Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

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

10 2012

www.ipsoa.it/dirittopenaleeprocesso

Ipsoa, una tradizione di innovazione. Da 40 anni.

Retroattività favorevole e trasformazioni del sistema

La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale

L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale

DIREZIONE SCIENTIFICA
Giorgio Spangher
Paolo Pisa (condirettore)

COMITATO SCIENTIFICO
Paolo Ferrua
Francesco Palazzo
Sergio Seminara
Paolo Tonini

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

00129516

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

Edicola Professionale

L'app per le riviste professionali

Gentile Abbonato,

siamo lieti di comunicarle che **le riviste IPSOA e il fisco si *mobilitano***: oggi potrà consultare il suo abbonamento anche su **iPad** e **tablet Samsung** e **Android**!

Nasce infatti **Edicola Professionale**, l'app che permette di sfogliare i fascicoli delle riviste in mobilità.

Vada subito su **AppStore**, **Google Play** o **SamsungApps**: l'applicazione è disponibile gratuitamente.

Una nuovissima esperienza di lettura, un nuovo modo di aggiornarsi, più comodo: ogni fascicolo è scaricabile **in anteprima rispetto al cartaceo**, archiviabile sul proprio tablet e riconsultabile **anche in assenza di collegamento internet**, in viaggio, in studio o direttamente presso un cliente.

Ogni fascicolo de ***La Rivista digitale*** riporta fedelmente gli **stessi contenuti** del **cartaceo** e la possibilità di **effettuare ricerche** all'interno dell'articolo, inserire annotazioni e di avvalersi di tantissime altre funzionalità, tutte da scoprire sul sito

www.edicolaprofessionale.com

Per consultare i fascicoli basta:

1. andare su **AppStore**, **Google Play** o **SamsungApps**
2. scaricare gratuitamente la **App Edicola Professionale**
3. solo al primo accesso **inserire le credenziali** (user e password) che utilizza per accedere al sito **IPSOA**
4. nella sezione **Edicola** troverà disponibili per il download i **fascicoli del 2012** della Rivista a cui è abbonato
5. scaricandoli, potrà averli **sempre disponibili sul tablet nella sezione La mia Libreria** (anche senza collegamento Internet)

Se non è ancora registrato al sito Ipsoa lo faccia subito per ricevere le credenziali d'accesso: su **www.ipsoa.it** cliccando **Registrati subito**.

Buona lettura… digitale!

L'Editore

Disponibile su App Store · Google play · Samsung Apps

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

Per qualsiasi richiesta può contattare
il Servizio Clienti Ipsoa

Telefono: 02.824761
E-mail: servizioclienti.ipsoa@wki.it

Y32DV LE

Apple e iPad sono marchi di Apple Inc. • Android è un marchio di Google Inc.

EDITORIALE

Retroattività *in mitius*
CORRENTI SUPERFICIALI E CORRENTI PROFONDE NEL MARE DELLE ATTUALITÀ PENALISTICHE (A PROPOSITO DELLA RETROATTIVITÀ FAVOREVOLE)
di *Francesco Palazzo* **1173**

LEGISLAZIONE

NOVITÀ NORMATIVE **1177**

GIURISPRUDENZA

Osservatori

OSSERVATORIO CORTE COSTITUZIONALE
a cura di *Giuseppe Di Chiara* **1179**

OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE
a cura di *Alfredo Montagna* **1182**

OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - DIRITTO PENALE
a cura di *Stefano Corbetta* **1186**

OSSERVATORIO CORTE DI CASSAZIONE - PROCESSO PENALE
a cura di *Francesco Peroni* **1192**

OSSERVATORIO CONTRASTI GIURISPRUDENZIALI
a cura di *Guglielmo Leo* **1198**

Giurisprudenza commentata

Giudizio abbreviato
GIUDIZIO ABBREVIATO ED ERGASTOLO: UN RAPPORTO ANCORA DIFFICILE
Cassazione penale, Sez. I, 26 giugno 2012 (c.c. 10 gennaio 2012), n. 25227 **1201**
Cassazione penale, Sez. Un., 19 aprile 2012, n. 43905 **1201**
Cassazione penale, Sez. I, 6 marzo 2012 (c.c. 2 dicembre 2011), n. 8689 **1201**
Commento di *Alfredo Gaito e Ciro Santoriello* **1202**

Successione di leggi penali
LA CD. "SUCCESSIONE IMPROPRIA": UNA QUESTIONE DI GARANZIE
Cassazione penale, Sez. Un., 28 giugno 2012 (ud. 29 marzo 2012), n. 25457 **1211**
Commento di *Davide Bianchi* **1212**

OPINIONI

Diritto delle prove
L'INFLUENZA DELLA SENTENZA FRANZESE SUL VOLTO ATTUALE DEL PROCESSO PENALE
di *Paolo Tonini* **1225**

Reati contro la P.A.
LA RIFORMA DEI REATI DI CORRUZIONE E CONCUSSIONE COME PROBLEMA GIURIDICO E CULTURALE
di *Sergio Seminara* **1235**

Intercettazioni telefoniche
DELLA "TRASCRIZIONE INTEGRALE" *EX* ART. 268 C.P.P.: TRA ESEGESI RIDUTTIVE E MIRAGGI ACUSTICI
di *Silvio Sau* **1247**

Responsabilità medica
"MEDICINA DIFENSIVA" E GIURISPRUDENZA IN CAMPO PENALE: UN RAPPORTO CONTROVERSO
di *Giuseppe Rotolo* **1259**

Misure di sicurezza
LA CONFISCA ALLARGATA. CARATTERISTICHE E LIMITI DI CONFIGURABILITÀ
di *Francesca Scudiero* **1272**

Sommario

GIUSTIZIA SOVRANAZIONALE

Mandato d'arresto europeo

MANDATO D'ARRESTO EUROPEO: LE SEZIONI UNITE NON DECIDONO
di *Teresa Bene* **1286**

OSSERVATORIO CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO
a cura di *Giulio Garuti* **1291**

INDICI

INDICE AUTORI-CRONOLOGICO-ANALITICO **1297**

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. Mannozzi; 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. Pierro, 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/dirittopenaleeprocesso

DIRETTORE RESPONSABILE
Giulietta Lemmi

REDAZIONE
Isabella Viscardi, Francesco Cantisani, Novella Corti

REALIZZAZIONE GRAFICA
Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOMPOSIZIONE
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 s.r.l.
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/dirittopenaleeprocesso

ITALIA
Abbonamento annuale 2013: € 224,00

ESTERO
Abbonamento annuale 2013: € 448,00

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

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.

Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)

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

La movimentata attualità penalistica è costituita da molte trasformazioni, alcune delle quali - prevalentemente legislative - si pongono come correnti superficiali nel mare del diritto penale, mentre altre - prevalentemente giurisprudenziali - costituiscono correnti profonde, che toccano non solo i principi ma anche la stessa cultura della penalità. Quest'ultimo è, ad esempio, il caso della retroattività *in mitius* e delle complesse questioni ad essa collegata.

Una rassegna, sommaria ed incompleta, delle attualità penalistiche

La dinamica complessità dei nostri tempi tiene costantemente sotto pressione l'ordinamento penale ed i suoi operatori, introducendo continue e numerose modificazioni. Le trasformazioni prodotte si collocano però a livelli diversi nell'agitato mare del diritto penale. Alcune si presentano quali correnti superficiali, il che non significa affatto che siano innocue o trascurabili per la serena navigazione della giustizia penale: anzi, spesso sono proprio le correnti più superficiali quelle che più immediatamente e violentemente percuotono e squassano quel disastrato ed affannato natante. Altre sono invece correnti di profondità, non sempre immediatamente visibili o comunque non sempre oggetto principale dell'attenzione dei naviganti. Però, le correnti di profondità non solo esistono, ma la loro potenza trasformatrice è grande seppure sovente destinata a manifestarsi indirettamente e a lungo termine. Sono quelle correnti che, modificando le caratteristiche degli oceani, sono alla fine capaci di trasformare le stesse condizioni climatiche in cui si svolgerà la futura navigazione della barca della giustizia penale.

Fuor di metafora, in questo momento l'"attualità penalistica" è dominata da alcune questioni di indubbia importanza ma certo meno profondamente trasformative di altre che agiscono invece molto incisivamente sui gangli vitali del sistema pur non richiamando la stessa attenzione specie da parte degli operatori, col rischio che questi ultimi si possano trovare poi impreparati dinanzi a scenari inopinati e non certo privi di ricadute pratiche. E così, ad esempio, la riforma dei delitti di corruzione e di concussione da mesi "tiene la scena" dell'attualità con un clamore tutto politico, si direbbe addirittura politico-mediatico, probabilmente sproporzionato rispetto alla portata realmente innovativa delle norme progettate, le quali (a parte, forse, la fattispecie di traffico d'influenze e gli strumenti amministrativi di prevenzione) rimangono in sostanza sul piano, certo significativo, ma pur sempre dell'aggiustamento della disciplina. Più impegnativa l'eventualità della riforma delle intercettazioni, la quale però si carica di una sua particolare tensione ancora una volta per motivazioni contingentemente politiche, alla ricerca di soluzioni che sappiano meglio conciliare tutela della riservatezza e libertà d'informazione senza però imboccare la più comoda - e tentatrice - via di una drastica riduzione alla fonte delle legittime possibilità di ascolto. Anche la riforma del sistema sanzionatorio, a nostro avviso la più urgente ed auspicabile tra quelle in cantiere, non appartiene alle correnti profonde della trasformazione del sistema. Sia chiaro: non vogliamo con ciò minimamente sottovalutare l'importanza che un siffatto intervento avrebbe nel momento attuale per rispondere, almeno con una prova di responsabile buona volontà, alla situazione drammatica (e di certificata illegalità) in cui versano le nostre carceri. Intendiamo solo constatare che anche questo sarebbe un intervento che rimane entro le logiche attuali del sistema, molto for-

temente condizionato politicamente nel senso non solo delle verosimili accuse di "indulgenzialismo" che alcune parti politiche solleveranno, ma anche e soprattutto nel senso che sono appunto le condizioni politiche generali che impediscono ancora una volta solo di pensare a più ampi (forse più radicali) orizzonti riformatori del nostro sistema sanzionatorio e penale.

Dall'altro lato, emblematica invece delle correnti profonde di trasformazione del sistema è, tra le altre, la vicenda della retroattività delle legge penale più favorevole. Per lungo tempo quel principio è rimasto attestato sul tranquillizzante fondamento dell'eguaglianza di trattamento, lasciando così del tutto legittimamente aperta la possibilità di "limiti" e "deroghe" alla retroattività favorevole che rispondessero a criteri di ragionevolezza (prima nella più tenue forma della non-irragionevolezza, poi in quella più stringente della speciale ragionevolezza degli interessi perseguiti con la deroga). E, su questa linea della eguaglianza/ragionevolezza, il principio di retroattività favorevole rivelava un rango in fondo di legge ordinaria, potendovi il legislatore derogare alla "normale" condizione di osservare il *generale* canone di legiferazione costituito dal divieto di previsioni irragionevoli. Ebbene, oggi il principio di retroattività favorevole ha mutato il suo vólto radicalmente: dopo una famosa sentenza della Corte europea di Strasburgo (del 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*), esso è assurto al rango di un diritto fondamentale dell'uomo, ricavabile dall'art. 7 (sul principio di legalità) della CEDU e dunque operante quale norma interposta ai sensi dell'art. 117.1 della nostra Costituzione. Con tutto quel che ne deriva in punto di legittimità di eventuali "limiti" e "deroghe" che il legislatore ordinario intenda introdurre (e al riguardo la nostra Corte costituzionale ha già avuto il suo daffare, in una sentenza acuta, meditata e tormentata come è quella del 19-22 giugno 2011, n. 236 in tema di limiti all'efficacia retroattiva della più favorevole disciplina della prescrizione introdotta dalla legge 5 dicembre 2005, n. 251).

Le correnti profonde e il nuovo volto della retroattività favorevole

La vicenda della retroattività *in mitius* è davvero esemplare delle correnti profonde che percorrono il sistema penale senza peraltro i clamori riservati all'attualità legislativa.

Già lo spostamento del fondamento dalla generale eguaglianza allo specifico diritto fondamentale non può non avere un significato più stringente per il legislatore. Questo trascorrere della retroattività *in mitius* da un senso e portata *oggettivi* ad un senso e portata *soggettivi* comporta un arricchimento in profondità dei diritti fondamentali dinanzi al magistero punitivo. Questi ultimi non sono più solo un baluardo in negativo contro il rischio dell'invasività liberticida della sanzione penale, ma implicano una pretesa nuova e cioè che la libertà e la personalità dell'individuo non abbiano a subire limitazioni e pregiudizi senza ragione. Certo il nesso con la ragionevolezza è forte: ma mentre la ragionevolezza *in sé* è un criterio oggettivo di legiferazione, ora è la soggettività della persona che detta la linea ed è dunque logico che il discorso della retroattività *in mitius* vada effettuato negli stessi stringenti termini della irretroattività, cioè tendenzialmente assoluti. Rischia di traballare lo stesso limite del giudicato, se non fosse che - almeno allo stato - è stata la stessa Corte di Strasburgo a costruire, nella laconicità della sua sentenza sul punto, il diritto fondamentale alla retroattività favorevole al di qua della soglia del giudicato.

Dicevamo che, seppure assurto al rango di diritto fondamentale, la retroattività *in mitius* si pone in termini *tendenzialmente* assoluti. Perché? Qual è, più precisamente, il contenuto di questo diritto? Pare difficile concepirlo quale diritto all'affidamento che il reo si formi al trattamento legislativo più benevolo sopravvenuto durante il processo. Troppo deboli le basi giustificative di un "affidamento" che in realtà non avrebbe ragion d'essere oltre la volontà dell'ordinamento. Piuttosto, si può pensare che, venute meno le *ragioni* del trattamento più severo, la libertà e la personalità del soggetto non possono che riespandersi - per così dire - con la conseguenza che la permanenza del trattamento deteriore sarebbe senza giustificazione e dunque in violazione della libertà e personalità dell'individuo, dei diritti fondamentali insomma.

Sulla base di queste premesse ne vengono due conseguenze. La prima è che lo stesso limite del giudicato è messo implicitamente in forse, almeno quando si tratta di modifiche di trattamento che incidono sugli aspetti più rilevanti della situazione personale del reo, quali *in primis* la libertà. E in questo senso è molto significativa la riforma con la quale il nostro legislatore ha fatto saltare il limite del giudicato nell'ipotesi di attenuazione del trattamento sanzionatorio dalla pena detentiva a quella pecuniaria (v. comma 3 dell'art. 2 c.p., introdotto dalla legge 24 febbraio 2006, n. 85). La seconda conseguenza è che la "giustificazione" del permanere del trattamento deteriore (cioè della deroga alla retroattività favorevole) non può più essere ravvisata in una qualunque o speciale esigenza comunque "ragionevole", ma

esclusivamente in esigenze interne alla stessa *ratio* incriminatrice e funzionale della disciplina originaria. Così, pertanto, la deroga prevista per le leggi temporanee ed eccezionali mantiene intatta la sua giustificazione, poiché diversamente l'applicazione retroattiva più mite porrebbe nel nulla la stessa funzionalità della legge precedente. Ma al di là di questa, altre deroghe dotate di consimile giustificazione pur non impossibili appaiono decisamente improbabili nella nuova prospettiva.
Certamente, si tratta di ipotetici ed estremi sviluppi del principio di retroattività favorevole. Ma altrettanto indubbiamente essi possono profilarsi all'orizzonte più o meno lontano, suggeriti o indotti dallo spostamento d'accento subito da quel principio. Tutto ciò nel relativo silenzio del fluire delle correnti profonde, senza che la grande comunità di chi pratica il diritto penale presti per ora soverchia attenzione a questi movimenti imponenti, attratta com'è da altre impellenze.

Altre questioni della retroattività favorevole in balia delle correnti profonde

Il tema della retroattività favorevole presenta poi altre delicatissime questioni, parimenti percorse dalle correnti più profonde del sistema penale. Si tratta di questioni ancora probabilmente non del tutto assestate, che qui ci limitiamo a segnalare all'attenzione dei lettori.
La prima questione concerne l'applicazione della regola *in mitius* nell'ipotesi di mutamento giurisprudenziale, sancito eventualmente da una sentenza delle Sezioni Unite, che ritenga una determinata sottofattispecie sottratta all'ambito applicativo di un data previsione incriminatrice. È forse questa ipotesi da trattare come una vera e propria *abolitio criminis*? Al momento in cui scriviamo queste note la Corte costituzionale ha già avuto modo di affrontare il tema, senza peraltro aver ancora depositato la sentenza. Pertanto, in attesa di conoscere l'autorevole pensiero della Corte, ci limiteremo a sottolineare la "posta in gioco" - per dir così - sottesa a una tale questione. Certamente, dopo che la nozione di "diritto vivente" ha ormai fatto il suo ingresso non solo nella riflessione teorica, non solo nella giurisprudenza della stessa Corte costituzionale, ma anche negli arresti della Corte di cassazione (che ha avuto modo di riconoscere che un *overruling* giurisprudenziale può costituire un nuovo "elemento di diritto" idoneo a legittimare la riproposizione in sede esecutiva della richiesta di indulto prima rigettata (Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2010, n. 18288, Beschi), dopo tutto ciò sembrerebbe consequenziale estendere anche a questo "elemento di diritto" la regola della retroattività favorevole in ragione della sua riconosciuta capacità di innovare una certa *disciplina* normativa. Senza contare, inoltre, che anche la nuova fisionomia assunta dal principio quale diritto fondamentale potrebbe spingere ad attribuire la massima portata estensiva alla regola della retroattività *in mitius*. Anche per evitare di correre il rischio che sia poi la Corte di Strasburgo, la quale come noto ha una concezione del "diritto" tradizionalmente aperta al formante giurisprudenziale anche in materia penale, a censurare un'eventuale decisione contraria del giudice nazionale. Tuttavia, si avverte quasi istintivamente come la questione sia al centro di un intreccio di correnti profonde che si scontrano senza poter ancora assumere una direzione univoca.
In effetti, se ben può dirsi che la disposizione legale viva nel significato normativo attribuitole dalla dimensione giurisprudenziale della sua esistenza, più arduo è accettare l'idea che la sua morte possa essere certificata - con una pretesa che non può che essere assoluta - dall'*overruling* giurisprudenziale che determinerebbe una vera e propria *abolitio criminis*. Insomma, a differenza della Corte costituzionale al cui potere cassatorio si aggiunge con fatica anche un potere manipolativo delle norme penali, alla giurisdizione comune si stenta a riconoscere un potere abolitivo mentre ormai pacifico è quello manipolativo dei precetti penali sulla base del testo legale. Ognun vede come qui sono in gioco i limiti reciproci dei poteri dello Stato.
L'altra questione cui intendiamo accennare concerne l'ipotesi in cui all'originaria previsione incriminatrice succeda una legge di depenalizzazione della stessa fattispecie (c.d. successione impropria). Qui si è posto il problema se si sia in presenza di una pura e semplice *abolitio criminis* ovvero di una successione di leggi *punitive*, con conseguente applicazione della legge più favorevole, da individuare di regola (ma non necessariamente) nel nuovo illecito amministrativo. Il problema, già di per sé delicato, non è però puramente qualificatorio ma anche gravido di conseguenze che impegnano le correnti profonde del sistema.
In effetti, sulla base di un approccio più estrinseco, nessuna difficoltà dovrebbe esservi a qualificare il fenomeno in termini di *abolitio* e conseguentemente negare ogni spazio alla retroattività della nuova fattispecie depenalizzata (salvo diversa disposizione della legge di depenalizzazione). Anche perché così concludendo non entrerebbe in sofferenza nessuna esigenza garantista, visto e considerato che l'esito sarebbe quello della non punibilità *ex* art. 2, comma

2, c.p. E così, infatti, hanno opinato le Sezioni Unite nell'importante sentenza pubblicata in questo stesso fascicolo.
Tuttavia, guardando le cose un po' più prospetticamente, le conclusioni potrebbero anche essere diverse. L'opzione della pura e semplice *abolitio*, non solo implica la sottovalutazione dell'omogeneità sostanzial-funzionale tra illecito penale ed illecito (punitivo) amministrativo (ben consolidata invece nella giurisprudenza di Strasburgo), ma finisce per spingere quest'ultimo fuori dalle garanzie propriamente penalistiche e dunque ad estraniarlo anche dalla retroattività più favorevole oggi costituzionalizzata quale diritto fondamentale. In definitiva, è bensì vero che l'opzione più formalista non pregiudica *in sé e per sé* alcuna esigenza garantista, ma presuppone necessariamente una concezione dell'illecito punitivo amministrativo sguarnito delle stesse garanzie proprie dell'illecito penale: finendo così per "pagare", in termini di garanzia, un prezzo nel complesso più alto di quanto avverrebbe con l'applicazione dell'art. 2 c.p. (comma 4, s'intende) all'ipotesi specificamente considerata.

Uno sguardo conclusivo

La sommaria esemplificazione precedente è già sufficiente per formulare qualche considerazione generalissima, che vorremmo segnalare per richiamare l'attenzione degli operatori oltre l'immediatezza dell'attualità legislativa. Ribadito che, come abbiamo visto, la rivoluzione copernicana subita dal vecchio principio della retroattività favorevole non si limita a un *maquillage* puramente teorico-concettuale, un dato sembra evidente e ormai consolidato.
Le grandi correnti profonde di trasformazione del sistema e dei suoi principi sono appannaggio ormai degli organi giurisdizionali e più spesso di giurisdizioni sovranazionali, come le Corti europee e in specie, da qualche tempo in qua, la Corte di Strasburgo dei diritti dell'uomo. Il legislatore nazionale, salvo eccezioni, si muove invece sulle correnti superficiali, le quali sono tutt'altro che insignificanti ma di regola incapaci di modificare radicalmente il volto del sistema.
Probabilmente questo fenomeno è abbastanza normale, e non può stupire più di tanto. In effetti, le condizioni sistemiche in cui oggi opera il legislatore sono tali da fare inclinare le sue opzioni legislative, comprese quelle penalistiche, sempre più sul contingente e sulla ricerca del consenso elettorale. Con la conseguenza che la formazione di quel patrimonio culturale, costituito dai principi e dalla loro evoluzione e conformazione secondo le più profonde esigenze sociali e civili che si manifestano storicamente, diviene prevalente appannaggio di altri "formanti": in primo luogo, la "giurisprudenza" per l'effettività che essa è in grado di imprimere alle trasformazioni; in secondo luogo, la c.d. dottrina che in effetti sembra stia riscoprendo - almeno sulle questioni di fondo - la fecondità di un dialogo con la giurisprudenza, forse più incline all'ascolto della "scienza" di quanto non sia un legislatore occupato da più immediate impellenze.
In sostanza, merita forse precisare meglio la comune opinione riguardo al ruolo dei vari "formanti" del diritto, compreso quello penale. È bensì vero che è ormai cresciuto quello del formante giurisprudenziale rispetto a quello legislativo, ma è anche vero che mentre il legislatore si attesta più sulle correnti superficiali del mare penalistico, la giurisdizione, specialmente quella degli organi sovranazionali, partecipa molto attivamente delle correnti profonde che costituiscono lo stesso patrimonio della civiltà penalistica.
Questa (nuova) distribuzione dei ruoli tra politica e cultura nel dinamismo vitale del sistema penale pone non lievi problemi in ordine alle sorti della democrazia penale. Una situazione molto intricata e quasi confusa non finisce di disorientarci. Da un lato, il "legislativo" ha in buona parte perso il contatto con le correnti profonde del diritto penale, che viene così ad attenuare il suo radicamento democratico; anzi, non di rado la convulsa produzione legislativa è la prima causa di un indebolimento di quelle garanzie (offensività, colpevolezza, legalità) che costituiscono il lascito prezioso della democrazia liberale. Dall'altro, la "giurisprudenza", se specialmente nelle sue giurisdizioni sovranazionali partecipa delle correnti profonde e si fa carico di un'evoluzione culturale del diritto penale orientata a una sensibilità "progressista", dall'altro nella quotidiana e minuta amministrazione della giustizia inclina spesso a soluzioni più orientate ad istanze repressive che attente alle garanzie tradizionali.

Novità normative

Extracomunitari

Decreto legislativo 16 luglio 2012, n. 109
«Attuazione della direttiva 2009/52/CE che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare».
(G.U. 25 luglio 2012, n. 172)

Il provvedimento in esame, in vigore dal 9 agosto, introduce nel d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 **disposizioni più severe per contrastare lo sfruttamento del lavoro da parte di stranieri clandestini**. L'art. 1, comma 1, lett. a) aggiunge, all'art. 22, due nuovi commi che prevedono **restrizioni** circa la **concessione** allo straniero **del nulla osta al lavoro**. Ai sensi del comma 5-*bis*, il nulla osta è rifiutato se il datore di lavoro risulti condannato, anche con sentenza non definitiva, compresa quella *ex* art. 444 c.p.p., per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina verso l'Italia e dell'emigrazione clandestina dall'Italia verso altri Stati o per reati diretti al reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione o di minori da impiegare in attività illecite, per il reato di intermediazione illecita previsto all'art. 603-*bis* c.p., o per il reato di occupazione irregolare di cui all'art. 22, comma 12. A norma del comma 5-*ter*, il nulla osta è altresì rifiutato ovvero revocato «se i documenti presentati sono stati ottenuti mediante frode o sono stati falsificati o contraffatti ovvero qualora lo straniero non si rechi presso lo sportello unico per l'immigrazione per la firma del contratto di soggiorno entro il termine di legge, salvo il ritardo sia dipeso da forza maggiore». L'art. 1, comma 1, lett. b), introduce una serie di modifiche che incidono sul **delitto di occupazione irregolare**, previsto dall'art. 22, comma 12. In primo luogo, viene delineata, al comma 12-*bis*, una nuova **circostanza aggravante ad effetto speciale**: «le pene per il fatto previsto dal comma 12 sono aumentate da un terzo alla metà: a) se i lavoratori occupati sono in numero superiore a tre; b) se i lavoratori occupati sono minori in età non lavorativa; c) se i lavoratori occupati sono sottoposti alle altre condizioni lavorative di particolare sfruttamento di cui al terzo comma dell'articolo 603-*bis* del codice penale». La condanna per il reato in esame comporta l'applicazione della **sanzione amministrativa accessoria** del **pagamento del costo medio di rimpatrio del lavoratore straniero assunto illegalmente**; la determinazione di quel costo è demanda a criteri che verranno fissati da un apposito decreto interministeriale. Il comma 12-*quater* prevede, nel caso di sfruttamento lavorativo di cui al comma 12-*bis*, il **rilascio** del **permesso di soggiorno per motivi umanitari in favore dello straniero** «**che abbia presentato denuncia e cooperi nel procedimento penale** instaurato nei confronti del datore di lavoro»; il permesso di soggiorno ha durata semestrale, rinnovabile per un anno o, comunque, per il maggior tempo occorrente per la definizione del processo penale, ed è revocato «in caso di condotta incompatibile con le finalità dello stesso, ovvero qualora vengano meno le condizioni che ne hanno giustificato il rilascio». L'art. 2 introduce, nel corpo del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, il nuovo art. 25-*duodecies*, che prevede la **responsabilità dell'ente** in relazione alla commissione del **delitto di occupazione irregolare aggravato ai sensi del comma 12-*bis*,** d.lgs. n. 286 del 1998; la sanzione pecuniaria prevista oscilla da 100 a 200 quote, entro il limite di 150.000 euro. Infine, va segnalato l'art. 5, che, sotto la rubrica "disposizione transitoria", prevede una **sanatoria** - secondo una complessa procedura dettagliatamente regolata nei 17 commi di cui si compone l'articolo in esame **-** per «i datori di lavoro italiani o cittadini di uno Stato membro dell'Unione europea, ovvero i datori di lavoro stranieri in possesso del titolo di soggiorno previsto dall'articolo 9 d.lgs. n. 286 del 1998, «che, alla data di entrata in vigore del presente decreto legislativo occupano irregolarmente alle proprie dipendenze da almeno tre mesi, e continuano ad occuparli alla data di presentazione della dichiarazione di cui al presente comma, lavoratori stranieri presenti nel territorio nazionale in modo ininterrotto almeno dalla data del 31 dicembre 2011, o precedentemente»; tali soggetti - sempre che non sussistano le cause ostative indicate nei commi 3 e 4 (in relazione al datore di lavoro) e 13 (in relazione al lavoratore), «possono dichiarare la sussistenza del rapporto di lavoro allo sportello unico per l'immigrazione». La **dichiarazione di emersione** va presentata **dal 15 settembre sino al 15 ottobre 2012**, previo **pagamento di 1.000 euro per ciascun lavoratore**. Dal 9 agosto sino alla conclusione del procedimento di emersione «sono **sospesi i procedimenti penali e amministrativi** nei confronti del datore di lavoro e del lavoratore per le violazioni delle norme relative all'ingresso e al soggiorno nel territorio nazionale, con esclusione di quelle di cui all'art. 12, nonché di quelle di cui al presente provvedimento e comunque all'impiego di lavoratori, anche se rivestano carattere finanziario, fiscale, previdenziale o assistenziale. Ai sensi del comma 11, il buon esito della procedura di emersione, con assunzione dello straniero e sottoscrizione del contratto di soggiorno, comporta «rispettivamente, per il datore di lavoro ed il lavoratore, l'**estinzione dei reati e degli illeciti amministrativi** relativi alle violazioni di cui al comma 6»; nel caso invece in cui la dichiarazione di emersione non sia presentata, ovvero il procedimento non abbia esito positivo, la sospensione cessa il 15 ottobre, data di scadenza del termine di presentazione, ovvero alla data di archiviazione del procedimento o di rigetto della dichiarazione, salva comunque «l'archiviazione dei procedimenti penali e amministrativi a carico del datore di lavoro nel caso in cui l'esito negativo del procedimento derivi da motivi indipendenti dalla volontà o dal comportamento del datore di lavoro» (comma 10). Infine, ai sensi del comma 15, «salvo che il fatto costituisca più grave reato» è punito ai sensi dell'art. 76 d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, «chiunque presenta false dichiarazioni o attestazioni, ovvero concorre al fatto, nell'ambito della procedura di emersione prevista dal presente articolo». La pena è la reclusione da uno a sei anni «se il fatto è commesso attraverso la contraffazione o

l'alterazione di documenti oppure con l'utilizzazione di uno di tali documenti, si applica la pena delle reclusione da 1 a 6 anni. La pena è aumentata se il fatto è commesso da un pubblico ufficiale».

Ordinamento giudiziario

Decreto legislativo 7 settembre 2012, n. 155
«Nuova organizzazione dei tribunali ordinari e degli uffici del pubblico ministero, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 settembre 2011, n. 148».
(G.U. 12 settembre 2012, n. 213, Suppl. Ordinario n. 185)

In attuazione della delega conferita dall'art. 1, comma 2, legge 14 settembre 2011, n. 148, il decreto legislativo in esame attua una profonda revisione della distribuzione sul territorio degli uffici giudiziari. La novità di maggior impatto è la drastica **riduzione degli uffici giudiziari ordinari**: l'art. 1 dispone infatti la soppressione di tribunali ordinari, sezioni distaccate e procure della Repubblica indicati nella tabella A. Viene ridisegnata anche la distribuzione sul territorio delle **Corti d'appello** e dei **tribunali**, di cui alla tabella A allegata al r.d. 30 gennaio 194, n. 12 (art. 2), nonché delle sedi degli **uffici di sorveglianza per adulti** di cui alla tabella A allegata alla l. 26 lulgio 1975, n. 354 (art. 3) e delle sedi **Corte di assise** di cui alla tabella N allegata al d.P.R. 30 agosto 1951, n. 757 (art. 4). Le nuove disposizioni, peraltro, **acquistano efficacia dal 13 settembre 2013**, ossia decorsi dodici mesi dalla data di entrata in vigore del decreto in esame; il termine è elevato a **tre anni** con riguardo alle modifiche delle **circoscrizioni giudiziarie dell'Aquila e Chieti**, nonché delle relative sedi distaccate. Di particolare rilievo sono le **disposizioni transitorie** contemplate dall'art. 9. Ai sensi del comma 1, «le udienze fissate dinanzi ad uno degli uffici destinati alla soppressione per una data compresa tra l'entrata in vigore del presente decreto e la data di efficacia di cui all'art. 11, comma 2, sono tenute presso i medesimi uffici. Le udienze fissate per una data successiva sono tenute dinanzi all'ufficio competente a norma dell'articolo 2». Fino alla data in cui le nuove norme saranno efficaci, «il processo si considera pendente davanti all'ufficio giudiziario destinato alla soppressione» (comma 2). Infine, ai sensi del comma 3, «compatibilmente con l'organico del personale effettivamente in servizio e con la migliore organizzazione del lavoro, i capi degli uffici giudiziari di cui alla tabella A allegata al regio decreto 30 gennaio 1941, n. 12, così come sostituita dall'art. 2, assicurano che i procedimenti penali in relazione ai quali sia già stata dichiarata l'apertura del dibattimento proseguano dinanzi agli stessi giudici».

@ Il testo delle nuove tabelle è disponibile su: *www.ipsoa.it\dirittopenaleeprocesso*

LIBRI

COLLANA: **ITINERA – Guide giuridiche**

Diritto sanitario

Rossotto Colombatto & Partners

a cura di Lorenzo Lamberti

L'opera affronta, con un'**impostazione multidisciplinare** e con il giusto bilanciamento di **approfondimento scientifico** e **taglio pratico-operativo**, tutti gli aspetti del 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** ed un dettagliato **indice analitico**.

Il volume è disponibile anche in **formato ebook**.

Ipsoa 2012, Euro 57,00

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***

Osservatorio Corte costituzionale

a cura di **Giuseppe Di Chiara**

Misure cautelari

Sospensione dei termini di custodia cautelare, particolare complessità del dibattimento e spettro della discrezionalità del giudice

Corte costituzionale, sent., 20 luglio 2012 (17 luglio 2012), n. 204 - Pres. Quaranta - Est. Lattanzi

È infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 304, comma 2, c.p.p., nella parte in cui consente di definire «particolarmente complesso» il dibattimento in cui sia stata disposta una perizia (nella specie la perizia di trascrizione delle intercettazioni telefoniche) che avrebbe potuto o dovuto essere espletata nelle fasi anteriori al dibattimento stesso, sollevata in riferimento agli artt. 3 e 13, comma 5, Cost.

La questione

Il giudice *a quo*, in veste di giudice di rinvio a seguito di annullamento in cassazione, evocando quali parametri di scrutinio gli artt. 3 e 13, comma 5, Cost., aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 304, comma 2, c.p.p., nella parte in cui - secondo l'interpretazione del giudice di legittimità, vincolante per il rimettente *ex* art. 627, comma 3, c.p.p. - consente di definire «particolarmente complesso» il dibattimento in cui sia stata disposta una perizia (nella specie la perizia di trascrizione delle intercettazioni telefoniche) che avrebbe potuto o dovuto essere espletata nelle fasi anteriori al dibattimento stesso.
Ad avviso del rimettente, la norma censurata si porrebbe in contrasto con il principio della riserva di legge nella predeterminazione dei termini di durata massima della custodia cautelare, poiché la sospensione di tali termini sarebbe disposta «non già alla stregua di fatti e situazioni obiettivamente rilevabili e prestabiliti per legge», ma sulla base di scelte del pubblico ministero relative al momento in cui richiedere la perizia (in particolare, quella per la trascrizione delle registrazioni) imponderabili e imprevedibili, in quanto difformi dal sistema legislativo che prevede «l'espletamento della perizia di trascrizione, o più in generale di una perizia laboriosa e di lunga durata, nella fase delle indagini preliminari (o anche in sede di udienza preliminare)».
Ad avviso del giudice *a quo* la norma censurata violerebbe, inoltre, il principio di eguaglianza, atteso che la durata della custodia cautelare nella fase dibattimentale sarebbe condizionata dalla «solerzia o meno del pubblico ministero nella richiesta di perizia di trascrizione» e potrebbe, pertanto, darsi luogo a disparità di trattamento «in assenza di situazioni obiettive che giustifichino tale differenziazione», derivandone per tale via una disciplina diseguale per situazioni assimilabili.

