni individuali e collettivi che gli stessi recano, nonché nella adeguatezza della sola custodia in carcere per interrompere il verosimile protrarsi dei contatti fra imputato ed associazione mafiosa. I giudici conclusero poi riaffermando l'estraneità della presunzione di non colpevolezza, *ex art.* 27, comma 2, Cost., alla struttura delle misure restrittive della libertà personale che, operando sul piano cautelare, devono essere tenute distinte da ciò che attiene alla condanna e alla pena (28).

In un tale contesto interpretativo, si giunge all'emanazione della l. 23 aprile 2009, n. 38 mediante la quale, come detto, vengono ancora una volta ampliati i casi sottratti alla scelta discrezionale del giudice in ordine alla misura più idonea a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto. Già all'indomani della sua pubblicazione, i primi commentatori sollevarono legittimi dubbi circa la rispondenza del nuovo testo dell'art. 275, comma 3, c.p.p. a quei limiti di ragionevolezza cui la Corte costituzionale aveva più volte fatto riferimento (29).

Note:

(24) P. Moscarini, *L'ampliamento del regime speciale*, cit. 231.

(25) Corte cost. 14 dicembre 1983, n. 342, in *Giur. cost.*, 1983, 2171; Corte cost. 14 gennaio 1982, n. 15, in *Giur. cost.* 1982.

(26) In tal senso, Corte eur. dir. uomo, 26 ottobre 2006, Chraidi c. German, in *www.echr.coe.int*; Corte eur. dir. uomo, 5 luglio 2001, Erdem c. German, *ivi*; Corte eur. dir. uomo, 19 aprile 2001, Peers c. Grecia, *ivi*; in argomento P. Moscarini, *L'ampliamento del regime speciale*, cit. 232.

(27) Corte eur. dir. uomo, 9 novembre 2007, Levièvre c. Belgio, in *www.echr.coe.int*; Corte eur. dir. uomo, 2 luglio 2009, Vafiadis c. Grecia, *ivi*.

(28) Corte cost., ord. 24 ottobre 1995, n. 450, in *Cass. pen.*, 1996, 2835 con nota di D. Negri, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 2 c.p.p.*

(29) P. Moscarini, *L'ampliamento del regime speciale*, cit. 232; A. Marandola, *Profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica*, cit. 950; F. Resta, *Il decreto-legge in materia di sicurezza pubblica e contrasto alla violenza sessuale*, in *Giur. merito*, 2009, 4, 891. V. Corte cost., ord. 24 ottobre 1995, n. 450, cit., e Corte cost. 14 dicembre 1983, n. 342, cit., in cui vengono richiamate le precedenti sentenze conformi.

Difatti, a seguito di tale novella, il giudice delle Leggi con sentenza n. 265 del 21 luglio 2010 ha dichiarato per la prima volta l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, comma 3, c.p.p.

La Corte esordisce con un'utile premessa sui necessari limiti costituzionali delle misure cautelari, a fronte dell'inviolabilità della libertà personale (art. 13, comma 5, Cost.) e della conseguente riserva di legge - per cui si esige la tipizzazione dei casi e modi, nonché la previsione dei tempi di limitazione di tale libertà - e di giurisdizione, che implica come corollario l'obbligo di motivazione del giudice. Si precisa inoltre come, in forza della presunzione di non colpevolezza, l'imputato non possa essere considerato colpevole sino alla condanna definitiva: è necessario che le misure cautelari assumano pertanto connotazioni nitidamente differenziate da quelle della pena, e ciò ancorché si tratti di misure - nella loro specie più gravi - ad essa corrispondenti sul piano del contenuto afflittivo. Come dire che, malgrado gli elementi che accomunano "la coercizione processuale penale alla coercizione propria del diritto penale sostanziale", il principio enunciato nell'art. 27, comma 2, Cost. rappresenta uno sbarramento insuperabile ad ogni ipotesi di assimilazione (30). Ne consegue che il legislatore ordinario è tenuto alla tipizzazione delle circostanze e modalità in cui vi può essere privazione della libertà personale, individuando esigenze diverse da quelle sanzionatorie che nel bilanciamento degli interessi consentano un temporaneo sacrificio della libertà personale. Il tutto ispirato al principio di scelta della misura che comporti il "minor sacrificio necessario" alla compressione delle garanzie individuali e sia idonea a soddisfare le esigenze cautelari del caso concreto (31).

Si è visto come la Corte costituzionale con l'ordinanza n. 450 del 1995 abbia escluso che la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere violasse gli artt. 3, 13, comma 1, e 27, comma 2, Cost. poiché la scelta può essere sottratta al giudice dal legislatore nel rispetto del limite della ragionevolezza e del corretto bilanciamento dei valori costituzionali coinvolti. Nello specifico tale scelta venne considerata legittima poiché limitata all'area dei delitti di criminalità organizzata di stampo mafioso considerato il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva connotato a questi reati (32). Nella sentenza n. 265 del 2010, nell'argomentazione della Corte costituzionale si precisa che, secondo la propria giurisprudenza costante, "le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fonda-

tale della persona, violano il principio di uguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*. In particolare, l'irragionevolezza della presunzione assoluta si coglie tutte le volte in cui sia 'agevole' formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa" (33). Pertanto, se ai delitti di criminalità mafiosa *stricto sensu* intesi, può ragionevolmente applicarsi la presunzione assoluta, poiché considerazioni di natura criminologica - quali la constatazione che l'appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implichi un'adesione permanente ad un sodalizio criminoso dotato di grande forza intimidatrice, fortemente radicato nel territorio e caratterizzato da un intreccio di relazioni familiari e personali - fanno ritenere sussistente una regola di esperienza "sufficientemente condivisa" per cui la custodia in carcere rappresenta l'unica misura idonea a soddisfare le esigenze cautelari di cui all'art. 274 c.p.p., tale considerazione non può estendersi indiscriminatamente a tipologie di delitti eterogenei, ancorché gravissimi.

Da questa premessa deriva che per i delitti di violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.), atti sessuali con minorenni (art. 609-*quater* c.p.), induzione o sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*bis*, comma 1, c.p.), estendere la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere deve considerarsi irrazionale e arbitraria. La regola di esperienza che si ricava da queste fattispecie criminose - ancorché, come evidenziato dalla stessa corte, "odiose e riprovevoli" - sono eterogenee fra di loro poiché fanno sorgere esigenze cautelari differenti a seconda del contesto familiare e sociale in cui si manifestano, così come sono espressione di disvalori nettamente diversificati rispetto ai delitti tipici della criminalità organizzata. La Consulta prosegue con un condivisibile argomento *a fortiori*, per cui la ragionevolezza della disciplina *de qua* non può essere ricercata nella gravità in astratto dei delitti, valutata in rapporto sia alla misura della (eventuale) pena,

Note:

(30) Corte cost. 21 luglio 2010, n. 265, in *Guida dir.*, 2010, 35, 60 con nota di S. Lorusso.

(31) In tal senso Corte cost. 22 luglio 2005, n. 299, in www.giurcost.org.

(32) Corte cost., ord. 24 ottobre 1995, n. 450, cit., 2835.

(33) Corte cost. 21 luglio 2010, n. 265, cit., 64; Corte cost. 16 aprile 2010, n. 139, in www.giurcost.org; in argomento v. anche P. Tonini, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in questa *Rivista*, 2010, 8, 953.

sia all'elevato rango dell'interesse protetto dalla norma penale incriminatrice. Si tratta di elementi fondamentali nella valutazione della sanzione all'interno di un giudizio di colpevolezza, eppure da considerarsi assolutamente inidonei, nel contesto cautelare, all'interno del vaglio sulla sussistenza di specifiche reali esigenze, in virtù delle quali è consentito limitare la libertà personale di un soggetto presunto innocente (34).

Nel giudizio della Corte costituzionale ha certamente avuto un ruolo anche la tecnica legislativa e la finalità stessa del provvedimento con cui si è modificato l'istituto sottoposto a censura. Difatti, l'utilizzo della decretazione d'urgenza giustificata da un - presunto - allarme sociale, seguito all'aumento della frequenza di questi fenomeni criminosi, ha reso necessario - secondo i compilatori della norma - un intervento repressivo di carattere emergenziale. Come detto, in questo contesto si dovrebbe più correttamente parlare di provvedimenti legislativi "emozionali" adottati sulla spinta di specifici e gravi fatti di cronaca, per cui il legislatore avrebbe certamente potuto decidere di intervenire ma attraverso scelte legislative "ordinarie" e più meditate. Il difetto della normativa è rinvenibile proprio nella sua palese intenzione di acuire il sistema repressivo con riferimento a certi specifici reati, utilizzando a tale scopo lo strumento cautelare con finalità punitive. Ne consegue che la Corte costituzionale, per la prima volta in materia di "cattura obbligatoria o quasi obbligatoria", ha dichiarato l'illegittimità della disciplina cautelare per violazione dell'art. 27, comma 2, Cost., "in quanto attribuisce alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena". La norma impugnata è stata inoltre considerata lesiva rispettivamente dell'art. 3 Cost. per l'irrazionale parificazione cautelare di delitti fra di loro estremamente eterogenei e dell'art. 13 Cost. dal quale deve ricavarsi la necessaria previsione del principio di adeguatezza nell'ordinario regime cautelare.

La soluzione seguita dalla Corte non consiste nell'annullamento della disciplina prevista nel nuovo testo dell'art. 275, comma 3, c.p.p., poiché si ritiene legittima una scelta legislativa intesa ad indirizzare il giudice cautelare verso una preferenziale opzione custodiale per i delitti di violenza sessuale, atti sessuali con minorenne e induzione o sfruttamento della prostituzione minorile, tuttavia la norma è da considerarsi illegittima nel punto cui non prevede che una tale presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere sia superabile qualora vengano acquisiti specifici elementi, in relazione al caso

concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure.

Si viene così a creare un sistema per cui, in relazione ad alcuni gravi delitti previsti dal legislatore, i criteri cui il giudice si deve attenere nella scelta delle misure cautelari, valutando l'adeguatezza e la proporzionalità dell'esigenza concreta e il rapporto fra misura applicata e il fatto di reato, poggiano su una duplice presunzione *iuris tantum*. Da un lato, in presenza di gravi indizi di colpevolezza sussiste ancora la presunzione relativa di esistenza di tutte le esigenze cautelari tassativamente disciplinate dall'art. 274 c.p.p., dall'altro lato, pur laddove la prima presunzione non venga superata, è possibile che il giudice, con adeguata motivazione, ritenga sussistenti circostanze concrete che permettano di soddisfare tali esigenze con una misura più tenue della custodia in carcere.

L'enunciato espresso nella sentenza n. 265 del 2010 spiega i suoi effetti limitatamente al *thema decidendum*, per cui era ragionevole attendersi che non sarebbero mancate istanze ulteriori volte a consentire al giudice delle Leggi di ricondurre entro termini di ragionevolezza l'intera disciplina modificata dalla l. n. 38 del 2009. Ed invero, con la sentenza 12 maggio 2011, n. 164, la Corte è stata chiamata a verificare la legittimità sul piano costituzionale dell'introduzione del reato di omicidio (art. 575 c.p.) fra i casi soggetti a presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere. In questa pronuncia si è sostenuto che le argomentazioni fondanti l'esposto indirizzo della Corte costituzionale sono applicabili, *mutatis mutandis*, anche in rapporto al delitto di omicidio volontario (35). In particolare, nonostante la indiscussa gravità del fatto, la struttura e le connotazioni criminologiche della tipologia delittuosa non permettono di ricavare una massima di esperienza che renda questa fattispecie generale in alcun

Note:

(34) Cfr. Corte cost. 21 luglio 2010, n. 265, cit., 66. È utile rimarcare un passaggio della Corte sul punto, «dall'altra parte, l'interesse tutelato penalmente è, nella generalità dei casi, un interesse primario, dotato di diretto o indiretto aggancio costituzionale, invocando il quale si potrebbe allargare indefinitamente il novero dei reati sottratti in modo assoluto al principio di adeguatezza, fino a travolgere la valenza di quest'ultimo facendo leva sull'incensurabilità della discrezionalità legislativa. Ove dovesse aversi riguardo, poi, alla misura edittale della pena, la scelta del legislatore non potrebbe che apparire palesemente scompensata e arbitraria. Procedimenti relativi a gravissimi delitti - puniti con pene più severe di quelli che qui vengono in rilievo (taluni addirittura con l'ergastolo) - restano, infatti, sottratti al regime cautelare speciale».

(35) Corte cost. 12 maggio 2011, n. 164, in *Diritto penale contemporaneo - rivista online*, con nota di M. Panzarasa.

modo assimilabile al sodalizio criminoso di stampo mafioso. All'interno del disposto di cui all'art. 575 c.p. sono presenti una molteplicità di dinamiche possibili fra le quali l'omicidio d'impeto, passionale, di reazione ad una provocazione ed altre imprevedibili circostanze che rendono la manifestazione delittuosa del tutto occasionale.

È compito del legislatore stabilire quale debba essere la risposta repressiva dello Stato anche qualora il gravissimo delitto sia stato commesso in circostanze tali da non far ritenere probabile la ripetizione dello stesso, tuttavia, se non si vuole incorrere nell'errore di bilanciare il trattamento sanzionatorio con la previsione di un sistema cautelare più rigido, è opportuno utilizzare come unico parametro di raffronto la massima di esperienza che faccia presumere come altamente probabile che le esigenze cautelari del caso concreto possano essere soddisfatte esclusivamente con la custodia in carcere. Diversamente, per quanto attiene al delitto di omicidio per il quale, «in un numero tutt'altro che marginale di casi, le esigenze cautelari - pur non potendo essere completamente escluse - sarebbero suscettibili di trovare idonea risposta anche in misure diverse da quella carceraria, che valgono a neutralizzare il 'fattore scatenante' o ad impedire la riproposizione».

Per tali ragioni la Consulta, anche stavolta, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 275 comma 3, nella parte in cui nel prevedere la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere per il delitto di cui all'art. 575 c.p., non fa salva l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure (36).

Quanto enunciato in precedenza è stato ritenuto applicabile dalla Corte costituzionale, con gli opportuni adattamenti, anche al delitto di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74, d.P.R. n. 309 del 1990) (37). Per tali reati è stato rilevato che, diversamente dai casi precedentemente sottoposti a vaglio costituzionale, non si tratta di fattispecie criminose potenzialmente inquadrabili come fatti "individuali ed episodici". Si tratta infatti di delitti che presuppongono un'appartenenza stabile del soggetto al sodalizio criminoso al fine di compiere una pluralità di reati, ma che, tuttavia, si distinguono dai delitti di associazione mafiosa poiché manca la forza di intimidazione e la condizione di assoggettamento ed omertà tipica di questa forma delinquenziale. Sottolinea la Corte che, proprio la specificità di tale vincolo - idoneo a produrre una solida e permanente adesione fra asso-

ciati -, la rigida organizzazione gerarchica e il forte radicamento territoriale, rendono altamente improbabile la possibilità di soddisfare le esigenze cautelari con una misura diversa dalla custodia in carcere. Al contrario nei delitti di associazione finalizzata al narcotraffico non è ricavabile una massima di esperienza che faccia presumere la necessaria creazione di una struttura complessa e gerarchicamente ordinata, potendo essere sufficiente una semplice organizzazione economica e personale - anche senza un profondo radicamento territoriale - per il perseguimento di un fine comune (38).

Quasi contestualmente alla pronuncia della Corte costituzionale n. 231 del 2011, circa il principio di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere per i reati di associazione finalizzata al narcotraffico, si erano espresse le Sezioni unite della Corte di cassazione (39).

La *quaestio iuris* sollevata dinanzi al massimo consenso consisteva nel chiarire se il generico rinvio operato dall'art. 275, comma 3, c.p.p. all'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990 dovesse considerarsi comprensivo delle fattispecie di lieve entità disciplinate dal sesto comma dello stesso. La decisione era stata affidata alle Sezioni unite, pur in assenza di precedenti difformi, per dirimere un contrasto in seno alla stessa corte in relazione all'interpretazione da seguire per tutte quelle norme che, al pari dell'art. 275 comma 3, operano un generico rinvio alle disposizioni dell'art. 74 d.P.R. n. 309/1990 (40). I giudici di legittimità hanno preferito la ricostruzione secondo cui il reato di associazione finalizzata al narcotraffico programmata per fatti di lieve entità deve essere escluso dal novero dei delitti per cui opera la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere. Da una parte questa scelta esegetica si giustifica in base alla natura di fattispecie di reato autonoma delle ipotesi meno gravi di associazione per il traffico di sostanze stupefacenti e psicotrope, dall'altra parte si rende necessaria una valutazione ermeneutica costituzionalmente orientata per cui, posti i principi di cui agli artt. 3, 13, e 27, comma 2, Cost., si impone

Note:

(36) Corte cost. 12 maggio 2011, n. 164, cit.

(37) Corte cost. 22 luglio 2011, n. 231, in *Guida dir.*, 27 agosto 2011, 33-34, 52.

(38) Corte cost. 22 luglio 2011, n. 231, cit., 58.

(39) Cass. 23 luglio 2011, in *Diritto penale Contemporaneo - rivista online*, con nota di G. Andreazza.

(40) Con riferimento all'indirizzo che considera escluso dal richiamo all'art. 74 d.P.R. n. 309/1990 le ipotesi di lieve entità, v. Cass. 27 luglio 2006, in *Ced Cass.*, n. 235018; *contra* Cass. 11 marzo 2002, *ivi*, n. 221497; Cass. 3 giugno 2009, *ivi*, n. 243824.

un'interpretazione restrittiva dei casi sottoposti a norme di carattere eccezionale.

È appena il caso di evidenziare come, alla luce del contestuale intervento della Corte costituzionale (41), la questione devoluta alla Suprema corte per da parte del suo significato nel caso specifico, posto che la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere per tutti i delitti di associazione finalizzata al narcotraffico deve essere considerata superabile da una valutazione pragmatica del giudice. Da ultimo, i giudici della Consulta sono stati chiamati a decidere in merito alla legittimità della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere prevista dall'art. 12, comma 4-bis, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, in relazione al delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina disciplinato dal terzo comma del medesimo articolo, oggetto a sua volta di profonde modifiche ad opera della l. n. 94 del 2009. La Corte ha rilevato prontamente come nel paradigma legale tipico della fattispecie delittuosa manchi il necessario collegamento con una struttura associativa permanente ed il reato può ben costituire il frutto di iniziativa meramente individuale (42). Così, «l'eterogeneità delle concrete fattispecie riferibili al paradigma punitivo astratto non consente [...] di enucleare una regola generale, ricollegabile ragionevolmente a tutte le "connotazioni criminologiche" del fenomeno, secondo la quale la custodia in carcere sarebbe l'unico strumento idoneo a fronteggiare le esigenze cautelari» (43), l'illegittimità deve, ancora una volta, rinvenirsi non nella presunzione in sé ma nella assolutezza della prescrizione normativa che determina un'indiscriminata e totale negazione del principio del "minor sacrificio necessario" ed alla conseguente discrezionalità del giudice di valutare le esigenze cautelari e la reale gravità della fattispecie concreta.

Proprio in relazione alla possibile valutazione del giudice vi è una particolare dinamica del procedimento cautelare che potrebbe essere oggetto di dibattito dottrinale e giurisprudenziale. In altre parole ci si chiede quale debba essere la decisione dell'organo giurisdizionale qualora il pubblico ministero, in presenza della presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere, richieda una misura meno gravosa. Una prima soluzione deriverebbe direttamente dall'obbligo stabilito dal legislatore per cui il giudice, privo di potere discrezionale nella scelta della misura, dovrebbe comunque emettere l'ordinanza con cui dispone la custodia in carcere dell'accusato. Una tale scelta avrebbe l'indubbio vantaggio di non creare ostacoli temporali all'emanazione del provvedimento cautelare ripristinando, al contem-

po, la volontà legislativa di sottrarre sia al pubblico ministero sia al giudice ogni margine di scelta discrezionale in ordine alla tipologia della misura cautelare da adottare nel caso concreto. Questa ricostruzione, tuttavia, si espone alla critica per cui, nel rispettare una norma, il giudice violerebbe un'altra fondamentale disposizione posta a garanzia del soggetto sottoposto a procedimento cautelare. In sostanza questi si troverebbe a decidere *ultra petitem*, vale a dire in violazione di quello che - con definizione mutuata dal diritto processuale civile - può essere definito il "principio della domanda" cautelare. Una seconda opzione potrebbe essere offerta dal principio del *favor rei*, per cui nella scelta fra due norme in contrapposizione tra loro, si dovrebbe propendere per la norma processuale più favorevole all'indagato o imputato. Premesso che la disciplina del procedimento cautelare, da un lato, a seguito dell'introduzione di fondamentali garanzie difensive ad opera della l. n. 332 del 1995, permette al giudice di applicare una misura cautelare diversa da quella richiestagli dal pubblico ministero solo laddove propenda per una misura meno gravosa, dall'altro lato, come detto, impone che in relazione a delitti tassativamente indicati nell'art. 275, comma 3, c.p.p. sia preclusa qualsiasi valutazione, ancorché oggettiva e legata al caso concreto, in merito alla scelta della custodia cautelare in carcere. In casi simili, affinché possa applicarsi il principio della legge processuale più favorevole all'accusato è necessario che non vi sia uno squilibrio nel bilanciamento dei principi costituzionali coinvolti: presunzione di non colpevolezza e inviolabilità della libertà personale dell'individuo devono essere soppesate alla luce del principio di salvaguardia del processo penale e di tutela della collettività dal pericolo di commissione di gravi reati. Tuttavia, non si può trascurare che, laddove il giudice cautelare emettesse un provvedimento meno afflittivo rispetto alla custodia in carcere, di

Note:

(41) Corte cost. 22 luglio 2011, n. 231, cit.

(42) Corte cost. 16 dicembre 2011, n. 331, in www.giurcost.org; in cui si precisa che «in sostanza la fattispecie criminosa cui la presunzione in esame è riferita può assumere le più disparate connotazioni: dal fatto ascrivibile ad un sodalizio internazionale rigidamente strutturato e dotato di ingenti mezzi, che specula abitualmente sulle condizioni di viaggio di bisogno dei migranti, senza farsi scrupolo di esporli a pericolo di vita; all'illecito commesso *una tantum* da singoli individui o gruppi di individui, che agiscono per le più varie motivazioni anche semplicemente solidaristiche in rapporto ai loro particolari legami con i migranti agevolati, essendo il fine di profitto previsto dalla legge come mera circostanza aggravante».

(43) Corte cost. 16 dicembre 2011, n. 331, cit.

fatto preclusogli dall'ordinamento, l'ordinanza potrebbe integrare gli estremi del provvedimento abnorme.

Nondimeno, esiste una terza linea interpretativa che si lascia preferire con cui si farebbero salve entrambe le norme pur ponendosi in evidente frizione con la natura urgente e provvisoria del provvedimento cautelare. Il giudice nel ricevere una richiesta irrituale e non consentita dalla legge, dovrebbe emettere un provvedimento di rigetto imponendo così al pubblico ministero di presentare una nuova richiesta conforme alla disciplina legislativa in materia. Anche una tale opzione si pone parzialmente in contrasto con l'assetto tipico delle misure cautelari; ne è un esempio l'art. 291, comma 2, c.p.p. secondo cui anche qualora la richiesta pervenga ad un giudice incompetente, lo stesso dispone la misura con il medesimo provvedimento con il quale dichiara la propria incompetenza, a dimostrazione della volontà legislativa di dare prevalenza alle norme che permettono l'immediata emissione di un provvedimento cautelare rispetto alle ordinarie regole processuali. Sebbene, la ricostruzione esegetica per cui il giudice non dovrebbe emettere alcun provvedimento cautelare non sia conseguenza di una norma codicistica di valore speculare rispetto alle altre disposizioni processuali, il rispetto del "principio della domanda" cautelare deve tuttavia essere considerato come una previsione irrinunciabile perché ultimo baluardo di salvaguardia dell'accusato all'interno di una fase processuale, seppur incidentale, assolutamente priva di ogni forma di contraddittorio. Ne consegue che non potendo emettere né un provvedimento più grave rispetto alla richiesta del pubblico ministero né un'ordinanza *contra legem*, il giudice cautelare può - ad avviso di chi scrive - unicamente "decidere di non decidere" e restituire gli atti al pubblico ministero affinché presenti una nuova richiesta conforme alla legge.

Infine, alla luce delle decisioni della Corte costituzionale ci si deve domandare se il potere discrezionale del giudice di considerare la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere come relativa e perciò superabile, si possa estendere anche al pubblico ministero che presenta la richiesta. In altre parole, ci si domanda se laddove si proceda per un delitto di omicidio volontario, per reati in materia sessuale o in caso di associazione finalizzata al narcotraffico, il pubblico ministero possa anticipare la valutazione del giudice in merito al superamento della presunzione relativa di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere e chiedere una misura diversa. In questo caso l'interpretazione più

ragionevole sembra consistere nell'offrire il medesimo potere di scelta anche al pubblico ministero posto che la legge costituzionalmente interpretata non impone di applicare esclusivamente la misura più grave. Tale opzione appare ancor più coerente se si considera la maggiore conoscenza degli elementi investigativi in possesso del pubblico ministero ed il suo ampio margine di scelta nella selezione del materiale probatorio da sottoporre al giudice cautelare.

Udienza preliminare

L'attività del GUP nell'udienza preliminare tra poteri di sollecitazione e integrazione

di **Bruno Giangiacomo**

Si parte da un'analisi dei caratteri generali della funzione del giudice delle indagini preliminari per giungere ad esaminare i poteri d'integrazione del giudice dell'udienza preliminare in ordine alla prova ed all'imputazione, distinguendoli su quest'ultimo aspetto dai poteri di sollecitazione rivolti al P.M. Si verifica così l'importanza delle modifiche apportate dalla l. n. 479 del 1999 (cd. legge Carotti) e l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità e costituzionale in ordine ai poteri del giudice dell'udienza preliminare su questo doppio versante, quello della prova e quello dell'imputazione. La conclusione è il pieno potere del giudice di disporre della prova in via officiosa in qualsiasi momento a determinate condizioni e la continua verifica delle tenuta dell'oggetto del processo costituita dall'imputazione con la sua possibilità di essere modificata dal giudice, previo contraddittorio delle parti. Nell'udienza preliminare si ritrova, pertanto, anche la sintesi di due delle funzioni tipiche del giudice delle indagini preliminari: giudice dell'azione e della prova.

I caratteri generali della funzione del giudice delle indagini preliminari

Le tipologie di attività del GIP possono essenzialmente così suddividersi: giudice dell'azione, della cautela, della prova e dei riti speciali; la cautela e la prova sono attività che si esplicano essenzialmente, ma non esclusivamente, nella fase delle indagini preliminari, per l'azione si esplica un controllo sull'esercizio (o sul non esercizio) di essa da parte del P.M. ed è attività svolta al termine delle indagini preliminari (secondo la prospettazione del P.M.), mentre i riti speciali sono un discorso a parte, ma comunque presuppongono l'esercizio dell'azione penale e con essi il processo si definisce tendenzialmente davanti al GIP, che esplica un'attività di pieno giudizio.

L'attività del GUP nell'udienza preliminare si colloca perfettamente nella tipologia di controllo sull'esercizio dell'azione penale da parte del P.M., che nell'ipotesi ordinaria ha inizio con la richiesta di rinvio a giudizio (art. 416 e ss. c.p.p.) ed impone al GUP la fissazione dell'udienza preliminare (1).

Con l'esercizio dell'azione penale il giudice diventa titolare del processo a tutti gli effetti e ne dispone; il processo non può regredire, salvo casi particolari.

Il GUP, operando il controllo sul corretto o opportuno esercizio dell'azione penale all'esito dell'esple-

tamento delle indagini preliminari, consente o meno il passaggio del processo dalla fase preliminare al dibattimento (2).

L'udienza preliminare è il luogo ove si svolge questa funzione di controllo, che, dopo la l. n. 479 del 1999, c.d. legge Carotti, da mero "filtro delle imputazioni azzardate" è diventata un vaglio sulla consistenza dell'accusa; ma dopo la legge citata può dirsi che ormai l'udienza preliminare ha un ruolo polifunzionale, essendo anche momento di stabilizzazione del *thema decidendum* e sede elettiva dei riti speciali (Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, n. 39915, Vottari).

Questa mutazione o questo arricchimento della funzione dell'udienza preliminare ha determinato che

Note:

(1) Ciò anche se egli dovesse rilevare immediatamente una causa di non punibilità o di estinzione del reato (così Sez. Un., 25 gennaio-30 marzo 2005, n. 2 in *Cass. pen.*, 2005, 1835 e ss. altrimenti s'incorre in una nullità per violazione del contraddittorio).

(2) Vi sono tipologie di riti che escludono questo tipo di controllo da parte del GIP: la citazione diretta a giudizio (artt. 550 e ss., indicare i casi), il rito direttissimo (art. 449 e ss.), il procedimento innanzi al giudice di pace (d.lgs. n. 274 del 2000).

In questi casi il controllo sull'esercizio dell'azione penale viene operato direttamente dal giudice del dibattimento ed investe anche la correttezza processuale dell'azione penale (oltre che il merito nella sua interezza).

sono stati introdotti poteri di integrazione in capo al GUP e si sono accentuati i poteri di sollecitazione rivolti alle parti; questo cambiamento si è mosso su due versanti: quello della prova con l'introduzione di specifici poteri d'indagine e quello del controllo sull'imputazione, cosicché essa sia sempre aderente al fatto che il processo rivela.

Il potere di integrazione del giudice dell'udienza preliminare sulla prova

Venendo al primo di questi due versanti il cambiamento è icasticamente rappresentato dall'introduzione dell'art. 421-bis c.p.p. e dalla sostituzione dell'art. 422 c.p.p., articoli entrambi che recano nella rubrica il termine "integrazione", attinente al tema della prova; in questi casi, quindi, il controllo sull'azione s'innesta nel governo della prova che spetta al GUP anche in questa nuova fase del processo.

Facendo un passo indietro, il momento della richiesta di rinvio a giudizio non è più quello decisivo della discovery, pur prevista dal comma 2 dell'art. 416 c.p.p., perché con l'introduzione dell'art. 415-bis c.p.p. vi è un primo deposito degli atti al termine delle indagini preliminari e, dopo la fissazione dell'udienza preliminare, possono essere depositati gli atti d'indagine eventualmente compiuti dopo la richiesta di rinvio a giudizio (art. 419, comma 3, c.p.p.); così come questo è uno dei momenti in cui possono essere portati alla conoscenza del giudice gli atti d'investigazione difensiva.

Nonostante questo, tra le possibili decisioni del GUP vi sono quelle definibili interlocutorie che esplicano il suo potere in ordine alla prova: gli artt. 421-bis e 422 c.p.p.

La prima di queste norme presuppone l'incompletezza delle indagini preliminari ed anche delle indagini successive alla richiesta di rinvio a giudizio (del P.M. o investigazioni difensive che siano), non essendo il giudice in grado di fondare una decisione allo stato degli atti, per cui indica al P.M. l'attività d'indagine da espletare, fissa un termine per il suo compimento e rinvia il processo ad una nuova udienza preliminare. In pratica, il GUP rileva non l'infondatezza dell'imputazione, ma un'incompletezza delle prove che la fondano, per cui occorre sviluppare alcuni temi d'indagine, in ordine ai quali si deve comunque attivare il P.M.; questi, però, non ha un potere autonomo di rideterminarsi all'esito delle nuove indagini, egli ha già esercitato l'azione penale, tanto che il GUP fissa già la nuova data per la prosecuzione dell'udienza preliminare.

Lo strumento è utile anche al fine di favorire la richiesta di riti alternativi, che l'imputato potrebbe

indursi a chiedere proprio dopo il completamento delle indagini che abbiano corroborato l'accusa ed a causa dello sviluppo di esse.

Quali possono essere le caratteristiche e i limiti di questo tipo di intervento del GUP, tenendo presente che i pronunciamenti di legittimità sono rari, a probabile dimostrazione della scarsa frequenza di tali provvedimenti.

Innanzitutto, la devoluzione dell'indagine può essere specifica o generica, potendo demandare al P.M. sia il compimento di uno specifico atto sia l'indicazione di un tema o di più temi d'indagine, che, pur segnando i limiti della stessa, lasci al P.M. la possibilità di accedere a percorsi investigativi differenti e di sviluppare la ricerca della prova nel modo più opportuno (vedi Cass., sez. IV, 2 aprile/1 giugno 2007, n. 21592, Quinones Garzon).

In secondo luogo, non è legittimo il provvedimento del GUP *ex art. 421-bis c.p.p.*, allorché sia rivolto a rinnovare un atto dichiarato nullo compiuto nel corso delle indagini preliminari, posto che esula dalla funzione di detta norma la sanatoria dei vizi di nullità (così Cass., sez. IV, 21 novembre 2003/14 gennaio 2004, n. 702, che ha comunque escluso che il provvedimento adottato sia abnorme); si tratta di una decisione che presenta dei margini di forte opinabilità, sia perché non si rinvergono nel sistema limiti alla finalità dell'attività d'integrazione delle indagini sia perché non si può aprioristicamente escludere che quell'atto, anche se da rinnovare (laddove sia possibile farlo), serva a completare le indagini nella funzione tipica dell'art. 421-bis c.p.p. Infine, non si comprende se questa decisione consenta comunque al giudice di rinnovare l'atto *ex art. 422 c.p.p.*

Da segnalare, infine, un provvedimento del giudice di merito (3), che ha risolto una questione relativa ai rapporti tra ammissione dell'incidente probatorio in udienza preliminare e poteri *ex artt. 421-bis e 422 c.p.p.* ed ha ritenuto che, ai fini dell'anzidetta ammissione, occorresse avere riguardo non solo ai presupposti previsti per l'incidente probatorio, ma anche alle regole che in questa fase del processo disciplinano le integrazioni istruttorie, previste dalle norme citate (4).

Note:

(3) GIP Tribunale di Roma, 16 luglio 2008, in *Cass. pen.*, 2009, 4886 e ss.

(4) Si trattava nello specifico di una richiesta di incidente probatorio avanzata dalla difesa ai sensi dell'art. 391-bis c.p.p., per cui il GUP ha ritenuto che, trattandosi di prova sollecitata dall'imputato e, quindi, da svolgersi a favore di questi, dovesse essere valutata la sussistenza delle condizioni di cui all'art. 422 c.p.p. ed in particolare l'evidenza della decisività ai fini del proscioglimento dell'imputato.

L'art. 422 c.p.p. è ipotesi che richiede innanzitutto l'insussistenza dei presupposti di cui all'art. 421-bis c.p.p. ed è attivabile quando il giudice scorge la possibile esistenza di una prova evidente ai fini del proscioglimento; pertanto, il giudice fissa una nuova udienza innanzi a sé per l'espletamento delle prove disposte oppure può anche acquisirle al momento.

La differenza rispetto all'ipotesi dell'art. 421-bis c.p.p. è la prospettiva nella quale si pone il giudice: con l'art. 422 c.p.p. intravede come fortemente probabile il proscioglimento, ma vuole verificarlo attraverso l'assunzione di una prova in tal senso decisiva, egli è in chiara divergenza con la richiesta di rinvio a giudizio ed allora gli viene affidata l'assunzione della prova; nel 421-bis c.p.p. non vi è divergenza, il giudice ritiene che l'imputazione vada meglio sostenuta, non che sia infondata, ed allora è corretto che l'indagine venga svolta dall'organo dell'accusa.

Resta impregiudicata in entrambi i casi la decisione del giudice che non è vincolato da quella pregressa; egli cioè potrà prosciogliere l'imputato, anche se ha emesso un'ordinanza ex art. 421-bis c.p.p. o potrà disporre il rinvio a giudizio dopo aver assunto la prova ex art. 422 c.p.p., trattandosi in ogni caso di decisioni con valore prognostico.

La complessiva valutazione che si trae da questa disciplina è che il giudizio del giudice dell'udienza preliminare non è (più) un giudizio allo stato degli atti prodotti dalle parti; esso può completarsi con un'attività officiosa da parte del giudice, anche se nulla evidentemente esclude che quell'attività sia sollecitata dalle stesse parti.

Ciò comporta altresì il raggiungimento di una tendenziale completezza delle indagini preliminari con i nuovi poteri integrativi riguardo ai mezzi di prova, senza dimenticare mai la possibilità di indagini difensive.

Tutte queste situazioni oggettivamente consentono di ampliare il tema della decisione, perché estendono il contraddittorio ed incrementano gli elementi valutativi del GUP ed a questo necessariamente corrisponde un apprezzamento del merito ormai privo di sommarietà, che si riflette anche nella modificata formulazione dell'art. 425 c.p.p. circa la sufficienza, non contraddittorietà e comunque idoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio, in mancanza delle quali s'impone il proscioglimento (vedi sent. Corte cost. 6 luglio 2001, n. 224).

Il potere di integrazione del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione

Il secondo versante, quello della modifica dell'imputazione nel corso dell'udienza preliminare, è una di-

sciplina che legislativamente non ha subito modifiche (la norma dell'art. 423 c.p.p. è intatta dal momento della sua genesi), ma ha conosciuto indubbiamente interpretazioni che ne hanno determinato un'evidente evoluzione applicativa.

Occorre, innanzitutto, partire dal fatto che l'imputazione è requisito della richiesta di rinvio a giudizio, art. 417, lett. b) c.p.p.; infatti, la domanda con cui si avanza la richiesta al giudice di procedere, in quanto esercizio dell'azione penale, deve contenere l'enunciazione, in forma chiara e precisa, del fatto e l'inciso in corsivo è stato introdotto dalla l. n. 479 del 1999.

L'imputazione consiste nella descrizione naturalistica e nella qualificazione giuridica del fatto descritto, di cui l'imputato è chiamato a rispondere; essa, oltre che nella richiesta di rinvio a giudizio, è contenuta nel decreto di citazione a giudizio (art. 429, comma 1, lett. c) e costituisce per i fatti che ad essa si riferiscono il primo oggetto di prova, come può chiaramente rilevarsi dall'esordio dell'art. 187 c.p.p.

La valutazione di queste tre norme, gli artt. 417, lett. b), 429, comma 1, lett. c) e 187 c.p.p. può rappresentare l'esistenza di un profilo dinamico dell'imputazione e della fluidità dell'ipotesi ricostruttiva del fatto formulata dal P.M. anche nella fase dell'udienza preliminare, per cui l'imputazione contenuta nella richiesta di rinvio a giudizio pone l'oggetto del processo, che cristallizza poi tendenzialmente il *thema decidendum* con il decreto che dispone il giudizio. All'interno di questo discorso s'inserisce il tema della modifica dell'imputazione, che trova nell'art. 423 c.p.p. la sua disciplina all'interno dell'udienza preliminare, confermando quale oggetto di questa fase anche il principio di necessaria aderenza del fatto storico all'imputazione e di correlazione fra l'accusa contestata e la decisione; pacifico è che il limite temporale ("nel corso dell'udienza"), previsto dalla norma, è sicuramente comprensivo anche delle intervenute integrazioni di cui agli artt. 421-bis e 422 c.p.p. e giunge sino alla chiusura della discussione.

La norma prevede due ipotesi: nel caso di fatto diverso da come descritto nell'imputazione ovvero emerga un reato connesso ex art. 12, comma 1, lett. b) o una circostanza aggravante vi è sempre la possibilità di modificare o integrare l'imputazione da parte del P.M.; nel caso di fatto nuovo, questo è contestabile da parte del P.M. solo se vi è l'autorizzazione del giudice ed il consenso dell'imputato, altrimenti gli atti sono trasmessi al P.M. per il corso ordinario dell'azione penale.

Il fatto diverso sostituisce quello inizialmente contestato, mentre l'ipotesi di connessione e la circostanza

za aggravante si aggiungono all'iniziale imputazione; lo stesso potrebbe dirsi per il fatto nuovo, ma vi sono alcuni aspetti problematici.

Bisogna a questo punto comprendere quando si è in presenza di un fatto diverso o di un fatto nuovo, perché è evidente che questo determina modi di procedere diversi, e quando si è in presenza di uno stesso fatto, cui si dà una diversa qualificazione giuridica, verificando in seguito gli effetti di questa ulteriore situazione non disciplinata nel corso dell'udienza preliminare.

Rare sono le decisioni sul punto della giurisprudenza di legittimità relativamente alla fase dell'udienza preliminare ed hanno riguardato essenzialmente due aspetti: la modifica del *locus commissi delicti* e dell'elemento soggettivo del reato.

Quanto al primo aspetto la giurisprudenza di legittimità più recente (5) ritiene che la modifica del *locus commissi delicti* non integri un fatto nuovo che imponga la notifica all'imputato assente all'udienza preliminare, costituendo una mera variazione dell'originaria contestazione, mentre la giurisprudenza più risalente (6) riteneva che fatto diverso è quello con connotati materiali anche difformi da quelli descritti nel capo d'imputazione, ma storicamente invariato nei suoi elementi costitutivi (condotta, oggetto) inclusi i riferimenti spazio-temporali, di talché, se questi sono alterati, si tratta di un fatto nuovo.

La giurisprudenza più recente si muove all'interno di quella che affronta l'analoga situazione in sede dibattimentale e la risolve in modo unanime, ritenendo che la diversità temporale della condotta contestata rientra nell'ipotesi di cui all'art. 516 c.p.p., che disciplina il fatto diverso e non il fatto nuovo.

Quanto al secondo aspetto, la modifica dell'elemento soggettivo del reato la giurisprudenza di legittimità (7) ritiene che determini un'immutazione del fatto in ragione della sua diversità sotto il profilo essenziale dell'elemento psicologico, diversità che incide sui diritti della difesa e sul rispetto del principio del contraddittorio; pertanto, il GUP non ha autorizzato la modifica della contestazione in assenza del consenso dell'imputato, ritenendo che si vertesse in un'ipotesi di fatto nuovo ex art. 423, comma 2, c.p.p. In questo caso la decisione sembrerebbe non essere sovrapponibile all'interpretazione che la stessa giurisprudenza di legittimità fornisce nella situazione analoga del giudizio in sede dibattimentale, ove si afferma che per fatto diverso deve intendersi non solo un fatto storico che integri una diversa imputazione, restando invariato, ma anche un fatto che abbia connotati materiali difformi, mentre la locuzione

“fatto nuovo” concerne un accadimento del tutto difforme per le modalità essenziali dell'azione o per l'evento ovvero del tutto diverso da quello contestato, di talché diventa un fatto che si aggiunge a questo.

Probabilmente occorrerebbe andare a verificare i casi concreti che sottostanno alle decisioni, resta il fatto di una difficoltà nella pratica delle varie ipotesi che si presentano di un inquadramento all'interno dell'una piuttosto che dell'altra fattispecie prevista dall'art. 423 c.p.p. (8) con le differenze procedurali che ne scaturiscono: per il fatto diverso, la modifica dell'imputazione e la contestazione all'imputato presente o, in mancanza, la comunicazione al difensore che rappresenta l'imputato ai fini della contestazione; oppure, per il fatto nuovo, l'autorizzazione del giudice su richiesta del P.M. ed il consenso dell'imputato.

La disciplina dell'art. 423, comma 1, c.p.p. ha superato il vaglio di costituzionalità con la sentenza n. 384 del 2006 sotto il profilo della mancata previsione dell'obbligo del GUP di disporre la notifica all'imputato contumace del verbale di udienza che recepisce la modifica dell'imputazione (con la contestazione di una circostanza aggravante effettuata sulla base degli stessi atti di indagine posti a fondamento dell'esercizio dell'azione penale), così da precludere all'imputato l'accesso ai riti alternativi; la Corte costituzionale, nel sottolineare la diversità tra la fase dell'udienza preliminare ed il dibattimento, ha affermato che la modifica dell'imputazione nell'udienza preliminare non è un evento imprevedibile, tanto che in linea generale l'udienza preliminare, nell'architettura del nuovo codice di rito, per questo verso non incisa dalla l. n. 479 del 1999, si connota per una maggior “fluidità” dell'addebito, il quale si “cristallizza” solo con il provvedimento che dispone il giudizio, e, pertanto, è solo la scelta volontaria

Note:

(5) Vedi Cass., sez. III, 3 aprile-16 maggio 2008, n. 19725, Ronchetti, in *Cass. pen.*, 2009, 663-664.

(6) Vedi Cass., sez. IV, 10 febbraio-11 maggio 1998, n. 5405, Belantoni, in *Cass. pen.*, 1999, 3207.

(7) Sez. VI, 12 gennaio-15 dicembre 2006, n. 16532.

(8) Unanime è ormai l'orientamento della giurisprudenza di legittimità e costituzionale per cui gli elementi fattuali che comportano le modificazioni dell'imputazione possono essere non solo quelli emersi dagli atti dell'udienza preliminare, ma anche gli elementi già acquisiti nelle indagini preliminari (Corte costituzionale n. 384 del 2006; Cass., Sez. Un., 28 ottobre 1998, n. 4 del 1999, Barbagallo, con riferimento alla contestazione suppletiva “tardiva” nel dibattimento, e la più recente sentenza della Corte costituzionale n. 333 del 2009 di parziale incostituzionalità degli artt. 516 e 517 c.p.p., con riguardo al diritto dell'imputato di chiedere in tal caso il giudizio abbreviato al giudice del dibattimento).

dello stesso imputato di rimanere contumace o di non conferire preventivamente al difensore la procura speciale a richiedere riti alternativi, che gliene preclude l'accesso (9).

Il potere di sollecitazione del giudice dell'udienza preliminare sull'imputazione

Rispetto alla disciplina tipica prevista nel dibattimento all'art. 521 c.p.p. nell'art. 423 c.p.p. manca la situazione della diversa qualificazione giuridica che il giudice può dare al fatto (10).

Ebbene, risale al 1994 la prima decisione della Corte costituzionale (la n. 88), secondo la quale il giudice può sollecitare il P.M. a modificare l'imputazione, utilizzando il potere riconosciuto dall'art. 423 c.p.p., ma non è esplicitato quale possibilità abbia il giudice di fronte ad un'inerzia del P.M., pur se si richiama l'art. 521 c.p.p. e la possibilità di restituzione degli atti al P.M. in presenza di un fatto ritenuto diverso dal GUP.

Identica prospettazione la Corte costituzionale avanza in una decisione dell'anno seguente (la n. 131 del 14 aprile 1995), allorché gli viene sottoposta la questione di un'imputazione assolutamente generica, a fronte della quale il GUP si trova disarmato, perché per tale vizio non è prevista alcuna nullità [all'epoca, peraltro, l'art. 417, lett. b) c.p.p. non aveva neanche l'inciso, in forma chiara e precisa]; si tratta di una situazione diversa da quella indicata in precedenza, perché in questo caso si evidenzia una patologia dell'atto e non delle mere divergenze sulla qualificazione giuridica o sulla diversità del fatto, ma dal punto di vista della mancata previsione di un rimedio da parte del codice di rito la situazione è analoga e la Corte Costituzionale la risolve, infatti, allo stesso modo della sentenza precedente, cui espressamente rinvia, ma esplicitandola: il giudice deve (non può) sollecitare il P.M. a procedere alle necessarie integrazioni e precisazioni dell'imputazione ovvero deve trasmettere gli atti all'ufficio del P.M. anche dopo la discussione e prima dell'emissione del decreto che dispone il giudizio, qualora il P.M. non raccolga quella sollecitazione.

Mancava in ogni caso un passaggio e cioè cosa dovesse fare il GUP di fronte ad una sistematica inerzia del P.M.; l'unica soluzione possibile era quella di un proscioglimento, un intervento indiretto, che penalizzava sì l'azione del P.M., ma anche il processo, per il quale era preclusa la naturale prospettiva di una reale soluzione nel merito a causa di un'evenienza accidentale e disfunzionale, quale la cattiva formulazione dell'imputazione.