La decisione

Nel dichiarare l'infondatezza della *quaestio*, la Corte ha cura, anzitutto, di rammentare come, nell'ambito della disciplina dei termini di custodia cautelare, l'art. 304 distingua due ipotesi di sospensione: il comma 1 regola l'ipotesi in cui la sospensione consegue di diritto al verificarsi degli eventi ivi indicati, senza, dunque, che sia necessaria allo scopo un'apposita iniziativa del pubblico ministero, sicché il relativo provvedimento assume i connotati dell'atto vincolato in presenza delle condizioni richieste dalla legge; la sospensione disciplinata dal comma 2, ancorata al presupposto della «particolare complessità del dibattimento», deriva, invece, da situazioni che necessitano di essere delibate da parte del giudice, sicché il relativo provvedimento è ascrivibile alla categoria degli atti a discrezionalità vincolata (così già Corte cost. n. 238 del 1997, in questa *Rivista*, 1997, 1072).
La *quaestio* sottoposta a scrutinio attiene, dunque, al meccanismo previsto dall'art. 304, comma 2, c.p.p., sul presupposto che lo svolgimento, in sede dibattimentale, di una perizia che si sarebbe potuta svolgere nel corso delle indagini preliminari dipenda da scelte del pubblico ministero che - ad avviso del giudice *a quo* - non potrebbero giustificare la sospensione dei termini di custodia cautelare: secondo il rimettente, infatti, in questo caso, la prolungata durata massima della custodia cautelare (in deroga a quella di fase dell'art. 303 c.p.p.) sarebbe determinata non già alla stregua di fatti e situazioni obiettivamente rilevabili e prestabiliti dalla legge - come avviene nei casi previsti dal comma 1 dell'art. 304 c.p.p. - «bensì alla stregua di determinazioni imponderabili del pubblico ministero a seconda che decida di richiedere la perizia di trascrizione durante la fase delle indagini preliminari o nell'udienza preliminare, oppure nella successiva fase dibattimentale».
Una tale ricostruzione della fattispecie - rileva la Corte - non tiene conto della circostanza che, secondo il codice di rito, la perizia è un mezzo di prova che, in presenza dei presupposti di legge, è disposto dal giudice su richiesta delle parti o anche d'ufficio e che nel corso delle indagini preliminari entrambe le parti hanno la facoltà di chiedere una perizia la quale, se fosse eseguita nel dibattimento, ne potrebbe determinare una sospensione superiore a sessanta giorni (art. 392, comma 2, c.p.p.); non si può, dunque, configurare a carico del solo pubblico ministero l'onere di richiedere, nella fase delle indagini preliminari, una perizia al fine di evitare un eventuale prolungamento del futuribile dibattimento.
Le ragioni - prosegue la Corte - perché sia riservata al dibattimento la valutazione sull'opportunità di una perizia possono essere molteplici; il giudice, d'altronde, senza necessità di disporre perizia, può legittimamente desumere elementi di

prova dall'esame dei consulenti tecnici dei quali le parti si siano avvalse (cfr., in proposito, Corte cost. n. 33 del 1999, in questa *Rivista*, 1999, 288); allorché, peraltro, sia stata disposta una consulenza tecnica è ben possibile che solo nel successivo dibattimento le risultanze dell'accertamento si rivelino insufficienti.
È palese, dunque, che non può formare oggetto di addebito al pubblico ministero il mancato svolgimento, nel corso delle indagini, di una perizia che si è poi svolta nel dibattimento, né tanto meno può ritenersi che evenienze di questo tipo possano essere aprioristicamente considerate prive di giustificazione.
In realtà - prosegue la Corte - la concreta dinamica del singolo processo, in raccordo con le specifiche iniziative probatorie delle parti, può essere fonte di effetti diversi, sicché rispetto a questi non può non essere affidato alla discrezionalità vincolata del giudice (secondo la ricostruzione concettuale posta in opera da Corte cost. n. 238 del 1997, cit.) l'apprezzamento della «particolare complessità del dibattimento», alla quale l'art. 304, comma 2, c.p.p. collega la sospensione dei termini di custodia cautelare. Insomma, l'eventuale iniziativa del pubblico ministero relativa a una perizia rientra nella fisiologia delle dinamiche probatorie, così come del tutto fisiologica è la possibilità di definire, ai sensi della norma censurata, «particolarmente complesso» il dibattimento allorché si debba eseguire una perizia che presenti particolari caratteristiche di difficoltà e durata. Sotto questa chiave - sottolinea la pronuncia in esame - la censura in termini di «imprevedibilità» e di «imponderabilità» delle scelte del pubblico ministero relative all'espletamento della perizia, che nella prospettiva del rimettente sta alla base dell'asserita violazione dell'art. 13, comma 5, Cost. e del principio di uguaglianza, si palesa priva di fondamento, in quanto non tiene conto del carattere fisiologico delle diverse determinazioni che il pubblico ministero può essere di volta in volta chiamato ad adottare nell'ambito delle dinamiche probatorie del processo.
Considerazioni non dissimili - rimarca la Corte - possono farsi anche per ciò che più specificamente concerne la trascrizione delle intercettazioni.
Deve osservarsi, anzitutto, che né nella fase delle indagini, né in quella del dibattimento occorre una richiesta di trascrizione da parte del pubblico ministero: l'art. 268, comma 7, c.p.p. prevede infatti che sia il giudice a disporre direttamente «la trascrizione integrale delle registrazioni», e la stessa regola opera anche nel dibattimento, allorché nella fase delle indagini non si sia svolta la selezione delle intercettazioni prevista dall'art. 268, comma 3, c.p.p. Si mostrano, dunque, prive di base giuridica le considerazioni del giudice rimettente sulla «solerzia (…) del pubblico ministero nella richiesta di perizia di trascrizione», essendo tale richiesta non prevista. Nella prospettiva del giudice rimettente potrebbe piuttosto farsi riferimento a un'eventuale mancanza di impulso, da parte del pubblico ministero, al procedimento di selezione delle intercettazioni, previsto dall'art. 268, comma 3, c.p.p., al quale, su disposizione del giudice, consegua la trascrizione: ma - sottolinea la Corte - la questione, se così fosse, muterebbe di oggetto.
Può peraltro aggiungersi che, secondo un ben noto indirizzo interpretativo, la trascrizione, anche se peritale, non costituisce la prova diretta di una conversazione, ma va considerata solo come un'operazione rappresentativa in forma grafica del contenuto di prove acquisite mediante la registrazione fonica (così Corte cost. n. 336 del 2008, in questa *Rivista*, 2008, 1499). Deve inoltre osservarsi che l'espletamento nel dibattimento di una perizia di lunga durata o della trascrizione di intercettazioni non comporta necessariamente un prolungamento della fase dibattimentale, perché è ben possibile che l'attività del perito si svolga contemporaneamente all'assunzione delle prove; d'altra parte, la trascrizione delle intercettazioni nel corso delle indagini potrebbe prolungare la custodia cautelare in tale fase allorché il deposito degli atti delle intercettazioni sia ritardato fino al momento della chiusura delle indagini (art. 268, comma 5, c.p.p.): se solo dopo si desse corso al procedimento per la selezione delle intercettazioni e per la loro trascrizione si potrebbe determinare un'inutile prosecuzione della fase, con il correlativo mantenimento della custodia cautelare.
Un rinvio, peraltro, della trascrizione delle intercettazioni a dopo la chiusura delle indagini preliminari potrebbe essere dettato anche da ragioni di economia processuale, nella fondata previsione che il procedimento possa essere definito nell'udienza preliminare nelle forme del patteggiamento o del giudizio abbreviato.
A sostegno delle censure formulate nei confronti dell'art. 304, comma 2, c.p.p., il rimettente aveva richiamato la giurisprudenza costituzionale in tema di contestazioni a catena (Corte cost. n. 408 del 2005, in questa *Rivista*, 2005, 1511), effettuando, nell'ambito della sospensione dei termini della custodia cautelare, una trasposizione dell'affermazione, ivi contenuta, volta a evitare ricadute negative sulla durata della custodia cautelare della «imponderabile valutazione soggettiva degli organi titolari del "potere cautelare"».
Una tale trasposizione - statuisce oggi la Corte - si palesa, tuttavia, del tutto priva di fondamento.
Gli istituti della retrodatazione, in presenza di "contestazioni a catena", e della sospensione della custodia cautelare sono - rimarca la Corte - radicalmente diversi: il primo tende a evitare che, rispetto a una custodia cautelare in corso, intervenga un nuovo titolo che, senza adeguata giustificazione, determini di fatto uno spostamento in avanti del termine iniziale della misura, mentre il secondo, nell'ambito del titolo originario e dei relativi termini, prevede casi di sospensione, pur essi limitati nel tempo, e giustificati da particolari situazioni processuali.
L'introduzione di «parametri certi e predeterminati» nella disciplina delle "contestazioni a catena" risponde all'esigenza di «configurare limiti obiettivi e ineludibili alla durata dei provvedimenti che incidono sulla libertà personale» (Corte cost. n. 89 del 1996, in questa *Rivista*, 1996, 546), in assenza dei quali si potrebbe «espandere la restrizione complessiva della libertà personale dell'imputato, tramite il "cumulo materiale" - totale o parziale - dei periodi custodiali afferenti a ciascun reato» (Corte cost. n. 233 del 2011, *ivi*, 2011, 1066). La disciplina delle "contestazioni a catena", dunque, si caratterizza per una rigidità indispensabile a scongiurare il rischio di un'espansione, potenzialmente indefinita, della restrizione complessiva della libertà personale, ed è in nome di questa rigidità che tale disciplina non tollera alcuna «imponderabile valutazione soggettiva degli organi titolari del "potere cautelare"».
La stessa rigidità - rimarca la Corte - non caratterizza, invece, i meccanismi della sospensione dei termini di durata massima di cui all'art. 304, comma 2, c.p.p., incentrati su un provvedimento che attribuisce al giudice l'apprezzamento, a discrezionalità vincolata, della «particolare complessità del dibattimento».
La circostanza che tale «particolare complessità» possa essere condizionata dalla «concreta dinamica del processo» e che questa, a sua volta, si ricolleghi alle iniziative probatorie

delle parti - e segnatamente, per quanto rilevava nel giudizio *a quo*, a quelle del pubblico ministero concernenti una perizia - non determina, sottolinea la Corte, alcun *vulnus* costituzionale in un sistema che è caratterizzato, tra l'altro, dalla previsione dei «termini finali complessivi, in funzione di limite massimo insuperabile (c.d. massimo dei massimi) anche ove si verifichino ipotesi di sospensione, proroga o neutralizzazione del decorso dei termini di custodia cautelare» (Corte cost. n. 299 del 2005, in questa *Rivista*, 2005, 1071).
Le determinazioni del pubblico ministero sono sottoposte a un duplice vaglio del giudice (il primo sull'ammissione della perizia, il secondo sulla «particolare complessità del dibattimento») e, rispetto ad esse, la disciplina della durata massima della custodia cautelare reagisce non già "sterilizzandone" l'incidenza sulla durata della custodia, ma assicurando una regolamentazione, che copre l'intera durata del procedimento e garantisce un ragionevole limite di durata della custodia (in questi termini già Corte cost. n. 299 del 2005, cit.): è, dunque, questa articolata regolamentazione dei termini che, per un verso, assicura al sistema processuale la compatibilità del ruolo del pubblico ministero nella «concreta dinamica del processo» - e, segnatamente, in quella probatoria - con l'osservanza della riserva di legge nella predeterminazione dei termini di durata massima, ed esclude, d'altra parte, che il concreto dispiegarsi della dinamica processuale possa determinare disparità di trattamento lesive del principio di uguaglianza.
Un'articolata disciplina dei termini di durata, che preveda «termini finali complessivi, in funzione di limite massimo insuperabile (c.d. massimo dei massimi)», e copra «l'intera durata del procedimento», garantendo da un lato «un ragionevole limite di durata della custodia», dall'altro l'attribuzione al giudice di una «discrezionalità vincolata» nella valutazione della sussistenza dei presupposti per la sospensione *ex* art. 304, comma 2, c.p.p., fanno escludere - conclude dunque la Corte - che le iniziative del pubblico ministero circa l'espletamento della perizia, in grado di influire sulla «concreta dinamica del processo», possano porsi in contrasto con i parametri costituzionali evocati dal rimettente.

I precedenti

Sulle meccaniche della disciplina dei termini massimi di custodia cautelare cfr. Corte cost. n. 238 del 1997, in questa *Rivista*, 1997, 1072; sulle logiche dell'impalcatura complessiva dei termini cfr. altresì Corte cost. n. 299 del 2005, *ivi*, 2005, 1071.

La dottrina

Per una ricostruzione dell'architettura dei meccanismi sospensivi dei termini massimi di custodia cautelare, attenta alle cornici costituzionali di riferimento, cfr. C. Conti, *La sospensione dei termini di custodia cautelare*, Padova, 2001.

LIBRI

COLLANA: **Codici Legali Ipsoa**

Codice penale
Codice di procedura penale – XVI ed.

Leggi complementari

Giovanni Fiandaca – Angelo Giarda

Il volume propone il testo aggiornato del codice penale e di procedura penale, il Trattato sul funzionamento UE (ex Trattato CE), la Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Costituzione della Repubblica italiana e una ricca raccolta di Leggi complementari suddivise per materia.
La sezione Giurisprudenza riporta le massime delle Sezioni Unite della Cassazione penale (segnalate con una bilancina posta prima di ciascun articolo del codice).

Il codice penale è corredato dalle note procedurali, segnalate per ciascun tipo di reato.

Aggiornato, da ultimo, con: L. 15 febbraio 2012, n. 12, "Norme in materia di misure per il contrasto ai fenomeni di **criminalità informatica**"; L. 27 gennaio 2012, n. 3, c.d. "**sovraindebitamento**"; D.L. 22 dicembre 2011, n. 211, conv., con modif., dalla L. 17 febbraio 2012, n. 9, c.d. "**sovraffollamento delle carceri**"; L. 12 novembre 2011, n. 183, c.d. "**Legge di stabilità 2012**"; D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, c.d. "**Codice delle leggi antimafia**"; L. 14 settembre 2011, n. 148, in materia di **intermediazione illecita** e **sfruttamento del lavoro**; D.L. 13 agosto 2011, n. 138, conv., con modif., dalla L. 14 settembre 2011, n. 148, di "**stabilizzazione finanziaria**"; D.Lgs. 7 luglio 2011, n. 121, in materia di "**reati ambientali**".

Compreso nel prezzo, l'aggiornamento on-line del testo del codice.

Ipsoa 2012, Euro 30,00

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***

Osservatorio Corte di cassazione - Sezioni Unite

a cura di **Alfredo Montagna**

Regime della prova

Sulla non equipazione del controllo della corrispondenza del detenuto al regime delle intercettazioni

Cassazione penale, Sez. Un., 18 luglio 2012 (c.c. 19 aprile 2012), n. 28997 - Pres. Lupo - Rel. Conti - P.M. Ciani (conf.) - Ric. Pasqua

Il controllo e l'acquisizione probatoria della corrispondenza epistolare del detenuto non possono essere disciplinate, in via analogica, dalle disposizioni relative alle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni telefoniche.

Il caso

In relazione al giudizio in questione il P.G. aveva rilevato l'esistenza di una giurisprudenza non sufficientemente chiara sul tema della disciplina da applicare al controllo ed all'acquisizione probatoria della corrispondenza epistolare del detenuto. In particolare si poneva il problema del "recupero" delle disposizioni relative alle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni telefoniche.
Per giungere alla affermazione di utilizzabilità del contenuto della corrispondenza il giudice di merito si era conformato a quella giurisprudenza di legittimità per la quale il provvedimento del giudice per le indagini preliminari, emesso su richiesta del pubblico ministero, per la sottoposizione a controllo, e l'acquisizione a fini probatori, della corrispondenza in entrata ed in uscita dalla Casa circondariale ove il sottoposto ad indagine si trovi ristretto in esecuzione pena per effetto di una sentenza di condanna passata in giudicato, avrebbe natura di provvedimento complesso; componendosi da un lato di un ordine di *sequestro della corrispondenza* già eventualmente sottoposta a controllo, e dall'altro di un provvedimento di intercettazione di comunicazioni con eventuale sequestro della corrispondenza ritenuta rilevante.
Peraltro nello stesso periodo (2006) altra giurisprudenza aveva affermato che il provvedimento con cui il pubblico ministero ordina al direttore della Casa circondariale di esibire alla polizia giudiziaria la corrispondenza relativa ad un detenuto e di consentirne l'estrazione di copia, avrebbe dato luogo, in assenza di un precedente ordine di sottoposizione a visto di controllo disposto con le modalità e le garanzie della legge di ordinamento penitenziario, ad una forma atipica di intercettazione del contenuto della corrispondenza epistolare, con conseguente inutilizzabilità probatoria della corrispondenza per mancanza dell'autorizzazione del giudice. Una posizione esplicata più chiaramente allorché si era ribadito la illegittimità del provvedimento con cui il pubblico ministero avesse disposto l'acquisizione del contenuto della corrispondenza del detenuto, al quale veniva inoltrata dopo le operazioni di fotocopiatura, in quanto adottato in violazione delle norme dell'ordinamento penitenziario, che prevedono che detta acquisizione sia preceduta da un provvedimento del magistrato di sorveglianza e che il detenuto sia immediatamente informato in ordine al "trattenimento" di detta corrispondenza. Una posizione che ribadiva come detto provvedimento realizzasse una forma atipica di intercettazione del contenuto della corrispondenza epistolare, con conseguente inutilizzabilità delle relative acquisizioni probatorie.
La sesta sezione aveva condiviso tali perplessità richiedendo alle Sezioni Unite di affrontare la questione se la sottoposizione a controllo e l'acquisizione probatoria della corrispondenza epistolare del detenuto, potessero essere disciplinate in via analogica, dalle disposizioni relative alle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni telefoniche.

La decisione

Sulla premessa oggettiva del caso di specie, nel quale il provvedimento del pubblico ministero aveva ordinato alla direzione del carcere l'intercettazione della corrispondenza in entrata ed in uscita di un detenuto, senza che di ciò alcuno (detenuto e/o mittenti) venisse informato, la Corte ha adottato una soluzione estremamente lineare, e pienamente condivisibile.
Nella propria decisione le Sezioni Unite hanno preliminarmente affermato che l'orientamento per il quale la disciplina prevista per le intercettazioni dagli artt. 266 e ss. c.p.p. sarebbe applicabile analogicamente alle operazioni di intercettazioni della corrispondenza inviata ad un detenuto non trova un fondamento normativo né sistematico.
Infatti la materia delle investigazioni sulla corrispondenza è regolata dall'art. 254 c.p.p., con specificità rispetto a quella generale in tema di sequestri *ex* art. 253 c.p.p., in quanto il sequestro di lettere, pieghi, pacchi o altri oggetti di corrispondenza è assistito da particolari garanzie. Una volta disposto il sequestro, di iniziativa o meno, il P.M. deve depositare il relativo verbale entro il terzo giorno successivo ai sensi degli artt. 365 e 366 c.p.p., dando avviso al difensore dell'indagato.
Orbene, osserva la Corte, nessun dubbio può sussistere sul fatto che vada qualificata come corrispondenza anche quella diretta al detenuto o a questi inviata (senza che la "mediazione" dell'amministrazione penitenziaria cambi qualcosa, se non per accentuare la tutela in ragione dello status del detenuto).
Ed infatti la decisione ha ricordato come i poteri intrusivi dell'autorità giudiziaria sulla corrispondenza del detenuto sono regolati dall'art. 18-*ter* dell'ordinamento penitenziario, inserito dalla legge 8 aprile 2004, n. 95, ai sensi del quale non può essere disposta la apprensione occulta del contenuto della

corrispondenza dei detenuti (anche se in regime di 41-*bis*), senza che il detenuto sia immediatamente informato che la corrispondenza è stata trattenuta.
A fronte di tale duplice quadro normativo le Sezioni Unite hanno tratto la condivisibile conclusione che non è consentita la applicazione analogica o estensiva di discipline diverse al caso de qua, quale quella sulle intercettazioni di cui agli artt. 266 e ss. c.p.p., il cui riferimento nella disciplina dell'art. 353 c.p.p. è stata anche esclusa in sede di lavori parlamentari.
In considerazione di quanto sopra le Sezioni Unite hanno affermando il principio per il quale «la disciplina delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, di cui agli artt. 266 e seguenti c.p.p., non è applicabile alla corrispondenza, dovendosi per la sottoposizione a controllo e la utilizzazione probatoria del contenuto epistolare seguire le forme del sequestro di corrispondenza di cui agli artt. 254 e 253 c.p.p., e, trattandosi di corrispondenza di detenuti, anche le particolari formalità stabilite dall'art. 18-*ter* dell'ordinamento penitenziario.».

I precedenti

Cass., Sez. II, 23 maggio 2006, Rescigno, dep. 13 giugno 2006, n. 20228, in *Ced Cass.*, 234652; Cass., Sez. VI, 13 ottobre 2009, Giacalone, dep. 10 dicembre 2009, n. 47009, *ivi*, 245183; Cass., Sez. V, 4 febbraio 2010, Azoulay, dep. 29 aprile 2010, n. 16575, *ivi*, 246870; Cass., Sez. I, 7 novembre 2007, dep. 12 dicembre 2007, Ditto, *ivi*, 238488; Cass., Sez. V, 18 ottobre 2007, Costa, dep. 23 gennaio 2008, n. 3579, *ivi*, 238902.

La dottrina

A. Chelo, *Acquisizione clandestina della corrispondenza del detenuto: un'intercettazione*, in questa *Rivista*, 2010, 11, 1313; O. Murro, *Il rapporto tra controllo e garanzie della corrispondenza*, in questa *Rivista*, 2010, 6, 706; Fanuele, *Sequestro di corrispondenza proveniente da persona detenuta: una forma di intercettazione mascherata*, in questa *Rivista*, 2010, 4, 465; Filippi, *Il controllo sulla corrispondenza dei detenuti*, in questa *Rivista*, 2004, 10, 1200.

Ricorso straordinario

Ambito di applicabilità del ricorso *ex* art. 625-*bis* c.p.p.

Cassazione penale, Sez. Un., 17 luglio 2012 (c.c. 21 giugno 2012), n. 28717 - Pres. Lupo - Rel. Macchia - P.M. Ciani (conf.) - Ric. Brunetto

La persona condannata con sentenza annullata con rinvio in relazione alla sussistenza di una circostanza aggravante è legittimata alla proposizione del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto *ex* art. 625-*bis* c.p.p.

Il caso

La seconda sezione penale della Corte, con ordinanza del 14 giugno 2011, aveva rimesso la trattazione del ricorso alle sezioni unite, rilevando l'esistenza di un contrasto circa la questione di diritto se, con riferimento al principio di formazione progressiva del giudicato, l'imputato acquistasse lo stato processuale di condannato, che legittima la proposizione del ricorso straordinario *ex* art. 625-*bis* c.p.p., nel caso di annullamento parziale di sentenza di condanna, con passaggio in giudicato dei capi della sentenza che affermano nell'*an* la responsabilità per almeno alcuni dei capi di imputazione.
La questione del giudicato progressivo era stata più volte affrontata dalla giurisprudenza delle sezioni unite (Sez. Un., n. 373 del 23 novembre 1990, dep. 16 gennaio 1991, Agnese; Sez. Un., n. 6019 dell'11 maggio 1993, dep. 14 giugno 1993, Ligresti e altri; Sez. Un., n. 4460 del 19 gennaio 1994, dep. 19 aprile 1994, Cellerini ed altri; Sez. Un., n. 4904 del 26 marzo 1997, dep. 23 maggio 1997, Attinà), precisando che l'annullamento parziale su statuizioni diverse dall'accertamento del fatto-reato e della responsabilità dell'imputato comporta l'irrevocabilità della pronuncia di condanna,
L'indirizzo contrario alla legittimazione del condannato con sentenza oggetto di parziale annullamento al ricorso, si fondava sulla considerazione che la sentenza della Corte di cassazione che annulla una decisione di merito non sarebbe impugnabile, essendo tali soltanto le sentenze che hanno l'effetto di rendere irrevocabili pronunce di condanna (qualificando quali sentenze di condanna, rispetto alle pronunce di legittimità, solo le sentenze di rigetto o di declaratoria di inammissibilità di ricorsi proposti contro sentenze di condanna). Per quanto attiene alle decisioni di annullamento, l'impugnabilità riguardava soltanto quelle di annullamento parziale, e per quei capi della sentenza che, acquistano autorità di cosa giudicata perché non in connessione essenziale con i capi annullati.
L'orientamento favorevole al riconoscimento della legittimazione al ricorso straordinario in capo al condannato con sentenza oggetto di annullamento parziale osservava come diversamente si sarebbe stati costretti ad attendere, per la rilevazione dell'errore di fatto, il compimento del giudizio di rinvio e la definizione dell'eventuale e conseguente giudizio di cassazione; a fronte di ciò si sarebbe dovuto ottenere l'annullamento della sentenza di annullamento con rinvio, della sentenza del giudice del rinvio e di quella di cassazione sul giudizio di rinvio.

La decisione

Anche la soluzione della questione in oggetto dipendeva dalla individuazione del momento in cui si assume lo *status* di condannato, e dunque del momento in cui può dirsi che si sia avuto il passaggio in giudicato della sentenza di condanna.
La decisione ha ricordato i propri precedenti arresti in tema di formazione del giudicato, che può assumere, nelle ipotesi di annullamento parziale pronunciato dal giudice di legittimità, i connotati di una fattispecie a formazione progressiva, così da assegnare la caratteristica della intangibilità a quella parte di risultato già raggiunta nel processo. Infatti la sentenza della Corte di cassazione, in caso di annullamento parziale, delimita l'oggetto del giudizio di rinvio, riducendo corrispondentemente l'oggetto del processo.
Peraltro, aggiunge la Corte, l'autorità di cosa giudicata che l'art. 624 del codice di rito conferisce alla parte autonoma della sentenza non annullata, è ulteriormente rimarcata dalla riconoscibilità esterna del formarsi del giudicato parziale ai sensi del secondo comma del medesimo art. 624 c.p.p.
In motivazione le Sezioni Unite precisano che allorché diviene irrevocabile l'affermazione di responsabilità penale in ordine ad una determinata ipotesi di reato, il giudizio prosegue in sede di rinvio soltanto agli effetti della determinazione del trattamento sanzionatorio; ed in tale contesto deve ritenersi ontologicamente venuta meno la presunzione di non colpevolezza, così che risulta trasformata la posizione dell'imputa-

to in quella di condannato, anche se a pena ancora da determinare in via definitiva. Pertanto la parte della sentenza non annullata diviene teoricamente eseguibile, e da ciò ricava un'ulteriore possibile incongruenza ove non si addivenisse alla soluzione prescelta. Infatti i condannati in via definitiva in toto sarebbero ammessi al ricorso straordinario (con una possibile sospensione della esecuzione), mentre i condannati, ma con un annullamento parziale, non potrebbero proporre tale ricorso (e giovarsi della possibile sospensione).
In motivazione si evidenzia un ulteriore elemento negativo in caso di non ammissibilità del ricorso *ex* art. 625-*bis* c.p.p. nell'ipotesi in esame, in quanto il ridotto termine per la sua presentazione ne renderebbe impossibile la stessa ove si dovesse attendere il giudizio di rinvio, atteso che il *dies a quo* resta quello del deposito della decisione della corte di cassazione.
Pertanto le Sezioni Unite hanno affermato il principio per il quale deve ritenersi legittimata alla proposizione del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto anche la persona condannata con sentenza annullata con rinvio in relazione alla sussistenza di una circostanza aggravante.

I precedenti

Cass., Sez. I, n. 4975 del 28 gennaio 2004, dep. 6 febbraio 2004, Rauzzino, in *Ced Cass.*, 227335; Cass., Sez. I, n. 24659 del 15 giugno 2007, dep. 13 aprile 2007, Metelli, *ivi*, 239463; Cass., Sez. I, n. 23854 del 20 maggio 2010, dep. 21 giugno 2010, Querci, *ivi*, 247587; Cass., Sez. V, n. 217 del 21 novembre 2007, dep. 7 gennaio 2008, Di Caro, *ivi*, 239462; Sez. VI, n. 25977 dell'8 giugno 2010, dep. 7 luglio 2010, Peverelli e altro, *ivi*, 248003.

La dottrina

M. Pierdonati, *Ricorso straordinario per cassazione ed errore contenuto in una sentenza di annullamento con rinvio*, in questa *Rivista*, 2011, 445; G. Romeo, *Passato e futuro per gli errori di fatto incorsi nel giudizio di cassazione*, in *Cass. pen.,* 2002, 3475 ss.; A. Bargi, *Controllo di legittimità ed errore di fatto nel giudizio di cassazione*, Cedam, 2004, 229 ss.; M. Gialuz, *Il ricorso straordinario per cassazione*, Giuffrè, 2005, 192 ss.; F. R. Dinacci, *Ricorso straordinario per errore materiale o di fatto*, in G. Spangher (a cura di), *Trattato di procedura penale*, Utet, 2009, 894.

Statuizioni civili ed ammissibilità del ricorso straordinario per errore di fatto

Cassazione penale, Sez. Un., 17 luglio 2012 (c.c. 21 giugno 2012), n. 28718 - Pres. Lupo - Rel. Macchia - P.M. Ciani (conf.) - Ric. Cappiello

Cassazione penale, Sez. Un., 17 luglio 2012 (c.c. 21 giugno 2012), n. 28719 - Pres. Lupo - Rel. Macchia - P.M. Ciani (conf.) - Ric. Marani

Il condannato al solo risarcimento dei danni in favore della parte civile che prospetti un errore di fatto nella decisione della corte di cassazione relativa a tale capo è legittimato alla proposizione del ricorso straordinario *ex* art. 625-*bis* c.p.p.

Il caso

La II sezione penale, con le ordinanze n. 41052 del 26 ottobre 2011 nel procedimento a carico di Angiolino Marani e n. 42591 del 26 ottobre 2011 nel procedimento a carico di Gennaro Cappiello, ha rimesso la trattazione dei ricorsi alle sezioni unite, evidenziando la questione dell'ammissibilità della legittimazione del condannato ai soli effetti civili a proporre l'impugnazione straordinaria prevista dall'art. 625-*bis* c.p.p.
L'orientamento favorevole osservava come il ricorso straordinario sia esperibile contro le sentenze di condanna, senza tuttavia distinguere se di condanna *tout court* o anche di condanna ai soli effetti civili, cosicché doveva ritenersi legittimo esperire tale strumento in via generale contro "tutte" le sentenze di condanna; aggiungendosi che nessuna delle disposizioni contenute nei successivi commi dell'art. 625-*bis* c.p.p. qualifica in senso restrittivo, e cioè come riferibile al capo e ai punti penali, la statuizione di "condanna".
Il diverso orientamento prendeva le mosse dalle affermazioni contenute in alcune pronunce delle sezioni unite, che avevano ricordato come «in tema di correzione dell'errore di fatto, poiché la relativa richiesta è ammessa solo a favore del condannato e l'art. 625-bis cod. proc. pen. ha natura di norma eccezionale, possono costituire oggetto dell'impugnazione straordinaria esclusivamente quei provvedimenti della Corte di Cassazione che rendono definitiva una sentenza di condanna e non anche le altre decisioni che intervengono in procedimenti incidentali»; così affermando che con l'indicazione del termine "condannato", si fosse inteso individuare la figura del soggetto imputato, il quale in tale sua qualità avesse subito una condanna ad una delle pene contemplate dalle leggi penali.
In proposito si veda anche Corte costituzionale sulla emendabilità dell'«errore materiale o di fatto contenuto nei provvedimenti pronunciati dalla corte di cassazione», ove si ritiene che, trattandosi di un principio generale dell'ordinamento, la interpretazione restrittiva sia possibile solo a fronte di uno specifico argomento di tipo sostanziale.

La decisione

Con le due decisioni in questione la Corte ha osservato come pur in presenza di una oggettiva limitazione, in senso restrittivo, della regolamentazione prevista dall'art. 625-*bis* c.p.p. rispetto a quanto era stato inizialmente ipotizzato, la soluzione interpretativa dovesse essere individuata nel rispetto della *ratio* di fondo dell'istituto.
A giudizio delle Sezioni Unite la soluzione che tendeva a limitare il ricorso straordinario alla sola condanna intervenuta su un capo penale appare divergente rispetto al diritto del condannato a fruire di un giudizio di legittimità non compromesso dall'errore di fatto. La questione, come ricordato in precedenza, discende dall'ambito di riferibilità della nozione di condannato, che, secondo la Corte, non può dipendere dal tipo di condanna irrogata al soggetto.
Nella decisione si sottolinea che il fatto che costui sia stato chiamato in giudizio tanto sulla base dell'azione penale quanto in forza della azione civile esercitata nel processo penale, non può che comportare una ontologica identità di diritti processuali, a meno che la legge espressamente non distingua i due profili. Una distinzione che non è presente all'interno della disciplina dettata dall'art. 625-*bis* c.p.p.
In motivazione si ricorda ulteriormente che il titolare dell'azione di danno o per la restituzione *ex* art. 185 c.p. è libero di scegliere la sede processuale nella quale fare valere le proprie ragioni nei confronti dell'autore del reato, mentre l'imputato subisce tale scelta, e risolvere diversamente la questione comporterebbe che l'errore sarebbe emendabile in caso di azione esercitata nella sede propria (civile), e non emendabile se esercitata in sede penale, pur in presenza di uno stesso errore di fatto o di un uguale tipo di giudizio (innanzi al giu-

dice di legittimità), con una evidente disparità di trattamento. In conseguenza di ciò le Sezioni Unite hanno affermato che è legittimato alla proposizione del ricorso straordinario *ex* art. 625 c.p.p. il condannato al solo risarcimento dei danni in favore della parte civile che prospetti un errore di fatto nella decisone della Corte di cassazione relativa a tale capo.

I precedenti

Cass., Sez. V, n. 45937, 8 novembre 2005, dep. 19 dicembre 2005, Ierinò, in *Ced Cass.*, 233218; Cass., Sez. V, n. 30373, 16 giugno 2006, dep. 13 settembre 2006, Nappi, *ivi*, 235323; Cass., Sez. I, n. 14869, 27 marzo 2007, dep. 13 aprile 2007, Cotronei, *ivi*, 236166; Cass., Sez. II, n. 28629, 5 luglio 2007, dep. 18 luglio 2007, Brandimarte, *ivi*, 237171; Cass., Sez. IV, n. 42725, 3 ottobre 2007, Cass., dep. 20 novembre 2007, Mediati, *ivi*, 238302; Cass., Sez. I, n. 11653, 15 febbraio 2008, dep. 14 marzo 2008, Brusa, *ivi*, 239518; Cass., Sez. I, n. 23150, 20 maggio 2008, dep. 10 giugno 2008, Vitolo, *ivi*, 240202; Cass., Sez. VI, n. 45807, 12 novembre 2008, dep. 11 dicembre 2008, Drassich, *ivi*, 241753; Cass., Sez. I, n. 46277, 3 dicembre 2008, dep. 16 dicembre 2008, Gava, *ivi*, 242079; Sez. IV, n. 38269, 21 luglio 2009, dep. 30 settembre 2009, Somma, *ivi*, 245292.

La dottrina

A. Diddi, *L'impugnazione per gli interessi civili*, Cedam, 2011; M. Gialuz, *Il ricorso straordinario per cassazione, trattato di procedura penale*, Giuffrè, 2002; A. Corbo, *il "favore del condannato" come presupposto di ammissibilità del ricorso straordinario per errore di fatto*, in *Cass. pen.*, 2011, 9, 3063.

LIBRI

COLLANA: **Le nuove frontiere della responsabilità civile**
diretta da P.G. Monateri

La responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto dell'Unione

di Vera Sciarrino

Disponibile anche in EBOOK

Il volume, attraverso una puntuale **analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia**, si propone di approfondire la morfologia dell'**illecito eurounitario**, al fine di individuarne la struttura e gli elementi costitutivi.
Vengono esaminate le diverse ipotesi di **violazione del diritto dell'Unione** in cui lo Stato può incorrere nell'esercizio dei suoi poteri, nella triplice veste di **Stato-legislatore, Stato-amministrazione e Stato-giudice**. Particolare attenzione viene dedicata, non solo alla genesi delle diverse fattispecie, ma anche al modo in cui il legislatore italiano e la giurisprudenza nazionale hanno cercato di dare piena attuazione ai principi consacrati dai giudici di Lussemburgo.
Oggetto di indagine è, infine, lo **statuto giuridico della nuova categoria di illecito**. Nello specifico, si tenta di dare soluzione al problema dell'inquadramento dogmatico di detta responsabilità, essendo controverso se si tratti di responsabilità da atto lecito ovvero da atto illecito e, in questo secondo caso, se la si debba senz'altro sussumere, come affermato dall'orientamento prevalente, nell'alveo dell'illecito aquiliano o, piuttosto, se rientri nel paradigma applicativo dell'art. 1218 c.c. come responsabilità "relazionale" a seguito dell'assunzione di particolari obblighi da parte dello Stato nei confronti dei singoli.
In conclusione, viene presa posizione in merito al carattere oggettivo o meno della forma di **responsabilità civile** in questione.

Ipsoa 2012, pagg. 384, € 37,00

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***

Osservatorio Corte di cassazione - Diritto penale

a cura di **Stefano Corbetta**

Delitti contro l'amministrazione della giustizia

Falsa denuncia di furto: simulazione di reato o calunnia?

Cassazione penale, Sez. VI, 4 settembre 2012 (u.p. 8 marzo 2012), n. 33627 - Pres. de Roberto - Rel. Paoloni - P.G. Cedrangolo (diff.) - Ric. F.A.

Si versa nel delitto di simulazione di reato, anziché in quello di calunnia, quando il reato, falsamente denunciato, risulti genericamente attribuibile ad una qualunque persona sconosciuta ed in nessun modo individuabile in base agli elementi addotti nella falsa denuncia.

Il caso

La Corte di Appello di Bologna confermava la decisione resa dal g.u.p. del Tribunale di Ravenna, all'esito di giudizio abbreviato, che aveva condannato l'imputato in relazione ai delitti di appropriazione indebita, essendosi impadronito di un'autovettura Mercedes presa a nolo, che esportava in Romania ove la cedeva ad un cittadino rumeno che ne chiedeva l'immatricolazione in quello Stato, e di calunnia, avendo denunciato ai Carabinieri di aver subito il furto della "propria" vettura Mercedes ad opera di ignoti, che gli avevano rubato le chiavi del mezzo mentre si trovava in un ristorante. Nel ricorrere per cassazione, la difesa deduceva un unico vizio per violazione di legge e per contraddittorietà e illogicità della motivazione.

La decisione

Pur ritenendo l'infondatezza dei motivi, nondimeno la Corte ha annullato la sentenza impugnata per intervenuta prescrizione dei reati, qualificato previamente il fatto di calunnia come simulazione di reato ai sensi dell'art. 367 c.p. Pacifica la falsità della denuncia di furto del veicolo, sporta ai carabinieri, la Cassazione ha evidenziato che con essa l'imputato non aveva formulato accuse o sospetti di sorta nei confronti di alcuno, cioè di una persona determinata o indirettamente individuabile, bensì aveva tentato di precostituirsi un elemento di prova a sostegno della sua difesa dall'accusa di appropriazione indebita del veicolo. In altri termini, «la denuncia con cui l'imputato ha falsamente affermato essere avvenuto il reato di furto in suo danno è stata senz'altro idonea, in rapporto alla natura di reato istantaneo e di pericolo dell'assunto simulatorio manifestatosi nel suo carattere formale o diretto (denuncia di un reato mai avvenuto), a dar luogo al promovimento di indagini e di un procedimento penale per accertare l'autore del furto falsamente denunciato». E tuttavia «ciò pur sempre nel quadro di un procedimento virtualmente instaurarle - al momento della denuncia (cui occorre avere riguardo per la consumazione dei reati di cui agli artt. 367 e 368 c.p.) - nei confronti di persone non identificate (ignote) e, per definizione (per la genetica insussistenza del reato lamentato), non identificabili». Proprio qui, infatti, risiede la differenza tra le due ipotesi delittuose, ossia nella individuazione o - nel caso di calunnia indiretta - nella individuabilità dell'autore del reato falsamente denunciato. «In altre parole - ha sottolineato la Suprema Corte - per ritenere configurabile la calunnia indiretta occorre che la falsa incolpazione sia idonea, per modalità e circostanze sottese alla falsa attribuzione del fatto reato, ad esprimere l'univoca riferibilità dell'accusa ad una persona reale e determinata o determinabile, nel senso che questa e soltanto questa risulti essere la persona cui attribuire il fatto illecito denunciato, pur in difetto di una formulazione nominativa dell'accusa». Si versa invece nel delitto di simulazione di reato quanto «il reato risulti genericamente attribuibile ad una qualunque persona (*quisque de populo*) sconosciuta (ignota) ed in nessun modo individuabile in base agli elementi addotti nella falsa denuncia». Sulla scorta di questo principio, la Corte ha riqualificato il fatto da calunnia in simulazione di reato, proprio perché l'imputato aveva sì falsamente denunciato il furto, ma senza formulare accuse, nemmeno indirettamente, nei confronti di chicchessia. La sentenza è stata perciò annullata senza rinvio essendo entrambi i reati estinti per prescrizione.

I precedenti

Analogamente, nel senso che il delitto di calunnia sussiste anche quando l'incolpazione venga formulata attraverso la simulazione a carico di una persona, non specificamente indicata ma identificabile, delle tracce di un determinato reato - nella forma, cioè, della incolpazione cosiddetta reale o indiretta - purché la falsa incolpazione contenga in sé gli elementi necessari e sufficienti all'inizio dell'azione penale nei confronti di un soggetto univocamente e agevolmente identificabile, cfr., da ultimo, Cass., Sez. VI, 9 gennaio 2009, Sileoni, in *Ced Cass.*, 242819. Nel senso che quando la simulazione oggettiva di un reato sia diretta a prospettare una falsa incolpazione dello stesso in danno di una persona determinata, si realizza un reato progressivo, ove il disvalore della simulazione è assorbito da quello della calunnia, e resta dunque escluso il concorso tra i due delitti, cfr. Cass., Sez. VI, 28 aprile 2003, Giannini, *ivi*, 227419.

La dottrina

A. Cadoppi, voce *Simulazione di reato*, in *Enc. dir.*, XLII, 1990, 628 ss.; A. Coco, *Simulazione di reato*, in F. Coppi (a cura di), *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, 1996, 119; E. Guadagno, *La simulazione di reato*, Napoli, 1953, *passim*; G. La Cute, *La simulazione di reato*, Napoli, 1986, *passim*; G. Pezzi, voce *Simulazione (di reato)*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, 1992; G. Piffer, *I delitti contro l'ammi-*

nistrazione della giustizia I. I delitti contro l'attività giudiziaria, Padova, 2005, 278 ss.; P. Pisa, voce *Simulazione (di reato)*, in *Dig. disc. pen.,* XIII, 1997, 310 ss.