La sentenza delle Sezioni unite della Corte di cassa-

zione 10 dicembre 1997, n. 17, Di Battista, tenta di dare una soluzione al problema; essa concerneva la rilevata nullità del decreto che dispone il giudizio per genericità ed indeterminatezza ex art. 429 c.p.p. e la decisione stabilisce che il giudice del dibattimento, dopo aver rilevato l'anzidetta nullità, debba disporre la restituzione degli atti al GUP (e non al P.M.) affinché a sua volta stimoli il P.M. a specificare o integrare l'imputazione ex art. 423 c.p.p. (11). Anche in questo caso, però, il problema anzidetto resta irrisolto, perché, una volta ritornato il processo all'udienza preliminare, si riproponeva il problema dell'inerzia del P.M. e della possibilità di vincolarlo ad un adeguamento dell'imputazione né si poteva ritenere che il GUP potesse essere costretto ad una sudditanza nei confronti dell'atto del P.M. che gli imponesse l'emissione di un decreto che dispone il giudizio.

In verità, anche dopo questo pronunciamento la giurisprudenza di legittimità prevalente non riteneva che fosse possibile, fermi i poteri di sollecitazione del GUP, che questi potesse trasmettere gli atti al P.M., perché ciò determinava, in assenza di un'espressa previsione di nullità della richiesta di rinvio a giudizio, un'indebita regressione del procedimento, con un vero e proprio atto abnorme, in violazione del principio dell'irretrattabilità dell'azione penale; l'unica possibilità, di fronte all'inerzia del P.M., diventava, quindi, il proscioglimento dell'imputato.

Non mancavano orientamenti di segno contrario

Note:

(9) Ritengo in ogni caso che in presenza di una richiesta di termine da parte della difesa per operare più opportune valutazioni, anche nell'ipotesi del comma 2 dell'art. 423 c.p.p., non sia esclusa la possibilità di concedere il termine ed anzi sia auspicabile anche al fine dell'eventuale accesso ai riti alternativi, che nell'udienza preliminare trovano la loro collocazione naturale.

(10) Si tratta di questione che può anche presentarsi in forme non decisive con riguardo ai fini dell'udienza preliminare nel senso che la diversa qualificazione giuridica del fatto può avere rilievo se determina un diverso rito, per cui debba applicarsi l'art. 33-sexies c.p.p., oppure un diverso giudice (monocratico piuttosto che collegiale) innanzi al quale rinviare a giudizio o comunque una diversa decisione rispetto a quelle possibili; in realtà, la diversa qualificazione giuridica del fatto assolve in ogni caso alla finalità di adeguare l'imputazione alle emergenze fattuali riscontrabili nel processo e di sottrarre il GUP da una funzione "notarile" o comunque di soggezione all'imputazione elevata dal P.M.

(11) Le Sezioni unite della Corte di cassazione avevano già affermato ciò con un *obiter dictum* nella sentenza 19 giugno-22 ottobre 1996, n. 16, Di Francesco, allorché questa aveva sancito che anche al tribunale del riesame o di appello è consentito modificare la qualificazione data dal P.M. al fatto per cui si procede, poiché al giudice, in applicazione del principio di legalità, è sempre consentito - e quindi anche nell'udienza preliminare - attribuire la corretta qualificazione giuridica al fatto descritto nell'imputazione.

nella giurisprudenza di legittimità e ciò ha determinato un nuovo pronunciamento delle Sezioni unite con la sentenza 20 dicembre 2007/1 febbraio 2008 n. 5307, Battistella, che scioglie in premessa un problema posto dall'accavallarsi delle decisioni in proposito: non necessariamente la restituzione degli atti al P.M. deve passare per una declaratoria di nullità della richiesta di rinvio a giudizio.

La decisione scorge una linea di congiunzione tra la specificazione dei caratteri dell'imputazione, contenuta nell'art. 417, lett. b) c.p.p., operata dalla l. n. 479 del 1999, e la modifica profonda, operata dalla stessa legge, della struttura e della funzione dell'udienza preliminare, di cui si è detto, col potenziamento dei poteri del giudice per raggiungere una completezza del quadro probatorio, anche stimolato dalle parti e rivolto ad una valutazione prognostica dell'accusa rispetto alla possibilità di successo nella fase dibattimentale.

A questa diversa struttura dell'udienza preliminare si accompagna la possibilità dell'intervento del giudice per assicurare la costante e doverosa corrispondenza dell'imputazione rispetto a quanto emerge dagli atti; ciò perché l'integrazione della prova è funzionale alla precisazione dell'accusa e nel contempo l'insufficienza della contestazione condiziona la verifica della completezza delle indagini, con inevitabili conseguenze anche sull'eventuale celebrazione di riti alternativi, cui la completezza delle indagini è anche finalizzata. L'udienza preliminare diventa così anche luogo privilegiato di stabilizzazione e consolidamento dell'accusa, per ottenere il quale si utilizza lo strumento dell'art. 423 c.p.p.

Lo sviluppo materiale di questa affermazione si realizza con il GUP che, anche in ragione del suo potere di direzione dell'udienza, manifesta alle parti i difetti dell'imputazione o comunque la sua diversa valutazione rispetto ad essa ed il P.M. è gravato di un dovere di ridefinire in modo compiuto l'imputazione; ma, in caso di inerzia, sarà il GUP ad "... apportare direttamente al fatto nel decreto che dispone il giudizio le integrazioni e precisazioni (di tipo non strettamente contenutistico e che non attengano alla materiale consistenza dei fatti addebitati) che (...) si rendano necessarie per descrivere il fatto storico oggetto dell'imputazione (...) nonché, quale espressione indefettibile del principio di legalità e della funzione di *ius dicere*, di dare al fatto una diversa definizione e qualificazione giuridica, riconducendo così la fattispecie concreta allo schema legale che le è proprio, in forza della valenza generale della regola contenuta nell'art. 521, comma 1, c.p.p."; mentre, riscontrato un fatto diverso e sempre dopo

opportuna sollecitazione, il GUP restituirà gli atti al P.M. senza dichiarare la nullità della richiesta di rinvio a giudizio, aspetto questo che pone la decisione in contrasto con la dottrina pressoché unanime (12).

In buona sostanza, si afferma l'applicazione analogica dell'art. 521 c.p.p. *in toto*, ma solo in casi di inerzia o insufficiente attività del P.M., questa norma potrà essere applicata o con il diretto intervento da parte del GUP sull'imputazione (comma 1) o con l'eventuale trasmissione degli atti al P.M. (comma 2), che non dovrà contenere una dichiarazione di nullità della richiesta di rinvio a giudizio.

La decisione, combinando in sequenza il potere di sollecitazione del GUP *ex art.* 423 c.p.p. e l'applicazione analogica dell'art. 521 c.p.p., risponde sia alla lacuna normativa evidenziata nell'udienza preliminare della situazione fisiologica in cui il giudice voglia dare al fatto una diversa qualificazione giuridica del fatto sia alla situazione patologica dell'imputazione generica (13).

Va, infine, segnalata la decisione più recente sul tema della Corte costituzionale (sentenza n. 103 del 2010), investita da un giudice del dibattimento della questione di costituzionalità degli artt. 424, 429 e 521 c.p.p., laddove consentono al GUP di disporre il rinvio a giudizio dell'imputato in relazione ad un fatto qualificato, d'ufficio, giuridicamente in maniera diversa, senza consentire il previo ed effettivo sviluppo del contraddittorio sul punto, chiedendo al

Note:

(12) Bricchetti, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, in Aa.Vv., *Il nuovo processo penale davanti al giudice unico*, Ipsoa, 2000, 121; Cassano, *Nullità della richiesta di rinvio a giudizio per genericità dell'imputazione*, in *Cass. pen.*, 2007, 31; Leo, *Imputazione generica e poteri del giudice dell'udienza preliminare*, in questa *Rivista*, 2004, 1475; Potetti, *Il controllo del giudice dell'udienza preliminare sulla correttezza dell'imputazione*, in *Cass. pen.*, 2002, 1485; Scalfati, *La riforma dell'udienza preliminare tra garanzie nuove e scopi eterogenei*, in *Cass. pen.*, 2000, 2812; Spangher, *Il processo penale dopo la "Legge Carotti"*, *sub artt. 17-18*, in questa *Rivista*, 2000, 188-189; Valentini, *Imputazione e giudice dell'udienza preliminare*, in *Giur. it.*, 2000, col. 437.

(13) Per una ricostruzione dell'approdo interpretativo della giurisprudenza delle Sezioni unite, con piena adesione alla decisione assunta si veda Pistorelli, *Imputazione generica o indeterminata e poteri del giudice dell'udienza preliminare nell'interpretazione delle Sezioni unite della Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.*, 2008, 2318 e ss.; mentre per una critica alla stessa decisione si rinvia a Marinelli, *La genericità o indeterminatezza dell'imputazione nella fase dell'udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 2008, 2327 e ss., questo autore si pone nel solco della dottrina citata alla nota precedente e ravvisa nella violazione del disposto di cui all'art. 417 lett. b) c.p.p. una causa di nullità di ordine generale da valutare di volta in volta se di carattere assoluto o a regime intermedio. Quest'Autore critica altresì l'utilizzo dell'art. 423 c.p.p. per fini diversi da quelli che la lettera della norma autorizza, quali la nebulosità originaria della contestazione.

P.M. di modificare la qualificazione giuridica del fatto e, in caso di inerzia, dell'organo di accusa, disponendo la trasmissione degli atti al P.M.; è evidente come la questione risenta della notissima sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dell'11 dicembre 2007, *Drassich*, che ha censurato l'Italia per aver condannato il ricorrente in ordine ad un fatto diversamente qualificato senza aver consentito all'interessato una previa difesa sul punto. La Corte costituzionale ha dichiarato l'inammissibilità della questione, anche ricordando il tenore dei lavori preparatori al codice e la scelta operata in ordine all'art. 521, comma 1, c.p.p., in funzione di snellezza del procedimento e tuttavia ha indicato la praticabilità di due possibili soluzioni ermeneutiche, compatibili con la tenuta costituzionale della disciplina, anche alla luce della citata giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo, prospettando in particolare che il GUP potrebbe pronunciare un'ordinanza con la quale informare le parti della diversa qualificazione giuridica e così consentire l'esercizio del diritto di difesa anche in ordine ad essa oppure il GUP potrebbe, in analogia a quanto previsto dall'art. 521 c.p.p., restituire gli atti al P.M. perché proceda alla modifica dell'imputazione *in iure*.

In buona sostanza la Corte costituzionale si pone sulla scia della sentenza della giurisprudenza delle Sezioni unite, che avevano anch'esse evidenziato la possibilità di esplicazione del GUP del potere sollecitatorio attraverso l'emanazione di un'ordinanza, così da consentire il contraddittorio su detto potere, riconosciutogli ai sensi dall'art. 423 c.p.p. (14); d'altra parte, non va dimenticato la stessa sentenza delle Sezioni unite 20 dicembre 2007/1 febbraio 2008 n. 5307, *Battistella*, aveva attinto a piene mani dalle indicazioni interpretative fornite dalla Corte Costituzionale con le sentenze emanate sin dalla metà degli anni '90 e giungendo ad una più compiuta definizione procedimentale delle questioni poste in ragione delle modifiche legislative intervenute con la l. n. 479 del 1999.

Alla fine di questo percorso interpretativo può dirsi che queste modifiche hanno prodotto un rafforzamento del controllo sull'esercizio dell'azione penale attraverso un vero e proprio apprezzamento nel merito, che passa necessariamente per una verifica della tenuta degli elementi d'indagine raccolti dalle parti rispetto all'oggetto dell'imputazione; probabilmente queste modifiche erano animate dall'esigenza primaria di deflazionare il numero dei processi che arrivavano al dibattimento, cosa che presuppone una completezza delle indagini per indurre l'imputato ad accedere ai riti alternativi (il rito accusatorio

impone in presenza dell'obbligatorietà dell'azione penale che ad esso si ricorra con parsimonia).

L'ulteriore passaggio (che esula dal tema specifico) è stato rendere possibile l'intervento del potere officioso del giudice in ordine alla prova anche nel corso del giudizio abbreviato, risolvendo così i problemi che per questo rito la Corte costituzionale aveva evidenziato circa la decidibilità del processo allo stato degli atti ed il tema della completezza delle indagini con ricadute in termini di uguaglianza e di efficacia deflattiva di quel rito.

Il principio affermato, a seguito delle modifiche legislative, è il pieno potere del giudice di disporre della prova in via officiosa in qualsiasi momento a determinate condizioni.

L'ulteriore passaggio è la continua verifica delle tenuta dell'oggetto del processo costituita dall'imputazione e la sua possibilità di essere modificata dal giudice, previo contraddittorio delle parti.

Nell'udienza preliminare si ritrova ora anche la sintesi di due delle funzioni tipiche del giudice delle indagini preliminari: giudice dell'azione e della prova ed eventualmente giudice dei riti alternativi.

Nota:

(14) Si segnala che la giurisprudenza di legittimità, sez. I, 18 febbraio-8 marzo 2010, n. 9091, *Di Gati* (in *Cass. pen.*, 2011, 630 e ss.), alla luce della citata decisione della Corte europea per i diritti dell'uomo ha affermato che la garanzia del contraddittorio in ordine alla diversa qualificazione giuridica del fatto operata dal giudice è assicurata pur quando l'imputato abbia comunque avuto modo di interloquire sul tema in una delle fasi del procedimento, ivi compresa quella incidentale in materia di libertà innanzi al tribunale del riesame.

Fonti sovranazionali

Diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona e processo penale

di **Mauro Trogu**

Il nuovo dettato dell'art. 6 TUE, come risultante dal Trattato di Lisbona, non fa venir meno la validità delle considerazioni svolte dalla Corte costituzionale in rapporto alla disciplina anteriore, riguardo all'impossibilità di far derivare la riferibilità dell'art. 11 Cost. alla CEDU nelle materie in cui non sia applicabile il diritto dell'Unione e regolate dalla sola normativa nazionale. In ogni caso, sia la Carta di Nizza, sia la CEDU, hanno la forza di orientare l'interpretazione delle norme legislative e costituzionali nazionali.

Premessa

Negli ultimi due anni la dottrina italiana si è interrogata sugli effetti dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1) nel sistema di tutela dei diritti e delle libertà individuali. Uno dei dubbi è se le innovazioni recate da detto Trattato abbiano comportato il mutamento della collocazione delle norme della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in avanti "CEDU") nel sistema delle fonti del diritto. Il problema investe in pieno la materia processuale penale, spesso sindacata dalla Consulta alla luce della normativa CEDU. Nelle sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007 (2) si era affermato che il nuovo disposto dell'art. 117, comma 1, Cost. (3), ai sensi del quale «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali», collocava le norme CEDU ad un livello gerarchico "interposto" tra legge ordinaria e Costituzione (4). Si era escluso, per contro, che le norme della medesima Convenzione potessero trovare diretta applicazione nell'ordinamento interno in forza dell'art. 11 Cost. e che il giudice nazionale potesse disapplicare la normativa interna contrastante con esse senza sollevare questione di legittimità costituzionale. Ciò sottolineava la differenza tra la CEDU, adottata in seno al Consiglio d'Europa, e l'ordinamento dell'Unione europea (5).

Queste conclusioni sono state rimesse in discussione a seguito delle nuove disposizioni sui diritti fondamentali contenute nell'art. 6 Trattato sull'Unione europea riformato dal Trattato di Lisbona: in giuri-

sprudenza (soprattutto in quella amministrativa) si sono nuovamente affacciate tesi favorevoli a sancire la diretta applicabilità delle norme CEDU per il tramite dell'art. 11 Cost., tanto che la stessa Corte costituzionale è stata nuovamente investita della que-

Note:

(1) Trattato 13 dicembre 2007 che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, in vigore dal 1° dicembre 2009.

(2) Corte cost., 22 ottobre 2007, n. 348 e 22 ottobre 2007, n. 349, in www.cortecostituzionale.it.

(3) L'art. 117 Cost. è stato sostituito dall'art. 3, l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

(4) In particolare, nella sentenza 22 ottobre 2007, n. 349, si legge: «Ciò non significa, beninteso, che con l'art. 117, primo comma, Cost., si possa attribuire rango costituzionale alle norme contenute in accordi internazionali, oggetto di una legge ordinaria di adattamento, com'è il caso delle norme della CEDU. Il parametro costituzionale in esame comporta, infatti, l'obbligo del legislatore ordinario di rispettare dette norme, con la conseguenza che la norma nazionale incompatibile con la norma della CEDU e dunque con gli "obblighi internazionali" di cui all'art. 117, primo comma, viola per ciò stesso tale parametro costituzionale. Con l'art. 117, primo comma, si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, la quale dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati e, con essi, al parametro, tanto da essere comunemente qualificata "norma interposta"; e che è soggetta a sua volta, come si dirà in seguito, ad una verifica di compatibilità con le norme della Costituzione. Ne consegue che al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale "interposta", egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo comma, come correttamente è stato fatto dai rimettenti in questa occasione».

(5) La differenza tra i due ordinamenti, che è data quasi per implicita nella dottrina costituzionalista ed internazionalista, è specificata da F. Viganò, *Fonti europee e diritto italiano*, in questa *Rivista*, 2011, *Speciale Europa e giustizia penale*, 4 ss.

stione (6). La soluzione del problema si muove su due piani: quello del riparto delle competenze tra Unione europea e Stati membri, e quello della portata del nuovo art. 6 Trattato sull'Unione europea.

La ripartizione delle competenze tra Unione europea e Stati membri in materia di processo penale

I testi normativi che reggono l'Unione europea sono due: il Trattato sull'Unione europea (TUE) ed il Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). L'Unione europea è un ente di diritto internazionale con personalità giuridica (7) ma, a differenza degli Stati membri, «non è un ente a finalità e competenze generali» (8). Il TUE delinea questo carattere negli artt. 4 e 5 (9), in forza dei quali l'Unione può esercitare le proprie competenze solo nelle materie espressamente attribuitele dagli Stati membri nei trattati (10). Il principio è precisato dall'art. 7 TFUE, in base al quale «l'Unione assicura la coerenza tra le sue varie politiche e azioni (...) conformandosi al principio di attribuzione delle competenze» (11).

Anche la Corte costituzionale ha precisato che l'ordinamento statale e quello dell'Unione sono autonomi e che il loro rapporto è fondato sull'attribuzione all'Ente sovranazionale di ben definite competenze normative (12). Il fondamento di questa ripartizione è stato individuato nell'art. 11 Cost. (13), ai sensi del quale l'Italia «consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo». In forza di tale disposizione, l'Italia può cedere la potestà normativa all'Unione europea in specifici settori indicati nei trattati. La Consulta ha sempre escluso, invece, che l'art. 11 Cost. possa essere riferito all'ordinamento internazionale del Consiglio d'Europa, in seno al quale è stata adottata la CEDU (14).

Sulla base di tali premesse la Corte di giustizia dell'Unione europea ha elaborato il principio del primato del diritto comunitario (ora dell'Unione), recepito dalla Corte costituzionale dopo alcune ritrosie (15). Detto principio si risolve in una modalità di risoluzione delle antinomie da ascrivere al più generale criterio di competenza (16). Quest'ultimo impone al giudice di applicare la norma dettata dall'ordinamento competente nella materia oggetto di causa e di «non applicare» (17) la norma dettata dall'ordinamento incompetente. Il principio del primato si manifesta fondamentalmente in tre forme (18). La prima è l'effetto di sostituzione: se esiste una norma dell'Unione munita di efficacia diretta (19) ap-

plicabile al caso di specie, il giudice dovrà preferirla alla norma interna (20). La seconda è l'effetto di op-

Note:

(6) Corte cost., 7 marzo 2011, n. 80, in www.cortecostituzionale.it.

(7) L'art. 47 TUE sancisce che «l'Unione ha personalità giuridica».

(8) L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea. Sistema istituzionale - ordinamento - tutela giurisdizionale - competenze*, Milano, 2008, 328.

(9) L'art. 4, par. 1 TUE, così recita: «In conformità dell'articolo 5, qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri», ed il successivo art. 5, parr. 1 e 2, TUE precisa che «la delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. 2. In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri».

(10) Neppure l'attribuzione di personalità giuridica all'Unione può ampliarne le competenze, come è stato affermato nella dichiarazione n. 24 allegata al Trattato di Lisbona, ove si legge che «il fatto che l'Unione abbia personalità giuridica non autorizzerà in alcun modo l'Unione a legiferare o ad agire al di là delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri».

(11) La forza con la quale è stato enunciato il principio di attribuzione induce a ripensare l'autorevolissima opinione, espressa prima della riforma di Lisbona, di mera tendenzialità del principio di attribuzione, L. Paladin, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 426 ss. In merito a ciò, A. Pizzoruzzo, *La produzione normativa in tempi di globalizzazione*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, § 6, afferma che «il trattato di Lisbona, infatti, eliminando la parola "costituzione" e confermando il principio di attribuzione con un'attenzione che non può non risultare significativa anche ai fini dell'interpretazione delle singole clausole, sembra aver voluto soprattutto riaffermare il carattere limitato del trasferimento di sovranità effettuato dagli Stati a favore dell'Unione e su ciò verrà probabilmente fondata la rivendicazione di eventuali limiti derivanti al diritto comunitario dalla Costituzione statale».

(12) Corte cost. 27 dicembre 1973, n. 183 e Corte cost. 30 ottobre 1975, n. 232, entrambe su www.cortecostituzionale.it.

(13) Cfr. G. Tesaurò, *Costituzione e norme esterne*, in *Dir. dell'Unione europea*, 2009, 2, 204 ss.

(14) Tra le altre, Corte cost., 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349; Corte cost. 7 marzo 2011, n. 80.

(15) Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170, in www.cortecostituzionale.it, (nota come sentenza *Granital*).

(16) R. Bin - G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, IX ed., Torino, 2008, 398 ss.

(17) Si è rilevato che sarebbe scorretto parlare di disapplicazione, in quanto questo strumento è direttamente collegato al concetto di invalidità dell'atto normativo. Poiché il criterio di competenza non genera relazioni di validità/invalidità, la Consulta ha preferito parlare di «non applicazione».

(18) L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea cit.*, 214 ss. e 245 ss.

(19) Sul concetto di efficacia diretta cfr. L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea cit.*, 214 ss.

(20) Tale rapporto verrà poi definitivamente chiarito e precisato da Corte cost., 8 giugno 1984, n. 170 (nota come sentenza *Granital*), che ha indicato al giudice ordinario quale sia la strada da percorrere qualora egli si trovi di fronte ad una norma direttamente applicabile (nella specie, un regolamento *self executing*). Sul punto, tra gli altri, cfr. R. Luzzato, *Il diritto europeo e la Costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 117*, in *Dir. dell'Unione europea*, 1/2008, 4.

posizione: se si versa in una materia di competenza dell'Unione e una norma interna contrasta con una norma o con un principio generale del diritto dell'Unione privi di efficacia diretta, essa non può essere applicata dal giudice nazionale (21); in questo caso si dice che la norma o il principio dell'Unione *ostano* all'applicazione della normativa interna, che dovrà essere annullata dal nostro giudice costituzionale per contrasto con gli artt. 11 e 117 Cost. La terza è l'obbligo di interpretare il diritto interno conformemente al diritto sovranazionale qualora ciò non sia impedito dalla lettera della legge. Il principio del primato del diritto dell'Unione ha ad oggetto tutte le fonti normative dell'Ente sovranazionale: diritto primario, principi generali, diritto derivato, sentenze della Corte di giustizia dell'Unione.

Da ciò consegue l'importanza del principio di attribuzione, in forza del quale vengono individuate le materie di competenza dell'Unione nelle quali può manifestarsi il primato del suo diritto. Il principio di attribuzione, però, è un mero criterio ordinatore (22), cosicché per individuare gli ambiti normativi assegnati all'Unione occorre rifarsi agli artt. 3 e 4 TFUE: il primo indica i settori di competenza esclusiva dell'Unione (23); il secondo indica i settori di competenza concorrente tra l'Unione e gli Stati membri. Nei campi di competenza concorrente «l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti in tale settore. Gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui l'Unione non ha esercitato la propria» (art. 2, par. 2, TFUE). Rientra tra i settori di competenza concorrente lo «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» (art. 4, par. 2, lett. j), TFUE), che comprende le misure di cooperazione giudiziaria in materia penale. In particolare, il Protocollo n. 25 (24) allegato al Trattato di Lisbona ci pone di fronte ad una materia in cui vige una ripartizione flessibile delle attribuzioni (25), stabilendo che l'esercizio di competenza dell'Unione «copre unicamente gli elementi disciplinati dall'atto dell'Unione in questione» e non l'intero settore. Le fonti dell'Unione possono dunque incidere sull'interpretazione, sull'efficacia e sulla validità di una parte del diritto processuale penale tramite il meccanismo di limitazione della sovranità ricavato dall'art. 11 Cost., nonché per effetto dei vincoli posti dall'art. 117, comma 1, Cost. (26).

Il TFUE, in effetti, estende notevolmente la competenza dell'Unione in materia di cooperazione giudiziaria. Anzi, può dirsi che i limiti dell'assistenza giudiziaria sono stati valicati, e che la competenza dell'Unione giunge fino al cuore della disciplina del

processo penale. Il fulcro di questa rivoluzione è l'art. 82, par. 2, TFUE. Esso prevede che «laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e la cooperazione di polizia e giudiziaria nelle materie penali aventi dimensione transnazionale, il Parlamento europeo e il Consiglio possono stabilire norme minime deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria. Queste tengono conto delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Esse riguardano: a) l'ammissibilità reciproca delle prove tra gli Stati membri; b) i diritti della persona nella procedura penale; [...]». In questa disposizione risiede la grande novità: per la prima volta in un Trattato dell'Unione europea compare un riferimento alla persona sottoposta a procedimento penale ed all'ammissibilità delle prove, fatto che va letto insieme con il nuovo valore che ai diritti fondamentali viene attribuito dall'art. 6 TUE, sul quale ci si soffermerà più avanti. Non appare azzardato ipotizzare che questa disposizione, sebbene strumentale all'af-

Note:

(21) Un recentissimo esempio di manifestazione dell'effetto di opposizione in materia penale lo si trova in CGUE, sentenza 28 aprile 2011, causa C-61/11 PPU, in cui la Corte ha affermato che «la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 16 dicembre 2008, 2008/115/CE, recante norme e procedure comuni applicabili negli Stati membri al rimpatrio di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in particolare i suoi artt. 15 e 16, deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa di uno Stato membro, come quella in discussione nel procedimento principale, che preveda l'irrogazione della pena della reclusione al cittadino di un paese terzo il cui soggiorno sia irregolare per la sola ragione che questi, in violazione di un ordine di lasciare entro un determinato termine il territorio di tale Stato, permanga in detto territorio senza giustificato motivo». Su tale problematica cfr., su tutti, F. Viganò, L. Masera, *Inottemperanza dello straniero all'ordine di allontanamento e "direttiva rimpatri" UE: scenari prossimi venturi per il giudice penale italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, 1710; Eid., *Illegittimità comunitaria della vigente disciplina delle espulsioni e possibili rimedi giurisdizionali*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.* 2010, 560; F. Viganò, *Il dibattito continua: ancora in tema di direttiva rimpatri e di inosservanza agli ordini di allontanamento*, in www.penalecontemporaneo.it.

(22) P. Bilancia, *La ripartizione di competenze tra Unione europea e Stati membri*, in P. Bilancia - M. D'Amico (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, 100 ss.

(23) In questi «solo l'Unione può legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti», art. 2, par. 1, TFUE.

(24) Protocollo n. 25 sull'esercizio della competenza concorrente allegato al Trattato di Lisbona.

(25) Sul concetto di ripartizione flessibile si sofferma F. Modugno, *È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?*, intervento tenuto al Convegno dal titolo "Il pluralismo delle fonti previste in Costituzione e gli strumenti per la loro composizione", Roma 27-28 novembre 2008, reperibile sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it.

(26) Che parrebbe essere riservata dall'art. 117, comma 2, lett. l) Cost. alla sola legge statale.

fermazione del principio del reciproco riconoscimento, possa un giorno costituire il fondamento di uno “statuto europeo dell'imputato” o, addirittura, di un “modello processuale” europeo (27). Se, allo stato attuale, si è ancora lontani da tali risultati, è altrettanto vero che non sono mancate dichiarazioni di intenti in tal senso. In particolare, con la risoluzione del Consiglio 30 novembre 2009 (28) si è affermato che al fine di assicurare l'equità dei procedimenti penali occorre un'azione specifica riguardante i diritti procedurali (considerando n. 5) (29). Ciò che appare insufficiente sotto questo profilo è, però, la tecnica normativa utilizzata dalle istituzioni dell'Unione, anche ora che è entrato a regime il nuovo assetto *post* Lisbona: le recenti proposte normative in tema di cooperazione giudiziaria in materia penale non tengono nella benché minima considerazione l'esigenza di riconoscere i diritti dell'imputato (30), mentre questi formano oggetto di altre direttive. Il risultato è un panorama normativo multiforme e, a nostro avviso, poco incisivo.

La portata del nuovo art. 6 TUE

Il secondo piano su cui occorre muoversi, e che è stato rimarcato dalla Corte costituzionale con la sentenza 7 marzo 2011, n. 80, è quello della portata del nuovo art. 6 TUE, secondo cui «1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni. 2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati. 3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Tale articolo è stato rinnovato a Lisbona «in una inequivoca prospettiva di rafforzamento dei meccanismi di protezione dei diritti fondamentali» (31). I tre paragrafi di cui si compone hanno ciascuno una portata determinata e distinta, ragione per la quale è

opportuno procedere ad una lettura separata degli stessi. Punto di partenza per il loro esame è che all'Unione europea non è attribuita alcuna competenza generale in materia di diritti fondamentali, i quali pertanto assumono rilevanza solo nella produzione normativa dell'Unione e nei settori delle legislazioni statali ad essa collegati (32).

(segue): il primo paragrafo dell'art. 6 TUE

Ciò premesso, il primo paragrafo dell'art. 6 TUE afferma che «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea [...] che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati». La disposizione va letta

Note:

(27) Anche sulla scorta di quanto previsto dall'art. 86 TFUE in ordine all'istituzione della Procura europea e alle sue funzioni.

(28) Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009, relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, in GUUE del 4 dicembre 2009, C 295/1.

(29) Come allegato alla risoluzione, il Consiglio ha approvato una “tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali”, che prevede l'adozione di misure circa: a) la traduzione ed l'interpretazione degli atti processuali in favore dell'imputato che non parli o non capisca la lingua in cui si svolge il procedimento (la misura è stata già adottata con la direttiva 2010/64/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010, in GUUE del 26 ottobre 2010, L 280/1); b) l'informazione sui diritti di difesa e sull'accusa elevata a carico dell'imputato; c) il diritto alla consulenza legale ed all'assistenza legale gratuita; d) la comunicazione dell'accusato con i propri familiari, il proprio datore di lavoro e le autorità consolari; e) le garanzie da approntare in favore di c.d. imputati “vulnerabili”; f) l'adozione di un libro verde sulla carcerazione preventiva. Si tratta evidentemente di singole garanzie e facoltà inerenti al diritto di difesa, fatto che lascia intendere come l'Unione non voglia imporre direttamente un determinato modello processuale calandolo dall'alto. Non si impone, in altri termini, il sistema accusatorio fondato sul contraddittorio, nonostante questo sia il modello emergente dall'art. 6 CEDU ma, in attuazione della politica dei piccoli passi, si inizia a garantire un certo grado di tutela del diritto di difesa, arricchendolo di facoltà specifiche, fatto che inevitabilmente condurrà ad influenzare anche il modello processuale di ciascuno Stato membro.

(30) Si pensi al vuoto in ordine al diritto di difesa esistente nella iniziativa di alcuni Stati membri volta a proporre l'adozione di una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'ordine europeo di indagine penale, pubblicata nella GUUE il 24 giugno 2010. All'origine del difetto vi è la previsione di due diverse basi giuridiche per l'esercizio delle competenze in materia di cooperazione giudiziaria (art. 82, par. 1, TFUE) e per le politiche di ravvicinamento delle disposizioni legislative (art. 82, par. 2, TFUE).

(31) In questi termini si esprime Corte cost. 7 marzo 2011, n. 80.

(32) R. Luzzato, *Il diritto europeo e la Costituzione italiana* cit., 17; G. Tesaurò, *Costituzione e norme esterne* cit., 221; U. Draetta, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento italiano: un contrasto non più solo teorico*, in *Dir. dell'Unione europea*, 2007, 1, 13 ss.

unitamente all'art. 51, par. 1, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in avanti anche "Carta" o "Carta di Nizza"), ai sensi del quale «le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze» (33).

L'art. 6 TUE colloca dunque la Carta al livello gerarchico più alto nell'ordinamento dell'Unione. Ne deriva che essa vincola sia il legislatore europeo nella produzione del diritto derivato (regolamenti, direttive e decisioni), sia la Corte di giustizia dell'Unione nel giudizio di legittimità dello stesso diritto derivato e nella sua interpretazione (34), sia il legislatore nazionale nell'attuazione degli obblighi comunitari (35). Occorre allora verificare quale sia la portata materiale di questa sua nuova collocazione. La Carta, infatti, contiene degli espressi richiami alla CEDU. Il suo art. 52, par. 3, enuncia, in primo luogo, una "clausola di equivalenza": «laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa» (36). In secondo luogo, l'art. 53 contiene una "clausola di compatibilità", per la quale «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciute, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli stati membri» (37).

La clausola di equivalenza è idonea a far sì che le laconiche enunciazioni contenute nella Carta e inerenti le libertà personale (art. 6), domiciliare e di comunicazione (art. 7), i diritti alla difesa (art. 48, par. 2), ad un processo equo (art. 47, par. 2) o ancora la presunzione di innocenza (art. 48, par. 1) possano essere "riempite" con i diritti e con le facoltà dettagliatamente elencati dagli artt. 5, 6 e 8 CEDU (38); starà all'interprete, quindi, ricostruire il contenuto dei singoli diritti proclamati a Nizza (39).

Secondo questa ricostruzione, non la CEDU quale

Note:

(33) A ciò si aggiunga che il successivo par. 5 del medesimo art. 51 Carta di Nizza stabilisce che «Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti».

(34) Con ciò la Carta perde il valore meramente politico che le era stato finora riconosciuto, per acquistare una sicura efficacia giuridica. Sul punto cfr., tra gli altri, U. Villani, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di costituzione europea*, in *Dir. dell'Unione europea*, 1/2004, 76; V. Sciarabba, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, 101 ss.; M. Siclari (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2003, 113 ss.; U. Draetta, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento italiano cit.*, 13 ss.

(35) Ciò rappresenta una grande novità, in quanto in passato i diritti fondamentali enunciati nella Carta, seppure ispiravano l'azione dell'Unione, non la vincolavano formalmente ed il loro rispetto era rimesso alla buona volontà delle istituzioni e della Corte di giustizia. Sulla evoluzione della giurisprudenza della Corte in materia di diritti fondamentali L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea cit.*, 148 ss.; G. Guzzetta, *Garanzia multilivello dei diritti e dialogo tra le corti nella prospettiva di un bill of rights europeo*, in A. D'Atena - P. Grossi (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004, 155 ss.; G. Demuro, *Costituzionalismo europeo e tutela multilivello dei diritti*, Lezioni, Torino, 2009, 57 ss.; Sul punto v. anche M. D'amico, *Trattato di Lisbona: principi, diritti, e "tono costituzionale"*, in P. Bilancia - M. D'Amico (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, 67 ss.; A. Loidice, *L'incorporazione della Carta di Nizza nella Convenzione europea: innovazioni nella tutela multilivello dei diritti*, in P. Bilancia - E. De Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, Milano, 2004, 81 ss.; P. Carretti, *La tutela dei diritti fondamentali nella prospettiva della costituzione europea*, *ivi*, 76 ss.

(36) Sul valore di detta clausola v. F. S. Marini, *I diritti fondamentali della CEDU e della Carta dell'Unione europea come diritti pubblici soggettivi*, in A. D'Atena - P. Grossi, *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello tra Europa e Stati nazionali*, Milano, 2004, 57 ss.; T. Groppi, *Portata dei diritti garantiti*, in R. Bifulco - M. Cartabia - A. Celotto (a cura di) *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna 2001, 351 ss.; si sofferma invece sui problemi interpretativi posti da questa clausola G. Guzzetta, *Garanzia multilivello dei diritti e dialogo tra le corti cit.*, 158 ss.

(37) F. S. Marini, *I diritti fondamentali della CEDU e della Carta dell'Unione europea come diritti pubblici soggettivi cit.*, 58 ss.

(38) In tal senso depongono anche le "Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali" elaborate dal *praesidium* della Convenzione che aveva redatto la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ed aggiornate sotto la responsabilità del *praesidium* della Convenzione europea, pubblicate in GUUE del 14.12.2007, C 303/17. Sui contenuti dei singoli diritti enunciati nella Carta di Nizza cfr. Aa.Vv. *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, R. Bifulco - M. Cartabia - A. Celotto (a cura di), Bologna 2001. Per i diritti e le libertà inerenti il processo penale, vedasi G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea. Le regole del giusto processo*, II ed., Milano, 2009.

(39) R. Baratta, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Dir. dell'Unione europea*, 2008, 1, 37.

atto di diritto internazionale, ma le norme in essa contenute e richiamate dalla Carta dovrebbero, da un lato, assurgere a parametro di legittimità del diritto derivato dell'Unione (regolamenti, direttive e decisioni) e, dall'altro, divenire direttamente efficaci nei settori degli ordinamenti interni che costituiscono attuazione del diritto dell'Unione. Questo limite posto all'influenza della Carta sulle legislazioni nazionali permette di affermare che la CEDU non assume efficacia diretta in tutto l'ordinamento nazionale nemmeno per il tramite della Carta di Nizza, restandone fuori sia i settori di esclusiva competenza nazionale, sia quelli di competenza concorrente in cui non sono intervenuti atti normativi dell'Unione (40).

Nell'ambito del processo penale, quindi, la Carta potrà trovare applicazione diretta tramite l'art. 6 TUE solo allorché vi sia una produzione normativa dell'Unione nella materia interessata (41), come ad esempio accade in tema di *ne bis in idem* internazionale (42). In particolare, quando l'esigenza di garantire la reciproca fiducia fra Stati membri (43) avrà spinto il legislatore europeo a disciplinare buona parte dell'ambito del diritto di difesa e delle libertà dell'imputato, l'effetto di opposizione e quello di sostituzione del diritto dell'Unione potranno incidere anche in questo settore (44). La Corte di giustizia avrà sicuramente un ruolo determinante nel processo espansivo della sfera di pertinenza dell'Unione. La competenza dell'Unione in tema di diritti dell'imputato può essere quindi vista come un mosaico che quanto più si compone di tasselli normativi tanto più si presta ad essere "colorato" dalle pronunce della Corte di giustizia, che a quel punto potrà affermare la propria competenza provocando un circuito (si spera virtuoso) di produzione normativa.

Ma anche i giudici ordinari, le corti e i tribunali costituzionali nazionali avranno un ruolo importante al fine di garantire coerenza nella tutela dei diritti in Europa; a tal fine essi dovranno orientare l'interpretazione delle disposizioni interne verso le norme della Carta di Nizza e della CEDU, qualora queste fonti garantiscano maggiormente le libertà e i diritti considerati dalla legge interna da interpretare.

(segue): il secondo paragrafo

Il par. 2 dell'art. 6 TUE pone le basi per l'adesione dell'Unione europea alla CEDU. Esso stabilisce che «l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati». La necessità di dettare una simile disposizione è sorta da un im-

portante episodio storico. Infatti, seppure l'Unione sia un ente munito di personalità internazionale, la Corte di giustizia nel 1996 espresse parere contrario alla possibilità di adesione della Comunità europea alla CEDU (45). L'art. 6, par. 2, TUE, superando questa posizione, assume una duplice rilevanza. Da un lato, una volta avvenuta l'adesione, è possibile immaginare che all'interno dell'Unione europea sarà potenziato il sistema di tutela giurisdizionale dei

Note:

(40) Sul punto la dottrina e la giurisprudenza (in particolare quella amministrativa) hanno registrato anche recentemente delle oscillazioni. L'opinione condivisa nel testo, oltre ad essere stata recepita da Corte cost. 7 marzo 2011, n. 80, è autorevolmente sostenuta da G. Tesaurò, *Costituzione e norme cit.*, 221 e da A. Celotto, *Il trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?* (in margine alla sentenza 122072010 del Consiglio di Stato) in *Giust. Amm.*, 21 maggio 2010, nonché da R. Sestini, *Il trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?* (in margine alla nota del Prof. Celotto), in *Giust. Amm.* 26 maggio 2010; L. D'Angelo, "Comunitarizzazione" dei vincoli internazionali CEDU in virtù del Trattato di Lisbona? No senza una *expressio causae* (nota a *Cons. St.*, sez. IV, del 02.3.2010, n. 1220 e *Tar Lazio*, Sez. II-bis, del 15.05.2010 n. 11984) in *Quad. Cost.*, 27 maggio 2010. In termini maggiormente dubitativi F. Sorrentino, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corr. Giur.*, 2010, 148. Sul punto cfr. anche B. Piattoli, *Diritto giurisprudenziale Cedu, garanzie europee e prospettive costituzionali*, in questa *Rivista*, 2008, 264.

(41) Permettendo alla Corte di giustizia di affermare la sua competenza, seguendo la costante giurisprudenza per la quale «i principi generali del diritto comunitario di cui il giudice comunitario assicura il rispetto rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile; *in primis* gli atti comunitari, poi gli atti nazionali di attuazione di normative comunitarie, infine le deroghe nazionali a norme comunitarie», non avendo la Corte dell'Unione competenza nei confronti di normative che non entrano nel campo di applicazione del diritto comunitario, CGCE, sentenza 18 giugno 1991, C-260/89, *ERT*; CGCE, sentenza 4 ottobre 1991, C-159/09, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland*; CGCE, sentenza 29 maggio 1998, C-299/05, *Kremzow*. Sul fatto che la competenza della Corte di giustizia trovi un limite invalicabile nel principio delle competenze di attribuzione, G. Tesaurò, *Costituzione e norme esterne cit.*, 221.

(42) Molto interessante e sicuramente condivisibile è a tal proposito la pronuncia di Trib. Milano, 6 luglio 2011, Walz, in www.penalecontemporaneo.it, che ha pronunciato sentenza di non luogo a procedere nei confronti degli imputati «in applicazione del principio del *ne bis in idem* a norma degli artt. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'U.E. - carta di Nizza, e art. 6 Trattato U.E. versione consolidata dopo il Trattato di Lisbona, essendo stati gli imputati già giudicati per il medesimo fatto con sentenza definitiva» emessa da un giudice tedesco.

(43) Al fine di rendere più efficace il principio del mutuo riconoscimento delle sentenze e dei provvedimenti giurisdizionali.

(44) Conformemente E. Gianfrancesco, *Incroci pericolosi: CEDU, Carta dei diritti fondamentali e Costituzione italiana tra Corte costituzionale, Corte di giustizia e Corte di Strasburgo*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, n. 1/2011.

(45) Parere n. 2/94 del 28 marzo 1996 *sull'adesione della Comunità alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo*, in *Racc.* p. I-1758, con il quale la Corte di giustizia CE escludeva che la Comunità europea potesse aderire alla Convenzione.

diritti individuali, riconoscendo un ruolo anche alla Corte di Strasburgo. Dall'altro la CEDU assumerà una nuova collocazione nel sistema delle fonti dell'Unione. Infatti la Corte di giustizia ha affermato che le norme dei trattati stipulati dall'Unione possono avere efficacia diretta negli ordinamenti degli Stati membri. Sarà necessario e sufficiente dimostrare che la natura e la struttura dell'accordo permettono in generale di riconoscere effetti diretti alle sue disposizioni e che la specifica disposizione che interessa presenta i caratteri della sufficiente precisione ed incondizionatezza (46). In ogni caso, anche questa disposizione si chiude con la precisazione che «tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati».

Sarà il tenore dell'accordo di adesione (47) alla CEDU a far capire quanto i singoli cittadini potranno invocare la Convenzione di fronte ai giudici nazionali o dell'Unione (48).

(segue): il terzo paragrafo dell'art. 6 TUE

Il terzo ed ultimo paragrafo dell'art. 6 TUE afferma che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (49). Questa è la parte dell'articolo in esame che ha subito le minori modifiche con la riforma di Lisbona.

Poiché il Trattato non opera un rinvio in senso tecnico alle fonti di ispirazione indicate (tradizioni costituzionali comuni e Convenzione europea), la Corte di giustizia resta libera di individuarne per via ricognitiva i contenuti, il che comporta una certa imprevedibilità dei suoi approdi, ma evita la cristallizzazione dei diritti in una fonte scritta (50). Quanto a forza giuridica, i principi generali del diritto dell'Unione sono assai vicini al diritto primario. Essi vincolano il legislatore europeo dal punto di vista materiale e devono guidare l'interprete nell'esegesi degli atti comunitari: se l'atto comunitario viola un principio generale, la Corte di giustizia può annullarlo. La stessa Corte può dichiarare l'incompatibilità delle norme nazionali dettate in attuazione di un obbligo comunitario con un principio generale del diritto dell'Unione (51), aprendo la strada alle varie procedure previste dai trattati dell'Unione europea per ripristinare la conformità della legislazione statale a quella dell'Unione (52). Per contro, l'organo giurisdizionale europeo non può sindacare la legislazione nazionale che non abbia questa relazione con il diritto dell'Unione (53); pertanto, un eventuale

ricorso sarà dichiarato inammissibile. In ragione di ciò il diritto processuale penale degli Stati membri resterà fuori dal cono di influenza dell'art. 6, par. 3, TUE, fintantoché non vi sarà una produzione normativa dell'Unione in materia (54), nel senso sopra esposto (55).

Note:

(46) L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea* cit., 220 ss. Ad ogni modo, alcuni osservatori ritengono che fin da ora sia possibile prevedere un duplice effetto come conseguenza dell'adesione alla Convenzione: da un lato i cittadini godrebbero di un grado di protezione nei confronti delle istituzioni europee di pari livello rispetto a quello di cui beneficiano negli Stati membri; dall'altro lato l'adesione dovrebbe ridurre i contrasti fra le due Corti in tema di diritti umani garantiti dalla CEDU. In tal senso S. Catalano, *Trattato di Lisbona e "adesione" alla Cedu: brevi riflessioni sulle problematiche comunitarie e interne*, in P. Bilancia - M. D'Amico (a cura di), *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, Milano, 2009, 238. Si dubita fortemente, tuttavia, che possa essere condivisa l'idea espressa, seppure in via ipotetica, dal medesimo Autore, circa la possibile applicabilità diretta della Convenzione negli Stati membri una volta concluso il procedimento di ratifica dal parte dell'Unione. L'art. 6, paragrafo 2, TUE, prevede, come si è detto, che l'adesione non comporta l'ampliamento delle attribuzioni dell'Unione, e quindi non permette l'applicazione diretta della fonte in una materia non di competenza dell'Unione.

(47) Il quale dovrà svolgersi secondo le modalità indicate nel Protocollo n. 8 al Trattato di Lisbona.

(48) Sul punto cfr. S. Catalano, *Trattato di Lisbona e "adesione" alla Cedu* cit., 233.

(49) La categoria dei diritti fondamentali come principi generali del diritto venne creata proprio dalla Corte di giustizia al fine di garantire una loro tutela nell'ambito comunitario, che non prevedeva norme scritte in materia. Solo con il Trattato di Maastricht del 1990 nell'art. 6 TUE venne inserito il riferimento ai diritti fondamentali quali principi generali del diritto dell'Unione. Sul cammino della Corte con l'indicazione delle tappe fondamentali si rinvia a G. Demuro, *Costituzionalismo europeo e tutela multilaterale dei diritti*, cit., 57 ss.

(50) Cfr. *supra*, nota 35.

(51) Anche in questo caso, dunque, è fondamentale precisare che perché la Corte di giustizia possa intervenire deve esistere un collegamento tra il comportamento dello Stato membro ed il diritto dell'Unione, nel senso che lo Stato deve avere agito per attuare una norma del Trattato o un atto delle istituzioni o che il provvedimento sia stato assunto in un settore rientrante nella competenza dell'Unione.

(52) Potranno darsi, ad esempio, ricorsi per infrazione contro lo Stato inadempiente, o ricorsi individuali per il risarcimento del danno che il singolo cittadino lamenta di avere subito.

(53) Cfr. CGCE, ord. 26 marzo 2009, C-535/08, *Pignataro*; CGCE, ord. 25 gennaio 2007, C-302/06 *Koval'ský*; CGCE, sentenza 4 ottobre 1991, C-159/90, *Grogan*; CGCE, sentenza 29 maggio 1997, C-299/95, *Kremzow*. Sulla portata dei principi generali del diritto dell'Unione v. L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea* cit., 141 ss.