Inottemperanza di provvedimenti del giudice del lavoro

Cassazione penale, Sez. VI, 6 settembre 2012 (u.p. 6 giugno 2012), n. 33907 - Pres. de Roberto - Rel. Di Salvo - P.M. Scardaccione (conf.) - P.M.

Non concernendo la tutela di un diritto di credito, non è ravvisabile il reato di cui all'art. 388, comma 2, c.p. nel caso di inottemperanza dei provvedimenti *ex* art. 700 c.p.c. riguardanti il reintegro e la prosecuzione in via provvisoria del rapporto di lavoro sino al raggiungimento del 70 anno di età del dipendente, il quale abbia continuato a percepire la retribuzione.

Il caso

La Corte d'appello di Lecce - sezione distaccata di Taranto, confermava la sentenza di condanna a carico dell'imputato in relazione al reato di cui agli artt. 388 e 61 n. 9 c.p., per non aver ottemperato, nella sua qualità di direttore generale di una ASL, a due provvedimenti del giudice del lavoro *ex* art. 700 c.p.c., che riguardavano l'uno l'ordine di rientro in servizio di un medico, all'epoca dei fatti direttore della Struttura Complessa di chirurgia vascolare di un ospedale, stante l'illegittimità del provvedimento con cui era stato disposto che il medico fruisse continuativamente e con effetto immediato di complessivi 180 giorni di ferie, maturate negli anni precedenti; l'altro la protrazione del servizio, da parte dello stesso medico, fino al settantesimo anno di età, stante l'illegittimità del provvedimento reiettivo della relativa istanza da parte dell'interessato. Nel ricorrere per cassazione, la difesa, tra i motivi di ricorso, denunciava la violazione di legge in riferimento all'art. 388 c.p.

La decisione

La Corte ha accolto il ricorso, reputando che i provvedimenti *ex* art. 700 c.p.c. emessi dal giudice del lavoro non fossero a tutela del diritto di credito. Prendendo le mosse dal diritto civile, la Cassazione ha precisato che la prestazione, oggetto dell'obbligazione, può rispondere ad un interesse anche non patrimoniale del creditore, ma, in ogni caso, deve essere suscettibile di valutazione economica (cd. patrimonialità dell'obbligazione). Orbene, come si desume dal linguaggio tecnico utilizzato dal legislatore (laddove si riferisce a proprietà, possesso e a credito), l'art. 388 c.p. mutua il proprio apparato concettuale dal diritto civile; pertanto, rientrano nella tutela apprestata dalla norma solamente i «diritti di credito *stricto sensu*», nel senso dinanzi precisato, con esclusione di «tutte le situazioni in cui un soggetto possa pretendere un certo comportamento da un altro soggetto, sulla base di un diritto non qualificabile come diritto di credito». Orbene, con riguardo all'ambito del lavoro, la prestazione dell'attività lavorativa costituisce oggetto non di un diritto ma di un dovere a carico del lavoratore, cui è riconosciuto «il diritto alla tutela della propria dignità e della propria immagine professionale, che però forma oggetto non di un diritto di credito ma di un diritto della personalità». Nel caso in esame, se è vero che dalla risoluzione della controversia potevano derivare, per il dipendente, conseguenze economiche sfavorevoli (perdita del diritto alla monetizzazione delle ferie non godute e perdita del diritto alla retribuzione durante il periodo di protrazione del servizio fino al 70 anno di età), nondimeno i provvedimenti resi *ex* art. 700 c.p.c. attenevano non alla sfera delle conseguenze economiche derivanti dai provvedimenti emessi dall'Amministrazione nei confronti del medico, che aveva sempre continuato a percepire gli emolumenti spettantigli e avrebbe avuto comunque diritto al trattamento di quiescenza, «ma alla tutela della dignità del dipendente, gravemente vulnerata dal comportamento dei competenti organi amministrativi e quindi dell'imputato». Nella vicenda in esame, pertanto venivano in rilievo diritti non di credito, ma assoluti, inerenti ai diritti della personalità, la cui tutela esula dall'ambito applicativo dell'art. 388, comma 2, c.p.

I precedenti

Nel senso che non è ravvisabile il delitto *ex* art. 388 c.p. nell'ipotesi in cui il datore di lavoro, a seguito dell'ordine di reintegrazione di un lavoratore emesso dal giudice, corrisponda la retribuzione al lavoratore, senza consentire lo svolgimento della prestazione lavorativa da parte del dipendente, cfr. Cass., Sez. VI, 16 aprile 1982, Pellegrino, in *Cass. pen.,* 1983, 1769; Cass., Sez. VI, 8 aprile 1981, in *Ced Cass.*, 90007; Cass., Sez. III, 23 giugno 1975, Preziuso, in *Giust. pen.,* 1976, II, 276. *Contra*, nel senso che l'inadempimento del datore di lavoro all'ordine di reintegrazione del lavoratore configura, sussistendone i presupposti, il delitto di cui all'art. 388 c.p., nascendo l'obbligo rimasto inadempiuto da una sentenza di condanna e non da una misura cautelare, cfr. Cass., Sez. VI, 20 maggio 1992, Termini, in *Riv. pen.,* 1992, 1043.

La dottrina

L. Conti, voce *Mancata esecuzione dei provvedimenti del giudice*, in *Enc. dir.*, XXV, 1975, 296 ss.; F. Palazzo, *Tutela dei diritti, tutela del provvedimento giurisdizionale e categorie penalistiche*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1988, 501 ss.; P. Pisa, *voce Provvedimenti del giudice (mancata esecuzione dolosa di)*, in *Dig. disc. pen.,* X, 1995, 441 ss.; B. Romano, *I delitti contro l'amministrazione della giustizia*, Milano, IV ed., 2009, 390 ss.; M. Romano, *Repressione della condotta antisindacale. Profili penali*, Milano, 1974, *passim*.

Delitti contro l'ordine pubblico

Il momento consumativo del delitto di scambio elettorale politico-mafioso

Cassazione penale, Sez. I, 21 agosto 2012 (u.p. 2 marzo 2012), n. 32820 - Pres. Chieffi - Rel. Cavallo - P.M. Iacoviello (conf.) - B.A.

Il delitto di scambio elettorale politico-mafioso si consuma con lo scambio di promesse, senza che sia necessaria l'effettiva erogazione della somma di denaro pattuita.

Il caso

Il Tribunale di Torino, in funzione di giudice del riesame, confermava l'ordinanza di custodia cautelare in carcere, emessa dal g.i.p. di quello stesso tribunale, nei confronti di un indagato in relazione al delitto di scambio elettorale politico-mafioso, aggravato *ex* art. 7 d.l. n. 152 del 1991, così modificata la qualificazione giuridica del fatto rispetto alla richiesta del Pubblico ministero in relazione all'art. 96 d.P.R. 30 marzo

1957, n. 361. Secondo le prospettazioni accusatorie - basate su intercettazioni telefoniche ed ambientali e sulle risultanze di servizi di osservazione - l'indagato, all'epoca dei fatti segretario di un comune piemontese, in qualità di promotore della campagna elettorale del sindaco, all'epoca, di quel Comune e candidato alle elezioni europee, avrebbe concluso un accordo con un esponente di prima grandezza della 'ndrangheta operante nel territorio piemontese, accordo che prevedeva, a fronte dell'impegno di convogliare i voti controllati dalla 'ndrangheta locale su quel candidato, l'erogazione della somma di 20.000 euro. Nel denunciare, in sede di ricorso per cassazione, l'illegittimità dell'ordinanza impugnata per erronea applicazione della legge penale, la difesa evidenziava che, in ogni caso, la somma di 20.000 euro era stata solo promessa, non risultando eseguita alcuna effettiva erogazione di denaro, ciò avrebbe dovuto comportare l'esclusione della configurabilità del delitto di cui all'art. 416-*ter* c.p.

La decisione

Nel rigettare l'impugnazione, pur dando atto che, sulla base degli elementi di indagini raccolti, non emergeva la prova dell'effettivo versamento di denaro eseguito dall'indagato, nella sua qualità di responsabile della campagna elettorale europea dell'allora sindaco del comune piemontese, essendosi limitato a promettere a taluni esponenti mafiosi l'erogazione di quella somma, la Cassazione, nondimeno, ha reputato una circostanza del genere irrilevante ai fini della qualificazione del fatto *ex* art. 416-*ter* c.p. Pur evidenziando che, secondo un'interpretazione, sostenuta da una parte della dottrina e da taluna giurisprudenza di merito, il momento consumativo del delitto in esame va individuato nella materiale erogazione del denaro, la Suprema Corte ha aderito all'orientamento secondo cui «il reato di scambio elettorale politico-mafioso, previsto dall'art. 416-*ter* c.p. si perfeziona nel momento della formulazione delle reciproche promesse, indipendentemente dalla loro realizzazione, essendo rilevante, per quanto riguarda la condotta dell'uomo politico, la sua disponibilità a venire a patti con la consorteria mafiosa, in vista del futuro e concreto adempimento dell'impegno assunto in cambio dell'appoggio elettorale». In altri termini, ciò che segna il momento consumativo è «lo scambio di promesse, con l'impegno reciproco delle due controparti». Con la fattispecie in esame, il legislazione ha voluto «anticipare la tutela penale della libertà di voto e dell'ordine pubblico, dal momento che il reato si consuma con la semplice stipula del patto di scambio (promessa di voti contro l'erogazione di denaro), senza necessità che l'accordo trovi poi realmente esecuzione». Pertanto, la materiale erogazione della somma costituisce un elemento che sancisce l'avvenuta consumazione del reato, ovvero un dato di rilevanza solo probatoria, rispetto all'avvenuta definizione del patto.

I precedenti

In senso conforme, cfr. Cass., Sez. V, 13 novembre 2002, Gorgone, in *Ced Cass.*, 224274. *Contra*, cfr. Trib. Palermo, 2 giugno 1997, Drago, in *Foro It.*, 1998, II, 125, secondo cui, ai fini della configurazione del reato di scambio elettorale politico-mafioso è necessario riscontrare la sussistenza dell'erogazione di denaro da parte del candidato alle elezioni e la correlata promessa del ricevente di procacciare voti in favore del primo grazie alla mobilitazione di un'associazione mafiosa con i metodi previsti dal comma 3 dell'art. 416-*bis* c.p. Nel senso che, per la configurabilità del reato di cui all'art. 416-*ter* c.p., non basta l'elargizione di denaro, in cambio dell'appoggio elettorale, ad un soggetto aderente a consorteria di tipo mafioso, ma occorre anche che quest'ultimo faccia ricorso all'intimidazione ovvero alla prevaricazione mafiosa, con le modalità precisate nel terzo comma dell'art. 416-*bis* c.p. (cui l'art. 416-*ter* c.p. fa esplicito richiamo), per impedire ovvero ostacolare il libero esercizio del voto e per falsare il risultato elettorale, elementi, questi ultimi, da ritenersi determinanti ai fini della distinzione tra la figura di reato in questione ed i similari illeciti di cui agli artt. 96 e 97 T.U. delle leggi elettorali approvato con d.P.R. 30 marzo 1957, n. 361, cfr. Cass., Sez. VI, 13 aprile 2012, in *Ced Cass.*, 252641.

La dottrina

M.T. Collica, *Patto di scambio politico-mafioso: deficit di coraggio o questione irrisolvibile?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1999, 877 ss.; G. De Francesco, *Commento all'art. 11-ter d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in *Legisl. pen.,* 1993, 122 ss.; R. Febbrai, *Patto elettorale tra associazione mafiosa e politico: quale rilevanza prima del d.l. n. 306 del 1992*, in questa *Rivista*, 2004, 1227 ss.; G. Fiandaca, *Riflessi penalistici del rapporto mafia-politica*, in *Foro it.*, 1993, V, 137 ss.; C.F. Grosso, *Accordo elettorale politico-mafioso e concorso "esterno" in associazione mafiosa: una configurazione possibile*, *ivi*, 1996, V, 122 ss.; P. Morosini, *Riflessi penali e processuali del patto di scambio politico-mafioso*, *ivi*, 2001, II, 80 ss.; C. Visconti, *Il delitto di scambio elettorale politico-mafioso*, in *Ind. pen.,* 1993, 273 ss.

Delitti contro la famiglia

Violenza psicologica a fini educativi: quando integra l'abuso di mezzi di correzione

Cassazione penale, Sez. VI, 10 settembre 2012 (u.p. 14 giugno 2012), n. 34492 - Pres. Milo - Rel. Ippolito - P.M. Montagna (parz. conf.) - G.V.

Costituisce abuso punibile a norma dell'art. 571 c.p. il comportamento doloso che umilia, svaluta, denigra o violenta psicologicamente un bambino, causandogli pericoli per la salute, anche se è compiuto con soggettiva intenzione educativa o di disciplina (Fattispecie relativa a un'insegnate che, per punizione, aveva costretto un alunno a scrivere sul quaderno cento volte la frase "sono un deficiente").

Il caso

All'esito del giudizio abbreviato, il g.u.p. del Tribunale di Palermo (sent. 27 giugno 2007, in *Corr. merito*, 2007, 1455, con nota adesiva di P. Pittaro) mandava assolta l'imputata, insegnante presso una scuola media statale, dai reati di cui agli artt. 81 cpv., 571 e 582 c.p., a lei contestati per avere abusato dei mezzi di correzione e di disciplina in danno di un alunno di 11 anni, costringendolo a scrivere per 100 volte sul quaderno la frase "sono un deficiente", e per avere adoperato nei suoi confronti un comportamento palesemente vessatorio, rivolgendogli espressioni che ne mortificavano la dignità, rimproverandolo e minacciandolo di sottrarlo alla tutela dei genitori, così causandogli un disagio psicologico per il quale fu necessario sottoporlo a cure mediche e a un percorso di psicoterapia. Secondo il giudice, il singolare "compito" era stato motivato dall'intento dell'insegnante di interrompere, con un intervento tempestivo ed energico, una condotta "bullistica" dell'alunno, che aveva tenuto un atteggiamento derisorio ed emarginante nei confronti dei compagno di clas-

se; l'imposizione dell'insegnante fu ritenuta uno strumento correttivo proporzionato, efficace, l'unico immediatamente disponibile, ed illustrato a tutta la classe nel suo intento educativo. In accoglimento dell'impugnazione del p.m., la Corte d'appello di Palermo dichiarava l'imputata colpevole del reato di abuso dei mezzi di disciplina, di cui all'art. 571, commi 1 e 2, c.p., ritenendo assorbito nell'aggravante del comma 2 il reato di lesioni; i giudici d'appello, ricostruendo la vicenda, mettevano in discussione la situazione di bullismo evocata nella sentenza di primo grado, affermando che l'alunno aveva una personalità che non presentava alcun tratto negativo, sicché non necessitava di interventi particolarmente rigorosi. Conclusivamente, secondo la corte territoriale l'imputata aveva manifestato nei rapporti con il minore un comportamento particolarmente afflittivo e umiliante, trasmodante l'esercizio della sua funzione educativa, sanzionando davanti la classe con una frase contenente una qualificazione offensiva nei confronti del medesimo, costringendolo ad insultarsi scrivendo cento volte la frase in questione ed imponendogli di fare firmare il compito dai genitori. Nel ricorrere per cassazione, la difesa deduceva la violazione di legge in relazione all'art. 571 c.p.

La decisione

La Suprema Corte ha accolto il ricorso, limitatamente alla sussistenza della circostanza aggravante di cui all'art. 571, comma 2, c.p., rigettandolo nel resto. Prendendo le mosse da un precedente ormai risalente (espresso da Cass., Sez. VI, 16 maggio 1996, Cambria; cfr. *infra*), la Cassazione ha evidenziato che, in coerenza con i valori di fondo consacrati nella Costituzione, «dal processo educativo va bandito ogni elemento contraddittorio rispetto allo scopo e al risultato che il nostro ordinamento persegue»; ne segue che «non può ritenersi lecito l'uso della violenza, fisica o psichica, distintamente finalizzata a scopi ritenuti educativi: e ciò sia per il primato attribuito alla dignità della persona del minore, ormai soggetto titolare di diritti e non più, come in passato, semplice oggetto di protezione (se non addirittura di disposizione) da parte degli adulti; sia perché non può perseguirsi, quale meta educativa, un risultato di armonico sviluppo di personalità, sensibile ai valori di pace, tolleranza, convivenza e solidarietà, utilizzando mezzi violenti e costrittivi che tali fini contraddicono». Per quanto attiene all'uso (lecito, essendo solo l'abuso punito) del mezzo di correzione in ambito scolastico, la Cassazione ha evidenziato che «il concetto di abuso presuppone l'esistenza in capo al soggetto agente di un potere educativo o disciplinare che deve essere usato con mezzi consentiti in presenza delle condizioni che ne legittimano l'esercizio per le finalità ad esso proprie e senza superare i limiti tipicamente previsti dall'ordinamento». Di conseguenza, se, per un verso, «non ogni intervento correttivo o disciplinare può ritenersi lecito sol perché soggettivamente finalizzato a scopi educativi o disciplinari», per altro verso «può essere abusiva la condotta, di per sé non illecita, quando il mezzo è usato per un interesse diverso da quello per cui è strato conferito, per esempio a scopo vessatorio, di punizione esemplare, per umiliare la dignità della persona sottoposta, per mero esercizio d'autorità o di prestigio dell'agente, etc.». La Corte ha inoltre messo in luce l'evoluzione, nel tempo, del concetto di "abuso sul minore", che non è più inteso come mero «comportamento attivo dannoso sul piano fisico per il bambino», essendosi imposta, nell'attuale cultura medica, prima che giuridica, una nozione che abbraccia anche l'abuso in senso psicologico, «correlato allo sviluppo di numerosi e diversi disturbi psichiatrici». Ne segue che costituisce abuso punibile a norma dell'art 571 c.p. «anche il comportamento doloso che umilia, svaluta, denigra o violenta psicologicamente un bambino, causandogli pericoli per la salute, anche se è compiuto con soggettiva intenzione educativa o di disciplina». La Corte ha perciò ritenuto sussistente l'elemento oggettivo del delitto in esame, anche perché, ha evidenziato la Cassazione, «nel processo educativo, essenziale è la congruenza tra mezzi e fini, tra metodi e risultati, cosicché diventa contraddittoria la pretesa di contrastare il bullismo con metodi che finiscono per rafforzare il convincimento che i rapporti relazionali (scolastici o sociali) sono decisi dai rapporti di forza o di potere». Quanto alla sussistenza dell'elemento soggettivo, dopo aver rimarcato che il delitto *ex* art. 571 c.p. richiede il dolo generico, la Cassazione ha ritenuto condivisibile la motivazione della sentenza impugnata, laddove, in considerazione del difficile ambiente circostante e del livello culturale della scuola, il termine "deficiente" non era stato usato, nel senso etimologico dì "carente, scarso o manchevole", bensì in quello corrente e spregiativo di "imbecille, cretino o stupido". La Corte ha invece censurato la sentenza nella parte in cui aveva ritenuto provato il disturbo del comportamento causato dalla condotta dell'insegnante accontentandosi del mero giudizio di probabilità avanzato dallo psicologo, mentre la sussistenza dell'aggravante esige una prova rigorosa. La sentenza è stata perciò annullata senza rinvio limitatamente alla ritenuta aggravante, con esclusione della relativa pena.

I precedenti

Nel senso che, alla luce della concezione personalistica e pluralistica della Costituzione (artt. 2, 3, 29, 30 e 31) del riformato diritto di famiglia (nuovo art. 147 c.c.) e della Convenzione di New York 20 novembre 1989, sui diritti del fanciullo (resa esecutiva, in Italia, con legge 27 maggio 1991, n. 176), non può più ritenersi lecito l'uso della violenza finalizzato a scopi educativi, con la conseguenza che, da una parte, l'eccesso di mezzi di correzione violenti non rientra nella fattispecie dell'art. 571 c.p., e dall'altra, che la differenza tra il delitto previsto da tale articolo (l'abuso dei mezzi di correzione o di disciplina) e quello dell'art. 572 c.p. (maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli) è nella condotta, e non già nell'elemento soggettivo del reato, che si atteggia in entrambe le fattispecie come dolo generico, cfr. Cass., Sez. VI, 16 maggio 1996, Cambria, in questa *Rivista*, 1996, 1130, con commento di I. Figiaconi, *Abuso dei mezzi di correzione e maltrattamenti in famiglia:* revirement *della Corte di Cassazione*. Nel senso che costituisce abuso punibile a norma dell'art. 571 c.p. il comportamento doloso, attivo od omissivo, mantenuto per un tempo apprezzabile, che umilia, svaluta, denigra e sottopone a sevizie psicologiche un bambino, causandogli pericoli per la salute, anche se è compiuto con soggettiva intenzione correttiva o disciplinare, cfr. Cass., Sez. VI, 7 febbraio 2005, n. 16491, *ivi*, 2005, 355, con nota di S. Silvani, *Violenza per fini educativi: per l'abuso di mezzi di correzione basta il dolo generico*.

La dottrina

F. Antolisei, *Osservazioni in tema di* jus corrigendi, in *Giur. it.*, 1952, 14 ss.; L. Mazza, voce *Maltrattamenti ed abuso dei mezzi di correzione*, in *Enc. giur. Treccani*, XIX, 1990; S. Larizza, La *difficile sopravvivenza del reato di abuso dei mezzi di correzione e disciplina*, in *Cass. pen.,* 1997, 33 ss.; G.D. Pisapia, voce *Abuso dei mezzi di correzione e disciplina*, in *Dig. disc. pen.,* I, 1989, 29 ss.; P. Pittaro, *Il delitto di abuso dei*

mezzi di correzione e disciplina e disciplina, in AA.VV., *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, I, Milano, 2000, 829 ss.; Id., *Legittimo il comportamento dell'insegnante teso a punire educando il bullismo dell'allievo*, in *Corr. merito*, 2007, 1457.

Delitti contro la p.a.

Abuso in atti d'ufficio: quando sorge l'obbligo di astensione

Cassazione penale, Sez. VI, 7 settembre 2012 (u.p. 14 giugno 2012), n. 34280 - Pres. Milo - Rel. Rotundo - P.M. Montagna (conf.) - P.A.

In relazione al delitto *ex* art. 323 c.p., l'obbligo di astensione in capo al pubblico ufficiale, nell'esercizio dei poteri di disciplina, sussiste solo quando l'inimicizia sia determinata da motivi di interesse personale, estranei all'esercizio della funzione, e non anche per ragioni attinenti al servizio.

Il caso

In riforma dell'assoluzione pronunciata in primo grado, la Corte di'appello di Venezia condannava l'imputato in relazione ai reati di cui agli artt. 323 e 56-317 c.p. In particolare, quanto al delitto di abuso in atti d'ufficio, si contestava all'imputato, nella veste dirigente scolastico dell'Istituto, di aver violato l'obbligo di astensione, pur in presenza di un interesse personale determinato dalla pendenza di una causa di lavoro per *mobbing* e di un procedimento penale per violazione dell'art. 660 c.p. avviati da una collaboratrice scolastica, contestando a costei l'infrazione disciplinare del temporaneo allontanamento dal servizio e, ad altra dipendente, la medesima sanzione per avere accompagnato la collega nei suoi uffici per la formale contestazione disciplinare, lasciando il proprio posto di lavoro. L'imputato era inoltre accusato di tentata concussione per avere indotto una dipendente a sottoscrivere una dichiarazione, secondo la quale la collega si era allontanata dal posto di lavoro, simulando motivi di salute in realtà inesistenti, assicurandole che, a sottoscrizione avvenuta, il procedimento disciplinare avviato a suo carico sarebbe stato stracciato. Tra i motivi di ricorso, la difesa lamentava l'erronea applicazione dell'art. 323 c.p., in quanto il dovere di astensione sussisterebbe solo quando l'inimicizia sia determinata da motivi di interesse personale, estranei all'esercizio della funzione.

La decisione

La Corte ha accolto il ricorso in riferimento al reato di abuso di ufficio. Ferma restando la qualifica di pubblico ufficiale in capo al dirigente scolastico nell'ambito dei suoi poteri disciplinari anche successivamente all'introduzione della privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, la Cassazione ha ritenuto insussistente, nel caso in esame, un obbligo di astensione in capo all'imputato. Nel ricollegarsi agli approdi della giurisprudenza amministrativa, la Suprema Corte ha chiarito che «nell'esercizio dei poteri di disciplina, l'obbligo di astensione in capo al pubblico ufficiale sussiste solo quando l'inimicizia sia determinata da motivi di interesse personale, estranei all'esercizio della funzione e non anche per ragioni attinenti al servizio, sicché non può costituire elemento sintomatico di una situazione di grave inimicizia nei confronti dell'incolpato la proposizione (come nel caso in esame) di denunce da parte del dipendente sottoposto a procedimento disciplinare». Alla luce di questo principio, la Corte ha censurato la motivazione della sentenza impugnata, non avendo chiarito se, oltre alle denunce sporte da parte della dipendente sottoposta a procedimento disciplinare, attinenti a ragioni di servizio, sussistessero altri motivi di inimicizia personale tra costei ed il preside. La sentenza è stata perciò annullata limitatamente all'abuso di ufficio, con rinvio per nuovo giudizio su tale capo ad altra sezione della Corte di Appello di Venezia.

I precedenti

Sulla persistente qualifica di pubblico ufficiale del dirigente scolastico anche dopo la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego, cfr. Cass., Sez. VI, 11 giugno 2008, Gatto, in *Ced Cass.*, 240932; Cass., Sez. VI, 24 gennaio 2008, Magaldi *ivi,* 238927.

La dottrina

C. Benussi, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I. I delitti dei pubblici ufficiali*, Padova, 2001, 552 ss.; M. Laudi, *L'abuso d'ufficio: luci e ombre di una attesa riforma*, in questa *Rivista*, 1997, 1050 ss.; T. Padovani, *Art. 1 l. 16 luglio 1997, n. 234*, in *Leg. pen.,* 1997, 741 ss.; A. Pagliaro, *La nuova riforma dell'abuso d'ufficio*, in questa *Rivista*, 1997, 1394 ss.; P. Pittaro, *La nuova disciplina dell'abuso d'ufficio*, in AA.VV., *Le nuove leggi penali*, Padova, 1998, 13 ss.; M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, II ed., Milano, 2006, 276 ss.; S. Seminara, Il *nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in Studium Iuris, 1997, 1251 ss.; M. Scoletta, *Problemi interpretativi in tema di abuso d'ufficio*, in questa *Rivista*, 2003, 446 ss.

Prostituzione

Telefonate a pagamento a contenuto erotico: è prostituzione?

Cassazione penale, Sez. III, 31 agosto 2012 (u.p. 20 giugno 2012), n. 33546 - Pres. Mannino - Rel. Andreazza - P.M. Izzo (parz. conf.) - N.I.

Non è ravvisabile un'attività di prostituzione nel caso di telefonate a contenuto erotico, effettuate dietro pagamento di una somma di denaro, che abbiano, come risultato, quello di eccitare sessualmente il cliente.

Il caso

La Corte d'appello di Milano confermava la sentenza del g.u.p. presso il tribunale meneghino di condanna dell'imputato per il reato di cui all'art. 3, comma 2, n. 4 e n. 8, l. 20 febbraio 1958, n. 75, per avere favorito, sfruttato o comunque agevolato la prostituzione di una ragazza invitandola ad effettuare, in più occasioni, telefonate erotiche a pagamento a un cliente e a concedere prestazioni sessuali al predetto, controllandone l'attività di meretricio. Nel ricorrere per cassazione, senza porre in discussione le prestazioni sessuali eseguite direttamente al domicilio del destinatario, la difesa deduceva l'erronea applicazione della legge penale con riferimento alla ritenuta sussumibilità dell'esecuzione di telefonate a sfondo erotico nella nozione di atto di prostituzione.

La decisione

La Suprema Corte ha accolto il ricorso. Ad avviso della Cassazione, pur in assenza di una definizione legislativa, il significato di "prostituzione", tradizionalmente accolto dal linguaggio comune, sta ad indicare «qualsivoglia attività sessuale posta in essere dietro corrispettivo di denaro, finalizzata a soddisfare la libidine di colui che ha chiesto o è destinatario della prestazione». La prostituzione, quindi, implica il compimento di un'attività sessuale, ma non anche necessariamente «il contatto fisico tra i soggetti della prestazione (ovvero richiedente e prostituta), potendo l'atto essere compiuto anche, dalla prostituta, su sé stessa o su un terzo diverso da colui che ha richiesto, dietro pagamento, la prestazione». L'attività di prostituzione può perciò essere svolta "a distanza", a fronte della presenza in due luoghi diversi del soggetto richiedente e del soggetto richiesto, come nel caso di prestazione richiesta ed effettuata per via telefonica o attraverso *internet* in caso di prestazioni sessuali eseguite in videoconferenza via *web-chat*. Anche in casi del genere, tuttavia, perché si abbia "prostituzione" occorre che «la persona retribuita per prostituirsi abbia, appunto, a compiere (non importa, come detto, in quale luogo e verso quale destinatario) un atto sessuale, ovvero prestazioni caratterizzate, appunto, dalla messa a disposizione del proprio corpo per fini di altrui libidine». Perché sia ravvisabile un'attività di "prostituzione" è perciò necessario che «la persona richiesta compia atti che attingano zone erogene del corpo suscettibili di eccitare la concupiscenza sessuale». Nel caso di specie, secondo quanto accertato dai giudici di merito, il pagamento in favore della ragazza era avvenuto affinché costei effettuasse telefonate dal contenuto erotico che avessero, come risultato, quello di eccitare sessualmente il cliente, senza, quindi che la ragazza compiesse atti sessuali, né su sé stessa né su terze persone. Le "prestazioni vocali" effettuate, sia pure al fine di eccitare sessualmente l'interlocutore, non equivalgono, infatti, a prestazioni sessuali, dal momento che non impegnano zone corporali erogene; di conseguenza, non essendo configurabile alcun atto sessuale, non era parimenti ravvisabile alcuna attività di prostituzione, che potesse essere favorita o sfruttata. La sentenza è stata perciò annullata limitatamente alle predette telefonate, perché il fatto non sussiste, con rinvio ad altra sezione della Corte d'appello di Milano per la rideterminazione della pena.

I precedenti

Nel senso che, al fine della integrazione di un atto di prostituzione, non è necessario un contatto fisico tra soggetto attivo e passivo della prestazione, atteso che non è necessaria una congiunzione carnale, ma sono sufficienti atti sessuali compiuti dietro pagamento di un corrispettivo e finalizzati, in via diretta ed immediata, a soddisfare la libidine di colui che ha chiesto o è destinatario della prestazione, cfr. Cass., Sez. III, 3 giugno 2004, Bongi, in *Ced Cass.*, 229350; Cass., Sez. III, 22 aprile 2004, Mannone, in questa *Rivista*, 2004, 1085. Per la configurabilità reato di sfruttamento della prostituzione nei confronti di coloro che abbiano reclutato gli esecutori delle prestazioni o che abbiano reso possibile i collegamenti via *internet*, nel caso le prestazioni sessuali eseguite in videoconferenza via *web-chat*, in modo da consentire al fruitore delle stesse di interagire in via diretta ed immediata con chi esegue la prestazione, con la possibilità di richiedere il compimento di determinati atti sessuali, cfr. Cass., Sez. III, 21 marzo 2006, p.m. in c. Terrazzi, *ivi*, 2006, 854.

La dottrina

R. Borgogno, *La prostituzione "a distanza" in due recenti pronunce della giurisprudenza di legittimità*, in *Cass. pen.,* 2005, 3497; S. Ferrari, *Sulla prostituzione* on line, in *Giur. it.*, 2007, 2039 ss.; G. La Cute, voce *Prostituzione: b) diritto vigente*, in *Enc. dir.*, 1988, XXXVII, 440 ss.; L. Pavoncello Sabatini, voce *Prostituzione (disposizioni penali in materia di)*, in *Enc. giur. Treccani*, 1991, XXV, 1 ss.; G. Pioletti, voce *Prostituzione*, in *Dig. disc. pen.,* 1995, X, 271 ss.; V. Zeno-Zencovich, "Sex and the contract": *dal mercimonio al mercato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, 1191 ss.

Osservatorio Corte di cassazione - Processo penale

a cura di **Francesco Peroni**

Giudizio

Legittimo impedimento per il difensore in caso di grave lutto familiare

Cassazione penale, Sez. VI, 22 agosto 2012 (7 giugno 2012), n. 32949 - Pres. De Roberto - Rel. Carcano - P.m. Stabile (concl. diff.) - Ric. B.R. ed a.

L'assoluta impossibilità di comparire in udienza del difensore, a cui si riferisce l'art. 420-*ter*, comma 5, c.p.p., non va intesa in senso esclusivamente meccanicistico, come impedimento "materiale" dovuto alle sole cause che non consentono la fisica presenza del difensore, per ragioni di carattere logistico o sanitario. In materia, rilevano anche eventi che possono essere ritenuti ostativi sotto il profilo emotivo e umano (fattispecie in cui la S.C. ha ritenuto integrati i presupposti contemplati dall'art. 420-*ter*, comma 5, c.p.p. a fronte del**la celebrazione dell'udienza contestualmente alle esequie di un prossimo congiunto dell'avvocato).**

Il caso

Nel corso del giudizio di appello, il giudice di seconde cure rigettava la richiesta di rinvio del dibattimento avanzata dall'avvocato degli imputati. Il difensore, con un giorno di anticipo, aveva reso noto che, a causa di un grave lutto famigliare (nella specie, trattavasi della sorella dell'instante) le cui esequie sarebbero state celebrate lo stesso giorno dell'udienza, si trovava impossibilitato a partecipare a quest'ultima. Chiedeva, pertanto, l'applicazione dell'art. 420-*ter* comma 5 c.p.p. La domanda veniva rigettata perché, secondo il giudice di appello, da un lato, «la richiesta era stata formulata in termini estremamente vaghi per la mancanza dell'ora del funerale rispetto a quello dell'udienza, che di solito si prosegue anche nel pomeriggio», 'sì da poter consentire all'avvocato «di partecipare a entrambi gli impegni»; dall'altro, perché il difensore non si era avvalso, nell'occasione, di un sostituto.
Esperiva ricorso per cassazione la difesa, rilevando che erroneamente la Corte territoriale aveva ritenuto generiche le ragioni della richiesta di rinvio, tenuto conto che vi era specifico riferimento a un grave lutto famigliare, circostanza che non avrebbe dovuto richiedere ulteriori precisazioni. Inoltre, veniva contestata l'affermazione del giudice d'appello secondo cui sarebbe stato possibile per il difensore assistere ai funerali per poi partecipare all'udienza, dato che tale affermazione si scontrava col fatto che i due luoghi interessati distassero circa 100 Km l'uno dall'altro.

La decisione

La Suprema Corte ha accolto il ricorso, osservando come non sia revocabile in dubbio «che la situazione rappresentata dal difensore di fiducia di entrambi gli imputati, con istanza presentata il giorno prima dell'udienza, fosse tale da integrare il legittimo impedimento a essere presente alla trattazione del processo». Al proposito, i giudici di legittimità hanno chiarito che l'assoluta impossibilità a comparire del difensore «non va intesa in senso esclusivamente meccanicistico, come impedimento "materiale" a partecipare all'udienza, dovuto a un precedente e concomitante impegno professionale ovvero ad altra causa che impedisca la fisica presenza del difensore dovuta a ostacoli di carattere logistico o sanitario, che prescinda da qualsiasi considerazione di situazioni che possano sotto il profilo emotivo e umano essere ritenute anch'esse di ostacolo alla partecipazione attiva all'incarico affidatogli». Infatti, ha proseguito la Corte regolatrice, «se si dovesse intendere per impossibilità a comparire il solo "materiale" o "fisico" ostacolo per il difensore a essere presente in udienza, difficilmente potrebbero ipotizzarsi situazioni diverse e riconducibili a eventi gravi sotto il profilo "umano e morale" - quale è senza dubbio la morte di un "prossimo congiunto" [...] le cui esequie siano concomitanti al giorno di udienza - che possano costituire legittimo impedimento per il difensore».
Ciò chiarito, la Cassazione non ha mancato di osservare, *ad abundantiam*, che la morte di un prossimo congiunto è un evento che, se riferito a prestatori di lavoro dipendenti, può certo costituire causa per una giustificata assenza dal luogo di lavoro, sicché non si comprenderebbe «per quale ragione il difensore, al quale è attribuita una prestazione di opera intellettuale costituzionalmente riconosciuta e garantita, non possa usufruire di analogo trattamento in caso di eventi che comunque impongano rispetto "umano e morale"».
Accolto questo motivo, di natura preliminare rispetto agli altri formulati in sede di ricorso, la Corte ha annullato la sentenza impugnata, con rinvio al giudice di appello per un nuovo esame.

I precedenti

In senso conforme, Cass., Sez. VI, 2 aprile 2009, Amoroso, in *Ced Cass.*, 243524; Cass., Sez. I, 9 dicembre 2008, Fettah, *ivi*, 2424989; Cass., Sez. III, 13 novembre 2008, Valente ed a., *ivi*, 242257.

La dottrina

R. Bricchetti-L. Pistorelli, *L'udienza preliminare. Dall'avviso di conclusione delle indagini ai riti alternativi*, Milano, 2003, 149; S. Ciampi, *Massime festività religiose ed impedimento a comparire in udienza ai sensi dell'art. 420-*ter *comma 1 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2006, 2860; V. Grevi, *L'adesione allo "sciopero" dei difensori non costituisce "legittimo impedimento" (a proposito del regime di sospensione del corso della prescrizione)*, *ibidem*, 2058; M. Vessichelli, *Dichiarazio-*

ne di contumacia in assenza del difensore impedito, *ibidem*, 1698; A. Ziroldi, *Udienza preliminare: preparazione e svolgimento*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. 3, *Indagini preliminari e udienza preliminare*, a cura di G. Garuti, Torino, 2009, 908.

Indagini preliminari

Fermo di indiziato di delitto e nuovo codice antimafia

Cassazione penale, Sez. IV, 23 luglio 2012 (17 luglio 2012), n. 29911 - Pres. Romis - Rel. Bianchi - P.m. Spinaci (concl. conf.) - Ric. G.F.

La previsione normativa di cui all'art. 77, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (cd. codice delle leggi antimafia) non può interpretarsi nel senso che, allorquando i soggetti siano indiziati di delitti per i quali è previsto l'arresto facoltativo in flagranza di reato e rientrino nella categoria di cui all'art. 4, d.lgs. n. 159 del 2011, è legittimo il ricorso al fermo anche in mancanza del pericolo di fuga, quale ulteriore presupposto previsto, in via di regola, dall'art. 384 c.p.p. Una tale interpretazione, invero, vincolando il potere di fermo unicamente alla tipologia del reato, avrebbe l'effetto di allargare a dismisura tale potere, consentendo la privazione della libertà di un soggetto, sia pure nei ristretti archi temporali propri dell'istituto, sulla sola base della sussistenza di gravi indizi di un qualsivoglia reato da parte di un soggetto annoverabile nelle categorie contemplate dallo stesso "codice antimafia", senza necessità di alcun altro requisito, in tal modo finendo per creare un'inedita ipotesi di arresto facoltativo, indipendente dalla flagranza.

Il caso

Il giudice per le indagini preliminari convalidava il fermo di alcune persone indiziate del reato di cui all'art. 73, comma 1, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, facendo applicazione di quanto previsto dall'art. 77, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (cd. codice delle leggi antimafia).
Con riferimento a quest'ultima norma, il giudice precisava che essa deve interpretarsi nel senso che, allorquando i soggetti siano indiziati di delitti per i quali è previsto l'arresto facoltativo in flagranza di reato e rientrino nella categoria di cui all'art. 4, d.lgs. n. 159 del 2011, il ricorso al fermo è legittimo anche in mancanza dell'altro presupposto generale, contemplato dall'art. 384 c.p.p., ovverosia del pericolo di fuga.
Avverso il provvedimento di convalida insorgeva la difesa che, tra gli altri motivi di ricorso, adduceva il carattere abnorme e del tutto inedito dell'esegesi sposata dal giudice per le indagini preliminari del summenzionato art. 77, d.lgs. n. 159 del 2011.