(54) Sulla possibilità che il diritto dell'Unione possa farsi "veicolo" delle norme CEDU anche in ambito nazionale v. A. Ruggeri, *Ancora in tema di rapporti tra CEDU e Costituzione: profili teorici e questioni pratiche*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

(55) Non sarà sfuggito che la forza vincolante dei principi generali è molto vicina, nella sostanza, al diritto dei trattati, solo che quest'ultimo, essendo codificato, offre garanzie di certezza maggiori. Ed allora si impone una lettura sistematica del primo e del terzo (segue)

In conclusione, non può che condividersi l'opinione secondo cui, nei limiti del principio di attribuzione, il nuovo art. 6 TUE offrirà la possibilità di «invocare, alternativamente o cumulativamente, la Carta, la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri», dando vita ad un concorso di fonti che sarà regolato «dal principio dello standard massimo di protezione» (56).

La tutela giurisdizionale nell'attuale assetto

Non vi è studioso del processo penale che possa ragionevolmente osteggiare un'idea che tenda all'effettivo riconoscimento delle garanzie proprie dell'equo processo nell'ordinamento italiano e nel più ampio panorama europeo. Gli stessi tentativi volti a riconoscere l'applicabilità diretta della CEDU nel nostro ordinamento, ricollegando alle sue norme l'effetto di sostituzione o l'effetto di opposizione, appaiono mossi da questo nobile fine. Ma la diretta applicabilità di una norma esterna, che spesso non è regola bensì principio, con conseguente disapplicazione della norma interna in contrasto con essa, oltre a porre problemi di legalità processuale, implica l'impiego da parte del giudice comune di strumenti interpretativi molto delicati nell'ottica del nostro assetto costituzionale (57). Si tratterebbe, invero, di passare da un sindacato di legittimità costituzionale accentrato ad uno diffuso, con la perdita di un giudice che operi come referente di livello costituzionale (58). Le conseguenze sarebbero assai difficili da gestire (59), ed è per questo che la strada intrapresa in questi anni dalla Consulta è preferibile, essendo quella capace di garantire all'individuo il maggior numero di rimedi giurisdizionali effettivi (60) e una maggiore certezza del diritto (61). Le ragioni che sostengono questa conclusione sono due.

La prima è che l'individuazione della norma applicabile non è un giudizio di validità, ma è un problema di interpretazione che deve essere risolto dal giudice del caso concreto. Nel nostro sistema giurisdizionale né la Corte costituzionale, né la Corte EDU possono essere adite in via pregiudiziale al fine di dirimere un dubbio relativo ad una simile questione. L'unico giudice superiore a cui è attribuita una potestà interpretativa in via pregiudiziale è la Corte di giustizia di Lussemburgo, che però può intervenire esclusivamente nei limiti delle competenze attribuite all'Unione.

Quando il giudice nazionale deve scegliere se applicare una norma interna o una norma dell'Unione europea, nei casi dubbi (*hard cases*) egli può rivolgersi alla Corte di giustizia con una richiesta di interpretazione pregiudiziale (art. 267, cpv., TFUE). Tale possibilità diventa un obbligo quando le parti

chiedano il rinvio alla Corte di giustizia ad un giudice nazionale «avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno» (art. 267, 2 cpv., TFUE). Il rinvio pregiudiziale è ammesso anche quando si sospetti che una norma interna sia incompatibile con una norma o con un principio generale del diritto dell'Unione. La soluzione interpretativa fornita dalla Corte di giustizia vincola il giudice ordinario (62) e la tutela giurisdizionale offerta dal sistema appare completa (63).

Note:

(continua nota 55)

paragrafo dell'art. 6 TUE: perché riaffermare che i diritti e le libertà fondamentali entrano nel diritto dell'Unione come principi generali (e quindi come fonte di grado interposto fra il diritto dei trattati e quello derivato dell'Unione), se nel primo paragrafo gli si attribuisce addirittura, mediante il richiamo alla Carta di Nizza, lo stesso valore giuridico dei trattati? Le due norme parrebbero contraddittorie, o quanto meno una delle due sarebbe superflua. Ma così non è. Infatti, le fonti dalle quali la Corte di giustizia può ricavare i principi fondamentali non sono semplicemente le disposizioni della CEDU, ma anche le tradizioni costituzionali degli Stati membri. La categoria dei principi generali, quindi, può innovarsi senza necessità di modificare i trattati o la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Essa rappresenta una categoria "aperta", capace di adattarsi alle evoluzioni di altri ordinamenti (quello della Convenzione, o quelli degli Stati membri). D'altro canto, essa può contenere principi e portare alla tutela di diritti non espressamente contenuti nella Carta. La sua natura, quindi, la rende molto più fruibile da parte della Corte di giustizia, che è libera (ed in ciò imprevedibile) di ricavare per via induttiva nuovi principi generali del diritto dell'Unione. In senso analogo G. Demuro, *Costituzionalismo europeo e tutela multilivello dei diritti*, cit., 48-49.

(56) L. Daniele, *La protezione dei diritti fondamentali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona: un quadro d'insieme*, in *Dir. dell'Unione europea*, 2009, 3, 652, il quale precisa altresì che occorrerà «dare la prevalenza, di volta in volta, a quella tra le varie fonti richiamate dall'art. 6 che assicuri il livello di tutela più elevato in termini sia di diritti protetti che di portata della protezione assicurata, senza necessità di stabilire alcun ordine gerarchico o di definire alcun campo d'applicazione differenziato».

(57) E. Gianfrancesco, *Incroci pericolosi* cit.

(58) Sull'importante ruolo svolto in tal senso dalla Corte costituzionale italiana V. Onida, *La Corte e i diritti: tutela dei diritti fondamentali e accesso alla giustizia costituzionale*, in *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Milano, 1999, 1095 ss.

(59) Alcuni importanti studi hanno messo in luce a volte la riottosità, altre volte l'eccessiva disinvoltura, con cui i giudici comuni hanno applicato il "decalogo" formulato dal Giudice costituzionale con le sentenze nn. 348 e 349 del 2007. Ci si riferisce in particolare ai contributi di E. Lamarque, *Il vincolo alle leggi statali e regionali derivante dagli obblighi internazionali nella giurisprudenza comune*, Relazione presentata al Seminario dal titolo *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguate*, Roma, 6 novembre 2009, e I. Carlotto, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale: un'analisi sul seguito giurisprudenziale*, inedito, reperibili entrambi sul sito www.associazioneitalianadeicostituzionalisti.it.

(60) Onida, *La Corte e i diritti* cit., 1095 ss.

(61) E. Gianfrancesco, *Incroci pericolosi* cit.

(62) CGCE, sentenza 3 febbraio 1977, *Benedetti*, causa 52/76.

(63) Sull'importanza della funzione svolta dall'istituto del rinvio pregiudiziale L. Daniele, *Diritto dell'Unione europea* cit., 301 ss.

Qualora il giudice dovesse porsi i medesimi dubbi di fronte a due norme, di cui una interna ed una della CEDU (o della Carta di Nizza), occorre distinguere due ipotesi. Se la materia rientra tra le competenze dell'Unione, il giudice nazionale può sempre rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia; infatti in questo caso la norma CEDU (o della Carta di Nizza) assume rilevanza nell'ordinamento dell'Unione tramite l'art. 6 TUE. Qualora invece la materia esuli dalle competenze dell'Unione, la Corte di giustizia non può essere adita. Da ciò consegue che, se si affermasse la teoria della diretta applicabilità delle norme della CEDU (o della Carta di Nizza) al di là delle competenze dell'Unione (64), si andrebbe incontro a gravi conseguenze. La prima, già evidenziata, è che la Corte di giustizia non potrebbe essere adita; la seconda è che il giudice ordinario non potrebbe rivolgersi alla Corte costituzionale per chiedere quale norma deve essere applicata; trattandosi di questione meramente interpretativa, il ricorso è inammissibile; la terza è che neppure la Corte di Strasburgo potrebbe pronunciarsi in via pregiudiziale. In definitiva, il giudice comune si troverebbe a compiere un giudizio di legittimità privo di regolamentazione. Nel nostro ordinamento, infatti, la regola dello *stare decisis* non è formalizzata, né seguita uniformemente nella prassi. Attribuendo al giudice ordinario il potere-dovere di disapplicare la norma interna in contrasto con la CEDU si rischierebbe di lasciare le parti processuali prive di rimedi giurisdizionali "costituzionali".

La seconda ragione è che l'Italia può accettare le limitazioni di sovranità di cui all'art. 11 Cost. con il limite dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e della maggior tutela dei diritti inalienabili della persona (65). È questo il sunto della teoria dei contro-limiti elaborata dalla Corte costituzionale (66). Invero, le fonti esterne non sempre sono qualitativamente migliori della Costituzione italiana per quanto attiene alla tutela delle libertà individuali. In questo quadro il ruolo della Consulta ha storicamente assunto e continua ad assumere un valore assoluto nel prevenire il rischio di un adeguamento al ribasso del nostro ordinamento nella tutela dei diritti e delle libertà fondamentali in nome della conformazione all'ordinamento dell'Unione. Si tratta di un rischio che, come si è giustamente affermato, non è più solo teorico, ed anzi in materia processuale penale si pone con allarmante attualità (67). Infatti, la chimera del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie rischia di trasformarsi in un cavallo di Troia che, senza un controllo accentrato di legittimità, può dare ingres-

so nel nostro ordinamento a norme dell'Unione europea conformi alla CEDU ma contrarie ai principi supremi dell'ordinamento: in questi casi, solo la Corte costituzionale può garantire la necessaria uniformità di tutela dei diritti e delle libertà su tutto il territorio nazionale. Nel paragrafo seguente si prenderà in esame un caso in cui una norma dell'Unione, pur conforme alla CEDU, rischia di vulnerare un principio supremo dell'ordinamento costituzionale italiano, e si dimostrerà che la non applicazione della norma interna in favore di quella sovranazionale non ha sempre effetti positivi.

Rischi dell'interpretazione conforme e rimedi costituzionali

Come si accennava, il giudice ordinario non è privo di strumenti atti a dare efficacia alle norme di rango sovra-legislativo che tutelano i diritti e le libertà individuali. Egli ha il potere-dovere di interpretare le disposizioni di legge conformemente ai principi costituzionali e convenzionali, nonché alle norme di diritto derivato dell'Unione (68). Lo strumento dell'interpretazione conforme ha una forza maieutica tale che sarebbe da solo in grado di riparare a molte delle storture presenti nel diritto vivente (69); esso d'altra parte non impedisce che, qualora se ne faccia un uso distorto, la Corte costituzionale possa essere investita della questione di legittimità della norma ricavata dal giudice. In verità, in materia di processo penale la Costituzione italiana appare più idonea

Note:

(64) A esempio, l'utilizzabilità delle dichiarazioni rese al di fuori del contraddittorio.

(65) Così si esprime, da ultimo, Corte cost. 21 giugno 2010, n. 227: «È, infine, in forza delle limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. che questa Corte ha riconosciuto la portata e le diverse implicazioni della prevalenza del diritto comunitario anche rispetto a norme costituzionali (sentenza n. 126 del 1996), individuandone il solo limite nel contrasto con i principi fondamentali dell'assetto costituzionale dello Stato ovvero dei diritti inalienabili della persona (sentenza n. 170 del 1984)».

(66) Corte cost., 23 marzo 1994, n. 117; Corte cost., 27 dicembre 1965, n. 98; Corte cost., 21 aprile 1989, n. 232, tutte reperibili in www.cortecostituzionale.it. L'importanza della teoria dei contro-limiti è magistralmente esposta da U. Draetta, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano cit.*, 13 ss.

(67) U. Draetta, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano cit.*, 13 ss.

(68) In tal senso si è espressa più volte la Corte costituzionale; tra le altre, si vedano sempre le sentenze nn. 348 e 349 del 2007 e n. 80 del 2011.

(69) Alcuni esempi di interpretazione conforme che rasentano la disapplicazione della norma interna sono riportati da I. Carlotto, *I giudici comuni e gli obblighi internazionali dopo le sentenze n. 348 e n. 349 del 2007 della Corte costituzionale cit.*

della CEDU a limitare i rischi che derivano dal perseguimento della politica del reciproco riconoscimento delle decisioni penali in seno all'Unione europea.

Una recente decisione della Corte di cassazione (70) fornisce un allarmante esempio di come una scorretta interpretazione conforme possa condurre ad una disapplicazione strisciante della norma interna più favorevole rispetto a quella sovranazionale cui viene data applicazione. Il caso riguardava una decisione di esecuzione di un mandato d'arresto europeo, alla cui base vi era una sentenza del giudice francese esecutiva ma non ancora irrevocabile. L'art. 1, comma 3, l. n. 69 del 2005 (71) stabilisce che «l'Italia darà esecuzione al mandato d'arresto europeo ... sempre che ... la sentenza da eseguire sia irrevocabile» e il successivo art. 2, comma 1, lett. b), impone il rispetto, nel dare esecuzione al mandato d'arresto europeo, de «i principi e le regole contenuti nella Costituzione della Repubblica, attinenti al giusto processo, ivi compresi quelli relativi alla tutela della libertà personale, anche in relazione al diritto di difesa e al principio di eguaglianza, nonché quelli relativi alla responsabilità penale» (72). Ciononostante, la Corte di cassazione, mutando un orientamento che pareva consolidato e orientato al rispetto della Costituzione (73), ha affermato che «sulla base del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie, la decisione quadro ... ha ... dato rilevanza alla sola "esecutività" della sentenza, e ciò perché è questa - e non di certo la irrevocabilità - la condizione veramente essenziale per la realizzazione della cooperazione». Pertanto, quello che dalla Corte viene liquidato come un banale «difetto di coordinamento presente nella legge» viene «risolto accogliendo un'interpretazione conforme alle dichiarate finalità dello strumento europeo» (74). L'operazione compiuta è errata nonché molto preoccupante, in quanto conduce alla violazione (mediante non-applicazione) sia delle norme di rango primario contenute nella l. 69 del 2005, sia di quelle di rango costituzionale inerenti la presunzione di innocenza e l'inviolabilità della libertà personale fuori dei casi previsti dalla legge (75), in favore delle norme di una decisione quadro, che è fonte priva di efficacia diretta (ex art. 34 TUE nella versione precedente la riforma Lisbona). Questa decisione sconfessa la stessa teoria dei contro-limiti elaborata dalla Corte costituzionale. Il Giudice di legittimità avrebbe potuto adire la Corte di giustizia dell'Unione europea con un ricorso pregiudiziale di interpretazione ai sensi dell'art. 267 TFUE, avente ad oggetto la com-

patibilità della norma interna con quella sovranazionale. La risposta fornita dalla Corte sarebbe potuta essere emblematica della diversità di tutela offerta ai vari livelli dell'ordinamento europeo. Da un lato essa avrebbe sicuramente giudicato valida la decisione quadro nella parte in cui prevede la sufficienza dell'esecutività della sentenza di condanna ai fini dell'esecuzione del mandato. Ciò in quanto i parametri di validità (l'art. 6 Carta di Nizza e l'art. 5 CEDU) non richiedono l'irrevocabilità del provvedimento per imporre la privazione della libertà personale (76). Per altro verso, in applicazione dell'art. 53 Carta di Nizza (77), che garantisce il più alto livello di protezione dei diritti e delle libertà individuali, la Corte di giustizia avrebbe potuto ammettere che la normativa interna non contrasta con il diritto dell'Unione laddove, in ossequio ai precetti costituzionali, tutela la presunzione di innocenza fino all'emissione di una sentenza irrevocabile.

Note:

(70) Cass., sez. VI, 16 novembre 2010, n. 42159, C.C., *inedita*.

(71) Recante Disposizioni per conformare il diritto interno alla decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri.

(72) Sull'importanza di queste norme, A. Chelo, *Il mandato di arresto europeo*, Padova, 2010, 12 ss., il quale correttamente osserva che «nell'esordio della legge di attuazione, infatti, potrebbe cogliersi l'esplicitazione del fatto che il legislatore abbia dettato una disciplina di emissione ed esecuzione del m.a.e. effettivamente compatibile con i principi costituzionali». Sullo sforzo compiuto dal legislatore italiano v. U. Draetta, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano cit.*, 17 ss.

(73) A. Chelo, *Il mandato di arresto europeo cit.*, 218.

(74) Cass., sez. VI, 16 novembre 2010, n. 42159, C.C., *inedita*.

(75) Paiono così concretizzarsi i pericoli che con lungimiranza furono paventati da G. Vassalli, *Il mandato d'arresto europeo viola il principio di uguaglianza*, in *Dir. Giust.*, 2002, 28, 9 ss. Cfr. anche V. Caianiello - G. Vassalli, *Parere sulla proposta di decisione-quadro sul mandato d'arresto europeo*, in *Cass. Pen.*, 2002, 462 ss.; U. Draetta, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano cit.*, 18 ss. Cfr. anche Frigo, *Va seguito un modello di massima garanzia*, in *Guida al dir.*, 2005, n. 41. L'operazione ermeneutica compiuta dalla Corte di cassazione è altresì contraria alle stesse regole dettate da CGCE, Grande Sezione, sentenza 16 giugno 2005, *Pupino*, causa C-105/03, punti da 56 a 58, in questa *Rivista*, 2005, 1437, ove si legge che l'interpretazione conforme ad una decisione quadro di una norma interna deve comunque partire dal presupposto che «la decisione quadro deve ... essere interpretata in maniera tale che siano rispettati i diritti fondamentali».

(76) Corte EDU, sentenza 27 giugno 1968, *Wemhoff c. Germania*; Corte EDU, sentenza 29 maggio 1997, *Tsirlis e Kouloumpas c. Grecia*. In dottrina G. Ubertis, *Principi di procedura penale europea cit.*, 102 ss.

(77) L'art. 53 della Carta di Nizza è stato oggetto di molti studi. Su tutti cfr. M. Cartabia, *Art. 53. Livello di protezione*, in R. Bifulco - M. Cartabia - A. Celotto, *L'Europa dei diritti cit.*, 360 ss.

cabile (78); e, se questa seconda enunciazione di principio non fosse pervenuta dal Lussemburgo (79), il giudice nazionale avrebbe sempre potuto adire la Corte costituzionale per far dichiarare l'invalidità della norma interna che recepisce quella europea per violazione di un principio fondamentale dell'ordinamento costituzionale (quale deve ritenersi la presunzione di innocenza), pronuncia da fondarsi sulla citata teoria dei contro-limiti. Dall'esempio fatto emerge l'importanza dell'esistenza di una Corte superiore nazionale capace di garantire i diritti dell'individuo; il rischio concreto di un adeguamento al ribasso del nostro ordinamento in ordine alla tutela dei diritti e delle libertà fondamentali (80) può essere fronteggiato solo e nella misura in cui i giudici ordinari continueranno a riconoscere, conformemente alle regole fondamentali dell'ordinamento, la Corte costituzionale quale unico organo titolare del potere di sindacare in via definitiva la validità delle norme di rango primario, anche se di derivazione comunitaria.

L'esigenza di garantire rimedi giurisdizionali adeguati al cittadino spinge quindi chi scrive a ritenere che la tesi dell'applicazione diretta (e, quindi, del giudizio di costituzionalità o di "convenzionalità" diffuso) potrà essere auspicata dopo aver modificato la Costituzione al fine di: a) attribuire alla Corte costituzionale la competenza ad esprimersi su questioni pregiudiziali di interpretazione (al pari della Corte di giustizia dell'Unione); b) garantendo all'individuo il potere di adire direttamente la Corte costituzionale qualora ritenga di aver subito la lesione di un diritto fondamentale (con uno strumento analogo a quello del *recurso de amparo* spagnolo o messicano) (81).

Problemi ancora aperti e prospettive future

La soluzione proposta risolve solo una parte dei problemi, lasciandone irrisolti altri. Nuove questioni potrebbero sorgere dallo sviluppo del diritto internazionale generale e dall'esercizio delle competenze proprie dell'Unione in materia processuale penale.

La compenetrazione dei diversi ordinamenti giuridici tra di loro impedisce qualsiasi previsione certa circa gli sviluppi del diritto processuale penale nazionale, in quanto le modifiche normative e giurisprudenziali esterne all'ordinamento statale sono idonee a mutare le sorti dei diritti dell'accusato. Gli artt. 10, 11, 117 Cost. sono le porte di accesso per fatti normativi nella cui formazione il legislatore nazionale non ha la possibilità di intervenire.

Non si può ad esempio escludere che le regole sull'equo processo vengano considerate, in un futuro

non lontano, principi di diritto internazionale generale (anche solo regionale a livello europeo), per ciò in grado di modificare l'ordinamento statale in forza dell'art. 10, comma 1, Cost. (82); se ciò dovesse verificarsi, si imporrebbero nuove soluzioni sistematiche.

Sul fronte dell'Unione europea, invece, i mutamenti sono assai più prossimi. L'art. 82, par. 1, TFUE prevede che le istituzioni dell'Unione possano emettere sia direttive, sia - e soprattutto - regolamenti volti, tra le altre cose, a «definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria» e a «facilitare la cooperazione tra le autorità giudiziarie o autorità omologhe degli Stati membri in relazione all'azione penale e all'esecuzione delle deci-

Note:

(78) U. Draetta, *Diritto dell'Unione europea e principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale italiano cit.*, 25, ritiene «irrealistica, non solo sul piano giuridico, ma soprattutto su quello politico, l'ipotesi di una censura delle norme italiane per eccesso di rispetto dei diritti inalienabili della persona umana garantiti dalla nostra Costituzione». Sul punto Cfr. anche *supra sub* nota 37. In ordine alla portata del principio di innocenza di cui all'art. 27, comma 2, Cost., M. Scaparone, *Elementi di procedura penale. I principi costituzionali*, Milano, 1999, 131 ss.; V. Grevi, *Libertà personale dell'imputato e Costituzione*, Milano, 1976; G. Illuminati, *La presunzione di innocenza*, Bologna, 1979.

(79) In effetti la portata dell'art. 53 Carta di Nizza non è agevolmente definibile. Il riferimento all'ambito di applicazione di ogni ordinamento contenuto in esso induce a ritenere che, nel caso di una procedura di consegna fondata su un mandato d'arresto europeo si versi nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, nel quale non dovrebbe esserci spazio per l'applicazione di una singola norma costituzionale nazionale.

(80) A. Ferraro, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2005, 547 ss. pare ritenere possibile e giustificato un abbassamento del livello di tutela dei diritti fondamentali.

(81) Sui vantaggi e sugli svantaggi che deriverebbero dalla previsione di un ricorso costituzionale individuale nel nostro ordinamento v. V. Onida, *La Corte e i diritti cit.*, 1095 ss.

(82) Ad oggi la giurisprudenza italiana si è dimostrata assai restia a compiere un simile passo, riconoscendo la natura di diritto consuetudinario (peraltro con rango di *ius cogens*) solo alle norme che tutelano violazioni dei diritti umani di estrema gravità, «lesivi di valori universali che trascendono gli interessi delle singole comunità statali», Cass. civ., S.U., sent. 6 novembre 2003-11 marzo 2004 n. 5044, *Ferrini c. Repubblica Federale di Germania*, in *Giust. civ.* 2004, I, 1191 ss. con nota di R. Baratta, *L'esercizio della giurisdizione civile sullo Stato straniero autore di un crimine di guerra*, *ivi*, 1200 ss.; in *Cass. pen.* 2004, 1031 ss. con nota di A. Ciampi, *Crimini internazionali e giurisdizione*, *ivi*, 2656 ss. La Corte di cassazione in questa pronuncia ha riconosciuto per la prima volta il valore di *ius cogens* alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute che tutelano la libertà e la dignità della persona umana come valori fondamentali, e che configurano come crimini internazionali i comportamenti che più gravemente attentano all'integrità di tali valori. Deve in ogni caso ricordarsi l'estrema difficoltà con cui può accertarsi la formazione e la vigenza di una norma consuetudinaria internazionale.

sioni». L'art. 86 TFUE pone la base giuridica per l'istituzione della Procura europea; tali regolamenti «stabiliscono lo statuto della Procura europea, le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni», e ci pongono di fronte alla prospettiva di un procedimento penale europeo. Come è noto i regolamenti sono atti normativi *self-executing*, esplicanti effetti diretti nell'ordinamento nazionale senza che - di regola - il legislatore statale debba dettare norme attuative.

Come dovrà comportarsi il giudice nazionale davanti ad un regolamento dell'Unione europea conforme alla CEDU ma in conflitto con un diritto soggettivo costituzionalmente riconosciuto all'accusato? Se la teoria costituzionale dei contro-limiti potrà sempre essere invocata dall'indagato/imputato, è però evidente che questa possibilità avrebbe delle conseguenze dannose per l'ordinamento dell'Unione. Infatti, si comprometterebbe il suo primato (83) e la libera circolazione delle decisioni giudiziarie, ad oggi basata sulla *factio iuris* della reciproca fiducia tra Sta-

ti membri e sul conseguente principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie (84). Si rischia di andare incontro ad un nuovo conflitto tra le corti e i tribunali costituzionali più sensibili ai diritti individuali e la Corte di giustizia dell'Unione europea (85), come già in passato accadde tra la Corte costituzionale italiana, il Tribunale costituzionale tedesco e la stessa Corte del Lussemburgo. Se l'Unione europea non sarà capace di imporre rapidamente l'armonizzazione delle legislazioni processuali dei vari Stati membri, imponendo *standards* elevati di tutela delle garanzie del giusto processo, il rischio è un arresto delle politiche di cooperazione giudiziaria in materia penale o un loro sviluppo in spregio dei diritti del processato.

Note:

(83) Di fronte a tale possibilità E. Gianfrancesco, *Incroci pericolosi cit.*, parla di « "clausola di rinazionalizzazione" del sindacato sugli atti comunitari ».

(84) Il principio del mutuo riconoscimento è stato ampiamente e diffusamente criticato dalla dottrina. Da ultimo si veda O. Mazza, *La procedura penale*, in questa *Rivista*, Speciale *Europa e giustizia penale*, 2011, 33 ss.

(85) E. Gianfrancesco, *Incroci pericolosi cit.*

LIBRI

COLLANA: **Monografie Corriere giuridico**
diretta da V. Carbone

Fallimento del coniuge imprenditore e scioglimento della comunione legale

di *Ferdinando Mancini*



Il volume affronta la tematica **dell'imprenditore coniugato in regime di comunione legale** dei beni che venga sottoposto, per insolvenza, alla procedura concorsuale del fallimento.

L'analisi parte dal confronto tra due realtà giuridiche e storiche distanti l'una dall'altra: da una parte, il soddisfacimento degli interessi della famiglia (accompagnato dalla tutela del c.d. coniuge debole); dall'altra, il riconoscimento delle ragioni dell'economia e del credito. Prosegue con la tematica della **liquidazione del c.d. beni della comunione**.

Si conclude con l'analisi della vicenda dell'impresa coniugale (appartenente ad

uno o ad entrambi i coniugi ma gestita da ambedue) e dell'inquadramento dei creditori di quest'ultima.

Completa il volume una dettagliata Bibliografia, utile per chi ha interesse ad approfondire ulteriormente la complessa tematica.

Ipsoa 2011, Euro 19,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsa.it/agenzie)
- **<http://shop.wki.it/ipsa>**

Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo

a cura di **Giulio Garuti**

DIRITTO AD UN EQUO PROCESSO

NON DISPERSIONE DELLA PROVA ED EQUO PROCESSO
IN GRAN BRETAGNA

Corte europea dei diritti umani, Grande Camera, 15 dicembre 2011, Pres. Tulkens, Al-Khawaja e Tahery c. Gran Bretagna

Assolta la Gran Bretagna nel caso riguardante il cittadino Al-Khawaja, condannata, invece, nel caso relativo al cittadino Tahery per violazione del diritto ad un equo processo, per aver pronunciato una sentenza basata unicamente su alcune dichiarazioni rese fuori dal dibattimento, in assenza di altre garanzie volte a tutelare il diritto di difesa.

Il caso

Al-Khawaja

Imad Al-Khawaja è un cittadino britannico, nato nel 1956, e residente a Brighton (Regno Unito).

Come primario venne accusato di aggressioni a danno di due pazienti di sesso femminile, mentre queste ultime erano presumibilmente sotto ipnosi. Una di queste, S.T., dopo aver fatto una dichiarazione alla polizia (prima dell'inizio del processo), si suicidò.

Al processo si decise di dare lettura alla dichiarazione di S.T.: il giudice dichiarò che il contenuto di tale dichiarazione fosse cruciale per l'accusa, in quanto non esisteva alcuna prova diretta dei fatti.

Durante il processo, la giuria ascoltò molteplici testimoni, tra i quali l'altra "vittima" di aggressione e alcuni amici di S.T., con i quali la donna si era confidata subito dopo l'accaduto. Nella sua relazione, il giudice evidenziò alla giuria che S.T., per evidenti ragioni, non era stata chiamata a testimoniare e che altri testimoni avevano smentito le sue accuse.

Il signor Al-Khawaja venne condannato con verdetto unanime per entrambe le aggressioni: in particolare gli furono commisurate le pene di 15 mesi di reclusione per la prima e 12 mesi per la seconda, pene da essere scontate consecutivamente. Al-Khawaja fece, più volte, ricorso senza successo. La Corte d'Appello ritenne condivisibili le indicazioni della Corte e, pertanto, concluse che non c'era stata alcuna violazione dell'art. 6.

Tahery

Ali Tahery è iraniano, nato a Teheran nel 1975 e residente a Londra.

Il 19 maggio 2004 nel corso di una lotta tra gang, egli avrebbe accoltellato alla schiena un suo connazionale, S. Successivamente venne accusato di *offence*, con l'intento e il ten-

tativo intralciare il corso della giustizia, avendo detto alla polizia che aveva visto due uomini neri effettuare l'accoltellamento.

Quando le persone informate furono interrogate sulla scena, nessuno affermò di aver visto l'accoltellamento di S. Due giorni dopo però uno dei testimoni, T., dichiarò alla polizia di aver visto il signor Tahery pugnalare S.

Tahery fu processato davanti alla *Blackfriars Crown Court* nel mese di aprile 2005.

Durante il processo l'accusa richiese di non leggere la dichiarazione di T., troppo timoroso di presentarsi in tribunale.

Il giudice del processo, che aveva ascoltato i fatti sia da T. che da un ufficiale di polizia, scoprì che T. aveva paura di deporre, anche se tale paura non era causata in alcun modo dal signor Tahery.

Il giudice, accertato che l'adozione di speciali misure non avrebbe placato le sue paure, ammise le dichiarazioni scritte di T. come prove. La dichiarazione di T. venne letta alla giuria in sua assenza.

Il 29 aprile 2005 il ricorrente venne condannato da un verdetto a maggioranza, per lesioni personali gravi, e più tardi condannato a 10 anni e tre mesi reclusione. Tahery fece ricorso, sostenendo che il suo diritto a un giusto processo era stato violato in quanto le dichiarazioni di T. non erano state oggetto di *cross examination*.

È stato, però, evidenziato che il giudice aveva esplicitamente indicato alla giuria l'inopportunità di fare pieno affidamento su alcune dichiarazioni non testate in dibattimento.

Pertanto, il ricorso di Tahery venne rigettato.

La decisione

Invocando l'art. 6 § 1 e 3, lett. d, i ricorrenti hanno lamentato che le condanne disposte nei loro confronti fossero basate su dichiarazioni rese fuori dal dibattimento e che, pertanto, fosse stato violato il diritto ad un equo processo.

Il signor Al-Khawaja ha presentato ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo il 18 luglio 2005 e il signor Tahery il 23 maggio 2006. Dopo un'udienza pubblica presso il Palazzo dei Diritti dell'Uomo a Strasburgo l'8 gennaio 2008, con sentenza 20 gennaio 2009, la Corte ha unito i casi, ritenendo all'unanimità che vi è stata una violazione dell'art. 6 § 1 in combinato disposto con l'art. 6 § 3, lett. d per quanto riguarda la decisione di ammettere dichiarazioni di testimoni assenti nel processo. Il 1 marzo 2010 il caso è stato rimesso (ai sensi dell'art. 43) alla Grande Camera, su richiesta del governo del Regno Unito.

Si è tenuta pubblica udienza nel Palazzo dei Diritti dell'Uomo a Strasburgo, il 19 maggio 2010. L'organizzazione non governativa con sede a Londra "Justice" ha presentato i commenti della terza parte.

La Corte ha ritenuto che l'art. 6 dispone principalmente di verificare l'imparzialità dei procedimenti penali. Il diritto di esa-

minare un testimone di cui all'art. 6 § 3, lett. d si basa sul principio secondo il quale, prima che un imputato possa essere condannato, tutte le prove devono essere normalmente presentate in sua presenza in udienza pubblica in modo che possano essere messe in discussione.

Pertanto, l'assenza di un testimone deve essere dovuta ad una giusta causa. In secondo luogo, una condanna basata esclusivamente o in modo decisivo sulle dichiarazioni di un testimone assente è generalmente considerata incompatibile con i requisiti di equità di cui all'art. 6.

Conseguentemente, la Corte ha rilevato che, se una condanna è basata esclusivamente o in modo decisivo su una dichiarazione di un testimone assente, a garanzia della controparte, devono essere garantite rigorosi meccanismi procedurali. Tuttavia, la condanna non comporterebbe automaticamente una violazione dell'art 6 § 1.

La Corte ha preso in considerazione tre aspetti per ogni caso: in prima battuta, la necessità di ammettere le testimonianze di S.T. o T. Secondariamente, ha valutato l'importanza delle prove non testate e se queste erano state l'unica e decisiva base per la condanna di ciascun ricorrente. Infine, ha considerato la presenza di rigorose garanzie procedurali atte a garantire l'equità del processo.

Caso Al-Khawaja

È indubbio che la morte di S.T. ha reso necessario ammettere la sua dichiarazione, per non disperdere la prova.

Inoltre, il giudice nell'ammettere la dichiarazione ne ha evidenziato la fondamentale importanza. Tale dichiarazione di S.T. è stata pertanto decisiva, anche se non è stata l'unica prova, corroborata anche dalle dichiarazioni degli amici di lei e di altri testimoni. Effettivamente, in un caso di aggressione del paziente da parte di un medico durante una consultazione privata, sarebbe difficile immaginare prove più avvaloranti a sostegno. Infine, era chiaro per la giuria che la dichiarazione di S.T. aveva meno peso perché non era stata oggetto di contraddittorio. In conclusione, l'orientamento del giudice e le prove offerte da parte dell'accusa hanno permesso alla giuria di effettuare una valutazione equa e corretta sull'affidabilità delle dichiarazioni di S.T. contro Al-Khawaja. La Corte ha quindi ritenuto che, nonostante il rischio di ammettere come prova la dichiarazione e le difficoltà causate alla difesa, ci siano stati fattori sufficienti a garantire l'equità del processo, e ha dichiarato che non c'è stata violazione dell'articolo 6 § 1 in combinato con l'art. 6 § 3, lett. d.

Caso Tahery

T. è stata l'unica persona ad aver affermato di aver visto l'accoltellamento e la sua dichiarazione di testimone oculare, se fosse stata corroborata da altre, sarebbe stata determinante nei confronti di Tahery. Senza di essa, le probabilità di una condanna sarebbero state minime.

Tahery non avrebbe potuto interrogare T., l'unico testimone dei fatti, sui dettagli della sua dichiarazione o le sue motivazioni.

Sebbene il giudice si sia espresso con chiarezza e con forza, ciò non è stato sufficiente per confutare l'unica prova a carico, consistente nell'ammissione delle dichiarazioni di un testimone assente. La Corte ha pertanto concluso che non ci siano stati sufficienti fattori per controbilanciare e compensare le difficoltà causate alla difesa per aver ammesso tali dichiarazioni e, all'unanimità, ha stabilito la violazione dell'art. 6 § 1, in combinato con l'art. 6 § 3, lett. d.

La Corte ha poi stabilito che il Regno Unito deve indennizza-

re Tahery di euro 6.000 per danni morali e di euro 12.000 per costi e spese.

D'accordo con la sentenza si è mostrato il giudice Bratza, mentre i giudici Sajó e Karakas hanno espresso entrambi un parere parzialmente dissenziente. Tutti i pareri sono allegati alla sentenza.

I precedenti

Circa la violazione dell'art. 6 § 1, cfr. C. eur. dir. umani, Sez. IV, 8 settembre 2011, G. c. Gran Bretagna, in questa *Rivista*, 2011, 1416; C. eur. dir. umani, Sez. I, 26 luglio 2011, Huseyn e altri c. Azerbaijan, *ibidem*, 1285; C. eur. dir. umani, Sez. III, 12 luglio 2011, Ianos c. Romania, *ibidem*, 1165; C. eur. dir. umani, Sez. I, 31 maggio 2011, Kotalexis c. Grecia, *ibidem*, 1031; C. eur. dir. umani, Sez. V, 24 giugno 2010, Marcel & Barquart c. Francia, *ivi*, 2010, 1014; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 2 marzo 2010, Adamkiewicz c. Polonia, *ibidem*, 633; C. eur. dir. umani, Sez. I, 5 febbraio 2009, Olujić c. Croazia, *ivi*, 2009, 526; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 24 aprile 2008, Dorozhko e Pozharsky c. Estonia, *ivi*, 2008, 795; C. eur. dir. umani, Grande Camera, 22 ottobre 2007, Lindon e altri c. Francia, *ivi*, 2007, 1682; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 31 luglio 2007, Ekeberg e altri c. Norvegia, *ibidem*, 1543; C. eur. dir. umani, Sez. II, 19 dicembre 2006, Turkmen c. Turchia, *ibidem*, 271; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 6 maggio 2005, Whitfield e altri c. Regno Unito, *ivi*, 2005, 779; C. eur. dir. umani, Sez. III, 29 luglio 2004, Okutan c. Turchia, *ivi*, 2004, 1307; C. eur. dir. umani, Sez. I, 22 aprile 2004, Cianetti c. Italia, *ibidem*, 781; C. eur. dir. umani, Sez. II, 6 aprile 2004, Zana c. Turchia, *ibidem*, 782; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 9 marzo 2004, *ibidem*, 648.

MANCANZA DI IMPARZIALITÀ ALL'INTERNO DI UNA GIURIA IN GRAN BRETAGNA

Corte europea dei diritti umani, Sez. IV, 20 dicembre 2011, Pres. Garlicki, Hanif e Khan c. Gran Bretagna

Condannata la Gran Bretagna per la violazione del diritto ad un equo processo nei confronti di due cittadini, condannati per spaccio di droga da una giuria presieduta da un funzionario di polizia legato da rapporti di colleganza con uno degli agenti che aveva partecipato alle indagini.

Il caso

I ricorrenti, Ilyas Hanif e Bakish Allah Khan, sono cittadini britannici.

Quando presentarono ricorso, Hanif e Khan stavano scontando una pena rispettivamente di 8 e 15 anni, dopo essere stati condannati nel gennaio 2007 per spaccio di eroina.

Durante il processo nel quale erano co-imputati, la difesa a favore del signor Hanif dichiarò che la droga trovata nella sua auto era stata lasciata da una terza persona, ma gli agenti di polizia che vennero interrogati dalla corte asserirono di non aver visto nessun altro in macchina.

Uno dei giurati, A.T., ufficiale di polizia, dichiarò davanti al giudice di conoscere uno degli agenti interrogati, MB: i due si conoscevano da circa dieci anni e in tre occasioni avevano lavorato sullo stesso caso.

La difesa richiese che A.T. venisse sostituito, ma il giudice respinse la richiesta e A.T. fu collocato a capo della giuria. I ricorrenti presentarono ricorso, perché, a loro avviso, la condanna era stata disposta da una giuria non imparziale, a causa della presenza del funzionario di polizia.

Nel marzo 2008, la Corte d'appello confermò la condanna dei

ricorrenti, in virtù di una (allora) recente modifica introdotta dal Criminal Justice Act del 2003, che permetteva a persone con determinate occupazioni (tra cui agenti di polizia) di svolgere il ruolo di giurato. In questo modo, l'agente di polizia, non poteva aver creato una situazione di sbilanciamento in favore dell'accusa solo in virtù della sua professione e conseguentemente, non avendo egli niente a che fare con il procedimento, non poteva ritenersi violato l'art. 6.

A Hanif e Khan, infine, nel giugno 2008, venne negato il permesso di ricorrere alla Camera dei Lord.

La decisione

Sulla base dell'art. 6 § 1 Conv. eur. dir. umani, i ricorrenti hanno lamentato la presenza di un ufficiale di polizia all'interno della giuria che li ha condannati; ciò avrebbe causato la violazione del diritto ad un processo equo.

Hanif ha depositato ricorso presso la Corte europea dei diritti dell'uomo il 13 ottobre 2008, mentre Khan il 15 dicembre 2008.

La Corte ha deciso di unire le domande di ricorso.

Art. 6 § 1

La Corte ha fatto riferimento alla sua giurisprudenza, secondo la quale è fondamentale, in una società democratica, che i cittadini in generale e gli imputati in particolare abbiano fiducia nella giustizia e ha sottolineato la necessità di garantire l'imparzialità e la libertà da pregiudizi delle giurie.

La Corte, inoltre, ha rilevato che la legge del 2003, che per la prima volta ha permesso agli ufficiali di polizia di comporre le giurie di Inghilterra e Galles, ha introdotto una deroga alla regola seguita da una serie di altre giurisdizioni.

Dopo aver valutato queste ultime, la Corte, rilevata la scarsa presenza di agenti di polizia in qualità di giurati, ha ritenuto necessario un esame particolarmente attento del caso in questione.

La difesa di Hanif si concentrava sul confutare le prove fornite dagli ufficiali di polizia, tra cui M.B.: ne è derivata una disputa chiara tra la difesa e l'accusa per quanto riguarda la credibilità dei testimoni. La Corte ha ritenuto che la conoscenza e il rapporto di colleganza tra un giurato ed un agente di polizia che aveva partecipato alle indagini comportassero il rischio che quel giurato potesse favorire l'accusa e non fosse imparziale. La Corte, pertanto, ha stabilito che il signor Hanif non sia stato giudicato da un tribunale imparziale, in violazione dell'art. 6 § 1.

Inoltre, per gli stessi motivi e essendo stati i ricorrenti condannati dalla stessa giuria, la Corte ha stabilito, anche in merito al ricorso di Kahn, una violazione dell'art. 6 § 1.

Ai sensi dell'art. 41 della Convenzione, la Corte ha deciso che la constatazione di una violazione dell'art. 6 costituisce un'equa soddisfazione e ha respinto la richiesta dei ricorrenti di danni morali.

La Corte ha respinto la richiesta dei ricorrenti di risarcimento per danni morali, ritenendo che l'aver constatato la sussistenza della violazione dell'art. 6 fosse di per sé fonte di equa soddisfazione.

La Gran Bretagna dovrà comunque indennizzare il signor Hanif di euro 4.500 e il signor Khan di euro 2.000 per costi e spese.

I precedenti

Circa la violazione dell'art. 6 § 1, cfr. C. eur. dir. umani, Sez. IV, 8 settembre 2011, G. c. Gran Bretagna, in questa *Rivista*, 2011, 1416; C. eur. dir. umani, Sez. I, 26 luglio 2011, Huseyn e altri c. Azerbaijan, *ibidem*, 1285; C. eur. dir. umani, Sez. III,

12 luglio 2011, Ianos c. Romania, *ibidem*, 1165; C. eur. dir. umani, Sez. I, 31 maggio 2011, Kotalexis c. Grecia, *ibidem*, 1031; C. eur. dir. umani, Sez. V, 24 giugno 2010, Marcel & Barquart c. Francia, *ivi*, 2010, 1014; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 2 marzo 2010, Adamkiewicz c. Polonia, *ibidem*, 633; C. eur. dir. umani, Sez. I, 5 febbraio 2009, Olujic c. Croazia, *ivi*, 2009, 526; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 24 aprile 2008, Dorozhko e Pozharskly c. Estonia, *ivi*, 2008, 795; C. eur. dir. umani, Grande Camera, 22 ottobre 2007, Lindon e altri c. Francia, *ivi*, 2007, 1682; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 31 luglio 2007, Ekeberg e altri c. Norvegia, *ibidem*, 1543; C. eur. dir. umani, Sez. II, 19 dicembre 2006, Turkmen c. Turchia, *ibidem*, 271; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 6 maggio 2005, Whitfield e altri c. Regno Unito, *ivi*, 2005, 779, C. eur. dir. umani, Sez. III, 29 luglio 2004, Okutan c. Turchia, *ivi*, 2004, 1307; C. eur. dir. umani, Sez. I, 22 aprile 2004, Cianetti c. Italia, *ibidem*, 781; C. eur. dir. umani, Sez. II, 6 aprile 2004, Zana c. Turchia, *ibidem*, 782; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 9 marzo 2004, *ibidem*, 648.

DIRITTO ALLA LIBERTÀ E ALLA SICUREZZA E PROTEZIONE DELLA PROPRIETÀ

MANCANZA DI PRESUPPOSTI PER L'APPLICAZIONE DI MISURE CAUTELARI IN AZERBAIJAN

Corte europea dei diritti umani, Sez. V, 6 novembre 2011, Pres. Vajić, Rafig Aliyev c. Azerbaijan

Condannato l'Azerbaijan per le modalità di detenzione preventiva e di sequestro dei beni di un noto imprenditore azero, accusato di gravi reati, tra cui appropriazione indebita, evasione fiscale, contrabbando di grandi quantità di petrolio, organizzazione di una rivolta di massa e colpo di stato.

Il caso

Il ricorrente è Rafig Shovlet Oglu Aliyev, azero, nato nel 1967 e residente a Baku (Azerbaijan).

È stato l'amministratore delegato di diverse controllate di una delle più grandi industrie dell'Azerbaijan: Azpetrol.

Venne arrestato all'aeroporto internazionale di Baku il 19 ottobre 2005 con l'accusa di portare 30.000 dollari non dichiarati negli Stati Uniti. Il giorno seguente un giudice ordinò la sua detenzione. Venne accusato di appropriazione indebita, evasione fiscale, contrabbando di grandi quantità di petrolio, organizzazione di una rivolta di massa e di colpo di stato dopo le elezioni parlamentari del 6 novembre 2005.

Il giorno del suo arresto, uno dei suoi fratelli, Farhad Aliyev, che era l'allora Ministro dello Sviluppo Economico, venne arrestato con l'accusa di aver organizzato un colpo di stato. Secondo Rafig Aliyev, gli altri fratelli vennero licenziati o arrestati, e il giorno del suo arresto, funzionari del Ministero delle imposte e il Ministero della Sicurezza Nazionale sequestrarono ingenti somme di denaro dal registro di cassa della sua azienda e molti oggetti di valore dalla sua casa.

Durante i due giorni successivi l'arresto di Rafig Aliyev, vennero rilasciati due comunicati stampa per conto del Procuratore generale e dei Ministri per la sicurezza nazionale e affari interni, per informare ufficialmente la popolazione dell'arresto e delle accuse contro alcuni ex-funzionari di Stato, tra cui il fratello del signor Rafig Aliyev.

Quei comunicati stampa fornirono una sintesi delle prove raccolte circa il presunto *golpe*.

La detenzione di Rafiq Aliyev venne estesa ripetutamente e le sue richieste di scarcerazione sistematicamente negate. L'8 giugno 2006 il giudice sequestrò un gran numero di azioni che il signor Aliyev possedeva presso la Banca di Baku, su richiesta del pubblico ministero, che credeva che il signor Aliyev avesse commesso una serie di reati economici, compreso il contrabbando di grandi dimensioni di quantitativi di prodotti petroliferi fuori dal paese, e successivamente di aver acquisito azioni bancarie utilizzando i proventi di tali reati. Al momento dell'ordine di sequestro, il ricorrente non era ancora accusato di reati di contrabbando di petrolio, di evasione fiscale o di appropriazione indebita. Rafiq Aliyev è stato condannato nell'ottobre del 2007 per la maggior parte delle accuse e condannato a nove anni di reclusione. Egli ha asserito l'esistenza di un *fumus persecutionis* contro di lui e la sua famiglia, dopo l'arresto del suo fratello ex-ministro, sospettato di aver organizzato un colpo di Stato.