La decisione

La Suprema Corte ha, in via preliminare, ammesso che la norma di recente conio ha dato vita a significativi problemi interpretativi afferenti, sia alla necessità, per dar luogo al fermo, della precedente attivazione del procedimento di prevenzione (requisito che la *littera legis* non menziona), sia alla definizione dell'esatta portata della locuzione «fuori dai limiti di cui all'art. 384 c.p.p.» che, in via strettamente letterale, potrebbe essere riferita, tanto ai gravi indizi di colpevolezza, quanto al pericolo di fuga, entrambi contemplati dall'art. 384 c.p.p. È in quest'ottica, dunque, che il giudice per le indagini preliminari, nel provvedimento gravato, aveva ritenuto di prescindere dalla verifica della sussistenza del pericolo di fuga.
La Cassazione, tuttavia, ha ritenuto che tale impostazione esegetica non sia condivisibile.
«L'espressione usata dal legislatore delegato», ha spiegato la Corte regolatrice, «non può essere intesa come indicativa della volontà di far venir meno i tradizionali presupposti applicativi del fermo, rappresentati dalla sussistenza di gravi indizi di reato e del pericolo di fuga, presupposti che costituiscono attuazione della garanzia costituzionale prevista dall'art. 13, comma 3, Cost., che attribuisce agli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria un potere assolutamente limitato e temporaneo in materia di libertà personale, ancorandolo a "casi eccezionali di necessità e di urgenza". Tali requisiti debbono entrambi sussistere affinché sia legittimo esercitare dalla polizia giudiziaria o dal pubblico ministero, e convalidare dal giudice, il fermo di un soggetto». Per converso, l'interpretazione sposata nel provvedimento gravato, finiva, secondo i giudici di legittimità, per ancorare il potere di fermo alla sola tipologia del reato, con l'effetto di allargare a dismisura il potere coercitivo in parola. «Una tale interpretazione», hanno chiosato i giudici di legittimità, «non è affatto imposta dal tenore letterale della disposizione, che anzi il richiamo ai 'limiti' sembra proprio indicativo dei limiti di pena previsti per le varie fattispecie contemplate dalla norma, piuttosto che alle condizioni o presupposti di applicabilità dell'istituto, che è nozione diversa dalla prima».
In tal senso, del resto, deporrebbe anche un itinerario esegetico che prendesse avvio dalla legge delega (legge 13 agosto 2010, n. 136), ove «nessuna disposizione è dettata con specifico riferimento alla materia penale e processuale», rispetto alla quale, dunque, la delega non poteva che essere esercitata con disposizioni ricognitive, nell'ambito del coordinamento e dell'armonizzazione previsti.
Per questi motivi, la Suprema Corte ha escluso che la disposizione in esame autorizzi il fermo a prescindere dal pericolo di fuga, sicché il provvedimento impugnato è stato annullato senza rinvio.

I precedenti

Non risultano precedenti specifici in argomento.

La dottrina

Balsamo-C. Maltese, *Il codice antimafia*, Milano, 2011, 77; A. Costagliola-L. Nacciarone, *Il codice antimafia. Commento al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159*, Ravenna, 2011, 42; G. Capoccia, *Le norme penali, processuali e gli strumenti investigativi*, in *Il codice antimafia. Commento al d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159*, a cura di M.E. Malagnino, Torino, 2011, 220; M.V. De Simone, *Le misure di prevenzione, in Commento al codice antimafia. D.lgs. 6 settembre 2011 n. 159*, Ravenna, 2011, 33; G. Nanula, *La lotta alla mafia. Aggiornamento al nuovo codice delle leggi antimafia (d.lgs. 159/2011)*, Milano, 2012, 7.

Difensore avvisato via sms dell'udienza di convalida

Cassazione penale, Sez. IV, 30 luglio 2012 (11 luglio 2012), n. 30984 - Pres. Sirena - Rel. Bianchi - P.m. X (concl. parz. diff.) - Ric. C.S.

In tema di udienza di convalida dell'arresto o del fermo,

il relativo avviso al difensore può avvenire anche tramite mezzi atipici di comunicazione, purché idonei a rendere conoscibile l'avviso medesimo. Una volta valutata l'adeguatezza del mezzo usato, l'eventuale mancata conoscenza effettiva, da parte del difensore, dell'avviso stesso non determina la nullità dell'udienza (nella specie, è stato considerato mezzo idoneo di comunicazione, vista l'urgenza, l'avviso d'udienza effettuato tramite un sms all'utenza mobile del difensore, il quale aveva in precedenza ricevuto un fax che attestava l'avvenuto arresto dell'assistito).

Il caso

La vicenda traeva origine da un'ordinanza di convalida di un provvedimento di arresto in flagranza, che il difensore dell'indagato impugnava con ricorso di legittimità, lamentando di non essere stato ritualmente avvisato della celebrazione dell'udienza stessa. Più in dettaglio, il patrono affermava di aver ricevuto via fax comunicazione dell'avvenuto arresto, ma di non essere stato avvisato della fissazione dell'udienza nel rispetto dell'art. 390 c.p.p.

La decisione

La Suprema Corte si è richiamata all'ultimo approdo raggiunto *in subiecta materia* dalle Sezioni Unite, per premettere che «non sempre l'avviso al difensore di un atto cui egli ha diritto di partecipare richiede l'uso delle modalità tipiche delle notifiche, ben potendosi fare ricorso, in casi particolari previsti dalla legge, a mezzi atipici di comunicazione». Proprio con riguardo all'udienza di convalida dell'arresto o del fermo, l'art. 390, comma 2, c.p.p. stabilisce che, dell'udienza in parola, sia dato avviso «senza ritardo» al pubblico ministero e ai difensori, previsione che, nel pieno rispetto del principio di legalità, autorizza il superamento delle forme vincolate di conoscenza legale degli atti, in considerazione della presenza di una specifica situazione di urgenza, qual è quella rappresentata dai brevi termini legislativamente previsti per la convalida del fermo, che impongono l'intervento di una decisione rapida dell'autorità giudiziaria in vista della tutela di interessi considerati di primaria rilevanza.
In materia, sono state ancora le Sezioni Unite a precisare che, rispetto all'udienza di convalida, la validità dell'avviso in discorso prescinde dalla conoscenza effettiva dell'informazione da parte del destinatario, come testimonia il disposto dell'art. 391 comma 2 c.p.p., a mente del quale «se il difensore di fiducia o di ufficio non è stato reperito o non è comparso, il giudice provvede a norma dell'articolo 97 comma 4», previsione che consente di concludere, «da un lato, che "l'avviso senza ritardo" può essere dato con qualsiasi mezzo idoneo a rendere nota la fissazione dell'udienza di convalida e, dall'altro, che il solo fatto del mancato reperimento del difensore di fiducia o di ufficio, destinatario dell'avviso, legittima la nomina di un sostituto».
Per contrappunto, la giurisprudenza di legittimità non ha, comunque, mancato di segnalare come l'utilizzazione di forme atipiche di avviso, allorché non sia accompagnata dalla conoscenza effettiva, esiga una scelta connotata, sul piano funzionale, dall'adeguatezza del mezzo comunicativo, nel senso che l'avviso deve essere compiuto nel modo che si appalesa il più idoneo a rintracciare il difensore per rendergli nota la comunicazione. La valutazione circa l'adeguatezza del mezzo prescelto deve essere formulata non in astratto, ma caso per caso, con specifico riferimento alle singole situazioni concrete e tenendo conto, oltre che dei peculiari caratteri della procedura, dei tempi disponibili, dei luoghi nei quali risulta più probabile reperire il difensore (anzitutto, lo studio legale) e di tutti gli altri dati a disposizione dell'ufficio che deve eseguire l'avviso.
Su queste basi concettuali, la Suprema Corte ha rigettato il ricorso. Nel caso di specie, infatti, il difensore risultava aver ricevuto, non solo notizia via fax dell'avvenuto arresto, ma anche un sms all'utenza cellulare che rendeva nota la data e l'ora dell'udienza di convalida. Considerato che, nel corso di quest'ultima, l'indagato era stato comunque assistito da un patrono nominato *ex* art. 97, comma 4, c.p.p., la Cassazione ha ritenuto che nessun profilo d'illegittimità inficiasse l'operato del giudice della convalida.

I precedenti

In materia, cfr., con variabilità di impostazioni e accenti, Cass., Sez. VI, 20 novembre 2008, Obidigbo, in *Ced Cass.*, 242378; Cass., Sez. IV, 29 settembre 2008, Proietti, *ivi*, 242180; Cass., Sez. I, 1° febbraio 2008, Satta, *ivi*, 239220; Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2002, Arrivoli, in *Arch. n. proc. pen.,* 2002, 648; Cass., Sez. IV, 29 maggio 2001, Restagno, *ivi*, 2002, 227; Cass., Sez. V, 29 settembre 2000, Goletti, in *Ced Cass.*, 217491; Cass., Sez. VI, 4 luglio 2000, Amendola, in *Arch. n. proc. pen.,* 2001, 77; Cass., Sez. IV, 13 maggio 1997, Di Prima, *ivi*, 1997, 821; Cass., Sez. Un., 26 marzo 1997, Procopio, in *Cass. pen.,* 1998, 45; Cass., Sez. Un., 12 ottobre 1993, Morteo, *ivi*, 1994, 893; Cass., Sez. VI, 16 febbraio 1993, Domodossola, in *Arch. n. proc. pen.,* 1994, 109; Cass., Sez. VI, 10 giugno 1992, Bosi, in *Cass. pen.,* 1993, 2313; Cass., Sez. I, 16 dicembre 1991, Mosca, in *Foro it.*, 1992, II, 626; Cass., Sez. Un., 6 luglio 1990, Scarpa, in *Cass. pen.,* 1990, 386; Cass., Sez. I, 20 febbraio 1990, Di Biasi, *ivi*, 1990, II, 281.

La dottrina

A. Bassi, *Un ulteriore passo in avanti nella semplificazione degli avvisi urgenti al difensore*, in *Cass. pen.,* 2003, 1285; S. Ciampi, *L'informazione dell'indagato nel procedimento penale*, Milano, 2010, 339; A. Ferraro, *Arresto e fermo. Le misure precautelari e la loro convalida*, Milano, 1994, 101; M.E. Gamberini, *Sulle forme dell'avviso al difensore dell'arrestato per l'udienza di convalida*, in *Cass. pen.,* 1993, 2314; K. La Regina, *Udienza di convalida dell'arresto in flagranza o del fermo. Dal* genus *alla* species, Padova, 2011, 274; M.M. Monaco, *Convalida.*, in *Dig. disc. pen.,* Agg., Torino, 2005, 251; G. Spangher, *In tema di informazioni ed avvisi al difensore della persona arrestata o fermata*, in *Cass. pen.,* 1990, II, 282; Id., *Limiti al contraddittorio per la convalida del fermo e dell'arresto*, in *Giur. cost.*, 2001, 4018; M. Taddeucci Sassolini, *La notificazione urgente a mezzo del telefono: alcune considerazioni sul mancato invio del telegramma di conferma*, in *Cass. pen.,* 1994, 342.

Misure cautelari

Reati in materia fiscale, pagamento rateizzato e sequestro "per equivalente"

Cassazione penale, Sez. III, 24 luglio 2012 (16 maggio 2012), n. 30140 - Pres. De Maio - Rel. Sarno - P.m. Spinaci (concl. conf.) - Ric. D.F.G.

Il sequestro preventivo "per equivalente", disposto nei

confronti di persona sottoposta ad indagini per il reato di omesso versamento dell'I.V.A. *ex* art. 10-*ter* d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, non può avere ad oggetto beni per un valore eccedente il profitto del reato, sicché il giudice è tenuto a valutare l'equivalenza tra il valore dei beni e l'entità del profitto, così come avviene in sede di confisca. L'eventuale remissione in termini da parte dell'amministrazione finanziaria per il pagamento, con garanzie fideiussorie, dell'imposta dovuta in forma rateale non determina, dunque, il venir meno delle ragioni del sequestro: sino al completamento del pagamento rateale concordato, il sequestro conserva la propria legittimità, ferma restando la possibilità di ottenere riduzioni in ragione degli importi versati.

Il caso

Nell'ambito di un procedimento per il reato di cui all'art. 10-*ter* d.lgs. 10 marzo 2000 n. 74 («Omesso versamento di I.V.A.»), il giudice per le indagini preliminari, in accoglimento di una richiesta dell'indagato, revocava parzialmente il sequestro preventivo per equivalente emesso in precedenza, fino alla concorrenza di euro 1000. Il giudice affermava, «per un verso, che a fronte della segnalazione di irregolarità dell'agenzia delle entrate […], [l'indagato] aveva provveduto tempestivamente a richiedere l'ammissione al pagamento rateale della somma dovuta di euro 112.255, oltre interessi e sanzioni di legge ottenendola dopo avere prestato anche idonea fideiussione assicurativa del costo di circa euro 16.000 e che i pagamenti periodici erano in corso […] allorquando era stato disposto il sequestro».
Il pubblico ministero esperiva appello avverso tale determinazione e il giudice di seconde cure, in accoglimento del gravame, disponeva nuovamente il sequestro preventivo di beni mobili ed immobili fino alla concorrenza dell'importo complessivo di euro 112.255. A supporto della propria decisione, il tribunale adduceva numerosi argomenti, in sintesi rilevando:
«a) che l'intervenuto pagamento dell'imposta evasa costituisce soltanto circostanza attenuante che non fa venire meno la responsabilità penale per il reato dal cui riconoscimento consegue la confisca; b) che nella determinazione del *quantum* confiscabile occorre prescindere dalla regolarizzazione del debito in sede tributaria, sussistendo piena autonomia tra il piano della riscossione dell'imposta in sede amministrativa tributaria e quello della sanzione penale irrevocabile anche a titolo di confisca; c) che il concetto di profitto del reato va tenuto distinto dal concetto di lucro derivante dal reato e che mentre il profitto è costituito dall'importo dell'evasione fiscale che resta fisso in quanto cristallizzato al momento della consumazione del reato, il lucro costituisce invece il concreto arricchimento percepito in capo al patrimonio del contribuente variando in conseguenza dell'eventuale restituzione totale o parziale all'erario della somma dovuta; d) che a riprova di ciò sono assai diverse le conseguenze dell'eventuale pagamento tardivo dell'imposta in quanto mentre sul piano amministrativo tributario la transazione con l'agenzia delle entrate estingue l'obbligazione tributaria, sul piano penale configura unicamente la speciale circostanza attenuante prevista dall'art. 13 d.lgs. n. 74 del 2000, e consente, altresì, l'applicazione del rito [speciale] del patteggiamento altrimenti precluso; e) che la diversità dei piani trova ulteriore conferma nel fatto che mentre il pagamento del debito tributario avviene in favore dell'agenzia delle entrate, l'ablazione della somma corrispondente per equivalente al profitto del reato avviene in favore del Fondo unico per le spese di giustizia; f) che l'estinzione del debito erariale assolve ad una funzione risarcitoria, laddove, invece, il sequestro funzionale alla confisca per equivalente svolge funzione sanzionatoria; g) che il regime di obiettivo rigore trova giustificazione nel dichiarato intento di inasprimento della lotta alla evasione fiscale».
Tale articolata decisione veniva impugnata con ricorso per cassazione dalla persona sottoposta ad indagini che contestava la fondatezza dell'ampio corredo motivazionale.

La decisione

La Suprema Corte ha respinto il ricorso, sia pure ritenendo di dover parzialmente dissentire dagli argomenti esposti dal giudice dell'appello cautelare.
In tema di sequestro preventivo per equivalente, invero, si registrano orientamenti non sempre sovrapponibili nelle decisioni della Corte di legittimità. Tuttavia, nel caso di specie, la Cassazione ha rimarcato come le pronunce più recenti siano nel senso di ritenere che il sequestro preventivo "per equivalente", disposto nei confronti di persona sottoposta ad indagini per il reato di frode fiscale finalizzata all'evasione delle imposte sui redditi, non può avere ad oggetto beni per un valore eccedente il profitto del reato, sicché il giudice è tenuto a valutare l'equivalenza tra il valore dei beni e l'entità del profitto, così come avviene in sede di confisca. Ne consegue che il sequestro per equivalente non può estendersi alle somme che abbiano già formato oggetto di restituzione.
«Lo scopo del sequestro per equivalente in funzione della successiva confisca», ha precisato la Suprema Corte, «non può che essere quello di colpire l'accrescimento patrimoniale nei casi in cui non sia possibile apprendere direttamente i beni che rappresentano il profitto del reato».
Ciò premesso, i giudici di legittimità hanno chiarito che la fattispecie di cui all'art. 10-*ter* d.lgs. n. 74 del 2000 «è strumentale all'obiettivo di reprimere, sanzionandoli penalmente, i fenomeni di evasione in sede di riscossione, in particolare sanzionando il comportamento del soggetto che omette di versare l'I.V.A. risultante a debito in sede di dichiarazione annuale e assimila l'omissione, sotto il profilo sanzionatorio, a quella del sostituto d'imposta che non versa le ritenute risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti. Ed in ordine al reato indicato, poiché il profitto coincide con l'importo dell'I.V.A. incassata, si appalesa evidente che il sequestro per equivalente non potrà essere disposto per somme eccedenti il valore indicato».
Coerente, poi, con il sistema della "riscossione coattiva" è che ad esso si affianchi un sistema finalizzato a favorire la restituzione spontanea, introducendo benefici in sede penale, quali una attenuante specifica e l'ammissione al rito del patteggiamento.
È in questo sistema di riferimento che è stata analizzata l'altra questione, relativa all'effetto della remissione in termini da parte dell'amministrazione finanziaria per il pagamento, con garanzie fideiussorie, dell'imposta dovuta in forma rateale.
Poiché è pacifico che ciò non comporta l'estinzione del reato, appare «intuitivo […] che le ragioni del sequestro possano venire meno solo con il completamento del pagamento rateale concordato. Sino ad allora», ha osservato la Suprema corte, «il sequestro rimane legittimo ferma restando la possibilità di ottenere riduzioni in ragione degli importi versati».
Non può ritenersi sufficiente, invece, il mero accordo con l'amministrazione finanziaria, seppure seguito dal pagamento di alcune rate: «finché il versamento non sarà completo, il destinatario del provvedimento di sequestro continua, infatti, ad avere la disponibilità ancorché parziale del profitto del rea-

to. All'uopo sarà, quindi, semmai funzionale la richiesta di revoca parziale del sequestro con riferimento alle somme versate».
Non è apparso, perciò, condivisibile l'assunto del giudice per le indagini preliminari che, sostanzialmente, aveva ritenuto sufficiente l'accordo con l'amministrazione finanziaria per eliminare le ragioni del sequestro. Né, secondo la Corte, si sarebbe potuto fare leva sul rilascio di garanzia fideiussoria per l'adempimento. Al riguardo, la Cassazione già in precedenti occasioni ha rilevato «che, in tema di sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente di cui all'art. 322-*ter* c.p., le somme di denaro costituenti oggetto del vincolo cautelare quale profitto del reato […] non sono suscettibili di sostituzione attraverso una fideiussione da costituire presso un istituto di credito, trattandosi di una garanzia personale di pagamento non equipollente rispetto al bene in sequestro». La fideiussione, del resto, contrasta ontologicamente con la *ratio* dell'istituto in questione che, a prescindere dalla natura sussidiaria dello strumento, rimane comunque quella di evitare che il responsabile del reato possa trarre beneficio dall'attività illecita perpetrata e, pertanto, impone una diminuzione patrimoniale corrispondente al profitto.

I precedenti
In argomento, cfr. Cass., Sez. II, 16 novembre 2011, B.C.A., in *Ced Cass.*, 251070; Cass., Sez. III, 12 ottobre 2011, M.R. ed a., *ivi*, 251797; Cass., Sez. III, 1° dicembre 2010, P.G., *ivi*, 249752; Cass., Sez. VI, 1° luglio 2009, F.G., *ivi*, 244870.

La dottrina
L. Della Ragione, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *Dir. pen. cont.*, 2012; F. Vergine, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2009, 167; Id., *Il "contrasto" all'illegalità economica. Confisca e sequestro per equivalente*, Padova, 2012, 337.

Prove

Video-riprese in un'aula scolastica: sufficiente (e necessario) il provvedimento del pubblico ministero

Cassazione penale, Sez. VI, 3 settembre 2012 (14 giugno 2012), n. 33593 - Pres. Agrò - Rel. Di Salvo - P.m. X - Ric. C.A.A.

In tema di video-riprese, un'aula scolastica non rientra nell'accezione tecnica di domicilio, trattandosi di un luogo dove può entrare un numero indeterminato di persone (alunni, professori, preposti alla sorveglianza e alla direzione dell'istituto, familiari degli alunni). A tale qualificazione non è di ostacolo la ravvisabilità, in capo all'insegnante, di uno *ius excludendi* che certamente gli compete ma che è preordinato, non alla tutela della propria riservatezza o, comunque, di prerogative personali, bensì all'ordinato svolgimento dell'attività didattica e, dunque, esclusivamente alla migliore esplicazione della funzione (fattispecie in cui la S.C. ha giudicato corretto l'operato del pubblico ministero che aveva emesso un provvedimento motivato, con il quale aveva dato atto delle ragioni per le quali si rendeva necessario procedere all'attività di videoregistrazione all'interno di un'aula scolastica, senza richiedere l'autorizzazione al giudice per le indagini preliminari).

Il caso
Il tribunale del riesame sostituiva la misura cautelare degli arresti domiciliari con quella dell'obbligo di dimora, per il reato di maltrattamenti pluriaggravati commessi ai danni di alcuni bambini dai sette ai dieci anni di età, con abuso dell'autorità derivante dal ruolo di maestra rivestito dall'imputata in una scuola elementare. Più precisamente, dall'ordinanza del riesame risultava che, a seguito della presentazione - da parte dei genitori di tre alunni - di denuncia in ordine a presunte punizioni corporali subite dai figli ad opera della maestra, il pubblico ministero aveva emesso un decreto con il quale aveva disposto l'effettuazione di videoriprese all'interno dell'aula dove si tenevano le lezioni. Tale attività di monitoraggio aveva consentito agli operanti di assistere in diretta a numerosi atti di violenza posti in essere dalla maestra ai danni dei bambini.
Con ricorso per cassazione, l'imputata deduceva la nullità dell'ordinanza in parola, per violazione degli artt. 191, 266, 267, 268 c.p.p., in quanto fondata su videoriprese effettuate in assenza d'idoneo provvedimento autorizzativo di natura giurisdizionale. Secondo la difesa, la specificità del luogo in cui l'attività di monitoraggio era stata effettuata e la natura dei comportamenti che erano stati filmati, comunicativi di gesti ed atteggiamenti, avrebbero imposto che la raccolta d'immagini venisse previamente autorizzata dal giudice competente, posto che il pubblico ministero potrebbe disporre soltanto di videoriprese in luoghi pubblici o aperti al pubblico. Nel caso di specie, invece, l'attività di monitoraggio sarebbe stata effettuata in luoghi in cui il soggetto sottoposto a verifica svolgeva attività destinate a rimanere riservate, anche in ragione dello *ius excludendi* esercitabile dall'insegnante durante le ore di lezione.

La decisione
La Suprema Corte ha, in prima battuta, richiamato l'insegnamento delle Sezioni Unite *in subiecta materia*, secondo cui «le riprese visive sono prove documentali, *ex* art. 234 c.p.p., quando siano formate fuori dal procedimento, mentre, allorché vengano formate mediante l'opera della polizia giudiziaria […], costituiscono prove atipiche. Le videoregistrazioni effettuate in ambito domiciliare, ai fini del procedimento penale, sono prove atipiche acquisite illecitamente e sono perciò inutilizzabili».
La tutela costituzionale del domicilio, tuttavia, va limitata ai luoghi con i quali la persona abbia un rapporto stabile, sicché, quando si tratti di tutelare solo la riservatezza, la prova atipica può essere ammessa con provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria. Se, dunque, non sono utilizzabili le riprese visive effettuate, ai fini del processo, in ambito domiciliare *stricto sensu*, quelle che, pur non comportando un'intrusione domiciliare, violino la riservatezza personale, devono essere autorizzate dall'autorità giudiziaria procedente, vale a dire, a seconda delle fasi, dal pubblico ministero o dal giudice.
Nel caso in disamina, la Cassazione ha escluso che un'aula scolastica possa essere considerata un domicilio, ai fini che interessano nel procedimento penale. Trattandosi, infatti, di un luogo dove può entrare un numero indeterminato di persone (alunni, professori, preposti alla sorveglianza e alla direzione dell'istituto, familiari degli alunni), essa va qualificata come luogo aperto al pubblico. «A quest'ultima qualificazione», hanno aggiunto i giudici di legittimità, «non è d'ostacolo la ravvisabilità, in capo all'insegnante, di uno *ius excludendi*

che certamente gli compete ma che è preordinato non alla tutela della sua riservatezza o comunque di prerogative personali del docente, ma all'ordinato svolgimento dell'attività didattica, che certamente potrebbe venire turbato dall'indebita intromissione di estranei, e dunque esclusivamente alla migliore esplicazione della funzione».
La Cassazione ha, quindi, giudicato corretto l'operato del pubblico ministero che, nel caso di specie, aveva emesso un provvedimento motivato, con il quale aveva dato atto delle ragioni per le quali si rendeva necessario procedere all'attività di videoregistrazione, sulla base degli elementi allo stato desumibili dalle attività d'indagine fino a quel momento svolte (dichiarazioni dei genitori di alcuni alunni; registrazione di un *file* audio per mezzo di telefono cellulare da parte di una della mamme dei minori), in merito al reato di maltrattamenti, senza alcuna necessità di richiedere l'autorizzazione al giudice per le indagini preliminari.

I precedenti

In argomento, cfr., quantomeno, Cass., Sez. III, 7 luglio 2010, p.m. in c. L.C., in questa *Rivista*, 2011, 1127; Cass., Sez. I, 13 gennaio 2009, G.S.G., in *Ced Cass.*, 242876; Cass., Sez. Un., 28 marzo, 2006, Prisco, in questa *Rivista*, 2006, 1347.

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. Scalfati, Torino, 2009, 533; A. Camon, *Le riprese visive come mezzo d'indagine: spunti per una riflessione sulle prove «incostituzionali»*, in *Cass. pen.*, 1999, 1200; C. Conti, *Le video-riprese tra prova atipica e prova incostituzionale: le Sezioni Unite elaborano la categoria dei luoghi "riservati"*, in questa *Rivista*, 2006, 1354; F. Caprioli, *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale l'uso investigativo degli strumenti di ripresa visiva*, in *Giur. cost.*, 2008, 1832; M.L. Di Bitonto, *Le riprese video domiciliari al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.*, 2006, 3952; L. Filippi, *L'*home watching*: documento, prova atipica o prova incostituzionale*, in questa *Rivist*a, 2001, 92; F.S. Marini, *La costituzionalità delle riprese visive nel domicilio: ispezione o libertà «sotto-ordinata»?*, in *Giur. cost.*, 2002, 1076; A. Pace, *Le videoregistrazioni «ambientali» tra gli artt. 14 e 15 Cost.*, *ibidem*, 1070; A. Spinelli, *Videoregistrazioni: tra prove atipiche e* deficit *di tutela della Cassazione*, in questa *Rivista*, 2011, 1127; G. Tabasco, *Prove non disciplinate dalla legge nel processo penale. Le prove atipiche tra teoria e prassi*, Napoli, 2011, 141.

LIBRI

COLLANA: **ITINERA – Guide giuridiche**

Arbitrato

Bonelli Erede Pappalardo

a cura di L. Salvaneschi, L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris, V. Allavena, F. Cintioli, M. Iacoviello, D. Ielo, A. Negri, M. Olivieri, A. Villa

Il volume, curato dallo **Studio Bonelli Erede Pappalardo**, leader assoluto nell'ambito del contenzioso civile, affronta con un **approccio sistematico** e un **taglio assertivo** tutti gli aspetti relativi all'arbitrato.
In particolare vengono analizzati:
– l'**arbitrato generale** (arbitrato rituale e irrituale, procedimento, istruzione probatoria e lodo)
– l'**arbitrato internazionale** ed **estero**;
– l'**arbitrato societario** (esteso anche all'arbitrato amministrato dalla Camera di Conciliazione e arbitrato presso la Consob e all'arbitrato bancario e finanziario);
– gli **arbitrati speciali** (nel diritto del lavoro e nelle materie di giurisdizione amministrativa).
Nella trattazione dei singoli istituti sono contemplati tutti i profili attinenti al tema trattato: sostanziali, processuali e fiscali (laddove presenti).
Arricchiscono e completano l'opera ***case history***, **esempi**, **schemi riepilogativi**, **approfondimenti** ed un dettagliato **indice analitico**.

Il volume è disponibile anche in **formato ebook**.

Ipsoa 2011, Euro 57,00

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***

Osservatorio Contrasti giurisprudenziali

a cura di **Guglielmo Leo**

Delitti contro la persona

Sulla violenza sessuale mediante abuso di autorità

Cassazione penale, Sez. I, 22 maggio 2012 (u.p. 19 aprile 2012), n. 19419 - Pres. Petti - Rel. Amoresano - P.M. Montagna (concl. diff.) - Ric. I.

Se il rapporto di autorità che può sottendere ad una violenza sessuale, in alternativa alla violenza o alla minaccia, debba fondarsi sulla qualità formale dell'agente, connotata da poteri autoritativi di matrice pubblicistica, o possa derivare da qualunque influenza esercitata sulla vittima, anche in base ad una relazione di carattere privato.

Da lungo tempo il sistema penale conosce una regolazione piuttosto analitica delle ipotesi nelle quali la libertà sessuale delle persone può essere condizionata, e dunque offesa, alla luce di una qualche connotazione di subalternità della vittima nei confronti dell'agente.
Nella disciplina originaria del codice vigente il carattere abusivo del rapporto sessuale era ritenuto dalla legge sul solo presupposto che la persona offesa si trovasse detenuta, o altrimenti affidata all'interessato, in esecuzione di un provvedimento dell'autorità competente (art. 520 c.p., poi abrogato). Un «vizio del consenso» era poi presunto riguardo a minori infrasedicenni, in caso di rapporto sessuale con un ascendente o con un tutore, o comunque con persona affidataria per ragioni di cura, educazione, istruzione, vigilanza o custodia (art. 519, comma 2, n. 2, c.p., a sua volta abrogato). Il tenore letterale dell'art. 520 c.p. aveva limitato l'applicazione della norma ai casi di dipendenza della vittima in forza di un affidamento «autoritativo» imposto dalla legge, tanto che, ad onta della rubrica della fattispecie («congiunzione carnale commessa con abuso della qualità del pubblico ufficiale»), la mera connessione del rapporto sessuale alla descritta relazione pubblicistica era considerata sufficiente per l'integrazione della fattispecie, senza alcuna necessità dello specifico abuso di un potere o della violazione di un dovere connessi alla funzione (Cass., Sez. III, 9 marzo 1987, n. 2909, P., in *Ced Cass.*, 175293; Cass., Sez. III, 11 febbraio 2004, n. 532, R., *ivi*, 227440).
Con la riforma della materia - attuata mediante la legge 15 febbraio 1996, n. 66 - anche il tema dell'influsso dell'autorità sulla libera determinazione delle scelte sessuali ha trovato un nuovo assetto. Riguardo alle relazioni intrafamiliari o di affidamento, opera una presunzione assoluta per i minori infrasedicenni (comma 2, n. 2, dell'art. 609-*quater* c.p.), mentre per quelli infradiciottenni è richiesto l'abuso dei poteri connessi alla posizione (n. 3 del citato comma 2). Quanto al rapporto di subordinazione che prescinda dalla relazione familiare o di affidamento, la fattispecie ha perso l'autonomia conferitale nel quadro originario, e l'abuso dell'autorità propria dell'agente, non meglio precisata nei suoi presupposti e nel suo oggetto, è confluito nella previsione generale dell'art. 609-*bis*, comma 1, quale modalità di costrizione alternativa alla minaccia od alla violenza.
In sede di primo commento alla novella, una parte degli interpreti ha sostanzialmente letto la nuova norma come fattispecie di sintesi tra i «vecchi» artt. 519 e 520 c.p., considerando trasfusa nella figura di reato vigente la previsione già concernente l'abuso del pubblico ufficiale «custode» della vittima. Dunque, l'odierna figura di reato, nella parte di interesse, riguarderebbe i soli soggetti muniti di una posizione formale di «sovraordinazione», derivante da norme di carattere pubblicistico: i custodi, appunto. Un orientamento in tal senso è stato espressamente assunto dalle Sezioni unite della Corte suprema, sia pure in tono piuttosto incidentale: «se si considera che la fattispecie di cui al primo comma [dell'art. 609-*bis*] ha sostituito quella prevista dagli abrogati artt. 519, comma 1, e 520 (nonché dall'art. 521), se ne deve concludere che l'abuso di autorità previsto dalla norma vigente coincide con l'abuso della qualità di pubblico ufficiale di cui all'art. 520, e comunque presuppone una posizione autoritativa di tipo formale e pubblicistico» (Cass., Sez. Un., 5 luglio 2000, n. 13, P.m. in c. B., in *Cass. pen.,* 2000, 2983).
La soluzione è stata considerata insoddisfacente, specie in dottrina. In effetti va considerato che la nuova norma, per il carattere assolutamente generico del suo enunciato, sembra riferirsi ad ogni rapporto autoritativo, così da estendere, per questo aspetto, l'ambito applicativo della sanzione ben oltre la previsione abrogata. Nel contempo, mentre quest'ultima si accontentava del rapporto di occasionalità tra violenza sessuale e qualifica soggettiva dell'agente (*supra*), la norma vigente evoca il concetto di abuso dell'autorità rivestita, e comunque lo pone in rapporto con un evento di costrizione della vittima, in precedenza assolutamente presunto. Si comprende, dunque, come in dottrina si siano levate voci a sostegno della tesi che ormai rilevi qualsiasi genere di rapporto autoritativo, anche fondato sulla fisionomia in concreto assunta da una relazione tra privati, concentrandosi il disvalore, e la garanzia di offensività, nella necessità dell'abuso e della costrizione, che prima erano presunti (si veda ad esempio A. Cadoppi, *Commentario alle norme contro la violenza sessuale e contro la pedofilia,* IV ed., 2006, 510 ss.).
Per quanto attiene alla giurisprudenza, invece, l'indirizzo stringatamente enunciato dalle Sezioni unite è stato per lungo tempo rispettato. Ciò si constata sia rispetto a fattispecie concrete segnate dalla ricorrenza del rapporto di autorità nei suoi termini tradizionali, come ad esempio nel caso della ge-

rarchia militare (Cass., Sez. III, 27 gennaio 2000, n. 860, C., in *Ced Cass.*, 215599), sia con riguardo a situazioni riconducibili ad altre forme di influenza (**direzione di un istituto di formazione** professionale frequentato dalla vittima), ove l'integrazione del delitto è stata esclusa, appunto, in ragione del carattere non «**formale e pubblicistico**» della supremazia attribuita all'agente (Cass., Sez. III, 30 settembre 2002, n. 32513, P., *ivi*, 223101).
Non è mancato, per la verità, qualche occasionale scostamento dalla regola (si veda Cass., Sez. III, 20 gennaio 2009, n. 2119, M.A., *ivi*, 242306, ove è stata assertivamente confermata la rilevanza che il giudice di merito aveva attribuito ad un rapporto di convivenza tra il reo e la madre della vittima). E neppure è mancata qualche (incidentale) affermazione di principio in senso contrario all'indirizzo restrittivo (può citarsi ad esempio Cass., Sez. III, 10 giugno 2009, n. 23873, C., *ivi*, n. 244082, ove risulta decisivo, comunque, un problema di correlazione tra accusa e sentenza).
Tuttavia la regola della **irrilevanza di rapporti «privatistici»**, in tempi recenti, è stata confermata ed anzi «rafforzata» da riflessioni di carattere più organico. A suo favore militerebbe un «**argomento storico**»: «la norma si configura come riformulazione più generale della fattispecie previgente di cui all'art. 520 c.p., che puniva ogni congiunzione carnale commessa con abuso della qualità di pubblico ufficiale». Per altro verso, andrebbe considerato un **argomento sistematico**: «altrimenti, non si potrebbe logicamente distinguere l'ipotesi di rapporto sessuale con abuso di autorità di cui all'art. 609-*bis* c.p., primo comma, dall'ipotesi di rapporto sessuale con abuso di potere parentale o tutorio previsto dall'art. 609-*quater*, secondo comma, c.p. […] se ne conclude che l'unica interpretazione idonea a salvaguardare la coerenza normativa è quella che attribuisce alla prima autorità carattere pubblicistico e alla seconda carattere privatistico: se, invece, si intendesse come autorità ogni posizione sovraordinata pubblicistica o privatistica, l'art. 609-*quater*, secondo comma, c.p., resterebbe praticamente inapplicabile, perché [presuppone] l'inapplicabilità delle ipotesi previste dall'art. 609-*bis* c.p., tra le quali rientra anche quella di ogni atto sessuale commesso con abuso di autorità» (Cass., Sez. III, 23 gennaio 2012, n. 2681, R., *ivi*, 251885; in precedenza, nello stesso senso, Cass., sez. III, 24 gennaio 2007, n. 2283, C., non pubblicata; successivamente, sempre in senso analogo, Cass., Sez. IV, 22 febbraio 2012, n. 6982, M., in *Ced Cass.,* 251955).
L'**unanimismo** quasi indisturbato, che fin qui si è descritto, è **venuto meno** con la più recente decisione in materia (Cass., sez. III, 22 maggio 2012, n. 19419, I, *ivi*, 252768). La soluzione prevalsa nella precedente giurisprudenza sarebbe il frutto, secondo la Corte, di una qualche «mancanza di approfondimento» del problema. Le **Sezioni Unite**, in particolare, si sarebbero pronunciate in un contesto segnato dalla particolare rappresentazione del ricorrente, ed il loro principale intento sarebbe stato quello di distinguere tra abuso commesso sfruttando le condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa e l'abuso fondato sul rapporto autoritativo, il che varrebbe - se ben si comprende - a diminuire l'impatto di una enunciazione che pure era stata diretta ed esplicita.
Ad ogni modo, «un'interpretazione letterale e logico-sistematica della norma [dovrebbe] far ritenere che l'abuso di autorità comprenda **qualsiasi forma di "supremazia"** sia essa pubblica o privata». Sul piano letterale, si nota dalla Corte come l'espressione utilizzata dal legislatore della riforma sia la stessa adoperata, nel n. 11 dell'art. 61 c.p., per aggravare il trattamento del fatto commesso «con abuso di autorità o di relazioni domestiche, ovvero con abuso di relazioni d'ufficio, di prestazioni d'opera, di coabitazione o di ospitalità». La norma circostanziale non farebbe alcuna distinzione, riferendosi all'autorità dell'agente, tanto che verrebbe correntemente applicata sia a forme di subalternità fondate su rapporti pubblicistici che a "dipendenze" generate dalla qualità delle relazioni instaurate nei singoli casi concreti. Si aggiunge che il legislatore, quando intende riferirsi ad una posizione autoritativa di tipo pubblicistico, lo farebbe esplicitamente, come ad esempio nell'art. 608 c.p. (abuso di autorità contro arrestati o detenuti), ove si fa espresso riferimento al "pubblico ufficiale".
Ancora. L'effettiva confluenza del «vecchio» art. 520 nella nuova fattispecie varrebbe a confermare la tesi meno restrittiva, e non l'altra. Mentre infatti il tenore letterale della norma abrogata era insuperabilmente segnato dal riferimento alla qualifica pubblicistica dell'agente, tanto nel primo che nel secondo comma, una indicazione analoga è stata completamente omessa dal legislatore della riforma: «tale mancato riferimento non può essere frutto di una mera "dimenticanza", dovendosi, al contrario, ritenere che il legislatore abbia inteso sanzionare qualsiasi soggetto che, dotato di **autorità pubblica o privata**, abusi della sua posizione per costringere il soggetto passivo a compiere o a subire atti sessuali. Si è voluto, cioè, far rientrare nella norma, ad evitare che rimanessero aree di impunità, tutte quelle ipotesi in cui la vittima è costretta a subire atti sessuali contro la sua volontà o perché il suo consenso è viziato. La *ratio* della norma quindi è assolutamente in linea con il dato letterale».

Procedimenti speciali

Applicazione di pena su richiesta e sospensione della patente di guida

Cassazione penale, Sez. IV, 24 febbraio 2012 (c.c. 12 gennaio 2012), n. 7832 - Pres. Sirena - Rel. Romis - P.M. Galati (concl. conf.) - Ric. P.g. in c. Larocca

Se la durata della sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida, per le violazioni del codice della strada da cui derivino danni alle persone, possa essere ridotta, con la sentenza di patteggiamento, solo in caso di omicidio colposo, o se, piuttosto, la riduzione spetti anche nel caso di lesioni personali.

Un intervento di riforma non proprio felice, dal punto di vista della tecnica legislativa, sta generando incertezze della giurisprudenza riguardo ad una questione di notevole rilevanza pratica, dato il numero dei casi in cui deve essere risolta.
L'art. 222 del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, comprende, com'è noto, una previsione sanzionatoria generale per tutti i casi nei quali, da una violazione delle norme contenute nello stesso codice della strada, derivino «**danni alle persone**». In questi casi il giudice, oltreché applicare le sanzioni penali e quelle amministrative previste per le singole fattispecie, deve irrogare la **sanzione amministrativa accessoria** della sospensione o della revoca della **patente di guida**.
Il discrimine tra i casi di revoca e quelli di sospensione, e la durata di detta sospensione, sono regolati nello stesso art. 222, con norme che hanno subito significative variazioni, a far tempo dal 2006, in occasione di una legge approvata per inasprire le reazioni sanzionatorie alle violazioni più gravi, e soprattutto ai casi di guida in stato di ebbrezza o di intossica-

zione da sostanze stupefacenti (legge 21 febbraio 2006, n. 102). La stessa legge ha introdotto una nuova disposizione per il caso che la sanzione amministrativa accessoria debba essere applicata con una **sentenza di patteggiamento** (comma 2-*bis* del citato art. 222).

In effetti la sospensione e la revoca della patente di guida, data la natura di **sanzioni amministrative** loro espressamente conferita dal legislatore, sono state ritenute dalla giurisprudenza applicabili anche nel caso di patteggiamento, nonostante la prevista esclusione delle **pene accessorie** in caso di sanzione principale dalla durata inferiore ai due anni (comma 1 dell'art. 445 c.p.p.). Da un lato, infatti, la sentenza in questione è «equiparata a una pronuncia di condanna» (comma 2 del citato art. 445), e dall'altro il divieto di applicazione concerne, appunto, le pene accessorie ma non le sanzioni amministrative della stessa natura (Cass., Sez. IV, 24 febbraio 1995, n. 1909, P.g. in c. Licci, in *Cass. pen.,* 1996, 593, con nota di D. Carcano, *In tema di sospensione e di revoca della patente di guida nel patteggiamento*; nello stesso senso, in seguito, Cass., Sez. VI, 4 giugno 1996, n. 5544, P.g. in c. Mezzadri, *Ced Cass.*, 204881; Cass., sez. IV, 21 giugno 2004, n. 27897, P.m. in c. Buzura, in *Cass. pen.* 2005, 3047; Cass., Sez. IV, 25 gennaio 2006, n. 2863, P.g. in c. Paolella, in *Ced Cass.*, 232881). La soluzione è stata per un certo tempo **controversa**, in ragione essenzialmente delle note oscillazioni circa l'esatta natura della sentenza di patteggiamento e circa la portata della sua «equiparazione» alla sentenza di condanna (contro l'applicabilità della sanzione di cui all'art. 222, ad esempio, Cass., Sez. V, 20 dicembre 1996, n. 10980, P.m. in c. Manegaldo, in *Guida dir.*, 1997, 6, 80). Quelle oscillazioni, tuttavia, sono state poi superate a favore della piena comunanza di effetti tra condanna e applicazione della pena, salvi i casi di espressa deroga legislativa (si veda, in proposito, Cass., **Sez. Un.,** 23 maggio 2006, n. 17781, Diop, in questa *Rivista*, 2006, 1492). Non bastasse, ogni dubbio sarebbe venuto meno, quanto alla **sospensione** della **patente di guida**, proprio grazie al citato comma 2-*bis* dell'art. 222, che regola espressamente la **commisurazione** di durata del provvedimento sospensivo nel caso di sentenza di applicazione della pena *ex* art. 444 c.p.p.

Sennonché, come si accennava, le scelte linguistiche adottate dal legislatore della riforma creano qualche **incertezza**, tanto che risulta addirittura difficoltosa una precisa ricostruzione degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza.

Per quanto in particolare attiene ai casi di **sospensione**, il novellato comma 2 dell'art. 222 stabilisce i seguenti valori edittali: da quindici giorni a tre mesi «quando dal fatto derivi una lesione personale colposa»; il massimo sale fino a due anni «quando dal fatto derivi una lesione personale colposa grave o gravissima»; nel caso di **omicidio colposo** la sospensione è **fino a quattro anni**. Il successivo comma 2-*bis* stabilisce che, in caso di **patteggiamento**, è **diminuita** fino ad un terzo la durata della «sanzione amministrativa accessoria della **sospensione della patente fino a quattro anni**». Come si vede, il tenore letterale della disposizione sembra evocare la sola sanzione accessoria prevista per fatti dai quali sia derivata la **morte della vittima**. Una soluzione che potrebbe apparire irrazionale, non comprendendosi il maggior rigore esercitato riguardo ad ipotesi segnate da conseguenze meno gravi per la persona, e che tuttavia potrebbe giustificarsi sia per la particolare asprezza della previsione concernente appunto l'omicidio colposo, sia per una possibile finalità di particolare incentivazione proprio riguardo alla definizione con rito alternativo del processi riguardanti i fatti più gravi.

La sentenza più recente sul tema, ad ogni modo, ha compiuto una decisa opzione **contro** l'applicabilità della **diminuzione** fino ad un terzo della durata della **sospensione** inflitta con riferimento a fatti di **lesione personale colposa**. A sostegno dell'assunto, in sostanza, il tenore letterale della disposizione, che evoca, nella sua dimensione quantitativa (fino a quattro anni), la sola sanzione concernente i fatti di omicidio colposo (Cass., Sez. IV, 24 febbraio 2012, n. 7382, P.g. in c. Larocca, in *Ced Cass.*, 252390; nello stesso senso, non pubblicate, Cass., Sez. IV, 15 marzo 2011, n. 10488, De Majo, e Cass., sez. IV, 16 marzo 2011, n. 10668, P.g. in c. Bascarutti). Sennonché, proprio nella recente decisione di cui si è detto, viene dato conto di un presunto **orientamento contrario**, per il quale la **riduzione** di pena connessa al patteggiamento sarebbe **ammissibile** anche in caso di sentenza concernente fatti di **lesione personale colposa**. In effetti, nell'archivio ufficiale delle massime concernenti la giurisprudenza penale di legittimità, si rinvengono almeno due documenti che sembrano enunciare il principio meno restrittivo: in particolare, la fattispecie diminuente in questione viene riferita ai «reati d'omicidio colposo e lesioni personali colpose commessi in violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale» (così, in particolare la massima concernente la sentenza Cass., Sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 41810, Quinzi, in *Ced Cass.*, 245451; in senso sostanzialmente analogo si veda la massima tratta da Cass., Sez. V, 6 ottobre 2011, n. 36352, Lafiandra, *ivi*, 251204). C'è da chiarire, però, che nessuna delle decisioni evocate ha affrontato il problema direttamente, affermando l'applicabilità della diminuzione in un processo per lesioni colpose. Potrebbe ritenersi, addirittura, che le sentenze non abbiano inteso enunciare il principio neppure incidentalmente.

Nel caso definito dalla sentenza n. 41810 del 2009, il ricorrente era stato condannato per i reati puniti dai commi 6 e 7 dell'art. 189 del codice della strada, in quanto, pur coinvolto in un sinistro stradale con danni alle persone, non si era fermato e non aveva prestato assistenza. Respingendo la tesi difensiva della necessità di una diminuzione *ex* art. 222, comma 2-*bis*, la Corte aveva affermato che la sospensione della patente suscettibile di riduzione è solo quella prevista dal precedente comma 2 - che riguarda le fattispecie di lesioni ed omicidio - e non quella specificamente regolata dalle previsioni incriminatrici dell'art. 189. A dirla tutta, in una diversa parte della motivazione, la sentenza riferisce la diminuente *de qua* «**esclusivamente**» al caso della sospensione «per **omicidio colposo** commesso con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale», adottando una interpretazione strettamente letterale del riferimento alla sospensione fino a quattro anni, sia pure allo scopo di escludere la sua pertinenza alle condotte omissive contestate nella specie, e non al reato di lesioni personali.

Lo stesso discorso può farsi quanto al secondo precedente «contrario», la sentenza n. 36352 del 2011. Nel caso di sottoposto alla Corte, la diminuzione veniva richiesta dal condannato per omissione di soccorso (art. 593 c.p.) e per i fatti omissivi di cui ai commi 4 e 7 dell'art. 189 del codice della strada. Anche in questo caso il riferimento ai delitti di «omicidio e lesioni» contemplati nel comma 2 dell'art. 222 è servito a delimitare l'oggetto della previsione contenuta nel successivo comma 2-*bis*, escludendone i diversi reati contestati nella specie, e non certo a delimitare con precisione l'ambito applicativo della fattispecie diminuente con riguardo ai fatti lesivi della vita o dell'incolumità delle persone.

Sembrerebbe trattarsi, come si vede, di un raro caso di conflitto espressamente denunciato dalla stessa Cassazione e però di fatto inesistente, almeno per il momento.

Giudizio abbreviato

Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile

Cassazione penale, Sez. I, 26 giugno 2012 (c.c. 10 gennaio 2012), n. 25227 - Pres. Chieffi - Est. Tardio - P.G. in c. Guidi

La perfetta sussumibilità in detto principio del caso in esame, per l'identità della fattispecie e per l'antecedenza della richiesta del giudizio abbreviato alla nuova normativa di cui al d.l. n. 341 del 2000, la cui ritualità - sulla base delle norme processuali che disciplinavano l'accesso al rito speciale al momento della richiesta - è stata riconosciuta dal Giudice di appello, comporta l'applicazione del medesimo principio, confortata dalla diretta applicazione nell'ordinamento nazionale della Convenzione europea, nella interpretazione della Corte europea.

Cassazione penale, Sez. Un., 19 aprile 2012, n. 43905 - Ercolano, inedita

La questione era: "Se il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla Corte edu con la sentenza 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, possa sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione in tal modo modificando il giudicato con l'applicazione nella successione di legge intervenute in materia, quella più favorevole".
È stata sollevata la questione di costituzionalità degli artt. 7 e 8 d.l. n. 341 del 2000 in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 1, Cost.

Cassazione penale, Sez. I, 6 marzo 2012 (c.c. 2 dicembre 2011), n. 8689 - Pres. Siotto - Est. Capozzi - Avignone

Appare ragionevole assumere, quale criterio orientativo per individuare il trattamento sanzionatorio da applicare all'imputato che chieda di avvalersi del rito abbreviato, l'individuazione del momento in cui egli abbia effettivamente chiesto ed ottenuto di essere giudicato con il rito suddetto, atteso che è a partire da tale ultimo momento che ogni mutamento delle regole del giovo in senso a lui sfavorevole è idoneo a ledere il suo legittimo affidamento, si da porsi in contrasto con i principi dell'equo processo, e specificamente, con l'art. 7, comma 1, Cedu, ritenuto dalla Corte europea dei diritto dell'uomo applicabile in via estensiva anche al caso trattato, pur contenendo detto articolo il più circoscritto principio, secondo il quale non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso [...] ritiene pertanto il colelgio che la questione sottoposta al suo esame vada risolta non tanto ponendo l'accento sulla controversa questione se la norma di cui all'art. 442, comma 2, c.p.p., si da ritenere di natura sostanziale o processuale, quanto piuttosto applicando l'altro dirimente criterio, concernente l'avere o meno il soggetto interessato acquisito nel proprio patrimonio giuridico il diritto ad ottenere l'applicazione del rito abbreviato secondo le modalità più favorevoli esistenti anteriormente all'entrata in vigore del d.l. n. 341 del 2000; e sotto tale aspetto non può dirsi che Avignone Guerino abbia conseguito tale diritto, essendo emerso per tabulas che il rito abbreviato è stato da lui chiesto ed ottenuto in epoca posteriore all'entrata in vigore del citato d.l. n. 341 del 2000.

@ Il testo integrale delle sentenze è disponibile su: www.ipsoa.it\dirittopenaleeprocesso

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conformi	Questione nuova.
Difformi	Questione nuova.

Il commento

di *Alfredo Gaito* e *Ciro Santoriello (*)*

La problematica della riquantificazione *in executivis* della pena inflitta all'esito del giudizio abbreviato approda alla Corte costituzionale, sotto la spinta determinante della giurisprudenza europea che, nella sentenza Scoppola c. Italia, ha indicato i princìpi fondamentali che devono sovrintendere ad una materia tanto delicata che investe la determinazione della pena "giusta" a fronte della successione nel tempo delle leggi disparate che negli anni 1999/2000 modificarono reiteratamente l'assetto del giudizio abbreviato. I problemi riguardano sia i criteri per la corretta individuazione della pena da eseguire sia, soprattutto, i modi di adeguamento agli *standards* europei.

Premessa

È una tipica storia italiana, fra interventi del Parlamento frammentari e privi di ogni sistematicità, giudici che piegano il prodotto legislativo ai propri criteri ermeneutici - anche disinteressandosi delle pronunce delle Corti sovranazionali che cercano di riportare un minimo di razionalità nella vicenda - e la Cassazione che rinuncia al suo intervento regolatore investendo della questione la Corte costituzionale cui attribuisce la responsabilità politica di adeguare il nostro sistema processualpenalistico ai dettami della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Certo, però, che se ad adottare il comportamento qui sottoposto a critica non fossero state le Sezioni Unite, il dubbio di un anacronistico ossequio alla ragion di Stato sarebbe stato astrattamente ipotizzabile.

Perché va subito posto in evidenza che alla interpretazione europeisticamente orientata, in tema di adeguamento dell'ergastolo in esecuzione, si oppongono tanto condizionamenti soggettivi dei singoli magistrati coinvolti, posto che in ogni caso sul giudice che ha già una volta deliberato erroneamente pesa il frenante cordone ombelicale con la decisione adottata in precedenza; vi sono poi pretese esigenze di ordine pubblico, stante la constatazione che il problema della conversione della pena dell'ergastolo riguarda esclusivamente i detenuti formalmente più pericolosi, cioè persone condannate o per crimini efferati ovvero per fatti di mafia (1).

D'altronde, se è vero (e non sembra che se ne possa dubitare) che tutti sono uguali di fronte alla legge, allora non vi sono moventi di politica giudiziaria che tengano: dove a livello di enunciati normativi scritti non sia stata introdotta alcuna valida differenziazione, è precluso introdurre sul piano esegetico ostacoli applicativi ingiustificatamente dislarganti le già troppo ampie previsioni derogatorie che stanno a connotare in maniera negativa la pratica del c.d. doppio binario nei processi per fatti di criminalità organizzata (2). Escluso che la posizione ambigua della Corte di cassazione incarni uno scarico di responsabilità, anche in considerazione della genesi dell'investitura delle Sezioni Unite, potrebbe pensarsi ad un intento dilatorio, sacrificando il diritto di pochi singoli sull'altare dei rigorismi antimafia nel momento stesso in cui alcuni magistrati siciliani si occupano del patto stato/mafia; ma si tratterebbe di sensazione errata, smentita dalla pressoché contestuale decisione di investire la corte costituzionale del dubbio concernente la perdurante legittimità del regime di cattura obbligatoria per gli imputati di mafia.

Più semplicemente, si è trattato con molta probabilità di mancanza di coraggio e di incultura processuale penale europea (3). E si spiega.

Note:

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) E a veder bene: gli interessati sono in massima parte soggetti condannati quali killer di mafia o mandanti di stragi per fatti degli anni '90 i quali, avendo mantenuto in detenzione un comportamento corretto, hanno conseguito il diritto alla liberazione anticipata sicché ove l'ergastolo fosse convertito in 30 anni recupererebbero immediatamente la libertà.

(2) Resta escluso che la soluzione attendista delle Sezioni Unite stia a significare *tout court* uno scarico di responsabilità per ragioni di politica giudiziaria, anche e soprattutto in considerazione dei modi e dei tempi della genesi dell'investitura delle stesse Sezioni Unite, alle quali la questione è stata assegnata dal primo Presidente per la particolare importanza della materia, immediatamente dopo la sentenza Avignone (la prima decisione in materia), senza neppure attendere la motivazione della sentenza Guidi (favorevole al recupero in esecuzione del trattamento di minor rigore correlato alla originaria richiesta di giudizio abbreviato), depositata addirittura dopo l'investitura della Corte costituzionale.

(3) Cfr. Gaito, *Cultura del nuovo processo penale e sindrome della riforma,* in *il giusto processo*, 1989; Id., *Statistiche giudiziarie e cultura processuale penale*, in Di Federico, Gaito, Margaritelli, Sechi, Seghetti, *Il monitoraggio del processo penale*, Bologna, 1995.

Il legislatore: gli interventi normativi succedutisi

Gli accadimenti - certo forniti di una propria complessità - devono essere necessariamente riassunti:
a) l'art. 442, comma 2, c.p.p., nel testo originario entrato in vigore al momento dell'adozione del nuovo codice di rito prevedeva che la celebrazione del rito abbreviato comportasse, in caso di condanna all'ergastolo, la diminuzione di pena prevista in astratto in trent'anni di reclusione; questa previsione venne però dichiarata incostituzionale, per eccesso di legge delega, dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 176 del 1991;
b) il legislatore intervenne a seguito della pronuncia ablatoria del giudice delle leggi e con l'art. 30, l. n. 479 del 1999 inserì, dopo il primo periodo del comma 2 dell'art. 449, la previsione secondo cui «alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione degli anni trenta», reintroducendo così la possibilità di accedere al rito abbreviato anche per i reati puniti con la pena dell'ergastolo;
c) la innovazione introdotta con la novella del 1999 era ovviamente destinata ad operare solo per il futuro con conseguente preclusione all'accesso al rito speciale per i soggetti imputati in procedimenti in corso nel cui ambito fosse già scaduto il termine per la presentazione della relativa istanza: al problema pose (frettoloso) rimedio il d.l. n. 82 del 2000, convertito con modificazioni nella l. n. 144 del 2000, il cui art. 4-*ter* prevedeva:
c/1) che le disposizioni di cui agli artt. 438 ss. c.p.p. come modificate dalla riforma del 1999 si applicassero anche nei processi nei quali, sebbene scaduto il termine per la proposizione dell'istanza di giudizio abbreviato, non fosse ancora iniziata l'istruzione dibattimentale alla data di entrata in vigore della legge di conversione - ovvero l'8 giugno 2000; e
c/2) che nei processi per reati puniti con l'ergastolo, in corso al momento dell'entrata in vigore della nuova disposizione, e nei quali, prima di tale data, era scaduto il termine per proporre la richiesta di rito abbreviato, l'imputato nella prima udienza utile e successiva alla medesima data, potesse chiedere che il processo, ai fini dell'art. 442, comma 2, c.p.p., fosse immediatamente definito allo stato degli atti;
d) la storia non è finita, perché l'innovazione legislativa che riconosceva la possibilità di giudicare con rito abbreviato anche reati punibili con la pena dell'ergastolo non aveva indicato quale sanzione applicare nei casi in cui, nel medesimo giudizio abbreviato, fosse stata pronunciata condanna per più reati, di cui uno almeno punibile con la reclusione perpetua ed in relazione ai quali, la pena - senza la riduzione per il rito - doveva essere l'ergastolo con isolamento diurno: accadde così che con successivo d.l. n. 341 del 2000, convertito con modificazioni nella l. n. 4 del 2001, contenente disposizioni qualificate dal legislatore come aventi natura di interpretazione autentica:
d/1) l'espressione "pena dell'ergastolo", contenuta nell'art. 442, comma 2, ultimo periodo, c.p.p. veniva riferita all'ergastolo senza isolamento diurno;
d/2) al medesimo art. 442, comma 2, c.p.p. era aggiunto il periodo «alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nei casi di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo»;
d/3) nei processi penali in corso alla data di entrata in vigore del predetto decreto, nei casi in cui era applicabile o era stata applicata la pena dell'ergastolo con isolamento diurno, veniva riconosciuto all'imputato - che evidentemente intravedeva la possibilità di un trattamento sanzionatorio deteriore rispetto a quello precedentemente comminatogli - la possibilità di revocare la richiesta di giudizio abbreviato in precedenza da lui formulata.

Le conseguenze dei frammentari interventi normativi: un (illogico) diverso trattamento per i singoli imputati

A seguito dei numerosi interventi legislativi appena indicati (4), l'operatività della disciplina del giudizio abbreviato ha perso la sua unitarietà nel senso che le modalità di accesso a tale rito sono venute a differenziarsi fortemente a seconda delle concrete circostanze in cui ciascun processo risultava trovarsi al momento delle diverse innovazioni normative sopra indicate.
Nessuna difficoltà - oltre ovviamente che per quanti erano sottoposti a giudizio per reati non punibili con l'ergastolo - nei procedimenti nell'ambito dei quali l'istanza di rito abbreviato è stata presentata dopo l'ultima novella del 2000 ed in relazione a reati per i quali la pena astrattamente comminabile era l'ergastolo con isolamento diurno: in questo caso infatti l'imputato è consapevole della sanzione che può essergli applicata in caso di con-

Nota:

(4) Per un approfondimento delle modifiche normative, Fonseca, *Giudizio abbreviato e successione di leggi nel tempo verso nuovi equilibri* in executivis, in *Arch. Pen.,* 2012, 713.
Già in precedenza, con particolare vivacità, Galluzzo, *Retroattività dell'art. 442 c.p.p.: agli sgoccioli l'era del* tempus regit actum, in *Arch. pen.,* 2011, 255 e ss.

danna a seguito di decisione allo stato degli atti ovvero l'ergastolo senza isolamento. Numerose però sono le altre ipotesi che possono riscontrarsi e che effettivamente si sono verificate nelle aule di giustizia: alcuni imputati sono stati condannati senza godere di alcuna riduzione di pena non avendo ottenuto l'accesso al rito abbreviato perché l'entrata in vigore delle nuove condizioni per l'accesso al rito è avvenuta quando erano già terminati primo e secondo grado di giudizio e la Corte di cassazione non ha acconsentito all'accesso al rito in sede di legittimità; altri imputati hanno ottenuto l'accesso al rito abbreviato prima delle modifiche normative *in peius* introdotte con il decreto legge del 2000 e quindi sono stati condannati - pur essendo la pena base loro comminabile quella dell'ergastolo con isolamento diurno - a soli trent'anni di reclusione; infine, altri soggetti sono stati ammessi al rito dopo l'entrata in vigore del predetto decreto del 2000 e quindi per costoro l'applicazione del beneficio della riduzione di pena conseguente allo svolgimento del giudizio abbreviato ha determinato il tramutamento della condanna all'ergastolo con isolamento diurno in ergastolo senza isolamento (e non nella reclusione a trent'anni).

Non bastasse questa molteplicità di posizioni a rendere evidenti le deleterie conseguenze dell'operato disorganico e frammentario del legislatore, nella prassi si è affacciata un'altra ipotesi di particolare problematicità ovvero la posizione degli imputati che hanno presentato istanza di rito abbreviato prima delle modifiche peggiorative del 2000 e quindi ritenendo che in caso di condanna avrebbero visto l'ergastolo con isolamento diurno commutato in trent'anni di reclusione, ma che poi - in virtù delle suddette innovazioni *in peius* intervenute nelle more del procedimento - si sono visti condannare alla pena dell'ergastolo.

La Corte europea dei diritti dell'uomo: la sentenza Scoppola contro Italia

La sorte dei soggetti da ultimo indicati non destava particolare scandalo nel nostro paese: ogni opera di "affinamento" disciplinare di un istituto processuale sconta necessariamente qualche inconveniente a scapito di alcuni imputati e poi le previsioni contenute nel d.l. n. 341 del 2000 erano state qualificate dallo stesso legislatore come prive di reale contenuto innovativo essendo l'intervento normativo di "interpretazione autentica" delle pregresse disposizioni (5).

In Europa, però, non la pensavano così. Chiamata a pronunciarsi con riferimento ad un procedimento in cui l'imputato - formulata l'istanza nella previsione di essere condannato alla pena di trent'anni di reclusione - si era visto comminare l'ergastolo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha spazzato via le "ipocrite" letture delle disposizioni contenute nel decreto n. 341 del 2000 (6): non solo le previsioni in tema di ergastolo con isolamento diurno contenute nel citato decreto sono state considerate - cosa francamente difficilmente discutibile - quali vere e proprie innovazioni normative (e non letture ermeneutiche autentiche di una preesistente disciplina), operanti perciò solo per il futuro, ma lo stesso art. 442 c.p.p., nonostante il suo inserimento nel codice di procedura penale, è stato qualificato dalla Corte sovranazionale quale disposizione di diritto penale materiale *ex* art. 7, § 1, Cedu riguardante la severità della pena da infliggere nel caso di condanna secondo il rito abbreviato. Perentoria la conclusione della Corte europea (7): anche in relazione all'art. 442, comma 2, c.p.p. ed in particolare con riferimento alla disposizione in tema di ergastolo con isolamento deve ritenersi vigente il disposto di cui al citato art. 7 Cedu che, come è noto, sancisce, non solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe ma anche, implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa fra quelle

Note:

(5) Fortemente critica la dottrina nei confronti di questa qualificazione dell'intervento normativo del 2000, Abbati, *Il nuovo giudizio abbreviato tra* tempus regit actum *e* favor rei, in *Giur. It.*, 2001, 1008; Gaito, *Nuovo giudizio abbreviato, procedimenti in corso e cultura del "giusto processo"*, in *Giur. It.*, 2000, 1007; Maggio, *Questioni di diritto transitorio conseguenti alla riforma del giudizio abbreviato,* in *Foro It.*, 2000, 301; Marzaduri, *Sui rapporti tra abbreviato ed ergastolo. Vera interpretazione o intervento autonomo?,* in *Guida Dir.*, 2000, 102; Rombi, *La controversa questione dell'applicabilità retroattiva dell'art. 442, 2° comma c.p.p.,* in *Giur. It.*, 2000, 1459; Id., *Negli aggiustamenti legislativi una soluzione ai problemi di diritto transitorio per il giudizio abbreviato?,* in *Giur. It.*, 2000, 1902; Negri, *Il "nuovo" giudizio abbreviato: un diritto dell'imputato tra nostalgie inquisitorie e finalità di economia processuale,* in Peroni (a cura di), *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico,* Padova, 2000, 489; Apa, *Note in ordine ad alcuni profili di costituzionalità connessi al giudizio abbreviato,* in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2002, 1315.

(6) Il riferimento ovviamente è alla nota decisione Corte eur., Grande Chambre, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia.

(7) Su tale decisione, Manes, *C.e.d.u. e Corte Costituzionale: una nuova euristica giudiziale?*, in *Giustizia insieme*, 2011, 1-2, 11; Viganò, *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte Cedu in Scoppola c. Italia*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*; Id., *Giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, *ivi*; Romeo, *Alle Sezioni unite la questione della possibilità per il giudice dell'esecuzione, dopo la sentenza «Scoppola» della Corte edu, di sostituire la pena di trenta anni di reclusione alla pena dell'ergastolo, ivi.*

succedutesi nel tempo mentre il singolo procedimento penale veniva a concludersi (8).

I giudici italiani e l'ipocrita (in)osservanza della decisione della Corte europea

Tutto risolto, dunque, se si seguono le indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo: la disposizione contenuta nel d.l. n. 341 del 2000, secondo cui in sede di giudizio abbreviato relativamente a reati puniti con l'ergastolo la pena comminanda va differenziata - in trent'anni o nell'ergastolo - a seconda che la sanzione astrattamente prevista sia l'ergastolo con o senza isolamento diurno è norma penale sostanziale, evidentemente sfavorevole rispetto alla previsione pregressa e quindi destinata ad operare solo per il futuro; quanto ai procedimenti penali in cui tale impostazione non è stata osservata e quindi l'imputato, pur avendo presentato istanza di rito abbreviato prima delle modifiche peggiorative del 2000, si è visto condannare alla pena dell'ergastolo - e non a quella di trent'anni di reclusione -, deve ritenersi che gli stessi si siano svolti in maniera non equa per violazione del disposto di cui all'art. 7 § 1 Cedu.

Ma come può trovare applicazione nei diversi processi italiani questa pronuncia della Corte di Strasburgo: se il processo è ancora in corso *nulla quaestio*, il giudice che procede, se condanna, applica la pena "equa" come indicata nella sentenza Scoppola, eventualmente modificando in tal senso le diverse determinazioni assunte nei precedenti gradi di giudizio.

Il problema invece si pone se la condanna è già passata in giudicato e la pena è difforme dalle indicazione della Corte europea: anche in questo caso non parrebbero esserci ragioni di preoccupazione, visto che da tempo la Cassazione insegna che «il giudice dell'esecuzione non ha il potere di dichiarare l'inefficacia di un giudicato fuori dal caso in cui debba darsi esecuzione ad una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che abbia accertato l'avvenuta violazione del diritto all'equo processo nell'emissione della pronuncia di condanna» (9); ne consegue il rigetto di eventuali istanze di recupero del trattamento più favorevole escluso in giudizio quando le stesse istanze non siano in connessione diretta con una determinata sentenza della Corte di Strasburgo che - riferita proprio al singolo processo relativamente al quale è stata presentata la suddetta istanza - imponga la modifica di quel giudicato nazionale perché risulta in contrasto con i principi convenzionali.

In sostanza, l'ordinamento penale italiano riconosce un obbligo generale per il giudice di conformarsi al *decisum* della Corte europea, ma quando si sia in presenza di sentenze di condanna già passate in giudicato questo obbligo insorge se e solo se la decisione della Corte di Strasburgo abbia accertato, nel caso concreto riproposto al giudice nazionale, la non equità dello specifico processo conclusosi con la pronuncia interna divenuta irrevocabile; d'altronde, ciò è pienamente in linea con «il metodo casistico di ragionamento che è proprio della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale esprime un giudizio di non equità della procedura nel suo complesso, sulla base di tutte le peculiarità rilevanti che caratterizzano la specifica vicenda» e non un enuncia un principio generale applicabile ad ogni concreta fattispecie analoga - ma non la medesima - a quella decisa dal giudice sovranazionale (10).

Ci si è permessi di tacciare questa giurisprudenza di ipocrita (in)osservanza ai dettami della Corte europea; chi trovi eccessiva questa definizione rifletta su quale meccanismo operativo consegua all'adozione di tale impostazione. Le decisioni sopra indicate dichiarano inammissibili le istanze dei condannati diretti ad ottenere dal giudice dell'esecuzione una modifica della condanna - che dall'ergastolo senza isolamento diurno andrebbe "convertita" nella pena di trent'anni di reclusione - sostenendo che ciascun richiedente interessato dovrebbe prima adire la Corte Europea e soltanto dopo, se vittorioso stante la violazione del citato art. 7 § 1, Cedu, richiedere al giudice dell'esecuzione di dichiarare la ineseguibilita della sentenza pregiudizievole: in pratica, il soggetto ingiustamente condannato all'ergastolo piuttosto che alla diversa e meno severa pena prima prevista dal legislatore dovrebbe attendere un periodo di circa quattro o cinque anni prima di veder riconosciuta la fondatezza della propria pretesa.

Note:

(8) Su interpretazione e significato dell'art. 7 Cedu, Mazzacuva, *Interpretazione evolutiva del nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in Manes, Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 427; Bernardi, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. Cost.*, 2009, 44; Poli, *Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nella giurisprudenza costituzionale ed europea*, in *www.rivistaaic.it*.

(9) Cass., Sez. I, 18 gennaio 2011, Raffaelli, in *Ced Cass.*, 249328.

(10) Corte d'assise d'appello di Palermo, Sez. III, ord. 19 ottobre 2011, Bastone; Id., Sez. I, ord. 30 settembre 2011, Di Girgenti; Corte d'assise Caltanissetta, Sez. I, 18 novembre 2011, Cavallo; Corte d'assise d'appello Catania, Sez. III, 10 maggio 2011; Id., Sez. III, 28 giugno 2011.

Fine del gioco: l'attuazione della sentenza Scoppola passa per l'esperimento dell'incidente di esecuzione

La lettura "operativa" della sentenza Scoppola che parte della giurisprudenza italiana propone è decisamente da rigettare e non solo per le ragioni di carattere pratico che si sono evidenziate a chiusura del paragrafo precedente - cui, peraltro, va anche aggiunta la considerazione che la suddetta impostazione sollecita un plurimo interpello della Corte europea dei diritti dell'uomo con conseguente superfluo ed inutile aggravio della procedura -, ma anche sulla scorta di considerazioni di maggiore rilievo teorico.

La posizione giurisprudenziale che si sta esaminando è pervenuta al rigetto delle istanze di incidente di esecuzione sostenendo che le stesse si fondavano sull'erroneo presupposto che la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo avrebbe efficacia diretta nel nostro ordinamento (al pari del diritto comunitario - originario o derivato - il cui fondamento costituzionale è rintracciabile nell'art. 11 Cost.), mentre invece secondo l'insegnamento della nostra Consulta - cfr. le cosiddette sentenze gemelle n. 348 e n. 349 del 2007 - l'adeguamento del diritto interno ai precetti della Corte europea e della relativa Convenzione passerebbe per - e necessiterebbe comunque del - l'intervento della Corte costituzionale che dovrebbe provvedere alla dichiarazione di incostituzionalità per violazione dell'art. 117 Cost. delle norme interne in conflitto con quelle convenzionali. Di per sé, tale affermazione è indiscutibilmente corretta, ma dalla stessa non consegue certo che le sentenze di Strasburgo abbiano sempre una efficacia limitata soltanto al caso concreto portato all'esame del giudice sovranazionale.

La riflessione, come è evidente, investe il rapporto tra il sistema di tutela Cedu e l'ordinamento italiano (11) con particolare riferimento alle modalità di adeguamento alle sentenze della Corte di Strasburgo (12) in caso di accertamento di violazioni dei principi sul c.d. "giusto processo" di cui all'art. 6 Cedu. Al riguardo, il sistema processuale italiano ha visto l'introduzione di modifiche *ad hoc*, quale il nuovo art. 175 c.p.p. in tema di restituzione in termini (o, se si vuole, la modifica della disciplina in tema di revisione, a seguito della fondamentale sentenza additiva della Corte cost. 4 aprile 2011, n. 113), ma al di là di tale ipotesi il nostro ordinamento non contempla ancora adeguati strumenti normativi che permettano di apprestare un rimedio effettivo alle violazioni rilevate dalla Corte e ciò ha indotto la Corte di cassazione ad intraprendere nuove strade interpretative che permettessero in qualche modo di conformarsi alle decisioni della Corte di Strasburgo, a seconda del diverso contenuto precettivo delle stesse (13).

Orbene, ci pare evidente che sia indiscutibile la sussistenza di un obbligo, a carico dei giudici italiani (a prescindere dall'introduzione, di competenza del legislatore, di possibili meccanismi istituzionali per l'adeguamento fra diritto interno e sistema normativo sovranazionale), di adeguarsi nell'interpretazione dei dati normativi nazionali alla giurisprudenza di Strasburgo. Il problema non è - come erroneamente sostenuto dalla giurisprudenza che si critica - quello di riconoscere ad una decisione della Corte europea un'efficacia che vada al di là di quanto dalla stessa statuito nel caso concreto portato al suo esame: indiscutibilmente, la sentenza dei giudici nazionali qualifica come "equo" o "non equo" il processo penale portato al suo esame e tale valutazione - proprio perché dipende fortemente dalla circostanze concrete del caso - ha senz"altro una valenza limitata alla singola fattispecie; al contempo, però, la pronuncia della Corte di Strasburgo fonda la sua conclusione su una serie di riflessioni, argomentazioni, principi dei quali gli altri giudici nazionali - diversi cioè dal giudice che ha deciso la vicenda portata a giudizio innanzi al giudice

Note:

(11) Volendo passare sinteticamente in rassegna gli altri ordinamenti europei, può segnalarsi come i sistemi di Regno Unito e Spagna siano ancora privi di una disciplina specifica per ottemperare alle decisioni della Corte europea; al contrario, in Germania e in Francia sono state apportate delle modifiche (rispettivamente nel 1998 e nel 2000) ai codici di rito per consentire la riapertura dei procedimenti penali in cui vengano rilevate violazioni dell'art. 6 Cedu: v. Sez. 359 del codice di procedura tedesco (*Strafproze ordnung*) e gli artt. da 626-1 a 626-7 dell'omologo codice francese (*Code de procédure pénale*).

(12) L'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo peraltro è imposto dalla stessa Convenzione all'art. 46.

(13) Questione complessa che si articola in differenti sfumature a seconda del tipo di violazione riscontrata dalla Corte europea; ci si limiterà, quindi, a citare le pronunce di legittimità più significative sul tema: tra le più note, segnaliamo Cass., Sez. I, 1 dicembre 2006, Dorigo, in *Ced Cass.,* 235447, con cui la Corte era arrivata ad affermare la possibilità di fare ricorso all'art. 670 c.p.p. per dichiarare l'ineseguibilità di sentenze emanate al termine di un procedimento da considerarsi iniquo alla stregua dei dettami della Corte dei diritti dell'uomo; Cass., Sez. VI, 12 novembre 2008, Drassich, in *Ced Cass.,* 241753; e, più recentemente, Cass., Sez. V, 11 febbraio 2010, Scoppola, *ivi*, 247244, ove invece è stato sfruttato il procedimento di cui all'art. 625 *bis* c.p.p. per porre rimedio a violazioni dei diritti tutelati dalla Cedu intervenute, o comunque non rimosse, neppure in sede di giudizio di legittimità.

sovranazionale - non possono tener conto nel definire le loro controversie e ciò per l'evidente considerazione che solo decidendo conformemente alle motivazione della Corte europea potrà evitare una nuova condanna dello Stato italiano per violazione della Convenzione dei diritti dell'uomo. Come detto dallo stesso giudice di Strasburgo, al giudice deve riconoscersi un ruolo fondamentale dell'esatta portata della norma penale, il cui significato però oggi deve ritenersi reso esplicito non solo dalla lettura della legge nazionale ma dalla combinazione del dato normativo interno con la giurisprudenza europea (14).