La decisione

Rafiq Aliyev ha denunciato, ai sensi dell'art. 5 § 1, 3 e 4, l'illegittimità del suo arresto e della sua detenzione, sostenendo che i dollari trovati su di lui, gli erano stati messi nella borsa in aeroporto; la durata eccessiva della carcerazione preventiva e, conseguentemente, l'iniustizia dei relativi procedimenti giudiziari.

Infine, ai sensi dell'art. 1 del Protocollo n. 1, ha denunciato il sequestro di una serie di oggetti personali di pregio durante le perquisizioni del suo appartamento e dei suoi uffici, così come la decisione delle autorità di sequestrare le sue azioni della Banca di Baku. Il ricorso è stato depositato presso la Corte europea dei diritti dell'uomo il 13 novembre 2006.

Periodo di carcerazione preventiva (art. 5 § 3)

Il periodo trascorso in detenzione pre-processuale è durato due anni e sei giorni in totale. Anche se il ragionevole sospetto iniziale giustificava la restrizione della libertà personale del ricorrente, col passare del tempo altri motivi dovevano essere presentati dall'autorità, la quale avrebbe dovuto valutare la situazione personale di Aliyev.

I tribunali di primo grado hanno fatto riferimento, di volta in volta, alla gravità dei reati addebitati al ricorrente e al pericolo di fuga. Sebbene questi ultimi elementi siano importanti per valutare la necessità di estensione o meno della misura cautelare, non sono di per sé sufficienti. I tribunali non hanno esaminato la situazione personale del signor Aliyev e come si sarebbe potuta evolvere nel tempo; inoltre, non hanno verificato se le ragioni, in virtù delle quali avevano inizialmente disposto la misura cautelare, mantenevano la loro validità nel corso del procedimento.

Per quanto riguarda la decisione della Corte d'Assise di prolungare la detenzione del signor Aliyev, questa era stata presa sulla base di molti sospetti. Pertanto, la Corte d'Assise non ha valutato la situazione caso per caso, né motivato la detenzione dei singoli detenuti, incompatibilmente con le garanzie di cui all'art. 5 § 3.

Di conseguenza, la Corte ha concluso che vi è stata violazione dell'art. 5 § 3.

Esame della detenzione pre-processuale (art. 5 § 4)

Aliyev aveva il diritto, secondo la legge nazionale, di presentare ricorso contro le decisioni di prolungamento del periodo di detenzione cautelare. Il ricorrente ha presenziato, però, ad una sola delle udienze tenutesi in virtù degli appelli proposti, in quanto a tutte le altre udienze successive è stato rappresentato solo dal suo avvocato.

In considerazione del periodo di detenzione pre-processuale e della posta in gioco per il signor Aliyev, cioè la sua libertà, il giudice nazionale avrebbe dovuto sentirlo di persona, per garantirgli la possibilità di comunicare la sua situazione personale e gli argomenti a favore della sua scarcerazione. In alternativa, i tribunali gli avrebbero dovuto garantire di essere efficacemente rappresentato da un avvocato. Tuttavia, sebbene il suo avvocato sia stato presente alle udienze, queste ultime si erano svolte per pura formalità, senza un vero contraddittorio; inoltre, le conclusioni dell'accusa non vennero messe a disposizione dell'avvocato, privandolo della possibilità di contestare efficacemente le ragioni addotte dal pubblico ministero a sostegno del prolungamento del periodo di detenzione preventiva. I tribunali non hanno affrontato nessuno degli argomenti addotti dal signor Aliyev.

La Corte ha concluso che i tribunali azeri non hanno condotto un controllo giurisdizionale secondo quanto previsto dalla Convenzione, in violazione dell'art. 5 § 4.

Diritto alla protezione della proprietà (art. 1 del protocollo n. 1)

Poiché il signor Aliyev non si era lamentato in primo luogo, dinanzi ai giudici nazionali, circa la perquisizione e il sequestro degli affetti personali suoi e della sua famiglia, la Corte ha respinto tale reclamo in quanto inammissibile.

Per quanto riguarda il sequestro delle azioni alla Banca di Baku, la Corte ha rilevato che il signor Aliyev non ne è stato privato, ma che gli fu solo temporaneamente impedito di servirsi e di disporre di esse in attesa di giudizio.

L'allora legge azera prevedeva il sequestro di beni solo di individui "accusati" di un reato, al fine di assicurare la possibile sanzione della confisca dall'esito del procedimento penale.

Tuttavia, al momento del provvedimento di sequestro, Aliyev non era stato ancora "formalmente accusato".

La Corte, dopo aver ribadito che era compito in primo luogo delle autorità nazionali, compresi i giudici, di applicare e interpretare la legge, e che il suo potere in questo senso è stato limitato, ha preso atto che né i tribunali azeri, né il governo hanno fornito spiegazioni sulle ragioni che hanno condotto l'applicazione al signor Aliyev delle disposizioni in materia di "sequestro delle proprietà di accusati", sebbene all'epoca non fosse accusato dei reati in questione.

Di conseguenza, il sequestro delle sue azioni presso la Banca di Baku non è conforme alla legge e la Corte ha stabilito una violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1.

La Corte ha respinto le altre denunce, in quanto inammissibili, e, infine, ha stabilito che l'Azerbaijan dovrà indennizzare il signor Aliyev di euro 7.000 per danni morali e di euro 25.000 per costi e spese.

I precedenti

Circa l'esercizio del diritto di difesa nell'ambito del controllo delle misure detentive, cfr. C. eur. dir. umani, Sez. IV, 3 novembre 2011, Stoklosa c. Polonia, in questa *Rivista*, 2012, 124; C. eur. dir. umani, Sez. I, 3 maggio 2011, Sutyagin c. Russia, *ivi*, 2011, 909; C. eur. dir. umani, Sez. II, 5 aprile 2011, Sarigiannis François c. Italia, *ibidem*, 771; C. eur. dir. umani, Sez. V, 18 febbraio 2011, Kharchenko c. Ucraina, *ibidem*, 507; C. eur. dir. umani, Sez. V, 13 gennaio 2011, Haidn c. Germania, *ibidem*, 379; C. eur. dir. umani, Sez. I, 21 dicembre 2010, Malika Dzhamayeva e C. c. Russia, *ibidem*, 250; C. eur. dir. umani, Sez. V, 23 novembre 2010, Moulin c. Francia, *ibidem*, 126; C. eur. dir. umani, Sez. I, 3 giugno 2010, Alapayevy c. Russia, *ivi*, 2010, 1015; C. eur. dir. umani, Sez. V, 19 novembre 2009, Kolesnik c. Ucraina, *ibidem*, 121; C.

eur. dir. umani, Sez. I, 5 novembre 2009, Shabani c. Svizzera, *ibidem*, 122; C. eur. dir. umani, Sez. V, 8 ottobre 2009, Naudou c. Francia e Maloum c. Francia, *ivi*, 2009, 1553; C. eur. dir. umani, Grande Camera, 9 luglio 2009, Mooren c. Germania, *ibidem*, 1175; C. eur. dir. umani, Grande Camera, 10 marzo 2009, Bykov c. Russia, *ibidem*, 657; C. eur. dir. umani, Sez. III, 8 gennaio 2009, Mangouras c. Spagna, *ibidem*, 390; C. eur. dir. umani, Sez. V, 22 maggio 2008, Alexov c. Bulgaria, *ivi*, 2008, 921; C. eur. dir. umani, Sez. I, 25 ottobre 2007, Lebedev c. Russia, *ivi*, 2007, 1685; C. eur. dir. umani, Sez. I, 2 novembre 2006, Serifis c. Grecia, *ibidem*, 132; C. eur. dir. umani, Sez. III, 1° giugno 2006, Fodale c. Italia, *ivi*, 2006, 1043.

Circa il diritto alla libertà e alla sicurezza, cfr. C. eur. dir. umani, Sez. V, 24 novembre 2011, Schönbrod c. Germania, in questa *Rivista*, 2012, 124; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 26 luglio 2011, M. e altri c. Bulgaria, *ivi*, 2011, 1287; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 7 giugno 2011, Hadzic e Suljic c. Bosnia Herzegovina, *ibidem*, 1032; C. eur. dir. umani, Sez. II, 21 giugno 2011, Adamov c. Svizzera, *ibidem*, 1033; C. eur. dir. umani, Sez. I, 3 maggio 2011, Sutyagin c. Russia, *ibidem*, 909; C. eur. dir. umani, Sez. II, 5 aprile 2011, Sarigiannis François c. Italia, *ibidem*, 771; C. eur. dir. umani, Sez. V, 18 febbraio 2011, Kharchenko c. Ucraina, *ibidem*, 507; C. eur. dir. umani, Sez. V, 13 gennaio 2011, Haidn c. Germania, *ibidem*, 379; C. eur. dir. umani, Grande Camera, 28 settembre 2010, Mangouras c. Spagna, *ivi*, 2010, 1374; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 27 luglio 2010, Gatt c. Malta, *ibidem*, 1257; C. eur. dir. umani, Sez. I, 20 maggio 2010, Khayadarov c. Russia, *ibidem*, 898.

LIBERTÀ DI ESPRESSIONE

DIRITTO DI ESPRESSIONE E SEGRETO PROFESSIONALE IN FRANCIA

Corte europea dei diritti umani, Sez. V, 15 dicembre 2011, Pres. Spielmann, Mor c. Francia

Condannata la Francia per aver giudicato e punito un avvocato, per violazione del segreto professionale, tralasciando i profili relativi alla libertà di espressione e all'interesse pubblico della questione.

Il caso

Giséle Mor, cittadina francese nata nel 1953, risiede a Saint-Ouen-l'Aumône (Francia), e appartiene all'ordine degli avvocati della Val-d'Oise.

Nel novembre 1998 sporse denuncia per omicidio colposo e richiese di partecipare al procedimento come parte civile, per conto dei genitori di un dodicenne, morto per aver contratto una malattia derivata dalla vaccinazione contro l'epatite B. Venne aperta un'indagine giudiziaria in merito ai fatti *de quibus*.

Nel novembre 2002 un medico specializzato in sicurezza dei farmaci e farmaco epidemiologia presentò una relazione di 450 pagine al giudice istruttore.

Il 14 novembre 2002 il quotidiano *Le Parisien* pubblicò un articolo intitolato "Vaccino contro l'epatite B: il rapporto che punta il dito", accompagnato da una didascalia nella quale si leggeva: "La relazione degli esperti sui morti a seguito di vaccinazione anti-epatite B è schiacciante, soprattutto per le autorità sanitarie ..."; In un altro articolo della stessa edizione, la signora Mor, in risposta alla domanda su cosa pensasse sulla relazione degli esperti, dichiarò che, in base alla relazio-

ne, risultava che lo Stato non aveva mai dedicato sufficienti risorse per valutare correttamente la scala degli effetti collaterali del vaccino, anche se milioni di francesi erano stati vaccinati. Il 4 dicembre 2002 il laboratorio farmaceutico che aveva distribuito il vaccino presentò una denuncia per violazione del segreto istruttorio e violazione del segreto professionale, e chiese di partecipare al procedimento come parte civile.

Nel febbraio 2003 la signora Mor, convocata come "testimone assistito da un avvocato", obiettò che la denuncia era irricevibile in quanto l'azienda farmaceutica non era implicata nelle indagini. Ammise davanti al giudice istruttore di aver fatto commenti alla stampa, previo permesso dei suoi clienti e nel loro interesse, rispondendo ai giornalisti che avevano già visto la relazione degli esperti. Il 16 settembre 2003 la signora Mor venne accusata di violazione della riservatezza delle indagini giudiziarie e violazione del segreto professionale. Con ordinanza del 31 marzo 2006 il giudice istruttore rinviò il caso al Tribunale penale di Parigi per aver rivelato l'esistenza e il contenuto dei documenti relativi ad un'indagine, e in particolare una perizia presentata al giudice istruttore incaricato del caso. I reati in questione erano punibili ai sensi degli artt. 226-13 e 226-31 del Codice penale.

Con sentenza dell'11 maggio 2007 il Tribunale penale ritenne la signora Mor colpevole di violazione del segreto professionale. Tuttavia, venne assolta perché il disturbo dell'ordine pubblico era stato minimo e perché altre persone avevano ripetutamente violato la riservatezza delle indagini senza essere state perseguite. La corte ordinò di pagare un euro ai ricorrenti. Sia la signora Mor che l'accusa presentarono ricorso ma la sentenza del 10 gennaio 2008 della Corte d'Appello di Parigi confermò la precedente sentenza. Infatti, il fatto che altre persone interessate erano a conoscenza delle informazioni tutelate dal segreto professionale non significa che l'informazione non dovesse essere confidenziale e segreta.

Infine, il giudice ha ritenuto che non è stato stabilito che rivelare il contenuto del fascicolo fosse necessario per esercitare i diritti delle vittime.

L'11 gennaio 2008 la signora Mor ha presentato ricorso per cassazione per violazione dell'art. 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Corte di Cassazione ha respinto il suo appello con sentenza 28 ottobre 2008.

La decisione

Invocando l'art. 10, la ricorrente ha lamentato la sua condanna per violazione del segreto professionale, sostenendo che i tribunali l'hanno privata del suo diritto alla libertà di espressione e ha presentato ricorso presso la Corte europea dei diritti dell'uomo il 28 aprile 2009.

Art. 10

La Corte ha ribadito che gli Stati che hanno ratificato la Convenzione europea dei diritti dell'uomo hanno un certo margine di discrezionalità nel valutare se è necessaria l'istanza di interferenza.

La Corte ha sottolineato che un avvocato riveste un ruolo centrale nell'amministrazione della giustizia, essendo intermediario tra i cittadini e i tribunali, ed anche nel mantenere la fiducia dell'opinione pubblica nei confronti della stessa. A tale fine, il cittadino deve avere fiducia nella capacità della classe forense di rappresentarlo efficacemente: per questo è prevista la libertà di espressione e la facoltà di esprimere le proprie opinioni in pubblico, nei limiti previsti.

La Corte ha rilevato che la signora Mor è stata giudicata colpevole per violazione del segreto professionale, avendo svelato alla stampa il contenuto di una perizia presentata al giudice

nel corso di un'indagine giudiziaria, riguardante omicidio colposo.

Il tribunale l'aveva assolta. La Corte ha osservato che l'interferenza in questione è prescritta dalla legge, che prevede che gli avvocati debbano rispettare la riservatezza degli atti delle indagini. Devono astenersi dal comunicare qualsiasi informazione contenuta nei fascicoli, tranne che ai loro clienti ai fini della difesa, e di pubblicare lettere o altri documenti riguardanti le indagini in corso.

La Corte ha osservato che la sig.ra Mor non è stata punita per aver rivelato la relazione degli esperti ai media, ma per aver divulgato informazioni contenute in essa.

Il giornale *Le Parisien* aveva pubblicato un articolo precedente l'intervista, in cui i risultati della perizia erano stati enunciati, con riguardo agli effetti collaterali del vaccino, il numero delle vittime e la condotta delle autorità, i produttori del vaccino e *the Medicin Agency*.

Inoltre, alcuni media hanno coperto la storia e pubblicato estratti del rapporto.

La Corte ha ritenuto, tuttavia, che le dichiarazioni rese dalla sig.ra Mor alla stampa facevano parte di un dibattito di interesse generale, essendo i fatti in questione di rilevanza per la salute pubblica e che quindi, ai sensi della Convenzione, non vi fossero i margini per sottoporre il dibattito a restrizioni. In un contesto mediatico, la divulgazione delle informazioni è atta a salvaguardare i diritti dei cittadini ad essere informati sulle attività delle autorità giudiziarie. La Corte ha osservato che la sig.ra Mor si è limitata a commentare le informazioni già diffuse tramite l'articolo uscito su *Le Parisien*.

Tuttavia, il fatto che il pubblico sia venuto a conoscenza, tramite i media, di informazioni coperte dal segreto professionale, non dispensa gli avvocati dal rispetto del segreto istruttorio.

Alla luce delle circostanze del caso di specie, la Corte ha ritenuto che la tutela delle informazioni riservate non costituisca una ragione sufficiente per condannare la signora Mor per violazione del segreto professionale. In particolare, ha ritenuto che la tutela della libertà di espressione degli avvocati debba tener conto dei casi eccezionali in cui l'esercizio del diritto della difesa comporti necessariamente una violazione del segreto professionale.

La Corte è convinta che la condanna della ricorrente, che aveva parlato in qualità di avvocato a difesa degli interessi dei suoi clienti, abbia costituito un'interferenza sproporzionata con il suo diritto alla libertà di espressione e ha ritenuto pertanto che vi sia stata una violazione dell'art. 10 della Convenzione.

Ai sensi dell'art. 41 della Convenzione, la Corte ha dichiarato che la Francia dovrà versare nei confronti della ricorrente euro 5.000 per danni morali.

I precedenti

Sulla questione riguardante la necessità dell'interferenza dell'autorità giudiziaria nell'ambito della libertà di espressione in una società democratica, cfr. C. eur. dir. umani, Sez. II, 17 luglio 2008, *De pace* c. Italia, in questa *Rivista*, 2008, 1187; C. eur. dir. umani, Sez. III, 14 febbraio 2008, *July* c. Francia, *ibidem*, 539; C. eur. dir. umani, Grande Camera, 10 dicembre 2007, *Stoll* c. Svizzera, *ibidem*, 260; C. eur. dir. umani, Sez. I, 20 novembre 2007, *Flux* c. Moldova, *ibidem*, 116; C. eur. dir. umani, Grande Camera, 22 ottobre 2007, *Lindon* e altri c. Francia, *ivi*, 2007, 1682; C. eur. dir. umani, Sez. I, 31 luglio 2007, *Chemodurov* c. Russia, *ibidem*, 1546; C. eur. dir. umani, Sez. II, 31 luglio 2007, *Dyuldin* e *Kislov* c. Russia, *ibidem*, 1546; C. eur. dir. umani, Sez. II, 17 luglio 2007, *Ormanni* c.

Italia, *ibidem*, 1251; C. eur. dir. umani, Sez. III, 7 giugno 2007, *Dupuis* c. Francia, *ibidem*, 1114; C. eur. dir. umani, Sez. I, 22 febbraio 2007, *Krasulya* c. Russia, *ibidem*, 554; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 19 dicembre 2006, *Dabrowski* c. Polonia, *ibidem*, 268; C. eur. dir. umani, Sez. V, 10 agosto 2006, *Lyashko* c. Ucraina, *ivi*, 2006, 1308; C. eur. dir. umani, Sez. I, 22 dicembre 2005, *Paturel* c. Francia, *ibidem*, 254; C. eur. dir. umani, Sez. II, 6 settembre 2005, *Salov* c. Ucraina, *ivi*, 2005, 1441; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 29 marzo 2005, *Sokolowski* c. Polonia, *ibidem*, 652; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 16 novembre 2004, *Karhuvaara* e *Iltaletti* c. Finlandia, *ibidem*, 123; C. eur. dir. umani, Sez. II, 13 luglio 2004, *Aysenur Zarakolu* c. Turchia, *ibidem*, 2004, 1309; C. eur. dir. umani, Sez. II, 29 giugno 2004, *Chauvy* e altri c. Francia, *ibidem*, 1046; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 9 marzo 2004, *A.* c. Turchia, *ivi*, 2004, 648.

PROIBIZIONE DELLA TORTURA

INDAGINI INEFFICACI IN MOLDAVIA

Corte europea dei diritti umani, Sez. III, 20 dicembre 2011, Pres. Casadevall, *Pascari* c. Moldavia

Condannata la Moldavia per i maltrattamenti subiti da un cittadino durante la custodia di polizia e per l'inadeguatezza delle indagini svolte dalle autorità dopo la sua denuncia.

Il caso

Eduard Pascari è un cittadino moldavo.

Verso le ore 23.30 del 22 aprile 2006 venne arrestato in un bar con l'accusa di furto e portato al municipio di Singerei da quattro agenti di polizia; successivamente, venne condotto alla stazione di polizia dove degli agenti gli avrebbero percoso il corpo e il viso con pugni e calci, fratturandogli la mascella.

Alle ore 01.25 del 23 aprile 2006, alcuni medici del primo soccorso arrivarono alla stazione di polizia, poiché il ricorrente lamentava dolori alla mascella e aveva un livido sulla guancia sinistra. I poliziotti, secondo la testimonianza della sorella di Pascari - recatasi alla stazione di polizia -, si sarebbero rifiutati di ricoverarlo in ospedale. Lo stesso giorno, alle ore 11.45 una seconda équipe medica di primo soccorso si recò alla stazione di polizia. Il signor Pascari, in quella circostanza, lamentava mal di testa, dolore alla mascella e vertigini. I medici gli diagnosticarono una "dislocazione della mandibola" e prescissero al signor Pascari una visita specialistica, ma gli ufficiali di polizia gli negarono tale opportunità.

Pascari è stato tenuto in custodia dal 23 al 26 aprile 2006.

Il 4 maggio 2006 la diagnosi medica di Pascari registrava un livido post-traumatico sulla guancia sinistra e una frattura parziale della mandibola: sulla base dell'esame, l'11 maggio 2006 Pascari presentò una denuncia contro gli agenti di polizia, relativamente all'aggressione, ma il 2 agosto la procura di Singerei archiviò il caso. Pascari chiese che l'inchiesta fosse riaperta, perché non era mai stato interrogato e perché la procura di Singerei aveva chiuso l'inchiesta, senza consentirgli né di studiare la decisione né il contenuto del fascicolo.

L'indagine penale venne riaperta il 18 giugno 2007, ma la procura di Singerei dichiarò di nuovo che non c'era nessun caso sul quale pronunciarsi nei confronti dei quattro agenti di polizia e il 18 novembre 2008 sospese il procedimento penale in attesa che le persone responsabili dei maltrattamenti venissero identificate. Il ricorso contro tale decisione venne in par-

te accolto il 13 febbraio 2009, revocando la sospensione delle indagini. Con sentenza del 27 marzo 2009, la Corte penale di Singerei ritenne che gli ordini di sospensione del procedimento contro i quattro poliziotti fossero legittimi, confermando la decisione del 13 febbraio 2009. L'indagine sui maltrattamenti subiti da Pascari è ancora in sospeso.

La decisione

Invocando l'art. 3 Conv. eur. dir. umani, il signor Pascari ha sostenuto di essere stato ferito da agenti di polizia durante il suo arresto e di non essere stato assistito con le cure necessarie. Inoltre, ha lamentato l'inefficacia delle indagini successive; per questi motivi ha presentato ricorso presso la Corte europea dei diritti dell'uomo il 28 settembre 2009.

Art. 3

Denuncia di maltrattamento

La Corte ha ribadito che, quando un individuo viene ferito durante la custodia degli agenti di polizia, spetta al governo fornire una spiegazione plausibile su come siano state causate le lesioni e confutare le accuse della vittima, in particolar modo quando queste ultime sono sostenute da prove mediche. La Corte ha osservato che, secondo la cartella clinica redatta il 23 aprile 2006 dai medici di primo soccorso, Pascari riportava un livido sulla guancia sinistra e dolore alla mascella. Secondo la diagnosi del 4 maggio 2006, Pascari lamentava una lesione traumatica alla mandibola, descritta come "lesione di media gravità". In nessun rapporto contenuto nel fascicolo è stato dichiarato che il ricorrente si era opposto agli ordini della polizia, né che si era reso necessario utilizzare la forza per portarlo alla stazione, né che le lesioni potevano essere state inflitte prima del suo arresto.

La Corte, inoltre, ha evidenziato che gli agenti di polizia si erano rifiutati di seguire la prescrizione dei medici circa la visita di uno specialista, senza fornire alcuna giustificazione per tale rifiuto.

Considerando la gravità della lesione traumatica e il rifiuto di sottoporre Pascari ad un approfondito esame medico, la Corte ha ritenuto che questo abbia causato angoscia e sofferenza, in contrasto con l'art. 3 ed ha concluso che il governo moldavo sia responsabile dei maltrattamenti inflitti al ricorrente.

Pertanto, è stata dichiarata una violazione dell'art. 3 della Convenzione.

Indagine da parte delle autorità

La Corte ha ribadito che quando un individuo afferma di aver subito un maltrattamento per mano di agenti di polizia, in violazione dell'art. 3, tale disposizione obbliga le autorità ad effettuare un'indagine efficace idonea a ricostruire i fatti e di identificare e punire i colpevoli.

Pascari si era lamentato presso le autorità competenti di aver subito maltrattamenti durante la detenzione della polizia: le sue affermazioni erano state supportate da un rapporto medico che confermava l'esistenza di gravi danni fisici e lesioni. La Corte ha rilevato, quindi, le numerose carenze nelle indagini, come ad esempio il fatto che la procura di Singerei, il 13 febbraio 2009, avesse accolto in parte la richiesta di revoca della sospensione delle indagini.

Tali carenze sono state sufficienti perché l'indagine venisse giudicata inefficace, soprattutto perché la durata si è protratta per più di cinque anni e le autorità non sono state in grado di identificare i responsabili fino ad oggi. Per quanto riguarda le indagini, la Corte ha rilevato quindi una violazione dell'art. 3 della Convenzione, ritenendo che la Moldavia dovrà versa-

re al ricorrente euro 15.000 per danni morali ed euro 1.042 per costi e spese.

I precedenti

Di recente, circa il divieto della tortura, cfr. C. eur. dir. umani, Sez. I, 8 novembre 2011, Filatov c. Russia, in questa *Rivista*, 2012, 126; C. eur. dir. umani, Sez. V, 20 ottobre 2011, Alboreo c. Francia, *ivi*, 2011, 1537; C. eur. dir. umani, Sez. III, 27 settembre 2011, Archip c. Romania, *ibidem*, 1419; C. eur. dir. umani, Sez. III, 12 luglio 2011, Ianos c. Romania, *ibidem*, 1165; C. eur. dir. umani, Sez. I, 21 giugno 2011, Mader c. Croazia, *ibidem*, 1034; C. eur. dir. umani, Sez. I, 10 maggio 2011, Popandopulo c. Russia, *ibidem*, 910; C. eur. dir. umani, Sez. II, 5 aprile 2011, Toumi c. Italia, *ibidem*, 772; C. eur. dir. umani, Sez. V, 17 marzo 2011, Bocharov c. Ucraina, *ibidem*, 647; C. eur. dir. umani, Sez. V, 21 dicembre 2010, Taddei c. Francia, *ibidem*, 249; C. eur. dir. umani, Sez. I, 21 dicembre 2010, Malika Dzhamayeva e C. c. Russia, *ibidem*, 250; C. eur. dir. umani, Sez. I, 21 ottobre 2010, Gaforov c. Russia, *ivi*, 2010, 1515; C. eur. dir. umani, Sez. I, 16 settembre 2010, Ayrapetyan c. Russia, *ibidem*, 1375; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 27 luglio 2010, Rokosz c. Polonia, *ibidem*, 1257; C. eur. dir. umani, Sez. I, 20 maggio 2010, Khayadarov c. Russia, *ibidem*, 898.

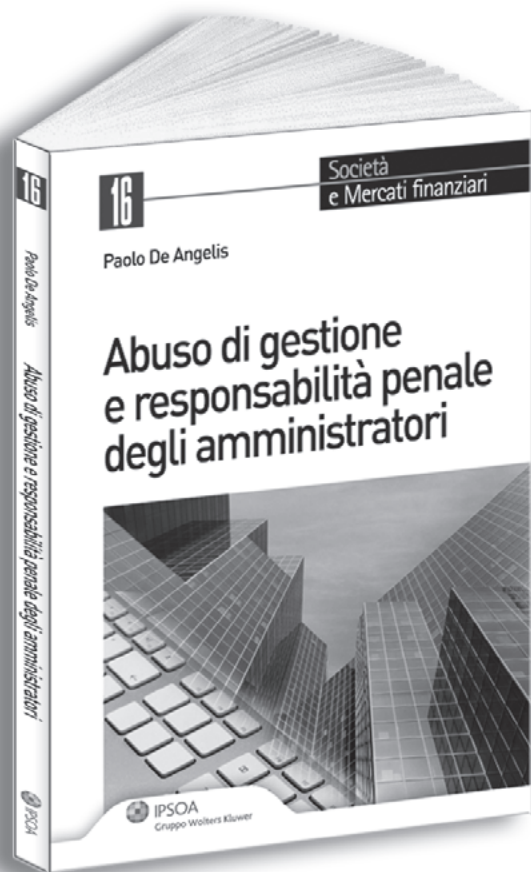
Circa l'inadeguatezza delle indagini, cfr. C. eur. dir. umani, Sez. I, 8 novembre 2011, Filatov c. Russia, in questa *Rivista*, 2012, 126; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 11 ottobre 2011, Hristovi c. Bulgaria, *ivi*, 2011, 1539; C. eur. dir. umani, Sez. I, 27 settembre 2011, Beksultanova c. Russia, *ibidem*, 1417; C. eur. dir. umani, Sez. III, 27 settembre 2011, Archip c. Romania, *ibidem*, 1419; C. eur. dir. umani, Sez. I, 19 luglio 2011, Djurdjevic c. Croazia, *ibidem*, 1165; C. eur. dir. umani, sez. V, 21 luglio 2011, Korobov c. Ucraina, *ibidem*, 1167; C. eur. dir. umani, sez. V, 7 luglio 2011, Shishkin c. Russia, *ibidem*, 1166; C. eur. dir. umani, sez. II, 26 aprile 2011, Erukidze e Girgvliani c. Georgia, *ibidem*, 770; C. eur. dir. umani, Grande Camera, 24 marzo 2011, Giuliani e Gaggio c. Italia, *ibidem*, 643; C. eur. dir. umani, Sez. I, 16 settembre 2010, Ayrapetyan c. Russia, *ivi*, 2010, 1375; C. eur. dir. umani, Sez. I, 29 luglio 2010, Kopylov c. Russia, *ibidem*, 1258; C. eur. dir. umani, Sez. I, 20 maggio 2010, Dzhabrailovy c. Russia, *ibidem*, 899; C. eur. dir. umani, Sez. V, 10 dicembre 2009, Dudnyk c. Ucraina, *ibidem*, 257; C. eur. dir. umani, Sez. III, 20 ottobre 2009, *ivi*, 2009, 1555; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 24 marzo 2009, Mojsiejew c. Polonia, *ibidem*, 659; C. eur. dir. umani, Sez. V, 16 ottobre 2008, Renolde c. Francia, *ivi*, 2008, 1579; Sez. I, 25 settembre, 2008, Mezhidov c. Russia, *ibidem*, 1455; C. eur. dir. umani, Sez. V, 20 dicembre 2007, Nikolova e Velichkova c. Bulgaria, *ibidem*, 257; C. eur. dir. umani, Sez. V, 14 dicembre 2006, Taraiyeva c. Russia, *ivi*, 2007, 269; C. eur. dir. umani, Sez. II, 8 novembre 2005, Gongadze c. Ucraina, *ivi*, 2006, 119; C. eur. dir. umani, Sez. III, 10 febbraio 2005, Bubbins c. Regno Unito, *ivi*, 2005, 650; C. eur. dir. umani, Grande Camera, 20 dicembre 2004, Makaratzis c. Grecia, *ibidem*, 258; C. eur. dir. umani, Sez. II, 12 ottobre 2004, Bursuc c. Romania, *ivi*, 2004, 1570; C. eur. dir. umani, Sez. I, 19 maggio 2004, Toteva c. Bulgaria, *ibidem*, 916; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 30 marzo 2004, S. c. Turchia, *ibidem*, 649; C. eur. dir. umani, Sez. I, 26 febbraio 2004, N. e altri c. Bulgaria, *ibidem*, 517.



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

Società
e Mercati finanziari



Abuso di gestione e responsabilità penale degli amministratori

Il volume esamina, partendo dalla riforma dei reati societari, il tema della gestione dell'impresa societaria e quello della valutazione delle condotte degli amministratori alla luce della norma sull'infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.).

Attraverso l'analisi degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali e la costante comparazione tra disciplina civilistica e norma penale, l'Autore affronta le principali problematiche interpretative ed applicative, fornendo una risposta alle molteplici questioni che si pongono nella pratica quotidiana di ogni compagine sociale: quali condotte espongono l'amministratore a conseguenze penali? Quali sono gli atti infragrupo consentiti e quali quelli vietati? Che rapporti intercorrono tra il reato di infedeltà, quello di appropriazione indebita e, in caso di fallimento, quello di bancarotta?

di **Paolo De Angelis**
pagg. 192, € 22,00

Compili subito il coupon, e lo invii **via fax allo 02.82476403**. Può acquistare anche on line su **www.shopwki.it** oppure può contattare l'**Agenzia** della sua zona (www.shopwki.it/agenzie) o rivolgersi alle **migliori librerie** della Sua città.

(00116643) Sì, desidero acquistare il volume **Abuso di gestione e responsabilità penale degli amministratori** a € 22,00.

Cognome e Nome _____		Azienda/Studio _____	
Via _____		CAP _____	
Città _____		_____	
Tel. _____		Fax _____	
e-mail (obbligatoria): _____		Cod. cliente _____	
Partita IVA _____		C.F. _____	

- (1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura
- Addebitare l'importo di € sulla mia carta di credito:
- Mastercard (16 cifre) American Express (15 cifre) VISA (16 cifre) Diners (14 cifre)

n° _____ Data di scadenza _____

Nome e indirizzo titolare carta di credito _____
 Timbro e firma _____

***TRATTAMENTO DATI PERSONALI**
 I dati personali saranno registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e saranno trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che la riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.lgs. 196/03, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita.
 Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Pal. F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403

*** Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.lgs. n. 185/1999.** Decorso 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milanofiori - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.

INDICE DEGLI AUTORI

Barrocu Giovanni

La presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale 224

Cisterna Alberto

Il Codice antimafia tra istanze compilative e modelli criminologici 213

Corbetta Stefano

Osservatorio Corte di cassazione - Diritto penale 149

Di Chiara Giuseppe

Osservatorio Corte costituzionale 143

Fabbretti Silvia

“Sudditanza psicologica” e provata condotta illecita nelle contestazioni probatorie 198

Garuti Giulio

Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo 253

Giangiaco Bruno

L'attività del GUP nell'udienza preliminare tra poteri di sollecitazione e integrazione..... 234

Leo Guglielmo

Osservatorio Contrasti giurisprudenziali..... 163

Marra Giuseppe

Le lesioni dolose possono ricorrere anche nel corso della gara sportiva 205

Montagna Alfredo

Osservatorio Corte di cassazione - Sezioni Unite..... 146

Palazzo Francesco

Liberalizzazione delle professioni e illecito disciplinare dell'avvocato 137

Peroni Francesco

Osservatorio Corte di cassazione - Processo penale 156

Tabasco Giuseppe

Illegittima l'obbligatorietà della custodia carceraria anche per il traffico illecito di sostanze stupefacenti 171

Trogu Mauro

Diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona e processo penale..... 241

Urbani Rita

Univocità e circostanze nel tentativo: tra oggettivismo e soggettivismo..... 187

INDICE CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI

Giurisprudenza

Corte costituzionale

22 luglio 2011 (c.c. 11 maggio 2011), n. 231 167
12 gennaio 2012 (6 gennaio 2012), n. 1 143

Corte di cassazione (Sezioni semplici)

20 luglio 2011 (ud. 6 luglio 2011), n. 28865 181
18 agosto 2011 (u.p. 29 aprile 2011), n. 32331 163
3 ottobre 2011 (ud. 20 aprile 2011), n. 35706..... 164
10 ottobre 2011 (ud. 22 settembre 2011), n. 36478 197
11 ottobre 2011 (ud. 21 settembre 2011), n. 36536 181
16 novembre 2011 (ud. 4 luglio 2011), n. 42114 204
18 novembre 2011 (3 novembre 2011), n. 42588..... 158
25 novembre 2011 (12 ottobre 2011), n. 43680 156
25 novembre 2011 (10 novembre 2011), n. 43787 .. 157
29 novembre 2011 (u.p. 30 settembre 2011), n. 44107 153
1 dicembre 2011 (u.p. 20 novembre 2011), n. 44650 152
2 dicembre 2011 (u.p. 11 novembre 2011), n. 44901 149
14 dicembre 2011 (8 novembre 2011), n. 46537 160
20 dicembre 2011 (u.p. 3 novembre 2011), n. 46961 154
20 dicembre 2011 (u.p. 18 novembre 2011), n. 47081 150
30 dicembre 2011 (u.p. 6 dicembre 2011), n. 48744 151

Corte di cassazione (Sezioni unite)

1 ottobre 2010 (p.u. 24 giugno 2010), n. 35399 146
10 gennaio 2012 (p.u. 29 settembre 2011), n. 155 .. 147

Corte europea dei diritti dell'uomo

6 novembre 2011, Pres. Vaji , Rafig Aliyev c. Azerbaijan 255
15 dicembre 2011, Pres. Tulkens, Al-Khawaja e Tahery c. Gran Bretagna 253
15 dicembre 2011, Pres. Spielmann, Mor c. Francia 257
20 dicembre 2011, Pres. Garlicki, Hanif e Khan c. Gran Bretagna 254
20 dicembre 2011, Pres. Casadevall, Pascari c. Moldavia 258

Legislazione

Decreto Ministero dell'interno 27 ottobre 2011 141
Legge 15 dicembre 2011, n. 217 141
Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 23 dicembre 2011 141

INDICE ANALITICO

Diritto penale

Delitti contro l'incolumità pubblica

Strage (Cass., Sez. I, 2 dicembre 2011 (u.p. 11 novembre 2011), n. 44901)..... 149

Delitti contro la fede pubblica

Tutela dei marchi (Cass., Sez. V, 20 dicembre 2011 (u.p. 18 novembre 2011), n. 47081)..... 150

Delitti contro la persona

Sequestro di infante a scopo di estorsione (Cass., Sez. VI, 30 dicembre 2011 (u.p. 6 dicembre 2011), n. 48744).

Delitto tentato

Univocità e circostanze nel tentativo: tra oggettivismo e soggettivismo (Cass., Sez. II, 20 luglio 2011 (ud. 6 luglio 2011), n. 28865; Cass., Sez. II, 11 ottobre 2011 (ud. 21 settembre 2011), n. 36536), con commento di Rita Urbani

Diritto penale del lavoro

Infortunio sul lavoro (Cass., Sez. IV, 1 dicembre 2011 (u.p. 20 novembre 2011), n. 44650)

Interruzione della gravidanza

Aborto senza l'osservanza delle prescrizioni di legge (Cass., Sez. V, 29 novembre 2011 (u.p. 30 settembre 2011), n. 44107)

Professione forense

Liberalizzazione delle professioni e illecito disciplinare dell'avvocato, di Francesco Palazzo

Reato

Cooperazione colposa (Cass., Sez. IV, 20 dicembre 2011 (u.p. 3 novembre 2011), n. 46961)

Stupefacenti

Sulla rilevanza penale del cosiddetto «uso di gruppo» di sostanze stupefacenti (Cass., Sez. III, 3 ottobre 2011 (ud. 20 aprile 2011), n. 35706)

Giustizia sovranazionale

Diritto ad un equo processo

Non dispersione della prova ed equo processo in Gran Bretagna (C. eur. dir. umani, grande camera, 15 dicembre 2011, Pres. tulkens, Al-Khawaja e Tahery c. Gran Bretagna)

Mancanza di imparzialità all'interno di una giuria in Gran Bretagna (C. eur. dir. umani, Sez. IV, 20 dicembre 2011, Pres. Garlicki, Hanif e Khan c. Gran Bretagna)

Diritto alla libertà e alla sicurezza e protezione della proprietà

Mancanza di presupposti per l'applicazione di misure cautelari in Azerbaijan (C. eur. dir. umani, Sez. V, 6 novembre)

Fonti sovranazionali

Diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona e processo penale, di Mauro Trogu

Libertà di espressione

Diritto di espressione e segreto professionale in Francia (C. eur. dir. umani, Sez. V, 15 dicembre 2011, Pres. Spielmann, Mor c. Francia)

Proibizione della tortura

Indagini inefficaci in Moldavia (C. eur. dir. umani, Sez. III, 20 dicembre 2011, Pres. Casadevall, Pascari c. Moldavia)

Scriminante dell'attività sportiva

Le lesioni dolose possono ricorrere anche nel corso della gara sportiva (Cass., Sez. IV, 16 novembre 2011 (ud. 4 luglio 2011), n. 42114), con commento di Giuseppe Marra

Processo penale

Atti

Omessa liquidazione delle spese alla parte civile: a quali condizioni è ammessa la correzione della sentenza (Cass., Sez. III, 25 novembre 2011 (12 ottobre 2011), n. 43680)

Notificazioni per l'imputato irreperibile (Cass., Sez. II, 18 agosto 2011 (u.p. 29 aprile 2011), n. 32331)

Contestazioni nell'esame dibattimentale

«Sudditanza psicologica» e provata condotta illecita nelle contestazioni probatorie (Cass., Sez. II, 10 ottobre 2011 (ud. 22 settembre 2011), n. 36478), con commento di Silvia Fabbretti

Criminalità organizzata

Il Codice antimafia tra istanze compilative e modelli criminologici, di Alberto Cisterna

Diritto di difesa

Imputato detenuto e giudizio camerale di appello a seguito di abbreviato (Cass., Sez. Un., 1 ottobre 2010 (p.u. 24 giugno 2010), n. 35399)

Esecuzione

Gli effetti in fase esecutiva dell'abolitio criminis «comunitaria» (Cass., Sez. I, 25 novembre 2011 (10 novembre 2011), n. 43787)

Misure cautelari

Illegittima l'obbligatorietà della custodia carceraria anche per il traffico illecito di sostanze stupefacenti (Corte costituzionale 22 luglio 2011 (c.c. 11 maggio 2011), n. 231), con commento di Giuseppe Tabasco

Precisazioni sul vaglio delle esigenze cautelari nell'ambito dei procedimenti per responsabilità medica (Cass., Sez. IV, 18 novembre 2011 (3 novembre 2011), n. 42588)

Presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere: evoluzione normativa e giurisprudenziale, di Giovanni Barrocu

Riesame cautelare e diritto di accesso alla documentazione delle intercettazioni (Cass., Sez. VI, 28 novembre 2011 (19 ottobre 2011), n. 43996)

Patrocinio a spese dello Stato

Parte civile ammessa al gratuito patrocinio ed imputato condannato a rifondere le spese di lite (Cass., Sez. VI, 14 dicembre 2011 (8 novembre 2011), n. 46537)

Pena

Conversione delle pene pecuniarie non eseguite per insolvibilità del condannato e criteri di ragguaglio (Corte cost., sent., 12 gennaio 2012 (6 gennaio 2012), n. 1)

Termini processuali

Termini per l'impugnazione e scadenza del termine di deposito della sentenza (Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2012 (p.u. 29 settembre 2011), n. 155)

Udienza preliminare

L'attività del GUP nell'udienza preliminare tra poteri di sollecitazione e integrazione, di Bruno Giangiacomo



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

CODICE PENALE COMMENTATO

a cura di **E. Dolcini e G. Marinucci**
III ed. - pagg. 8.060, € 290,00



L'Opera fornisce il **commento** articolo per articolo del **Codice penale**, degli articoli del Codice civile sui **reati societari** (artt. 2621-2642 c.c.) e di alcuni tra i più importanti **provvedimenti complementari** (l. 75/1958 - **Prostituzione**; l. 194/1978 - **Interruzione della gravidanza**; d.p.r. 309/1990 - **T.U. sugli stupefacenti**; d.lgs. 274/2000 - **Competenza penale del giudice di pace**).

In questa edizione è **commentato per la prima volta il T.U. Immigrazione** (d.lgs. 286/1998).

Particolare attenzione è dedicata alle **Note procedurali**, poste in calce agli articoli del Libro II del Codice.

Il commento è aggiornato con tutte le **ultime modifiche normative**: il d.lgs. 24 marzo 2011, n. 50, in tema di **precursori di droghe**; la l. 26 novembre 2010, n. 199 (c.d. legge "**svuota carceri**"); la l. 4 novembre 2010, n. 201 ("**protezione degli animali da compagnia**"); la l. 13 agosto 2010, n. 136 ("**piano antimafia**"); la l. 2 luglio 2010, n. 108 ("**lotta contro la tratta di esseri umani**").

Da ultimo, si è tenuto conto di una recentissima pronuncia della **Corte di Giustizia UE 28 aprile 2011, n. C-61/11PPU**, sull'**inosservanza dell'ordine di espulsione** e il contrasto della normativa italiana con la direttiva europea sui rimpatri dei clandestini.

Completa l'opera un **ricco e dettagliato indice analitico**.

CD-Rom ALLEGATO:

Assicura la **completezza dei contenuti dell'opera cartacea** (testo dell'articolo, sommario con *link* ai singoli commenti e bibliografie) e garantisce **piena funzionalità di ricerca** (per articolo e full text), rendendo agevole ed immediata la consultazione.

In aggiunta, tramite **link ipertestuali**, è possibile consultare le **massime** della giurisprudenza e le **norme** citate nei commenti.

Compili subito il coupon, e lo invii **via fax allo 02.82476403**. Può acquistare anche on line su **www.shopwki.it** oppure può contattare l'**Agenzia** della Sua zona (www.shopwki.it/agenzie) o rivolgersi alle **migliori librerie** della Sua città.

(00116674) Sì, desidero acquistare il volume **Codice Penale commentato con Cd-Rom - III ed.**, a cura di E. Dolcini e G. Marinucci a **€ 290,00**

Cognome e Nome _____ Azienda/Studio _____

Via _____ CAP _____

Città _____

Tel. _____ Fax _____

e-mail (obbligatoria): _____ Cod. cliente _____

Partita IVA _____ C.F. _____

(1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura

Addebitare l'importo di € sulla mia carta di credito:

Mastercard (16 cifre) American Express (15 cifre) VISA (16 cifre) Diner's (14 cifre)

n° _____

Data di scadenza _____

Nome e indirizzo titolare carta di credito _____

Timbro e firma _____

TRATTAMENTO DATI PERSONALI
I dati personali saranno registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e saranno trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.lgs. 196/03, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Pal. F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

* Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.lgs. n. 185/1999. Decorsi 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milanofiori - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.

La nuova collana
curata dai professionisti
per i professionisti del diritto

Diritto sanitario

a cura di Lorenzo Lamberti



Diritto sanitario

Il volume, inserito all'interno della Collana "Itinera - Guide giuridiche", affronta con un approccio **sistematico** e un taglio **assertivo** tutti gli aspetti relativi al Diritto sanitario.

Partendo dal diritto alla salute e dal "sistema Servizio sanitario", il testo offre un'analisi approfondita delle tematiche relative alle prestazioni sanitarie, ai soggetti, al personale.

Un'attenzione particolare è dedicata ai **rapporti di lavoro** (professioni mediche e sanitarie non mediche), alla **responsabilità del medico** (civile, penale, amministrativa, contabile e disciplinare), all'**attività contrattuale** delle aziende ospedaliere e sanitarie, alla **privacy** e al **regime fiscale** delle aziende sanitarie.

Completa il volume l'analisi della **gestione del patrimonio** degli enti sanitari e dello **smaltimento dei rifiuti**.

Arricchiscono l'opera **case history**, **esempi**, **schemi riepilogativi**, **appendice** (con atti originali) ed un dettagliato **indice analitico**.

Disponibile anche nella versione **e-book**.



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

Compili subito il coupon, e lo invii via fax allo **02.82476403**.
Può acquistare anche on line su www.shopwki.it oppure può
contattare l'Agenzia della Sua zona (www.shopwki.it/agenzie)
o rivolgersi alle migliori librerie della Sua città.

(00110185) Sì, desidero acquistare il volume **Diritto sanitario**, a cura di Lorenzo Lamberti a € 57,00.

Cognome e Nome	Azienda/Studio
Via	CAP
Città	
Tel.	Fax
e-mail (obbligatoria):	Cod. cliente
Partita IVA	C.F.

(1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura

Addebitare l'importo di € sulla mia carta di credito:

Mastercard (16 cifre) American Express (15 cifre) VISA (16 cifre) Diners (14 cifre)

n° _____ Data di scadenza _____

Nome e indirizzo titolare carta di credito

Timbro e firma

TRATTAMENTO DATI PERSONALI
I dati personali saranno registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e saranno trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.lgs. 196/03, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Pal. F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

* Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.lgs. n. 185/1999. Decorso 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milanofiori - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.