Traslando queste considerazione al caso in esame, se la Corte europea di Strasburgo ha reso una nuova interpretazione dell'art. 442 c.p.p., ne discende che per non provocare ulteriori condanne, i Giudici nazionali hanno il dovere di conformarsi a tale giurisprudenza, vincolante in forza dell'art. 46 Cedu (15) ed è proprio seguendo tale ragionamento che alcune Corti territoriali (16) hanno ortodossamente - e con apprezzabile senso di *Realpolitik* (che le decisioni europee sono vincolanti è oramai esperienza vissuta da tutti i cittadini) - ritenuto di adeguarsi a tale indirizzo interpretativo e, per l'effetto, di adeguare il trattamento sanzionatorio dei disparati interessati, convertendo la pena dell'ergastolo con isolamento diurno nei canonici 30 anni di reclusione. In sostanza, non è affatto necessario - come ritenuto dalla tesi in esame - adire la Corte di Strasburgo al fine di dichiarare l'illegalità di una pena, laddove proprio la Convenzione europea per i diritti dell'uomo impone la regola (fissata dall'art. 35 Cedu) dell'esaurimento delle vie di ricorso interne prima di potersi rivolgere alla Corte, con il precipuo intento di fornire agli Stati contraenti l'opportunità di prevenire o di correggere le violazioni denunciate, secondo il c.d. principio di "sussidiarietà".

Non vi e dubbio che la violazione circa "la legalita della pena" lamentata innanzi alla Corte di merito scaturisce dagli effetti di una intervento normativo (d.l. n. 341 del 2000) applicato nei confronti di un numero imprecisato di persone, erroneamente qualificato come "interpretativa" mentre nella sostanza si trattava di una riforma innovativa che inaspriva il trattamento sanzionatorio e la cui pedissequa applicazione determinava la violazione dell'art. 7 Cedu. Per tale motivo, la procedura seguita per ovviare alle violazioni accertate nel caso Scoppola c. Italia, ovverosia il ricorso all'istituto dell'incidente di esecuzione di cui agli artt. 666 e 670 c.p.p. (17), si deve considerare parimenti applicabile in favore di ogni altro cittadino che si trovi in analoghe situazioni.

Tale impostazione, peraltro, è conforme alla più attenta giurisprudenza di legittimità in tema di irrogazione di una pena illegale (qual e quella irrogata in misura superiore al limite massimo di legge). In proposito, da un lato, si riconosce che quando l'erronea applicazione di una sanzione sia conseguenza di equivoco macroscopico e senza alcuna giustificazione che non sia l'applicazione immediatamente fallace della norma, la pena così comminata è senz'altro emendabile in fase esecutiva (18), dall'altro è costante l'as-

Note:

(14) Corte eur., Grande Chambre, 24 aprile 1990, Kruslin c. Francia; Corte eur., Grande Chambre, 12 febbraio 2008, Kafkaris c. Cipro; Corte eur., Grande Chambre, 15 novembre 1996, Cantoni c. Francia; Corte eur., Grande Chambre, 25 maggio 1993, caso Kokkinakis c. Grecia.

(15) L'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo peraltro è imposto dalla stessa Convenzione agli artt. 46 e l'art. 41 (da leggersi "in combinazione sistematica"), che richiederebbero - quale misura di soddisfazione "principale" del ricorrente - una completa rimozione delle conseguenze della violazione della Convenzione accertata dalla Corte europea.

(16) Corte di Assise di Appello di Catanzaro, 11 gennaio 2011, Linardi; Corte di Assise di Appello di Reggio Calabria, 22 febbraio 2011, Avignone; Corte di assise di Appello di Reggio Calabria, 20 ottobre 2010, Chilà, leggibili integralmente in *www.archiviopenale.it*.

(17) In tal senso, Cass., Sez. V, 28 aprile 2010, Scoppola, in *Ced Cass.*, 247244, argomentando che «affidare al giudice dell'esecuzione il compito di sostituire la pena inflitta con la sentenza ... è pienamente conforme alla normativa vigente. Ritiene comunque la Corte che, in ossequio al principio dell'economia dei mezzi processuali e allo speculare principio costituzionale della ragionevole durata del procedimento, si possa evitare questa ulteriore fase, a fronte dell'estrema chiarezza della sentenza della Corte di Strasburgo e dell'esigenza di dare immediato riconoscimento all'efficacia nel nostro ordinamento della normativa e delle decisioni delle istituzioni Europee».

(18) Cfr., ad es. Cass., Sez. IV, 28 giugno 2000, Aramini, in *Ced Cass.*, 217480, nel senso che «l'irrogazione di una pena illegittima è rilevabile in sede esecutiva, non solo nel caso che l'illegittimità sussista *ab origine* ma anche quando essa sia conseguenza di una legge che prevede un trattamento piu mite per l'imputato, sempre che la più grave pena inflitta sia ancora in corso di esecuzione o ne siano perduranti gli effetti; il principio di legalita, elevato a rango di norma fondamentale nell'art. 25 Cost., riguarda infatti non solo la previsione dei reati ma anche il sistema sanzionatorio nel suo complesso, comprensivo del tipo, della qualità e della durata delle pene, per cui l'ordinamento non tollera non solo che si dia esecuzione ad una pena, anche se inflitta con sentenza irrevocabile, che non aveva all'epoca in cui fu irrogata il suo fondamento nella legge, ma nemmeno che ne perdurino la esecuzione e gli effetti allorché il legislatore tale pena ha espunto dall'ordinamento con legge successiva a quella del momento in cui e stata applicata».
Altrettanto esemplare è l'insegnamento riguardante i poteri del giudice dell'esecuzione *ex* art. 676 c.p.p. scandito da Cass., Sez. I, 25 febbraio 2005, Pozzi, in *Ced Cass.*, 230928, perentoria e non equivocabile nello stabilire che «il principio di legalità della pena e quello di applicazione, in caso di successione di leggi penali, della legge più favorevole, operano anche con riguardo alle pene accessorie, per cui l'eventuale applicazione illegale di tali pene avvenuta in sede di cognizione può essere rilevata, così come si verifica per le altre, in sede di esecuzione».

serzione secondo cui il principio della legalita della pena, che è un valore di rango costituzionale, permea di sé l'intero sistema e «comprende sia il diritto di produzione legislativa che quello di derivazione giurisprudenziale (attribuendo di fatto al giudice un ruolo fondamentale in merito all'esatta interpretazione delle norme penali)» con la conseguenza che «anche il mutamento giurisprudenziale che si determina a seguito di detto intervento, assumendo carattere di stabilità ed integrando il diritto vivente, costituisce nuovo "elemento di diritto", idoneo a superare la preclusione» del giudicato (19). Anzi, mutuando la terminologia ed esplicitando la lezione impartita dalla medesima pronuncia, sembra potersi affermare in maniera appagante e persuasiva che, nel caso che ci occupa, il ripristino della legalita impone una vera e propria «interpretazione sistematica dell'art. 666, comma 2, c.p.p. alla luce delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con particolare riferimento al principio di legalità penale di cui all'art. 7 § 1 Cedu, cosi come interpretato dalla giurisprudenza sovranazionale, in modo da soddisfare l'esigenza di una interazione dialogica tra attività ermeneutica del giudice nazionale e quello europeo, nella prospettiva della più completa tutela dei diritti fondamentali della persona» (20).
Una volta venuto meno il dogma dell'intangibilità del giudicato, il mezzo attraverso il quale assicurare l'uniformità dell'ordinamento nazionale integrato con quello riconducibile al sistema della Cedu, non può che essere costituito dall'incidente di esecuzione, come riconosciuto, sia pur con riferimento ad altre circostanze, dalla Corte di cassazione che, rimaneggiando in altre vicende la condanna definitiva, ha indicato la "strada maestra" che trova la propria ragione d'essere nell'affermata esigenza di rispettare i principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo, unicamente salvaguardabili investendo con un incidente il giudice dell'esecuzione (21).

… e la Cassazione?

In questo disorientamento dei giudici di merito, la Cassazione potrebbe pronunciare la parola definitiva, idonea a porre fine ad ogni controversia. E così in effetti sarebbe dovuto essere, visto che della questione erano state investite le Sezioni Unite della Corte, le quali - anche stante l'assenza di pronunce di segno contrario - peraltro ben avrebbero potuto confermare il "combinato disposto" di due decisioni: da un lato, la sentenza Cass., Sez. I, 10 gennaio 2012, Guidi, ha affermato, laddove ricorrano l'identità della fattispecie e l'antecedenza della richiesta del giudizio abbreviato alla nuova normativa di cui al d.l. n. 341 del 2000, l'applicazione dirette da parte del giudice penale dei principi affermati dalla Corte europea nella sentenza Scoppola contro l'Italia, e dall'altro la citata decisione Cass., Sez. V, 28 aprile 2010, Scoppola, secondo cui «affidare al giudice dell'esecuzione il compito di sostituire la pena inflitta con la sentenza è pienamente conforme alla normativa vigente».
Ma, lo si è detto, la storia è infinita ed infatti la Cassazione ha deciso di non decidere.
Investita della domanda «se il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla Corte edu con la sentenza 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, possa sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione in tal modo modificando il giudicato con l'applicazione nella successione di legge intervenute in materia, quella più favorevole», la Cassazione - con ordinanza del 19 aprile 2012 - rimpalla la questione alla Corte costituzionale, denunciando gli artt. 7 ed 8 d.l. n. 341 del 2000 in riferimento agli artt. 3 e 117, comma 1, Cost.
Al momento di scrivere queste riflessioni, non si conoscono ancora le motivazioni dell'ordinanza di rimessione citata, ma ciò nonostante pare possibile formulare qualche osservazione critica nei confronti di questa scelta delle Sezioni Unite. A prima vista, la scelta della Cassazione parrebbe decisamente condivisibile, perché conferma alle due famose "sentenze gemelle" della Corte costituzionale n. 348 e n. 349 del 2007 secondo cui, stante il necessario rispetto per il legislatore nazionale degli obblighi internazionali ed in particolari di quelli derivanti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo, gli eventuali contrasti fra la disciplina italiane e le norme Cedu «non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale, sicché il giudice comune non ha il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto

Note:

(19) Cfr. Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2010, P.G. in proc. Beschi, in *Ced Cass.,* 246651.

(20) Così Cass., Sez. Un., 21 gennaio 2010, P.G. in proc. Beschi, cit.

(21) Cass., Sez. V, 15 novembre 2006, Cat Berro, in *Ced Cass.,* 235446; Id., Sez. I, 12 luglio 2006, Somogyi, *ivi*, 235035; Cass., Sez. I, 1° dicembre 2006, P.M. in proc. Dorigo, *ivi*, 235447; Cass., Sez. VI, 12 novembre 2008, *ivi*, 241753, avevano posto sotto i riflettori la questione degli effetti delle decisioni dei giudici di Strasburgo, proprio l'ultima decisione - in ordine di tempo: la citata sentenza Scoppola.

con una norma Cedu, presentandosi l'asserita incompatibilità tra le due come una questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi»; dunque, il disposto degli artt. 7 ed 8 si pone in contrasto con il principio di legalità della pena di cui all'art. 6 § 1 Cedu e ciò determina la violazione dell'art. 117 Cost., la cui inosservanza va però sanzionata dal giudice delle leggi e bene ha fatto la Cassazione ad investire la Consulta della questione.
Tale impostazione, però, sconta un equivoco di fondo.
Il ricorso alla Corte costituzionale è necessario quando si ponga un contrasto non diversamente sanabile - ovvero non sanabile in via interpretativa - fra una norma interna ed una disposizione della Cedu; nel caso di specie, invece, i giudici di Strasburgo con la sentenza Scoppola c. Italia non hanno dichiarato di per sé il contrasto fra i citati artt. 7 ed 8 d.l. n. 341 del 2000 e la disposizione di cui all'art. 6 Cedu, bensì hanno qualificato - alla luce della giurisprudenza europea in tema di legalità della pena - le previsioni di cui ai citati artt. 7 ed 8 quali norme di diritto penale sostanziale operanti, stante l'aggravamento di pena che determinano, devono operare solo per il futuro, con la conseguenza che i procedimenti penali in cui viene riconosciuta efficacia retroattiva a tali disposizioni sono *unfair*. In sostanza, le conclusioni della sentenza Scoppola non danno atto di un contrasto fra le previsioni del d.l. n. 341 ed i principi Cedu - che nello stato Italiano dovrebbe essere rilevato solo dalla Corte costituzionale - ma interpretano la natura dell'intervento normativo del 2000, negando che lo stesso abbia natura meramente interpretativa di preesistenti disposizioni e qualificando le innovative previsioni come di diritto penale sostanziale.
Evidenti le conseguenze che questa ricostruzione della sentenza Scoppola ha sul tema che si va affrontando: dopo la ridetta decisione della Corte europea ai giudici italiani non è dato rilevare - e quindi denunciare alla Corte costituzionale per violazione dell'art. 117 Cost. - un contrasto fra norma interna e disposto internazionale, quanto accogliere la lettura ermeneutica che i giudici di Strasburgo hanno fornito degli artt. 7 ed 8 d.l. n. 341 del 2000 e poi interpretare queste norme in maniera conforme alla Costituzione. In sostanza, questi sono i passaggi che deve compiere il giudice italiano alla luce di quanto affermato nella decisione Scoppola contro Italia: secondo gli insegnamenti della Corte europea in tema di legalità della pena, l'aggravamento di pena introdotto con la riforma del 2000 ha natura di norma sostanziale a prescindere dalla qualificazione che della riforma abbia dato il legislatore e quindi - in omaggio (non a norme sovranazionali, ma in diretta applicazione) dell'art. 27 Cost. - le previsioni del d.l. n. 341 del 2000 sono destinate ad operare solo per il futuro.
Nulla di sconvolgente ed anomalo quindi: si legge una norma (anche) secondo le indicazioni della Corte europea e poi la si interpreta cercando di fornire alla medesima un significato che la renda conforme alla Carta fondamentale, il tutto secondo l'insegnamento della Corte costituzionale che più volte ha invitato il potere giurisdizionale a non denunciare una disposizione perché ne è possibile una interpretazione contraria a costituzione ma a denunciarla solo quando non ne è possibile alcuna lettura adeguata alle prescrizioni della nostra Carta (22).
In questa vicenda, la Corte costituzionale non andava e non va interpellata, la responsabilità grava per intero sui giudici che hanno in mano non solo le vicende carcerarie del condannato ma anche la sorte e la dignità del nostro sistema penale (23) sempre più distonico rispetto ai fondamentali principi del diritto (24).

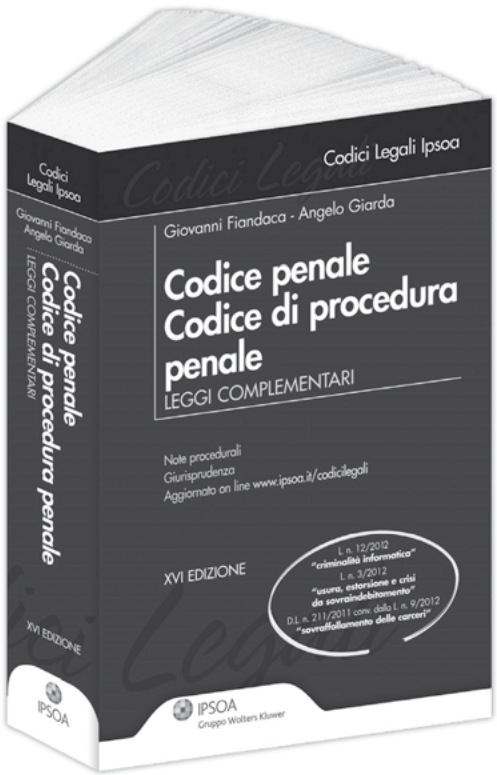
Note:

(22) Si vedano ad esempio Corte cost., sent. n. 232 del 1998, in tema di decorrenza dei termini nel procedimento di riesame, o Corte cost., sent. n. 292 del 1998, in tema di termini di custodia cautelare.

(23) Sul punto possono leggersi anche le riflessioni di Morosini, segretario di Magistratura Democratica, in *www.glialtrionline.it*, in tema di art. 41-*bis* ord. penit., secondo cui «uno Stato democratico di diritto anche nel momento in cui affronta temi durissimi come quello del contrasto alla criminalità organizzata deve mantenere dei principi di riferimento. È come se fosse un pugile che deve combattere con una mano legata dietro la schiena. Quella è la mano dei diritti. Lo Stato anche nella lotta alla 'ndrangheta deve mantenere credibilità. Da cosa è data la credibilità?. È rappresentata dal nocciolo duro delle garanzie dei cittadini imputati o condannati. Questo fa credibili le istituzioni. È questo il modello che può rendere la giustizia attraente agli occhi di quelle persone che si trovano davanti al bivio drammatico rappresentato dalla scelta tra lo stare con la legge o contro la legge. Lo Stato, se oltrepassa il limite dei diritti, finisce per sfigurarsi assumendo il volto inaccettabile della crudeltà».

(24) Questo contributo era già composto in bozza quando sono state depositate le motivazioni di due decisioni delle Sezioni Unite.
Cass., Sez. Un., n. 34223, 19 aprile 2012, Giannone, non rileva ai nostri fini, in quanto il caso preso in esame nella stessa non era analogo - almeno a quanto sostenuto dalla Suprema Corte - a quello oggetto della decisione della Corte EDU Scoppola c. Italia. In tema, invece, l'ordinanza Cass., Sez. Un., 19 aprile 2012 n. 34472, Ercolano, che ha prospettato d'ufficio questione di costituzionalità degli artt. 7 ed 8, d.l. n. 341 del 2000 nella parte in cui contrasterebbero con il divieto di retroattività della legge penale come statuito dall'art. 7 Cedu: la S.C. pare aderire alle nostre osservazioni circa l'eccentricità del regime intertemporale disegnato dai numerosi interventi normativi in tema di giudizio abbreviato e pena dell'ergastolo, ma al contempo ritiene di non poter intervenire essa stessa, in via interpretativa, per supplire al *deficit* di legalità che tale disciplina presenta.

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer



Codice penale Codice di procedura penale

LEGGI COMPLEMENTARI

Il volume propone: il testo aggiornato del **Codice penale** e del **Codice di procedura penale** e una ricca raccolta di **leggi speciali** suddivise per materia; la **sezione Giurisprudenza**, che riporta le massime delle Sezioni Unite della Cassazione penale (segnalate con una bilancina posta prima di ciascun articolo dei codici); le **note procedurali** segnalate per ciascun tipo di reato previsto dal codice penale; l'**aggiornamento on-line**, compreso nel prezzo, del testo dei codici.

Aggiornato ed integrato, **da ultimo**, **con**:

- la legge 15 febbraio 2012, n. 12, "**Norme in materia di misure per il contrasto ai fenomeni di criminalità informatica**";
- la legge 27 gennaio 2012 , n. 3, "**Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento**";
- il D.L. 22 dicembre 2011, n. 211, conv., con modif., dalla L. 17 febbraio 2012, n. 9, cd. "**sovraffollamento delle carceri**";
- la legge 12 novembre 2011, n. 183, "**Legge di stabilità 2012**";
- il D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, "**Codice delle leggi antimafia**";
- la legge 14 settembre 2011, n. 148, in materia di **intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro**;
- il D.L. 13 agosto 2011, n. 138, conv., con modif., dalla L. 14 settembre 2011, n. 148, di "**stabilizzazione finanziaria**";
- il D.Lgs. 7 luglio 2011, n. 121, "**Reati ambientali**".

di **Giovanni Fiandaca e Angelo Giarda**
pagg. 2240, **€ 30,00** *- XVI 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.

☐ (00129704) Sì, desidero acquistare il volume **Codice penale - Codice di procedura penale - XVI ed.** di G. Fiandaca e A. Giarda a **€ 30,00**.

☐ (702414100) Sì, desidero abbonarmi al volume **Codice penale - Codice di procedura penale - XVI ed.** pagando solo **€ 26,00** anziché € 30,00. Riceverò ogni anno la nuova edizione con lo sconto riservato agli abbonati.

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 Dlgs. 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.

Tutti i prodotti in abbonamento si intendono rinnovati in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 dalla data di scadenza a mezzo lettera raccomandata a.r. da inviare a Wolters Kluwer Italia S.r.l.. Qualora l'abbonamento riguardi prodotti in offerta pluriennale, la disdetta comunicata fuori dai limiti prestabiliti, non esonera dal pagamento dei canoni che andranno a maturare sino alla scadenza dell'abbonamento.

Y67DT LE

Successione di leggi penali

La cd. "successione impropria": una questione di garanzie

Cassazione penale, Sez. Un., 28 giugno 2012 (ud. 29 marzo 2012), n. 25457 - Pres. Lupo - Rel. Fiale - Imp. C.R.A.J.

Nell'ipotesi di assoluzione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato sussiste l'interesse dell'imputato, *ex* art. 568, comma 4, c.p.p., ad impugnare con ricorso per cassazione la statuizione concernente l'ordine di trasmissione all'autorità amministrativa per l'applicazione delle sanzioni previste per l'illecito depenalizzato (1).
Nel caso in cui l'autorità giudiziaria pronunzi sentenza assolutoria perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato non ha l'obbligo di rimettere gli atti all'autorità amministrativa competente a sanzionare l'illecito amministrativo allorquando la normativa depenalizzatrice non contenga norme transitorie analoghe a quelle di cui agli artt. 40 e 41 della legge n. 689 del 1981, la cui operatività è limitata agli illeciti da essa depenalizzati e non riguarda gli altri casi di depenalizzazione (2).

@ Il testo integrale della sentenza è disponibile su: www.ipsoa.it\dirittopenaleeprocesso

ORIENTAMENTI GIURISPRUDENZIALI	
Conformi	**1.** Cass. pen., 5 marzo 2004, De Mattei; Cass. pen., 19 maggio 2009, Presciutti. **2.** Cass. pen., 29 aprile 1977, Andreozzi; Cass. civ., 23 novembre 1992, Ispettorato provinciale del lavoro di Ascoli Piceno c. Cappella; Cass. pen, 1 gennaio 1993, Nazionale; Cass. pen., 24 novembre 1993, Luciani; Cass. pen., Sez. Un., 16 marzo 1994, n. 7394, Mazza; Cass. pen., 19 maggio 1995, Urbinati; Cass. pen., 20 novembre 1995, Spataro; Cass. pen., 3 maggio 1996, Nejrotti; Cass. pen., 21 giugno 1996, Taidelli; Cass. pen., 5 marzo 2004, De Mattei; Cass. pen., 17 settembre 2010, Piccinelli; Cass. pen., 26 ottobre 2010, Oscco; Cass. pen., 11 gennaio 2011, n. 5031, S. S.; Cass. pen., 20 gennaio 2011, n. 5034, N. V.; Cass. pen., 15 dicembre 2011, Zhang; Cass. pen., 15 dicembre 2011, Clerico.
Difformi	**1.** Cass. pen., 8 novembre 1995, Trabelsi; Cass. pen., 20 marzo 2001, Bondi; Cass. pen., 9 novembre 2006, n. 39903, G. A. **2.** Cass. pen., 18 gennaio 1993, Falciatori; Cass. pen., 6 dicembre 1993, Di Corato; Cass. civ., 30 gennaio 1995, Ispettorato provinciale del lavoro di Palermo c. Bompasso; Cass. civ., 19 aprile 1995, Ispettorato provinciale del lavoro di Benevento c. Soc. Pulitecnica s.r.l.; Cass. civ., 26 maggio 1995, Pref. Ravenna c. Bezzi; Cass. civ., 8 febbraio 1997, Ministero del lavoro c. Borsari; Cass. civ., 2 marzo 1998, Stabilimento tipografico Fabbiani s.p.a. c. Ispettorato provinciale del lavoro della Spezia; Cass. pen., 15 giugno 1999, D'Aversa; Cass. civ., 19 marzo 2002, Edilnol Gru s.r.l. c. Provincia di Biella; Cass. pen., Sez. Un., 27 ottobre 2004, n. 1327, Li Calzi; Cass. pen., 25 gennaio 2006, Seye Cheikh Kale; Cass. civ., 30 gennaio 2007, Provincia di Venezia c. Gerolin & Mior s.n.c.; Cass. pen., 18 aprile 2007, n. 16229, P. G.; Cass. pen., 10 aprile 2009, n. 15629, B. A.; Cass. pen., 27 gennaio 2011, n. 7552, D. M. G.

Il commento

di *Davide Bianchi (*)*

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione sono tornate a pronunciarsi su due delicate questioni legate al fenomeno della c.d. "successione impropria". In primo luogo, la Suprema Corte ha affermato che, considerato il principio dell'unitarietà dell'ordinamento e data la concreta probabilità di effetti pregiudizievoli extra-penali, sussiste idoneo interesse dell'imputato (assolto) ad impugnare l'ordine di trasmissione degli atti alla P.A. disposto dal giudice penale. In secondo luogo, la Cassazione riunita ha affermato l'insussistenza di un

Nota:

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

simile obbligo di trasmissione, se non nei casi in cui esso sia espressamente e specificamente previsto dalla legge depenalizzatrice, dovendosi ritenere di regola esclusi dall'ambito d'operatività delle sopravvenute norme sanzionatorie amministrative i "fatti pregressi", che dunque risultano non sanzionabili in alcun modo. Ciò in virtù del principio di legalità-irretroattività dell'illecito punitivo amministrativo e dell'impossibilità di estensione dell'art. 2, comma 4, c.p. oltre i casi di successione tra leggi tutte penali in senso stretto. Sorreggono tale interpretazione "restrittiva", da un lato, il postulato dogmatico della radicale diversità ed eterogeneità del sistema criminale e di quello punitivo amministrativo e, dall'altro lato, una forte aspirazione garantistica, la quale, tuttavia, risulta scarsamente compatibile con tale premessa "visione ordinamentale" e, peraltro, si rivela tutt'altro che incongruente rispetto all'opposta soluzione dell'applicabilità ai fatti pregressi delle sanzioni amministrative "depenalizzate".

Il caso concreto e le questioni di diritto: successione "impropria", interesse ad impugnare, legge applicabile

La decisione che qui si commenta prende le mosse da una fattispecie d'illecito così delineabile: l'importazione a fini di commercializzazione di prodotti esteri recanti fallaci indicazioni di provenienza atte ad ingenerare fraintendimenti del consumatore circa l'origine non italiana del prodotto. Tale fattispecie è caratterizzata da un convulso susseguirsi di qualificazioni giuridico-penali che, partendo dall'originario e "generico" inquadramento codicistico quale tentativo di vendita di prodotti industriali con segni mendaci (combinato disposto dagli artt. 56 e 517 c.p.), è consistito in una progressiva specificazione del tipo e nel progressivo inasprimento delle pene (tappa fondamentale l'art. 4, comma 49, della legge n. 350 del 2003), sino alla parziale inversione di rotta data dalla "degradazione" dell'illecito da criminale ad amministrativo (disposta dall'art. 16, comma 6, del d.l. n. 135 del 2009). Più precisamente, per quanto interessa in questa sede, con la legge finanziaria 2004 (legge n. 350 del 2003 cit.) "emerse", allo scopo di dotare di una specifica tutela penale il cd. "made in Italy", una nuova fattispecie criminosa, in rapporto d'interferenza con il delitto di cui all'art. 517 c.p. e sanzionata con la medesima pena, avente ad oggetto la commercializzazione ovvero l'importazione o l'esportazione a fini di commercializzazione di prodotti riportanti la falsa o fallace indicazione della loro provenienza italiana (1). Con il successivo "decreto salva-infrazioni" (d.l. n. 135 del 2009 cit.) si è provveduto ad una razionalizzazione della materia (2), attuata mediante la scomposizione (e chiarificazione) della suddetta fattispecie: la condotta di "falsa indicazione" (oggettivamente più grave (3)) è stata sanzionata con pene aumentate di un terzo rispetto a quelle previste dall'art. 517 c.p., mentre la condotta di "fallace indicazione" (dalla minore idoneità offensiva (4)) è stata espunta dalla previsione incriminatrice e "ricostruita", nel nuovo comma 49-*bis* dell'art. 4 cit., come illecito punitivo amministravo, sanzionato con la nuova sanzione pecuniaria da euro 10.000 ad euro 250.000 e con la confisca amministrativa obbligatoria dei prodotti "ingannevoli" (salva possibilità di "sanatoria", limitata però alla misura della confisca) (5).

Note:

(1) Più esattamente, il nuovo reato risulta speciale rispetto a quello di vendita di prodotti industriali con segni mendaci quanto alla condotta (sottofattispecie alternativa) di commercializzazione di prodotti con indicazioni false o fallaci, mentre risulta speciale rispetto al delitto tentato *ex* artt. 56 e 517 c.p. quanto alla condotta (sottofattispecie alternativa) di importazione ed esportazione a fini di commercializzazione di prodotti con indicazioni false o fallaci.

(2) Resasi necessaria anche per gli improvvidi interventi "definitori" recati dalle leggi n. 296 del 2006 e n. 99 del 2009. Su questi provvedimenti legislativi e sui problemi da essi ingenerati, v. F. Cingari, *Il contrasto alla contraffazione: evoluzione e limiti dell'intervento penale*, in *Leg. pen.,* 2011, 1064 ss.; A. Madeo, *Lotta alla contraffazione: modifiche agli artt. 473-474 c.p. e nuovi delitti*, in questa *Rivista*, 2010, 10 ss.

(3) Consistente nello «uso di un'indicazione di vendita che presenti il prodotto come interamente realizzato in Italia, quale "100% made in Italy", "100% Italia", "tutto italiano", in qualunque lingua espressa, o altra che sia analogamente idonea ad ingenerare nel consumatore la convinzione della realizzazione interamente in Italia del prodotto, ovvero segni o figure che inducano la medesima fallace convinzione» (art. 16, d.l. n. 135 del 2009).

(4) Consistente nello «uso del marchio, da parte del titolare o del licenziatario, con modalità tali da indurre il consumatore a ritenere che il prodotto o la merce sia di origine italiana ai sensi della normativa europea sull'origine, senza che gli stessi siano accompagnati da indicazioni precise ed evidenti sull'origine o provenienza estera o comunque sufficienti ad evitare qualsiasi fraintendimento del consumatore sull'effettiva origine del prodotto, ovvero senza essere accompagnati da attestazione, resa da parte del titolare o del licenziatario del marchio, circa le informazioni che, a sua cura, verranno rese in fase di commercializzazione sulla effettiva origine estera del prodotto» (art. 16 d.l. n. 135 del 2009).

(5) V. A. Madeo, cit., 19 ss.; A. Giordano, *Made in, un provvedimento ad hoc a misura di contraffazione*, in *www.fiscooggi.it*. Invero, il d.l. n. 135 del 2009 non specifica espressamente che la condotta di "falsa indicazione", già penalmente rilevante (ai sensi dell'art. 4, comma 49, legge n. 350 del 2003) ma dai contorni più vaghi, coincide perfettamente col comportamento da esso precisato (v. nota 3) e sanzionato con pene aggravate, ma tale

(segue)

Una derubricazione che certo risponde ai fondamentali criteri della "meritevolezza di pena" e del "bisogno di pena", ma che è chiaramente improntata ad un rafforzamento della tutela: si è scelto una sanzione pecuniaria elevata e "ineludibile", e le si è affiancata la temibile sanzione della confisca (obbligatoria, salvo "ravvedimento"), in sostituzione di una pena - incentrata sulla "detenzione breve" - destinata ad esser sospesa o "commutata" (6) nella quasi totalità dei casi. Rafforzamento, peraltro, pienamente coerente con il percorso di "calibramento" e d'inasprimento sanzionatorio intrapreso dalla legge n. 350 del 2003 e conchiuso per l'appunto dal d.l. n. 135 del 2009 (*iter* legislativo non dissimile da quello avutosi in materia di circolazione stradale). Può dirsi che nella modifica le ragioni dell'efficacia abbiano prevalso su - nel senso che abbiano avuto un peso maggiore di - quelle della garanzia: l'opzione amministrativistica non è stata dettata tanto da una riconsiderazione (*in mitius*) del disvalore sociale del fatto, quanto piuttosto da esigenze di riordino della disciplina e di puntualità ed effettività della risposta sanzionatoria (7).

Venendo alla vicenda giudiziaria, il Tribunale di Genova aveva affermato - invero con formula non proprio perspicua - la responsabilità dell'imputato «in ordine al delitto tentato di vendita di prodotti industriali con segni mendaci di cui agli artt. 56 e 517 cod. pen., in relazione all'art. 4 della legge 24 dicembre 2003, n. 350»; mentre l'adita Corte territoriale, rilevando come il fatto, pur commesso (in data 26 gennaio 2006) sotto l'impero della legge penale, fosse riconducibile alla fattispecie sanzionatoria amministrativa successivamente introdotta dal comma 49-*bis* aggiunto all'art. 4 cit. dal decreto salva-infrazioni, ha ritenuto applicabile quest'ultima, «perché più favorevole *ex* art. 2, comma quarto, cod. pen.", assolvendo pertanto l'imputato con la formula "perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato" ed ordinando, al contempo, la trasmissione degli atti all'autorità doganale per l'ulteriore corso in via amministrativa.

Avverso tale ultima sentenza ha proposto ricorso per cassazione il difensore dell'imputato, eccependo - tra gli altri motivi di ricorso - la «violazione del principio generale d'irretroattività delle sanzioni amministrative dettato dall'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689», e chiedendo, conseguentemente, la declaratoria di nullità della sentenza impugnata nel capo con cui aveva disposto la trasmissione degli atti all'autorità amministrativa. La terza sezione penale della Corte di cassazione, evidenziando preliminarmente che il fatto contestato, originariamente disciplinato dall'art. 4, comma 49, della legge n. 350 del 2003, corrisponde attualmente all'illecito punitivo amministrativo di cui all'art. 4, comma 49-*bis*, legge cit., e che né nel decreto legge introduttivo di quest'ultimo né nella legge di conversione (legge n. 166 del 2009) sono contenute apposite norme transitorie, ha rilevato l'esistenza di un duplice contrasto giurisprudenziale vertente: «da un lato, sulla questione della sussistenza o meno dell'interesse a ricorrere dell'imputato contro il capo della sentenza che, pur adottando pronuncia assolutoria per non essere più il fatto previsto dalla legge come reato, ordini la trasmissione degli atti all'autorità amministrativa competente per l'irrogazione della sanzione amministrativa prevista a seguito della depenalizzazione dell'illecito; dall'altro, sulla connessa questione relativa alla sussistenza o meno di un obbligo per il giudice, che accerti l'intervenuta depenalizzazione del fatto di reato per essere stato il medesimo trasformato in illecito amministrativo, di disporre la trasmissione degli atti all'autorità competente per l'irrogazione della sanzione amministrativa prevista a seguito della depenalizzazione» (8). A fronte di tali contrasti, interni alla stessa Corte regolatrice, il Collegio della terza sezione ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618 c.p.p.

Il comune presupposto delle due questioni rimesse alla Cassazione riunita è il fenomeno successorio - tipico dei casi di depenalizzazione (9) e denominato da autorevole dottrina "successione impropria" (10) - che vede la norma incriminatrice abrogata (in tutto, o in parte, come nel caso di specie) da una so-

Note:

(continua nota 5)

"sovrapposizione" pare una conseguenza necessaria della sostituzione della vecchia fattispecie, comprensiva tanto della sottofattispecie di falsa indicazione che di quella di fallace indicazione, con le due fattispecie ora descritte, quella penale "aggravata" e quella amministrativa, di cui la seconda è integrata dalla condotta di "fallace indicazione" per espresso dettato legislativo.

(6) In virtù dell'applicazione delle sanzioni sostitutive oppure dell'affidamento in prova ai servizi sociali o di qualche altra misura alternativa.

(7) Sui criteri di scelta tra le sanzioni punitive di diritto pubblico, v., per tutti, E. Dolcini, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 589 ss.; F. Giunta, voce *Depenalizzazione*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1986, 207 ss.; C. E. Paliero, voce *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, III, 1990, 429 ss.

(8) Cfr. par. 4 del "ritenuto in fatto" della sentenza in commento.

(9) Intendendosi per essa l'estromissione d'una determinata fattispecie dal novero dei reati e la sua contemporanea qualificazione come illecito punitivo amministrativo.

(10) V. T. Padovani, *Tipicità e successione di leggi penali*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1982, 1383.

pravvenuta norma sanzionatoria amministrativa che (in tutto, o in parte) ne riproduce il contenuto precettivo, la fattispecie, associandovi però una conseguenza sanzionatoria (od anche più) di carattere amministrativo incompatibile con il previgente trattamento sanzionatorio criminale. In assenza di espressa normativa che regoli la sorte dei "fatti pregressi", ossia dei fatti commessi quando ancora rivestivano rilevanza penalistica ed ora rientranti nella previsione sanzionatoria amministrativa, si pone il problema di individuare la disciplina ad essi applicabile: essenzialmente, dato il pacifico divieto di ultrattività dell'abrogata norma incriminatrice (art. 2, comma 2, c.p.), la generale "norma di liceità", con esclusione di qualsiasi conseguenza sanzionatoria, oppure la sopravvenuta e attualmente vigente norma punitiva amministrativa. Su tale base s'innesta la duplice problematica, processuale e sostanziale, sopra delineata.

Lo scioglimento del nodo processuale in una prospettiva "sostanzialistica" e "unitarista"

I termini essenziali della questione processuale sottoposta al Supremo Collegio sono costituiti: da un lato, dall'"oggetto dell'impugnazione" della cui ammissibilità si discute, ossia l'ordine di trasmissione degli atti all'autorità amministrativa, la sua portata, i suoi effetti; dall'altro lato, dallo stesso "interesse ad impugnare", o meglio la sua definizione concettuale, i requisiti la cui soddisfazione si ritiene necessaria per superare il vaglio imposto dall'art. 568, comma 4, c.p.p.
Quanto al primo di tali termini essenziali, vi è una sostanziale convergenza degli opposti orientamenti che la Cassazione riunita è stata chiamata a ricomporre: se è vero che il potere sanzionatorio amministrativo non è giuridicamente condizionato (dipendente) dalla decisione del giudice penale di invio degli atti, né per quanto riguarda l'attivazione del procedimento amministrativo (che ben potrebbe essere attivato in perfetta autonomia dall'autorità amministrativa) né per quanto riguarda l'esito di questo (che ben potrebbe essere antitetico alla "delibazione sommaria" fatta dal giudice penale al momento di decidere la trasmissione o meno degli atti), è altrettanto vero che, vigendo l'"obbligatorietà dell'azione sanzionatoria amministrativa" (artt. 14, 17 e 18, legge n. 689 del 1981) (11), la trasmissione degli atti da parte dell'organo giurisdizionale penale comporta l'avvio dell'accertamento, da parte del competente organo amministrativo, circa la configurabilità di una violazione amministrativa nel fatto depenalizzato, concretizzandosi così la possibilità di applicazione delle nuove sanzioni amministrative. Possibilità che è "irrobustita", tanto da poter forse assurgere a "probabilità qualificata", proprio dal fatto che l'invio degli atti è oggetto di precisa statuizione contenuta in una sentenza penale ed è quindi il frutto di un giudizio - pur sommario e incidentale - di applicabilità (12) di dette sanzioni amministrative effettuato dal giudice penale; bisogna comunque sottolineare che l'effetto ora descritto attiene al piano puramente fattuale, non avendo certo valore di "cosa giudicata" tale delibazione del magistrato penale, né potendo vantare un qualsiasi altro effetto giuridico interessante il procedimento amministrativo che non sia quello - già visto - di determinare la sua attivazione (effetto peraltro discendente dalla stessa trasmissione degli atti e non direttamente dal giudizio d'applicabilità delle sanzioni amministrative che ne è il presupposto).
Data questa base tutto sommato comune relativamente all'"oggetto dell'impugnazione", le divergenze si manifestano in ordine al secondo e fondamentale termine del problema: il riconoscimento dei caratteri essenziali dell'interesse ad impugnare. E proprio il confronto con il primo termine della questione - la trasmissione degli atti e la sua efficacia - "fa deflagrare" tali divergenze, facendole emergere con nettezza e determinando appunto l'antitesi nella soluzione della questione (inammissibilità del ricorso in un caso, ammissibilità nell'altro).
Posto che per entrambi i filoni giurisprudenziali (13), in accordo con l'unanime dottrina (14), l'inte-

Note:

(11) Nel senso che, ove pervenga la *notia illiciti* all'organo dotato della potestà sanzionatoria, questo deve attivare il procedimento volto all'accertamento dell'illecito e all'irrogazione delle sanzioni, non godendo in proposito di nessun potere discrezionale. L'espressione è ripresa da M. A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli, 1983, 196; v. anche C. E. Paliero - A. Travi, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. Dir.*, XLI, 1989, 382.

(12) Giudizio d'applicabilità che - è bene ribadirlo - comunque non equivale ad accertamento dell'esistenza di tutti i presupposti per l'applicazione delle sanzioni amministrative, consistendo esso nella mera, implicita ammissione della possibilità che tali presupposti siano riscontrati nel successivo procedimento amministrativo. In ciò condivisibili le osservazioni di Cass., Sez. III, 20 marzo 2001, Bondi, n. 16101, in *www.dejure.it*.

(13) La cui ricostruzione è compiuta nel par. 6 del "ritenuto in fatto" e soprattutto nei parr. 4 e 5 del "considerato in diritto" della sentenza della Cassazione riunita. Peraltro, da tale ricostruzione l'orientamento "restrittivo" (non condiviso dal Supremo Collegio) pare emergere più consolidato di quanto non sia in realtà: si veda l'accurata analisi compiuta da G. Romeo, *Le Sezioni Unite sulla successione tra reato e illecito amministrativo*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*.

(14) V., per tutti, A. Nappi, *Guida al Codice di Procedura Penale*, Milano, 2007, 895; D. Siracusano-A. Galati-G. Tranchina-E. Zap-

(segue)

resse di cui all'art. 568 c.p.p. presenta i connotati - "impliciti", in quanto inespressi dalla disposizione codicistica ma ricavati dal sistema e dalla *ratio* della norma - della obiettività, della giuridicità, della concretezza e dell'attualità, molto diverso risulta l'effettivo "campo di significato" attribuito a ciascuno di questi. In estrema sintesi, ad una lettura "restrittiva" se ne contrappone una "estensiva".

Secondo la prima, l'interesse può dirsi concreto ed attuale solamente quando l'impugnazione miri a rimuovere un atto da cui deriva direttamente ed immediatamente un pregiudizio - esso stesso attuale - per il legittimato all'impugnazione; mentre l'obiettività e giuridicità richieste dal codice di rito sarebbero integrate solamente qualora detto pregiudizio assuma i caratteri della "penalità", consistendo in definitiva nell'applicazione al soggetto impugnante - ci si riferisce ovviamente al solo imputato (15) - di una sanzione di natura penale o nel peggioramento del suo trattamento sanzionatorio o comunque del suo *status* penalistico (16). Conseguentemente, viene negata la sussistenza d'idoneo interesse ad impugnare l'ordine di trasmissione degli atti all'autorità amministrativa emanato dal giudice penale contestualmente all'assoluzione dell'imputato per non esser più il fatto previsto come reato, non comportando esso nessuno svantaggio per l'assolto nell'ambito del penalmente rilevante, ambito rispetto al quale è stata sancita la sua estraneità (17).

Per il secondo indirizzo, invece, l'interesse è concreto ed attuale già nel momento in cui si profila l'apprezzabile possibilità che dal provvedimento oggetto d'impugnazione discendano, anche del tutto indirettamente, ovvero solo in seguito all'intervento "discrezionale" (18) di altri soggetti, delle conseguenze pregiudizievoli - le quali dunque possono essere di per sé potenziali (19) - per l'impugnante, le quali peraltro, se necessariamente debbono incidere sulla sfera giuridica di questo (pena la mancata soddisfazione del requisito della giuridicità), non necessariamente debbono presentare carattere "penalistico", potendo benissimo avere rilievo meramente extra-penale (20). Viene quindi riconosciuta la piena ammissibilità d'una impugnazione volta all'annullamento della parte della sentenza penale assolutoria che incorpora l'ordine di trasmissione degli atti all'autorità amministrativa, poiché l'accoglimento del gravame assicura all'impugnante il positivo risultato «giuridico pratico» d'evitare il rischio d'incorrere in conseguenze extra-penali sfavorevoli.

Quest'ultima interpretazione è stata accolta *in toto* dalle Sezioni Unite, che hanno affermato il principio di diritto secondo il quale: «Nell'ipotesi di assoluzione perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato sussiste l'interesse dell'imputato, *ex* art. 568, comma 4, cod. proc. pen., ad impugnare con ricorso per cassazione la statuizione concernente l'ordine di trasmissione all'autorità amministrativa per l'applicazione delle sanzioni previste per l'illecito depenalizzato» (21).

Soluzione condivisibile, che ad una visione formalistica e settoriale delle norme e dell'ordinamento complessivo contrappone e preferisce un'ermeneutica - per usare le parole della Corte - «sostanzialmente utilitaristica» degli istituti giuridici, che, nella consapevolezza dell'organicità e unitarietà dell'ordi-

Note:

(continua nota 14)

palà, *Diritto processuale penale*, Milano, 2011, 479 ss.; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2011, 829 s.; M. Gialuz, *Art. 568*, in AA.VV. (a cura di Giarda-Spangher), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2010, 7010 ss.

(15) Non interessa in questa sede andare ad esaminare l'interesse all'impugnazione dell'indagato, delle altre parti private o del pubblico ministero.

(16) Salva ovviamente la possibilità d'impugnare le "statuizioni civili", comunque contenute nella stessa sentenza penale in quanto "stimolate" dall'esercizio dell'azione civile nel processo penale ed espressione del relativo potere giurisdizionale civilistico eccezionalmente conferito al giudice penale.

(17) Cfr., oltre alle pronunce citate nella sentenza che si annota, Cass., Sez. V, 9 novembre 2006, n. 39903, G. A., in *www.dejure.it.*

(18) Discrezionalità comunque di carattere "giurisdizionale", pur spettando ad un organo amministrativo. V. C. E. Paliero-A. Travi, *op. cit., loc. cit.* e 369 s.

(19) Tale "potenzialità" del pregiudizio pare non conciliarsi con l'affermazione (ripetuta dalla presente sentenza al par. 5 del "considerato in diritto", ma condivisa da tutta la giurisprudenza sulla materia) per cui «l'interesse dev'essere correlato […] agli *effetti primari e diretti* del provvedimento da impugnare»; si consideri tuttavia che l'atto impugnato nel caso di specie è esattamente l'ordine di trasmissione all'autorità accertatrice, la cui conseguenza necessaria è l'attivazione del procedimento sanzionatorio amministrativo, il quale ha come "effetto" non certo ma nemmeno atipico o eccezionale (anzi, del tutto probabile e prevedibile) l'applicazione della sanzione depenalizzata. In ciò, questo filone della giurisprudenza penale in tema d'interesse all'impugnazione pare riecheggiare la dominante giurisprudenza civile in tema di risarcimento del danno, secondo la quale quest'ultimo può ritenersi "conseguenza immediata e diretta" del fatto illecito quando rientra tra gli "effetti normali ed ordinari" della condotta antigiuridica, la quale quindi non deve necessariamente porsi quale immediato antecedente causale dell'evento lesivo (v., *ex plurimis*, Cass. civ., 11 febbraio 2009, n. 3357).

(20) Non ristretto alle "questioni civili" poste dalla proposizione dell'azione civile nella sede penale. Su questa linea, seppur in riferimento ad ipotesi differenti da quella dell'invio degli atti alla Pubblica Amministrazione, troviamo un foltissimo "schieramento" di pronunce di legittimità: *ex multis*, Cass., Sez. Un., 23 novembre 1995, Fachini, in *Cass. pen.,* 1996, p. 2131 ss.; Cass., Sez. III, 22 maggio 2000, Grova, in *Ced Cass.,* 216573; Cass., Sez. VI, 6 febbraio 2003, Valle, *ivi*, 227194.

(21) V. par. 5 del "considerato in diritto" del pronunciamento delle Sezioni Unite.

namento (22), guarda al «complesso delle conseguenze vantaggiose che possono derivare dal giudizio d'impugnazione», tenendo pur sempre fermo il vincolo della giuridicità ed obiettività del vantaggio perseguito (della posizione salvaguardata) tramite l'esperimento del gravame.

La soluzione della questione sostanziale: la tesi della "non sanzionabilità secca" ed i suoi "postulati ordinamentali"

La seconda questione rimessa alle Sezioni Unite concerne la sussistenza o meno dell'obbligo per il giudice penale di trasmettere gli atti all'autorità amministrativa qualora accerti che il fatto di reato contestato è stato depenalizzato successivamente alla sua commissione e non è stata disposta nessuna specifica norma transitoria. Come sopra accennato, la soluzione della questione dipende strettamente dall'inquadramento che si ritiene di dare al fenomeno della "successione impropria": è evidente che se si scorge una "naturale" continuità tra il vecchio illecito penale e il nuovo illecito amministrativo si giungerà piuttosto agevolmente ad affermare l'applicabilità retroattiva di quest'ultimo e, dunque, l'esistenza dell'obbligo di trasmissione degli atti all'autorità accertatrice; al contrario, se nella depenalizzazione si vede l'avvicendarsi di illeciti perfettamente autonomi ed eterogenei si tenderà ad affermare l'"irrilevanza amministrativistica" dei "fatti pregressi" e, dunque, l'insussistenza dell'obbligo di trasmissione (23). Così impostato il problema, riesce piuttosto facile l'individuazione del suo "apparato radicale": i rapporti tra la branca penale e quella sanzionatoria amministrativa, la visione complessiva del "diritto punitivo" e, più in generale, dell'ordinamento giuridico. è chiaro, infatti, che se si valorizzano i tratti comuni ai due tipi di illecito e si riconosce la possibilità di ricondurli ad un (più o meno) unitario "sistema punitivo", si scorgerà nella depenalizzazione una vicenda successoria sostanzialmente "modificativa", con conseguente apertura all'applicabilità delle nuove sanzioni amministrative a prescindere da specifiche disposizioni di legge; se invece si ricostruiscono i rapporti tra sistema penale e sistema punitivo amministrativo in termini di assoluta autonomia reciproca e si nega l'esistenza d'un "sovrasistema" punitivo che li riunisce e connette, si leggerà la "successione impropria" come il mero susseguirsi nel tempo di illeciti che niente hanno a che vedere l'uno con l'altro, con conseguente impossibilità di ravvisare un obbligo di invio degli atti all'autorità accertatrice.

Questa sequenza logica non è esplicitata in tutti i suoi passaggi dalla Suprema Corte ma quest'ultima dimostra di esserne ben consapevole: come prima argomentazione a sostegno della tesi da essa accolta pone proprio una precisa ricostruzione dei rapporti tra i due sistemi sanzionatori, la quale viene poi riutilizzata per dare una determinata interpretazione del fenomeno della successione impropria posta a suggello e chiusura del proprio ragionamento.

Andando con ordine, le Sezioni Unite, dopo aver ripercorso i due filoni giurisprudenziali contrapposti - invero in maniera alquanto "parziale", nel senso che lo spazio dato all'orientamento poi respinto non appare congruo alla sua effettiva importanza (per diffusione ed articolazione argomentativa) né all'approfondimento dedicato all'altro orientamento (quello poi confermato) (24) - fissano il seguente principio di diritto: «Nel caso in cui l'autorità giudiziaria pronunzi sentenza assolutoria perché il fatto non è più previsto dalla legge come reato non ha l'obbligo di rimettere gli atti all'autorità amministrativa competente a sanzionare l'illecito amministrativo allorquando la normativa depenalizzatrice non contenga norme transitorie analoghe a quelle di cui agli artt. 40 e 41 della legge n. 689 del 1981, la cui operatività è limitata agli illeciti da essa depenalizzati e non riguarda gli altri casi di depenalizzazione» (25).

Dopodiché dichiarano la loro piena adesione alle ar-

Note:

(22) Consapevolezza che emerge chiaramente dal par. 4.2 del "considerato in diritto" della pronuncia in commento.

(23) Peraltro in giurisprudenza si è negato che l'insussistenza dell'obbligo comporti anche il divieto di trasmissione degli atti alla Pubblica Amministrazione, residuando pertanto una facoltà in tal senso in capo all'autorità giudiziaria penale: v. Cass., Sez. III, 20 marzo 2001, Bondi, cit.; *contra*, Cass., Sez. V, 5 marzo 2004, De Mattei, in *www.dejure.it*.

(24) Cfr. par. 6 del "considerato in diritto". Stupisce anzitutto l'elusione completa del confronto con la copiosa ed elaborata giurisprudenza delle Sezioni civili della Corte di cassazione, alle quali tuttavia "spetta l'ultima parola", dato che l'autorità accertatrice amministrativa (che non è formalmente vincolata alla sentenza penale) potrebbe sanzionare i "fatti pregressi" nonostante l'omessa trasmissione degli atti da parte del giudice penale e l'organo giurisdizionale deputato a giudicare il provvedimento sanzionatorio amministrativo (sull'opposizione dell'interessato) è il giudice civile. Lascia inoltre non poco perplessi la lacunosità della ricostruzione della giurisprudenza penale schierata nel senso della "continuità normativa": non solo è stata misconosciuta la sua "ampiezza", la sua persistenza in sede di legittimità e il suo "successo" presso i giudici di merito, ma è stata anche "oscurata" buona parte del suo apparato argomentativo, in primo luogo obliterando la "sentenza-pilota" di tale orientamento, Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 1993, n. 2512, Di Corato, reperibile in *Cass. pen.,* 1994, 1630 ss. Quest'ultima "omissione" può forse trovare spiegazione nel fatto che le argomentazioni espresse in tale pronuncia sono state "affrontate" da Cass., Sez. Un., 16 marzo 1994, n. 7394, Mazza, in *Cass. pen.,* 1994, 2659 ss., alla quale l'odierna sentenza si rifà ampiamente.

(25) V. par. 7 del "considerato in diritto".

gomentazioni sviluppate nel fondamentale precedente costituito dalla sentenza "Mazza" (26), tenendo a ribadire anzitutto che «vi è piena autonomia dei connotati e dei principi delle violazioni amministrative rispetto a quelle penali, sicché […] il principio di cui all'art. 2, quarto comma, cod. pen. (retroattività della legge più favorevole al reo), in particolare, [...] non è estensibile alla disciplina della "successione" dell'illecito amministrativo rispetto all'illecito penale» (27).

In secondo battuta, le Sezioni Unite, sempre sulla scorta della pregressa giurisprudenza "frazionista", compiono un'analisi "infrasistematica" delle disposizioni intertemporali stabilite da quello che a ragione è stato definito il "codice dell'illecito punito con sanzione amministrativa" (28): l'art. 1 e gli artt. 40 e 41 della legge n. 689 del 1981. In particolare, è stato sottolineato come, da un lato, l'art. 1 statuisca il principio d'irretroattività dell'illecito amministrativo e lo ponga come "assoluto" (ossia valido tanto per le norme sfavorevoli che per quelle *pro reo*) e, dall'altro lato e correlativamente, come questo possa esser derogato esclusivamente da norme legislative espresse, che avranno necessariamente carattere eccezionale, quali sono appunto quelle contenute negli artt. 40 e 41 (che in ordine alle depenalizzazioni disposte dalla stessa legge n. 689 del 1981 stabiliscono l'applicazione retroattiva delle sanzioni amministrative ai fatti integranti illeciti penali "degradati" dopo la loro concretizzazione). Nello svolgimento di tale analisi la Cassazione riunita ha cura di precisare non solo che l'interpretazione da essa abbracciata trova conforto nei lavori preparatori della legge n. 689 del 1981, ma soprattutto che la regola della irretroattività amministrativa, pur «estrane[a] alla costituzionalizzazione», soddisfa «esigenze di fondo della regolamentazione dei rapporti tra autorità dello Stato e libertà del cittadino», garantendo a quest'ultimo di non «trovarsi esposto a sanzioni amministrative […] per atti o fatti compiuti quando, non essendovi ancora una legge che tali sanzioni prevedesse, non avesse avuto la possibilità di autodeterminarsi responsabilmente in riferimento ad esse», per cui, in assenza di specifiche norme transitorie derogatorie di tale principio, è del tutto ragionevole preservare gli autori dei "fatti pregressi" dalle misure sanzionatorie introdotte dalla normativa depenalizzatrice (29).

Infine, forte delle suddette acquisizioni e - circolarmente - a corroboramento di queste, la Corte chiude il discorso affermando che ogni depenalizzazione corrisponde ad «una diversa valutazione del disvalore sociale del fatto» che comporta, assieme al disconoscimento della rilevanza penale della fattispecie, «la introduzione *ex novo* dell'illecito amministrativo», il che «implica soluzione di continuità nella risposta sanzionatoria» ed impedisce qualsiasi 'automatica' retroazione delle sopravvenute sanzioni amministrative (oltre ad imporre la "ragionevolezza" delle disposizioni che specificamente la prevedano) (30).

Siffatta risoluzione di questo secondo nodo "sostanziale" - sul presupposto dell'accoglimento della tesi della "non sanzionabilità secca" dei "fatti pregressi" (né con sanzione penale né con sanzione amministrativa) - vanta il sostegno d'una tradizione consolidata (31), è saldamente ancorata al dettato legislativo e, per quanto sopra esposto, può dirsi dotata d'un significativo apparato argomentativo; tuttavia balza alla vista una certa "incongruenza" rispetto alla soluzione e alle relative motivazioni adottate per la prima questione "processuale": nella seconda parte della pronuncia, a differenza che nella prima, non solo viene esaltata la lettera della legge e preferita un'interpretazione restrittiva che limita fortemente il funzionamento di importanti istituti (le "norme di conflitto" offerte dal codice penale e dal "codice punitivo-amministrativo"), ma soprattutto ciò viene basato su una "visione ordinamentale" piuttosto "angusta", statica e settoriale, che pare obliterare le analogie, i collegamenti, le intersezioni tra i vari rami del diritto.

Note:

(26) Cass., Sez. Un., 16 marzo 1994, n. 7394, cit. Per un commento di tale importante arresto, si veda E. Aghina, *La disciplina transitoria e le norme finali*, in AA.VV., *Depenalizzazione e nuova disciplina dell'illecito amministrativo*, a cura di G. Lattanzi-E. Lupo, Milano, 2001, 319 ss.; A. Albano, *Nuovo codice della strada, depenalizzazione e diritto transitorio*, in *Cass. pen.,* 1995, 1807 ss.; nonché, volendo, D. Bianchi, *Successione "impropria" di norme nell'ultima riforma del codice stradale*, in questa *Rivista*, 869 ss.

(27) V. par. 7 lett. a) del "considerato in diritto". La "teoria della diversità" aveva un ruolo centrale già nella "storica" sentenza "Mazza": v. Cass., Sez. Un., 16 marzo 1994, n. 7394, cit., par. 9.II.

(28) Così C. E. Paliero-A. Travi, cit., 355.

(29) V. ancora par. 7 lett. a) del "considerato in diritto" e lett. b) del medesimo paragrafo.

(30) V. par. 7 lett. b) del "considerato in diritto".

(31) Cfr. le numerose sentenze riportate nella pronuncia annotata, nonché Relazione n. III/08/10 dell'Ufficio del Massimario della Cassazione, dedicata alla legge di riforma del C.S. n. 120 del 2010 (reperibile in *www.dirittoeprocesso.com*); ma tale orientamento è diffusamente e autorevolmente sostenuto anche in dottrina: v., per tutti, E. Aghina, *loc. cit.*; G. A. De Francesco, *Diritto penale, i fondamenti*, Torino, 2008, 135; T. Padovani, cit., 1381 ss.; C. E. Paliero-A. Travi, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988, 174 ss.; di recente, R. Dies, *I primi interventi della giurisprudenza sulla riforma della guida in stato di ebbrezza e problemi di diritto transitorio*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 7 ss.; M. Gambardella, *L'abrogazione della norma incriminatrice*, Napoli, 2008, 150 ss. Esprime adesione alla soluzione riaffermata nell'odierna sentenza anche il suo primo commentatore: v. G. Romeo, cit.

Eppure non manca il filo rosso che lega i due principi di diritto affermati nella sentenza in commento e le annesse parti motive: l'esigenza di garanzia. Come la volontà e necessità di non privare l'imputato di uno strumento processuale - l'impugnazione - utile a tutelare la propria posizione giuridica "minacciata" dal provvedimento giurisdizionale ha animato, seppur nelle retrovie, o meglio "nel profondo", il riconoscimento dell'interesse ad impugnare in capo all'assolto nei confronti del quale è disposta la trasmissione degli atti all'autorità amministrativa; così il bisogno di scongiurare i "soprusi del Leviatano", e quindi di salvaguardare la basilare libertà d'autodeterminazione dei consociati, puntellando lo Stato di diritto repubblicano, democratico e personalista, ha portato ad espandere il più possibile il principio d'irretroattività nell'ambito del "punitivo", bisogno stavolta nitidamente emergente, essendo stato ben manifestato in due snodi fondamentali della pronuncia (32).

I punti deboli e i "lati oscuri" della soluzione prescelta

Per quanto visto, il "castello argomentativo" eretto dalla Corte - utilizzando sapientemente il "materiale da costruzione" fornito dalla precedente elaborazione giurisprudenziale - si mostra *firmus*, *utilis et mirabilis*, sia da un punto di vista per così dire "tecnico-giuridico" sia per l'istanza - per così dire "giuridico-assiologica" - di garanzia su cui è stato incentrato. Ma già ad un primo "sopralluogo" l'edificio concettuale appalesa qualche segno di possibile cedimento: oltre il "fronte", si rinviene una struttura "molto datata" e "poco funzionale", nonché largamente indipendente, se non del tutto scollegata, da quel "pilastro centrale giuridico-assiologico" che dovrebbe invece conferire solidità ed armonia al tutto.
Uscendo di metafora e procedendo per gradi, bisogna innanzitutto porre attenzione all'acquisizione fondamentale secondo cui «tutti gli illeciti amministrativi […] sono dotati di "piena autonomia normativa" rispetto agli illeciti penali», appartenendo essi ad "universi sanzionatori" perfettamente autonomi e distinti, sostanzialmente "non comunicanti". Anche senza "dichiarare guerra" alla "teoria della diversità" (33), si può dissentire dalla perentorietà e "intransigenza" con cui il Supremo Collegio ha fatto sua tale impostazione dogmatica e l'ha impiegata nella soluzione della questione sottopostagli: il fossato scavato dalla Corte tra l'illecito punitivo amministrativo ed il reato è tanto profondo da creare non solo vistose frizioni con la realtà normativa positiva ma anche aporie interne al suo stesso argomentare e, quel che più conta, rischia di "isolare" ed "isterilire" la basilare prospettiva garantista in cui questo trova il suo "principio vitale", facendolo entrare in collisione con le più recenti evoluzioni della giurisprudenza costituzionale ed europea.
Infatti, in primo luogo, simile "professione di fede" nel "dogma della diversità", tanto lapidaria, secca, "assoluta", sembra misconoscere - e nei fatti misconosce, anche considerate le conseguenze tratte - la fisionomia, la genesi, l'evoluzione dell'ordinamento punitivo-amministrativo: è inconfutabile che, al momento di dare a quest'ultimo una disciplina organica a carattere generale (con la legge n. 689 del 1981), un codice nella sostanza, il legislatore abbia scelto di ispirarla al diritto penale, mutuandone principi (su tutti, legalità e colpevolezza), struttura dell'illecito, esimenti, istituti regolatori del concorso di persone e di illeciti, criteri commisurativi della sanzione (34). E tale scelta è stata confermata nel corso dei decenni, come testimonia limpidamente la riforma del settore punitivo-amministrativo tributario del '97 (d.lgs. n. 472 del 1997) ed anche - stando alla qualificazione amministrativistica datane dal legislatore e da buona parte della giurisprudenza - il rivoluzionario "micro-codice" della responsabilità da reato degli enti (d.lgs. n. 231 del 2001), entrambi decisamente informati al modello penalistico (35);

Note:

(32) Non solo, come detto, nella parte centrale in cui viene analizzata la disciplina intertemporale amministrativa, ma anche nella chiosa finale in cui si tratta specificamente della "consistenza normativa" della successione impropria.

(33) Che nelle sue linee essenziali è condivisa dalla dottrina dominante e qui non si vuol certo osteggiare in modo estremistico, essendo indiscutibile che illecito criminale ed illecito amministrativo punitivo non sono perfettamente sovrapponibili, omogenei ed interscambiabili, come verrà ribadito e chiarito nel corso di questo paragrafo.

(34) Questa forte similarità non è posta in discussione da nessuno: inequivocabile la disciplina approntata dalla legge fondamentale n. 689 del 1981, che plasma, in via generale, la sanzione amministrativa come misura afflittiva funzionale alla prevenzione (artt. 7-8-*bis* e 10-11) e, conseguentemente, l'illecito amministrativo come fatto tipico, antigiuridico e colpevole (artt. 2-5), regolando il concorso tra norme sanzionatorie penali e amministrative mediante il criterio "intrasistematico" della specialità (art. 9); v., tra i molti, E. Dolcini, cit., 593 ss.; F. Giunta, cit., 216 ss.; S. Cardin, *Principi generali dell'illecito amministrativo*, Padova, 2005, 2 ss., in particolare 3 s. e 10 ss.; C. E. Paliero, cit., 438 s.; C. E. Paliero-A. Travi, *La sanzione amministrativa,* cit., 71 ss., in particolare 187 ss.; e, nella manualistica penalistica, G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2009, 864 ss.; F. Palazzo, *Corso di diritto penale*, 3ª ed., Torino, 2008, 5 e 50 s.; F. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, 937 ss.; in quella amministrativistica, E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2010, 363.

(35) Cfr., per il settore tributario, G. Bellagamba-G. Cariti, *Il sistema delle sanzioni tributarie: i reati tributari, le sanzioni amministrative tributarie*, Milano, 2011, 347 ss., in particolare 349 s.; per quello della responsabilità corporativa da reato, G. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, 2008, 9 ss. e 305 ss.

più "in piccolo" ma molto significativamente, ulteriore conferma è data dall'introduzione nella stessa legge n. 689 del 1981 degli istituti tipicamente penalistici della "reiterazione" (una forma di recidiva (36)) e della continuazione (37). Una scelta di "assimilazione penalistica" che - consapevolmente (38) - consegue dal duplice fondamentale dato giuridico della omogeneità funzionale dell'illecito penale e di quello amministrativo e della comune natura afflittiva delle relative sanzioni: il fatto che tanto il diritto criminale quanto quello punitivo amministrativo siano finalizzati alla tutela dei beni giuridici mediante prevenzione, generale e speciale, realizzata tramite l'impiego di "pen[e] in senso tecnico", ovvero di sanzioni dal contenuto afflittivo, severamente limitative dei diritti del sanzionato, richiede "meccanismi di funzionamento", da un lato, e garanzie, dall'altro, almeno in una certa misura analoghi e sovrapponibili.

Questa esigenza d'assimilazione è stata da tempo messa a fuoco anche dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, la quale, com'è noto, nel corso degli anni ha elaborato una nozione di "materia penale" autonoma dalle "etichettature" statali, al fine di valutare il rispetto dei vincoli garantistici sanciti dalla C.E.D.U. riguardo a tutte le normative che, indipendentemente appunto dalla qualificazione formalmente adottata dal legislatore nazionale, disciplinano sanzioni funzionalmente repressive e significativamente incisive dei diritti e delle libertà del condannato (39).

Dopo lunghi anni "d'oblio", anche la nostra Corte Costituzionale ha (ri)adottato l'impostazione "sostanzialistica" propria della giurisprudenza convenzionale, riconoscendo, prima in relazione alle sole sanzioni amministrative interdittive (40) e poi in relazione a «tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo», la inderogabilità dei principi di legalità e colpevolezza vigenti per il diritto penale in senso stretto, sottolineando in particolare l'intangibilità del divieto di retroattività *in peius* (41).

Tutto questo non vuol dire che il settore punitivo amministrativo è un doppione o una *species* di quello criminale, con estensione al primo di tutti i principi - sovraordinati e non - del secondo ed un'apertura indiscriminata all'analogia, ma impone di non accantonare gli innegabili e nevralgici profili di forte similarità e le imprescindibili esigenze di funzionalità e di garanzia che essi traggono con sé, i quali, se certo non possono giustificare una "riduzione" di tutto il "punitivo" al "penale" (42), possono - forse debbono - fondare una ricomposizione delle varie ramificazioni del "punitivo" in un unico sovrasistema retto da principi comuni e dotato di "chiavi di lettura" comuni (43). Non pare ad esempio possibi-

Note:

(36) Infraquinquennale e specifica: v. art. 8-*bis*, inserito dall'art. 94 del d.lgs. 30 dicembre 1999, n. 507.

(37) Seppur ristretta alle violazioni in materia di previdenza e assistenza obbligatorie: v. comma 2 dell'art. 8, aggiunto dall'art. 1-*sexies* del d.l. 2 dicembre 1985, n. 688, convertito con modificazioni dalla legge 31 Gennaio 1986, n. 11.

(38) Basta una veloce scorsa dei lavori preparatori dei fondamentali provvedimenti legislativi menzionati. Cfr. E. Dolcini, cit., 594 s.; nonché gli Autori citati alla nota 29.

(39) Fin dal 1976 (v. C. eur. dir. umani, 8 giugno 1976, Engel c. Olanda, in *www.coe.int.*) i giudici di Strasburgo hanno ricostruito i concetti di "materia penale" e di "reato", di cui rispettivamente agli artt. 6 e 7 C.E.D.U., in maniera autonoma rispetto alle qualificazioni attribuite dai legislatori nazionali, assumendo come dirimenti i criteri - alternativi (v. C. eur. dir. umani, 25 agosto 1987, Lutz c. Germania, in *www.coe.int.*) - della "natura dell'illecito", della "natura della sanzione" e della concreta gravità della stessa (teoria c.d. autonomista); in particolare, alla luce di tali parametri, la Corte ha riconosciuto il carattere penale degli illeciti punitivi amministrativi, ai quali, conseguentemente, sono state estese le garanzie fissate dalla C.E.D.U. per il diritto criminale. Il *leading-case* è C. eur. dir. umani, 21 febbraio 1984, Öztürk c. Germania, in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 1985, 894 ss., con commento di C. E. Paliero, *'Materia penale' e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*. Per un'agile ma acuta analisi di queste tre fondamentali pronunce dei giudici europei, v. C. E. Paliero-A. Travi, *La sanzione amministrativa,* cit., 151 ss.; A. Bernardi, sub *Art. 7*, in AA.VV., *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 256 ss.

(40) V. Corte cost., sent. n. 27 del 2005, in questa *Rivista*, 2005, 1089 ss., con commento di R. Bartoli, Sanzione punitiva e garanzie (a proposito della sentenza costituzionale sulla decurtazione dei punti della patente), 1094 ss.

(41) V. Corte cost., sent. n. 196 del 2010, in particolare par. 3.1.4 e 3.1.5, pubblicata in *Cass. pen.,* 2011, con nota di V. Manes, *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, 534 ss.; in *Giur. cost.*, 2010, con nota critica di A. Travi, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, 2323 ss.; e in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 2017 ss., con nota di R. Dies, *La confisca del veicolo prevista dall'art. 186, commi 2 e 7, cod. str., tra disorientamenti interpretativi e caos normativo*. In precedenza, conforme Corte cost., sent. n. 78 del 1967, in *www.cortecostituzionale.it*.

(42) Riduzione che è resa impossibile dallo stesso dettato legislativo (i profili peculiari, differenziali vi sono e sono importanti, basti considerare la disciplina della prescrizione, prevista all'art. 28 legge n. 689 del 1981 sulla falsariga di quella civilistica, oppure l'intera procedura d'accertamento degli illeciti e applicazione delle relative sanzioni) e che, come si vedrà meglio tra qualche rigo, deve ritenersi certamente inopportuna a fronte della necessità di conservare spazi di autonomia al diritto punitivo amministrativo, il quale tendenzialmente deve potersi configurare 'più liberamente', nel senso di meno vincolato dal quadro dei principi costituzionali, in primo luogo in quanto non direttamente incidente sul fondamentale bene costituzionale della libertà personale.

(43) E la norma di cui all'art. 9, legge n. 689 del 1981, stabilendo un "criterio intrasistematico" - qual è quello di specialità - per la regolazione dei rapporti "sincronici" tra illecito penale ed illecito amministrativo, pare proprio conferire a simile operazione una sicura base nel diritto positivo interno.

(segue)

le restringere la copertura costituzionale dei principi di legalità, colpevolezza, proporzione alla sola area penalistica, dovendosi piuttosto riconoscerne l'estensione pure al diritto punitivo amministrativo, seppure - va sottolineato - con una "intensità" minore, ove una graduazione del contenuto di tali principi sia possibile (44). Tale tendenziale maggiore libertà del legislatore amministrativo garantisce l'autonomia ed "utilità" del ramo amministrativo e trova la sua essenziale giustificazione, ma anche il suo limite, nella minore afflittività delle "pene amministrative" rispetto a quelle criminali, che sono le sole lesive (almeno indirettamente) del fondamentale bene costituzionale della libertà personale; minore afflittività che appunto esige un minore *quantum* di garanzia (dei medesimi "tipi" di garanzia) e costituisce il principale elemento differenziale dei due (sotto)sistemi punitivi (45).

Orbene, giungendo così all'evidenziazione delle contraddizioni e delle "strozzature costituzionali" che minano la pronuncia della Sezioni Unite, si deve rilevare come, mentre può per esempio ammettersi una riserva di legge estesa alla fonte regionale ed un apporto delle fonti secondarie e terziarie più "importante" di quello ammesso in sede penale, tra i principi "non stemperabili" una posizione di primissimo piano è ricoperta proprio dal principio d'irretroattività sfavorevole: a questo non può che attribuirsi una vigenza "illimitata", senza possibilità di deroghe. Quest'ultimo principio infatti, quando investe le norme *in malam partem*, non pare suscettivo di graduazioni: l'applicazione della norma al fatto (alla condotta) compiuto anteriormente alla sua entrata in vigore è vietata o non è vietata, non esistono altre alternative; se si ammette la retroattività il principio è giocoforza sconfessato.

E la Corte non è affatto "insensibile" alla pregnante esigenza di garanzia fondativa del principio d'irretroattività: anzi, come detto, la riconosce esplicitamente e ne fa un criterio-guida prioritario del suo percorso interpretativo, arrivando a parificarla all'istanza di garanzia che informa la disciplina penalistica, con ciò peraltro già contraddicendo platealmente l'opzione di fondo "frazionista". Per i Supremi Giudici, nel punitivo-amministrativo come nel penale criminale, il divieto di retroattività sfavorevole è insostituibile presidio della libertà d'autodeterminazione del cittadino, tanto da integrare uno dei connotati distintivi, essenziali dello "Stato costituzionale". Andando ben oltre la giurisprudenza costituzionale "classica" (46) e la stessa giurisprudenza di legittimità espressiva dell'orientamento "frazionista" (che esauriscono il fondamento dell'irretroattività amministrativa nel principio di ragionevolezza-uguaglianza), la Cassazione riunita "trapianta" il "cuore pulsante" del principio d'irretroattività della legge penale nell'ordinamento punitivo amministrativo, disinteressandosi delle *rationes* funzionalistiche (pur indiscutibilmente presenti, data la comune finalità preventiva delle sanzioni) del principio in parola e attingendo a piene mani dal suo fondamento più squisitamente garantistico (47).

Tanto coraggio e tanta sensibilità costituzionale sono certamente da apprezzare e condividere, il problema è che la Corte, vincolata al principio di diritto enunciato e alla prospettiva autonomista che lo regge, è costretta a ridimensionare il principio d'irretroattività amministrativa accolto con tanta enfasi, sino a sottrarlo all'alveo costituzionale (48), entrando così in palese contraddizione: nonostante l'espresso riconoscimento del divieto di retroattività *contra reum* quale "principio supremo" dell'ordinamento, che addirittura connota l'attuale forma di Stato, si resta ancorati alla tralatizia tesi della sua irrilevanza costituzionale relativamente all'intero set-

Note:

(continua nota 43)

Tale impostazione "organica", seppur con diversità d'accenti e significative divergenze, trova autorevolissimi sostenitori sia nell'area penalistica che in quella amministrativistica: v., tra gli altri, F. Mantovani, *loc. cit.*; P. Nuvolone, voce *Reati (Depenalizzazione di)*, in *Noviss. Dig. it., App.*, VI, 1986, 296 ss.; M. A. Sandulli, cit., 39 ss., in particolare 74 ss.; M. Siniscalco, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983, 163 ss.; G. Vassalli, voce *Potestà punitiva*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, 1985, 793 ss., in particolare 797 ss.; prima dell'emanazione della legge n. 689 del 1981, P. Nuvolone, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali,* in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1963, 63 ss.; E. Cannada Bartoli, voce *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, 125 ss. Si veda anche P. Barile-E. Cheli-S. Grassi, *Istituzioni di diritto pubblico*, 9ª ed., Padova, 2002, 239, secondo i quali l'art. 25, comma 2, Cost. regge e conforma l'intero diritto punitivo.

(44) V. R. Bartoli, cit., 1094 ss.

(45) Elemento differenziale ad "intensità variabile", essendovi una gamma di sanzioni amministrative varia ed ampia: da quelle pecuniarie d'importo esiguo alla confisca a quelle d'interdizione da attività "vitali", come il lavoro e la circolazione, la cui "offensività" si avvicina molto a quella della pena detentiva e, conseguentemente, esige un analogo "tasso di garanzia" della relativa disciplina, anche per quanto riguarda gli aspetti procedurali.

(46) Emblematica Corte cost., sent. n. 68 del 1984, in *www.cortecostituzionale.it*.

(47) Evidente il riferimento alla più avanzata dottrina penalistica sul tema. Cfr., per tutti, A. Cadoppi, *Il principio di irretroattività*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, I, 3ª ed., Torino, 2006, 154 ss.; M. Gambardella, sub *Art. 2*, in AA.VV., *Codice penale*, a cura di G. Lattanzi-E. Lupo, I, Milano, 2010, 137 ss.; F. Palazzo, cit., 155 ss.

(48) V. anche *supra*.

tore amministrativo (49). Assunta infatti la teoria della diversità in maniera "estremistica" e letta conseguentemente la depenalizzazione come una "rivoluzione" normativa da equiparare al binomio abolizione del reato/nuova incriminazione, disposizioni transitorie del tipo di quelle *ex* artt. 40 e 41 legge n. 689 del 1981 debbono inevitabilmente intendersi quali deroghe, eccezioni, al principio d'irretroattività; ma essendo esse irrinunciabili per non lasciare "scoperti", privi della "giusta" sanzione, i "fatti pregressi" (allora illeciti penali, ora illeciti amministrativi, mai fatti leciti), si deve ammettere che il legislatore ordinario possa - quasi debba, considerata la "ragionevolezza" e l'"opportunità" della retroazione delle norme (sanzionatorie) depenalizzatrici - prevederle senza dover sottostare a nessun vincolo sovraordinato che non sia quello generale della ragionevolezza-uguaglianza, il cui rispetto viene comunque dato sostanzialmente per scontato, visto che appunto i fatti criminosi depenalizzati passano dall'area della rilevanza penale criminale (cui i "fatti pregressi" appartengono al tempo della loro commissione) a quella della rilevanza penale amministrativa (in cui subentrano con la depenalizzazione) senza cessare mai d'essere illeciti assoggettati a sanzione punitiva ed anzi "guadagnando" un "alleggerimento" del complessivo carico sanzionatorio (50).

E qui si manifesta un'altra contraddizione: la limitazione di un principio così decisivo come quello d'irretroattività viene infatti giustificata grazie ad una lettura del fenomeno successorio insito nella depenalizzazione che risulta antitetica a quella consequenziale alla stretta adesione alla teoria della diversità e fondativa, con questa, della soluzione della "non sanzionabilità secca" dei "fatti pregressi". Ovvero, pur proclamandosi la "frattura ontologica, categoriale" tra illecito penale ed illecito punitivo amministrativo e la conseguente riconducibilità del fenomeno della depenalizzazione al modello successorio *abolitio criminis*/nuova incriminazione, si riconosce come "presupposto logico-sostanziale" delle norme derogatorie della regola dell'irretroattività amministrativa la preesistenza della fattispecie sanzionatoria (rispetto alla condotta concretamente tenuta) e la sua continuità nella legge punitiva amministrativa, pervenendosi così - paradossalmente - alla individuazione d'una sostanziale "persistenza dell'illecito" (51).

Ma vi è un ulteriore profilo di contraddizione, seppur in qualche modo "latente", che si risolve anch'esso in un ridimensionamento dell'"ombrello costituzionale" che copre l'illecito punitivo amministrativo: la svalutazione della retroattività favorevole. Le Sezioni Unite, infatti, affermano che questo principio «non è stato recepito nell'art. 1 della legge n. 689 del 1981», ossia è estraneo alla disciplina generale dell'illecito penale amministrativo e ciò senza che sia violata alcuna delle garanzie fissate dalla Costituzione per quest'ultimo, non potendosi annoverare tra esse il diritto di colui che è assoggettato a procedimento amministrativo, e tantomeno di colui che già è assoggettato a sanzione amministrativa, di vedersi applicata la norma abolitrice o modificativa *in melius* entrata in vigore dopo la realizzazione della fattispecie sanzionatoria. Tale "amputazione", che non è imposta dalla lettera della legge (l'art. 1, comma 2, legge n. 689 del 1981 riproduce il contenuto - notoriamente "scarsamente precettivo" - dell'art. 14 Preleggi, il quale pone l'accento sull'esigenza di determinatezza più che risolvere questioni di carattere intertemporale), è funzionale alla relegazione dell'art. 2, comma 4, c.p. nell'universo penalistico e, dunque, all'eliminazione di una fondamentale base di diritto positivo per l'avversata tesi dell'applicabilità ai "fatti pregressi" delle sanzioni depenalizzate.

Così ragionando, però, non solo si estromette dal sistema punitivo amministrativo una regola - quella della retroattività *in bonam partem* - che sarebbe in grado di soddisfare importanti esigenze emergenti in questa branca del punitivo similarmente che in quella criminale (su tutte, quelle di legalità e di uguaglianza), sebbene in maniera meno forte ed evidente (52), ma si è indotti anche a svilire la dignità

Note:

(49) Salvo il limite generale di cui all'art. 3 Cost. Tesi che può oggi considerarsi valida solo per il diritto amministrativo non punitivo. Sul principio d'irretroattività nella branca amministrativa, v., per tutti, C. E. Paliero-A. Travi, *La sanzione amministrativa,* cit., 174 ss.

(50) Cfr. par. 7 del "considerato in diritto" della sentenza in commento; cfr. anche M. Gambardella, *L'abrogazione,* cit., 152, che riprende una linea di pensiero risalente e costante nel tempo (si veda ad es. M. Petrone, *Abolitio criminis*, Milano, 1985, 37).

(51) V. T. Padovani, cit., 1382 s., il quale, pur ritenendo inapplicabile alla successione impropria l'art. 2, comma 4, c.p., riconosce che il "retroterra logico" degli artt. 40 e 41, legge n. 689 del 1981 (e delle norme consimili) "è rappresentato dalla perpetuazione di rilevanza dell'illecito".

(52) Tale estromissione è comunque operata sulla scorta della giurisprudenza e della dottrina maggioritarie: v., in giurisprudenza, *ex plurimis*, Cass. civ., Sez. Un., 29 gennaio 1994, n. 890, in *Resp. civ. prev.*, 1995, 122 ss., con commento di A. Pfiffner, *Sull'inapplicabilità all'illecito amministrativo del principio di retroattività della norma sopravvenuta più favorevole*; in dottrina, tra i molti, E. M. Ambrosetti, voce *Successione di leggi penali*, in Dizionario di diritto pubblico, a cura di S. Cassese, Milano, 2005, 5809; S. Cardin, cit., 23 s.; C. E. Paliero-A. Travi, *La sanzione amministrativa,* cit., 174 ss.; C. Piergallini, *Argomenti per l'"autonomia" dell'illecito amministrativo: il nodo della* lex mitior, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1994, 1551 ss. *Contra*, Cass. civ., 7 marzo 1989, in *Foro it.*, 1990, I, 1636; M. A. Sandulli, cit., 81 ss.

costituzionale di questa regola nello stesso sistema penale criminale, poiché, nell'ansia di confinarla in quest'ultimo, si tende a interpretarla come "disciplina a carattere *eccezionale*, peculiare del diritto penale *positivo*", come acclarato dalla "storica" sentenza "Mazza", le cui «diffuse argomentazioni […] conservano piena valenza» per l'odierno pronunciamento delle Sezioni Unite (53).

Una interpretazione, quindi, doppiamente "costituzionalmente asfittica" (54), che quantomeno risulta scarsamente congruente rispetto allo "sforzo garantista" di cui si è resa protagonista la Corte nell'enucleare la libertà d'autodeterminazione del cittadino ed il correlativo "affidamento" nella autolimitazione statuale dell'intervento sanzionatorio quale fondamento del principio d'irretroattività sfavorevole operante nel settore amministrativo punitivo.

L'impressione è che, se si muove da rigide premesse "frazioniste", che di per sé sono scarsamente esplicative del fenomeno della depenalizzazione e delle norme transitorie estensive della sopravvenuta disciplina amministrativa ai "fatti pregressi", la "tedoforia" del "sacro fuoco" del fondamento "penal-garantistico" del principio d'irretroattività nel campo amministrativo rischia d'innescare un "processo incendiario" che, partendo proprio dal postulato della «piena autonomia dei connotati e dei principi delle violazioni amministrative», arriva a "divorare" l'intero "castello argomentativo" che su questo si fonda, e con esso la corrispondente soluzione della "non sanzionabilità secca"; ed infatti è la stessa Suprema Corte a "gettare acqua sul fuoco", circoscrivendo il divieto di retroattività delle norme punitive amministrative sfavorevoli al piano della legislazione ordinaria e tagliando fuori il complementare "focolaio" del principio della retroattività favorevole.

Una possibile alternativa

È preferibile, allora, restare fedeli fino in fondo all'istanza di garanzia che alimenta il principio d'irretroattività *in malam partem*: il che significa non solo riconoscerne la piena operatività ed inderogabilità pure nel sistema punitivo-amministrativo (55), ma anche coglierne la comunanza di ragioni "pre-fondative" (ossia, che fondano il fondamento sostanziale del principio, a sua volta riconosciuto come comune) rispetto al diritto penale criminale: *in primis* il comune finalismo preventivo e la comune natura afflittiva delle sanzioni che li contraddistinguono rispetto agli altri settori dell'ordinamento. Evitando pertanto di scavare fossati tra l'una e l'altra branca del "punitivo" e pervenendo, coerentemente, all'individuazione d'una continuità normativa tra i reati oggetto di depenalizzazione ed i subentranti illeciti amministrativi, la quale consente il pieno e congiunto operare della regola dell'irretroattività sfavorevole, da un lato, e di quella della retroattività favorevole, dall'altro. Infatti, riconosciuta la "persistenza dell'illecito", ossia l'identità di fattispecie (fatto vietato) e la comune natura punitiva delle sanzioni succedentisi, si può affermare l'applicabilità dell'art. 2, comma 4, c.p. - il cui materiale linguistico e la cui sintassi non sono d'ostacolo, come ampiamente chiarito dalla Cassazione civile e dalla giurisprudenza penale antecedente alle Sezioni Unite "Mazza" (56) -, che esprime compiutamente sia l'esigenza di non assoggettare il reo ad un trattamento deteriore rispetto a quello previsto al momento della commissione del fatto (attuando così il principio d'irretroattività sfavorevole) sia l'esigenza di applicare la disciplina più favorevole a questo posteriore (attuando così il principio di retroattività favorevole), evitando al contempo clamorose e totalmente ingiustificate disparità di trattamento tra chi ha compiuto il fatto quand'esso era sanzionato con la più severa e "maggiormente comunicativa" sanzione criminale e chi ha compiuto il medesimo fatto nel vigore della più mite legge punitiva amministrativa. E si noti che, contrariamente a quanto asserito

Note:

(53) In tal modo la Corte sembra peraltro estraniarsi dalla 'dimensione europea', ove l'evoluzione giurisprudenziale ha progressivamente 'sbalzato' la retroattività della *lex mitior* quale "principio generale dell'ordinamento comunitario", da un lato (v. Corte di giustizia, 3 maggio 2005, C-387/02, C-391/02 e C-403/02), e quale parte integrante dell'art. 7 C.E.D.U., dall'altro (v. C. eur. dir. umani, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia (II), in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, con commento critico di C. Pecorella, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (parte II)*, 397 ss.; e in *Cass. pen.,* 2010, con commento di M. Gambardella, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 Cedu garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, 2020 ss.) Ma il principio della retroattività favorevole ha visto crescere notevolmente il suo "peso specifico costituzionale" sia nella giurisprudenza della nostra Corte costituzionale sia nella riflessione dottrinale: si veda l'ampia ed acuta ricostruzione di F. Viganò, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, ora in AA.VV. (a cura di M. D'Amico), *Alle frontiere del diritto costituzionale: scritti in onore di Valerio Onida*, Milano, 2012.

(54) E convenzionalmente inammissibile, considerati, da un lato, l'elaborazione del concetto di "materia penale" compiuta dalla Corte EDU e, dall'altro, il riconoscimento da parte di questa del rango sovraordinato e della tendenziale inderogabilità del principio di retroattività favorevole.

(55) Il che vuol dire, in primo luogo, affermare l'inammissibilità - l'incostituzionalità - di leggi punitive retroattive sfavorevoli, siano esse sanzionatrici di fatti prima del tutto leciti oppure aggravatrici della disciplina di fattispecie sanzionatorie preesistenti. Si veda anche la nota 58.

(56) Per la ricostruzione di queste elaborazioni giurisprudenziali, sia consentito il rinvio a D. Bianchi, cit., 866 ss.

dalla Corte, una simile disparità (perfetta impunità per gli autori dei "fatti pregressi", sanzione amministrativa per gli autori dei "fatti concomitanti") non può certo trovare giustificazione nel "supremo" divieto di retroattività delle norme punitive, poiché se è indubbio che le sanzioni amministrative sono successive al perfezionamento della condotta illecita è altrettanto indubbio che a questa preesisteva il comando legislativo d'astenersi dal tenerla e che tale precetto era corredato della sanzione più "terribile" che l'ordinamento giuridico conosca - la pena criminale - e dunque l'individuo era perfettamente in grado di orientarsi liberamente, consapevolmente nel senso dell'astensione dal comportamento giuridicamente riprovato. D'altro canto, l'autore del fatto non può certo pretendere l'esenzione da qualsiasi risposta sanzionatoria, che presuppone che in un certo lasso di tempo il comportamento vietato sia stato considerato lecito dall'ordinamento, ma solo l'applicazione del trattamento meno severo tra quelli succedutisi dopo la perpetrazione del reato, ovvero, nel nostro caso, la sanzione amministrativa introdotta con la legge depenalizzatrice (57).

Peraltro, la stessa *ratio* di quest'ultima, che è «quella di attenuare, non già di eliminare, la sanzione per un fatto che rimane illecito», contribuisce a manifestare la sicura aderenza della tesi "continuista" alla realtà normativa, specie con riferimento a quei casi, come quello da cui son scaturite le questioni in esame, in cui la depenalizzazione è stata guidata più dall'intento di aumentare l'efficacia della risposta punitiva che da una «diversa valutazione del disvalore sociale del fatto» (58).

Note:

(57) Il "girare a vuoto" della regola dell'irretroattività delle norme sanzionatorie amministrative nelle ipotesi di "successione impropria" è stato da tempo lucidamente colto ed esplicitato: v. Cass. civ., Sez. I, 19 aprile 1995, n. 4409, Ispettorato provinciale del lavoro di Benevento c. Soc. Pulitecnica s.r.l., in *Cass. pen.,* 1995, 2011; similmente Cass. pen., Sez. IV, 6 dicembre 1993, n. 2512, cit.

(58) L'applicazione dell'art. 2, comma 4, c.p., peraltro, dissipa la preoccupazione - avvertita con acutezza dalla Corte, ma ancora una volta poco coerentemente rispetto ai postulati ordinamentali da essa accolti - che, in via interpretativa, vengano fatte retroagire sanzioni qualificate come amministrative le quali presentino però un contenuto afflittivo più gravoso di quello delle sanzioni penali vigenti al momento del fatto (ciò potrebbe accadere, ad esempio, quando una tenue pena pecuniaria venga sostituita con una pesante sanzione interdittiva, la quale peraltro assume di solito valenza anche accentuatamente retributiva): non potendosi ritenere le prime più favorevoli, esse non potranno essere applicate retroattivamente, dovendosi tener ferma l'applicabilità delle abrogate sanzioni criminali. La soluzione può sorprendere, determinando una restrizione della sfera applicativa del comma 2 dell'art. 2 c.p. a vantaggio del comma 4, ma è conseguente all'ammissione dell'ipotesi - comunque eccezionale - di pene amministrative più rigorose di quelle criminali e permette di regolarla nella maniera più ragionevole e più coerente con i principi che presidiano l'applicazione della legge penale nel tempo: l'autore del fatto resta immune dalla legge successiva peggiorativa e gli viene comunque garantito il trattamento sanzionatorio più lieve tra quelli avvicendatisi. Inoltre, non sembra che il giudizio complessivo e "in concreto" richiesto all'organo giudicante al fine di individuare la legge più favorevole tra quella penale in senso stretto e quella punitiva amministrativa sconti un tasso di discrezionalità "intollerabile": non solo perché, come detto, tali ipotesi problematiche sono del tutto eccezionali ma anche perché si tratta d'una valutazione analoga a quella implicata dalla successione modificativa di leggi tutte criminali.
Infine, ma direi soprattutto, ove si assuma tale prospettiva si potrà contestare la legittimità costituzionale di eventuali norme transitorie con le quali il legislatore disponga specificamente la retroattività di sanzioni amministrative deteriori e, più radicalmente, si potrà affermare la incostituzionalità dello stesso inserimento nell'arsenale amministrativo - e dunque nel sistema amministrativo degli illeciti con esse puniti - di sanzioni che "in astratto" incidono i beni giuridici del sanzionato in maniera equivalente o addirittura superiore alle pene criminali.
Si noti, inoltre, che la possibilità di sanzione amministrativa *gravior* avvalora la soluzione data dalla Corte alla questione processuale rimessale, ossia il riconoscimento, in capo all'assolto perché il fatto non è più previsto come reato, dell'interesse ad impugnare l'ordine giudiziale di trasmissione degli atti all'autorità amministrativa.

COLLANA CODICI LEGALI 2012

Propone il testo aggiornato dei **4 Codici**, il **Trattato sul funzionamento UE (ex Trattato CE)**, la **Costituzione della Repubblica italiana** e una ricca raccolta di **Leggi complementari** suddivise per materia.

La sezione **Giurisprudenza** riporta le massime delle Sezioni Unite della Cassazione civile e penale (segnalate con una bilancina posta prima di ciascun articolo del codice).

Compreso nel prezzo, l'**aggiornamento on-line** del testo dei codici.

CODICE CIVILE - XVIII ed.

a cura di Piero Schlesinger

pag. 2464, € 28,00, cod. 00129702

Aggiornato, da ultimo, con: D.L. 2 marzo 2012, n. 16, c.d. "**decreto semplificazioni tributarie**"; D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, conv., con modif., dalla L. 4 aprile 2012, n. 35, c.d. "**semplificazione e sviluppo**"; L. 27 gennaio 2012 , n. 3, c.d. "**sovraindebitamento**"; D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, conv., con modif., dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, c.d. "**decreto liberalizzazioni**"; D.M. 12 dicembre 2011, sulla modifica del **saggio di interesse legale**; D.L. 6 dicembre 2011, n. 201, conv., con modif., dalla L. 22 dicembre 2011, n. 214, "**Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità e il consolidamento dei conti pubblici**"; L. 12 novembre 2011, n. 183, c.d. "**Legge di stabilità 2012**".

CODICE DI PROCEDURA CIVILE - XVIII ed.

a cura di Claudio Consolo

pag. 2176, € 27,00, cod. 00129703

Aggiornato, da ultimo, con: D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, conv., con modif., dalla L. 4 aprile 2012, n. 35, c.d. "**semplificazione e sviluppo**"; L. 27 gennaio 2012 , n. 3, c.d. "**sovraindebitamento**"; D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, conv., con modif., dalla L. 24 marzo 2012, n. 27, c.d. "**decreto liberalizzazioni**"; L. 29 dicembre 2011, n. 218, in materia di "**opposizione a decreto ingiuntivo**"; D.L. 22 dicembre 2011, n. 212, conv., con modif., dalla L. 17 febbraio 2012, n. 10, "**Disposizioni urgenti per l'efficienza della giustizia civile**"; L. 11 novembre 2011, n. 180, "**Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese**"; D.Lgs. 15 novembre 2011, n. 195, "**disposizioni correttive e integrative al codice del processo amministrativo**"; L. 12 novembre 2011, n. 183, c.d. "**Legge di stabilità 2012**"; D.Lgs. 1° settembre 2011, n. 150, in materia di "**semplificazione e riduzione dei procedimenti civili**".

CODICE PENALE CODICE DI PROCEDURA PENALE - XVI ed.

a cura di Giovanni Fiandaca e Angelo Giarda

pag. 2272, € 30,00, cod. 00129704

Il codice penale è corredato dalle note procedurali, segnalate per ciascun tipo di reato.
Aggiornato, da ultimo, con: L. 15 febbraio 2012, n. 12, "**Norme in materia di misure per il contrasto ai fenomeni di criminalità informatica**"; L. 27 gennaio 2012 , n. 3, c.d. "**sovraindebitamento**"; D.L. 22 dicembre 2011, n. 211, conv., con modif., dalla L. 17 febbraio 2012, n. 9, c.d. "**sovraffollamento delle carceri**"; L. 12 novembre 2011, n. 183, c.d. "**Legge di stabilità 2012**"; D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, c.d. "**Codice delle leggi antimafia**"; L. 14 settembre 2011, n. 148, in materia di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro; D.L. 13 agosto 2011, n. 138, conv., con modif., dalla L. 14 settembre 2011, n. 148, di "**stabilizzazione finanziaria**"; D.Lgs. 7 luglio 2011, n. 121, in materia di "**reati ambientali**".

Può acquistare 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.

Y41DULE

Diritto delle prove

L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale

di **Paolo Tonini**

La sentenza Franzese in questi dieci anni ha funzionato come un antidoto nei confronti dei "veleni" del processo penale: e cioè, contro l'esclusione del contraddittorio in relazione alla prova scientifica; contro la totale discrezionalità del libero convincimento del giudice; contro la deriva tecnicistica. Si sta affermando il principio secondo cui il giudice dell'impugnazione deve controllare non soltanto la coerenza intrinseca della pronuncia impugnata, e cioè la congruità dell'accusa rispetto ai fatti, bensì deve prendere in considerazione anche l'ipotesi antagonista di spiegazione dei fatti, e cioè la ricostruzione alternativa prospettata dalla difesa. Nel caso in cui coesistano più ipotesi ricostruttive contrastanti, il giudice di merito deve verificare il grado di conferma di ciascuna di esse dopo aver acquisito tutte le informazioni rilevanti; se ciò è impossibile, non può convalidare una delle ipotesi plausibili soltanto perché la ritiene più convincente delle altre (*).

L'impatto della pronuncia nel decennio appena trascorso

Non è facile descrivere quale è stato l'impatto della sentenza Franzese sull'evoluzione del processo penale vivente nei dieci anni che sono passati dalla sua pronuncia. Infatti, la sentenza ha operato in buona parte sotto un profilo di diritto penale sostanziale (1); l'unico aspetto processuale, e cioè l'"al di là di ogni ragionevole dubbio", è appena accennato nella motivazione (2). In effetti, vi è la difficoltà di trovare un criterio che possa descrivere quale è stata la sua influenza sul processo penale (3).

Il criterio che proponiamo è quello classico, denovità della sentenza. Le Sezioni unite sono partite dal rilievo che nel processo penale è possibile condannare soltanto se l'esistenza del fatto e la responsabilità dell'autore risultano provate oltre ogni ragionevole dubbio. Poiché il rapporto di causalità è un elemento oggettivo del reato, occorre che anche in relazione alla sussistenza di tale nesso sia eliminato ogni dubbio ragionevole.

La novità di impostazione, dovuta alla sentenza Franzese, è data dal fatto che il giudice può ritenere inesistente il nesso causale nonostante che la legge scientifica applicabile esprima un probabilità vicina alla certezza. Anche di fronte a leggi del genere la probabilità logica non è integrata qualora vi sia un ragionevole dubbio che nel caso concreto, date tutte le sue peculiarità, la legge non abbia operato e, viceversa, siano intervenuti fattori causali alternativi che hanno cagionato l'evento.

Per contro, ma corrispondentemente, il giudice può ritenere che esista il rapporto di causalità fondato sulla probabilità logica anche qualora venga in gioco una legge scientifica a bassa predittività, purché in tali casi, sempre alla luce di tutte le risultanze, appaia provato oltre ogni ragionevole dubbio che esiste un rapporto causale. Come è noto, il giudice deve escludere con certezza che l'evento sia causato da altri fattori (c.d. procedimento per esclusione). In tali casi, la prova può essere raggiunta anche con l'ausilio di massime di esperienza che inducono a ritenere applicabile la legge scientifica con riferimento al caso concreto o che fanno ritenere assenti altri fattori.

L'indicazione della sentenza Franzese è chiara: occorre *calare nel processo* l'accertamento del nesso causale senza lasciarsi ingannare dalla peculiarità dell'accertamento, che richiede l'applicazione di leggi scientifiche. Altro è la validità statistica astratta della legge, altro è l'esistenza in concreto del nesso causale oltre ogni ragionevole dubbio. Il rapporto di causalità è un elemento oggettivo del reato e, come tutti gli altri elementi, non si sottrae al *quantum* e al *quomodo* dell'accertamento processuale, che esige l'esistenza di una probabilità logica dotata di alta credibilità razionale. Sul punto, C. Conti, *Al di là del ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Novità su impugnazioni penali e regole di giudizio. Legge 20 febbraio 2006 n. 46*, coordinato da A. Scalfati, Milano, 2006, 92.

Note:

(*) Relazione all'Incontro di studio svoltosi a Milano presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore il 24 maggio 2012 su "*Leggi scientifiche e spiegazione causale a dieci anni dalla Sentenza Franzese*".

(1) Nella dottrina penalistica si veda F. Centonze, *La cultura delle prove e la causalità omissiva nella giurisprudenza della quarta sezione della Suprema Corte di Cassazione*, in *Cass. pen.,* 2006, 2126.

(2) Cass., Sez. Un., 11 settembre 2002, Franzese, estensore G. Canzio, in *Guida dir.*, 2002, 38, 62: «l'insufficienza, la contraddittorietà e l'incertezza probatoria, quindi il plausibile e ragionevole dubbio […] non può non comportare […] l'esito assolutorio stabilito dall'art. 530 comma 2 c.p.p.». Nella sentenza si afferma che, per condannare, occorre «una conclusione caratterizzata da un alto grado di credibilità razionale».

(3) Possiamo ricordare in un'estrema sintesi quale è stata la no-

minato "contro-fattuale". Ci siamo chiesti quale sarebbe stato oggi il processo penale vivente se non vi fosse stata la sentenza Franzese; quali decisioni non sarebbero state pronunciate senza quel precedente; quali percorsi non sarebbero stati iniziati dalla dottrina.
A questo punto si è aperto uno scenario vasto: il pensiero è corso a varie pronunce che hanno rappresentato pietre miliari per il processo penale. Alcune di esse sono molto note agli operatori del settore, come la sentenza del Giudice di Vigevano del 2009 nel processo di Garlasco; o la sentenza Cozzini della Cassazione del 2010 sull'amianto; o ancora, la recente sentenza di appello nel processo di Perugia contro Amanda Knox e Raffaele Sollecito. Altre sono meno note e di esse si tratterà quando verrà il momento.
Siamo convinti che la sentenza Franzese abbia influito sotto più profili sul volto attuale del processo penale. Però, vi è una ulteriore difficoltà perché, nel condurre il giudizio contro-fattuale, ci siamo resi conto di un aspetto problematico. Abbiamo avuto la necessità di individuare il legame dinamico tra la causa (la sentenza) e l'effetto (il successivo diritto vivente). Ed allora, abbiamo pensato di usare una metafora che si ricollega alla medicina. Abbiamo utilizzato il concetto di "antidoto" per descrivere l'influenza che ha avuto.
Come è noto, è definito "antidoto" quella sostanza che impedisce ad un veleno di produrre effetti dannosi su di un organismo. Nel caso che ci interessa, l'organismo è il processo penale; la sentenza Franzese in questi dieci anni ha funzionato, appunto, come un "antidoto" contro i veleni del processo. È stata un antidoto contro l'esclusione del contraddittorio in relazione alla prova scientifica. Ma lo è stato anche nei confronti della totale discrezionalità del libero convincimento del giudice. E poi, ha costituito un antidoto contro la deriva tecnicistica che si è manifestata nell'ultimo decennio.

L'antidoto contro l'esclusione del contraddittorio nella prova scientifica

Sotto il primo profilo, corre l'obbligo di ricordare l'orientamento che era assolutamente prevalente fino al 2002. Si riteneva che la prova scientifica avesse un valore superiore rispetto alle altre prove, al punto da rasentare la prova legale: il diritto vivente giungeva ad affermare che il giudice poteva limitarsi ad accogliere in sentenza le conclusioni del perito senza motivare.
Allora vi erano processi penali "a perizia vincolante" e, nella sostanza, "a prova legale" (4). Al tempo stesso, si verificava un fenomeno di segno opposto, ma sempre legato alla logica inquisitoria. Il giudice era considerato *peritus peritorum* e poteva svolgere il ragionamento dell'esperto senza essere obbligato ad ammettere una perizia (5). E cioè, si riteneva che il diritto alla prova spettante alle parti si arrestasse di fronte alla prova peritale perché questa era considerata una *prova neutra*. Da ciò derivava un'ulteriore conseguenza: il giudice poteva negare la perizia, richiesta dalle parti, senza subire alcun controllo in cassazione.
Ebbene, la sentenza Franzese ha prodotto un effetto dirompente sui predetti orientamenti. In dottrina è stata messa in luce un'affermazione implicita contenuta nella sentenza (6). Si è notato che la pronuncia muove dal presupposto - scontato perché insito nel sistema, ove correttamente interpretato - che quella scientifica sia una prova come le altre e debba osservare le comuni regole in materia di prove. Si tratta di un'affermazione che ispira la sentenza senza apparire espressamente, ma costituisce un aspetto determinante della medesima.
Così, a partire dalla sentenza Franzese, è stato chiarito che la prima regola da osservare è il contraddittorio, come impone il quarto comma dell'art. 111 Cost. Nel caso di prova scientifica il contraddittorio

Note:

(4) C. Conti, *Al di là del ragionevole dubbio*, cit., 93.

(5) Il giudice, secondo un antico brocardo latino, è denominato *peritus peritorum*. Il principio è differentemente inteso nel sistema inquisitorio ed in quello accusatorio. Nel sistema inquisitorio (o nel misto prevalentemente inquisitorio) il giudice, che sia personalmente esperto in una materia specialistica, può non nominare un perito; inoltre, gli è consentito di disattendere le argomentazioni svolte dall'esperto e di sostituire ad esse quelle argomentazioni, che sono tratte da proprie personali cognizioni. L'orientamento risale alla dottrina di F. Stein, *Das Private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893, 25 ss., per il quale tutte le massime d'esperienza, anche quelle appartenenti alla scienza degli specialisti, sono liberamente utilizzabili dal giudice e non costituiscono scienza privata.
Nel sistema accusatorio, il principio del contraddittorio nella formazione della prova, quando questa è specialistica, impone che le parti possano nominare consulenti tecnici anche fuori della perizia e che questi possano illustrare al giudice le proprie conclusioni nell'esame incrociato. Il giudice, anche se esperto in materie scientifiche, tecniche o artistiche, non può lui stesso svolgere una perizia perché le parti hanno il diritto al contraddittorio sul metodo scelto e sulle leggi utilizzabili per ricercare e valutare l'elemento di prova.
Alla luce dei rilievi svolti in precedenza, nel nostro ordinamento il brocardo *iudex peritus peritorum* assume un significato differente da quello originario, sorto nel sistema inquisitorio. Esso significa che il giudice, pur dovendo avvalersi di specialisti in materie scientifiche, tecniche o artistiche, deve motivare sul perché il metodo prescelto e la conclusione raggiunta appaiono più attendibili rispetto a quelli adottati da altri periti o consulenti (art. 546, comma 1, lett. *e*).

(6) C. Conti, *Al di là del ragionevole dubbio*, cit., 97.

deve avvenire "tra gli esperti", come è stato precisato dalla successiva decisione delle Sezioni Unite nel caso Andreotti (7): la prova scientifica deve subire lo scontro dialettico tra gli specialisti.
Le ulteriori precisazioni sono dovute alla dottrina. È stato affermato che il contraddittorio deve svolgersi sia prima, sia dopo l'intervento dell'esperto nel processo penale nelle varie fasi nelle quali si ritiene necessario l'apporto di una conoscenza specialistica.
La dialettica deve svolgersi *ex ante* nel senso che il giudice non può proclamarsi esperto, bensì deve rispettare il diritto alla prova anche nei confronti delle conoscenze specialistiche. Ciò deve avvenire sia quando vi è un conflitto insanabile tra i periti, come si è affermato nella pronuncia nel caso Cozzini del 2010 (8), sia quando si è manifestato un contrasto insanabile tra i consulenti di parte; si tratta della sentenza della Corte di assise di appello di Perugia nel 2011 (9).
Molto chiare sono le motivazioni di quest'ultima pronuncia, che merita riportare interamente nei passi più importanti. «La Corte di assise di primo grado ha ritenuto di risolvere una controversia scientifica, riconosciuta come particolarmente complessa, in base a valutazioni di natura scientifica dalla stessa Corte direttamente formulate. Al contrario, questa Corte di assise (di secondo grado) non ha ritenuto che le conoscenze personali dei giudici (…) fossero tali da consentire di risolvere una controversia, nella sostanza scientifica, da (decidere), dunque, in base a criteri scientifici, senza l'ausilio di periti di propria fiducia, da essa nominati e che potessero svolgere l'incarico affidato nel pieno contraddittorio delle parti» (10). Pertanto, si è affermato che esiste un vero e proprio diritto alla prova peritale quando vi è un contrasto insanabile tra i consulenti dell'accusa e della difesa.
Oltre alla necessità che sia osservato il contraddittorio *ex ante* rispetto all'assunzione della perizia, abbiamo precisato che il contraddittorio deve effettuarsi anche *ex post*, nel senso che le parti hanno il diritto di valutare successivamente in dibattimento vari profili (11):
1) se gli esperti hanno utilizzato metodi affidabili sulla scena del delitto (12);
2) se coloro che sono intervenuti sulla *scaena criminis* hanno operato permettendo un controllo successivo sulla genuinità della fonte e sull'affidabilità del metodo;
3) se gli inquirenti hanno mantenuto la catena di custodia dei reperti.
Sotto i primi due profili, è interessante il quesito che è stato affidato ai periti dalla Corte di assise di appello di Perugia nel 2011: «se non è possibile procedere a nuovo accertamento tecnico, valuti (il perito), in base agli atti, il grado di attendibilità degli accertamenti genetici eseguiti dalla polizia scientifica sui reperti suddetti, con riferimento anche ad eventuali contaminazioni» (13).
In sostanza, si è voluto attivare un contraddittorio successivo mediante una perizia alla quale potevano partecipare i consulenti delle parti contrapposte. L'esito è noto: gli accertamenti non sono stati ritenuti attendibili (14).

L'antidoto contro la totale discrezionalità del libero convincimento

Come abbiamo anticipato, la sentenza Franzese ha

Note:

(7) Cass., Sez. Un., 24 novembre 2003, Andreotti, in *Cass. pen.,* 2004, 811.

(8) Cass., Sez. IV, 13 dicembre 2010, Cozzini, estensore Blaiotta, in questa *Rivista*, 2011, 1342, con nota di P. Tonini; in *Guida dir.*, 2011, 6, con nota di G. Amato; in *Cass. pen.,* 2011, 1679, con nota di R. Bartoli.

(9) Ass. app. Perugia, 3 ottobre-15 dicembre 2011, Knox, in *Guida dir.*, 2012, 15, 15, ed in questa *Rivista* 2012, 575, con nota di C. Conti e E. Savio, *La sentenza d'appello nel processo di Perugia: la "scienza del dubbio" nella falsificazione delle ipotesi*.

(10) Riportiamo il passo centrale della sentenza di primo grado nella parte che rileva: «(…) a questo punto va anche osservato che, rispetto a interpretazioni diverse offerte dall'uno e dall'altro (dei consulenti tecnici di parte, cioè della polizia scientifica e della difesa), questa Corte avrebbe potuto, come peraltro era stato richiesto dalle difese, disporre la nomina di esperti e affidare apposita perizia. A ben vedere, però, ci si sarebbe trovati dinanzi ad un'ulteriore interpretazione che sarebbe stata pienamente o parzialmente confermativa di questa o di quella interpretazione già offerta e il problema della interpretazione più congrua sarebbe rimasto e pertanto non si è ravvisato il presupposto per disporre una relativa perizia *ex* art 507 c.p.p. (…)».
Le predette argomentazioni sono state così stigmatizzate dalla Corte d'assise di appello: «in sostanza, è come dire che la questione, già complessa sulla base delle contrapposte valutazioni (polizia scientifica da un lato, consulenti della difesa dall'altro), avrebbe finito con il divenire ancora più complicata per la possibile formulazione di una terza valutazione, quella del perito eventualmente nominato dalla Corte, che sarebbe stata sicuramente confermativa in tutto o in parte di una delle diverse posizioni; dunque tanto valeva che fosse la Corte a risolvere direttamente il problema». «Sennonché la Corte di assise di primo grado ha ritenuto di risolvere una controversia scientifica, riconosciuta come particolarmente complessa, in base a valutazioni di natura scientifica dalla stessa Corte direttamente formulate». Si veda il commento di C. Conti, E. Savio, *La sentenza d'appello nel processo di Perugia: la "scienza del dubbio" nella falsificazione delle ipotesi*, in questa *Rivista*, 2012, 575.

(11) P. Tonini, *Considerazioni su diritto di difesa e prova scientifica*, in *Arch. pen.,* 2011, 3, 821 ss.

(12) Lo ha affermato Gup Trib. Vigevano, sent. 17 dicembre 2009, Stasi, inedita.

(13) Ass. app. Perugia, 3 ottobre-15 dicembre 2011, Knox, cit. Si vedano in proposito le considerazioni di C. Conti in C. Conti e E. Savio, *La sentenza d'appello*, cit., 575.

(14) Corre l'obbligo di precisare che la pronuncia non è definitiva ed è attualmente sottoposta al controllo di legittimità.

operato come un antidoto contro la totale discrezionalità del libero convincimento del giudice. Sotto questo profilo, il primo effetto è stato quello di aver "agevolato" la codificazione dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio", avvenuta con la legge 20 febbraio 2006, n. 46, che ha modificato l'art. 533, comma 1, c.p.p. Ma la sentenza Franzese ha avuto l'ulteriore effetto di aver stimolato la corretta interpretazione del nuovo *standard* probatorio, denominato nella tradizione angloamericana con l'acronimo BARD (*beyond any reasonable doubt*) (15). Sotto questo profilo, infatti, dobbiamo dare atto che, tra il 2006 ed il 2009, vi è stato in giurisprudenza ed in dottrina il tentativo di considerare l'"al di là di ogni ragionevole dubbio" come una regola meramente descrittiva e non prescrittiva.

Nel 2006 si è affermato che la nuova formulazione dell'art. 533 c.p.p. è un «banale americanismo e verità ovvia» (16). Un'altra dottrina ha sostenuto che: «a parte il suo valore simbolico, la previsione (dell'art. 533) non aggiunge nulla, sul piano prescrittivo, a quanto si ricava dalle norme sull'assoluzione per mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova di cui al sopra citato art. 530 (…)» (17).

Nei primi anni di la giurisprudenza di legittimità ha seguito tale opinione. Si è sostenuto che «il legislatore ha semplicemente formalizzato un principio già acquisito dalla giurisprudenza» (18); si è aggiunto che il nuovo art. 533 «ha carattere meramente descrittivo» (19).

La sentenza Franzese ha operato come un antidoto contro la predetta interpretazione riduzionistica. La pronuncia ha permesso alla dottrina di precisare che l'"al di là di ogni ragionevole dubbio" è sia una regola di giudizio, sia una regola probatoria, connessa alle dinamiche dell'*onus probandi* (20).

Si tratta di una regola *di giudizio* perché, in presenza di un dubbio, ormai non è più possibile decidere in base al criterio di "quello che avviene nella maggior parte dei casi". Lo ha affermato espressamente, ma soltanto nel 2009, la sentenza della quarta sezione nel procedimento Durante: «la regola dell'oltre ogni ragionevole dubbio ha messo definitivamente in crisi quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in presenza di più ipotesi ricostruttive del fatto, era consentito al giudice di merito di adottarne una che conduceva alla condanna solo perché la riteneva più probabile rispetto ad altre» (21).

Purtroppo, il criterio del "più probabile che no" è molto diffuso tra i giudici di merito. Prova ne sia che la sentenza della Corte di assise di primo grado di Perugia ha condannato facendo riferimento per trentanove volte al criterio della probabilità.

Note:

(15) Si veda F. Stella, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, 3^ ed., Milano, 2003, 157 ss. e F. D'Alessandro, *L'oltre ogni ragionevole dubbio nella revisione del processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2004, 685 ss.

(16) F. Cordero, *Procedura penale*, 8 ed., Milano, 2006, 1001.

(17) G. Illuminati, *Giudizio*, in Conso-Grevi, *Compendio di procedura penale*, 4 ed., Padova, 2008, 762: «tant'è vero che la giurisprudenza faceva già riferimento a tale parametro per indicare il livello di prova necessario per l'accertamento della colpevolezza». In senso contrario, P. Gualtieri, *Diritto di difesa e prova scientifica*, in *Scienza e processo penale*, a cura di C. Conti, Milano, 2011, 76; C. Conti, *Al di là del ragionevole dubbio*, cit., 87 ss.; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, 13^ ed., Milano, 2012, 240 ss.; S. Lorusso, *La regola del "ragionevole dubbio" e la riforma delle impugnazioni*, in AA.VV., *La sentenza della Corte costituzionale 6 febbraio 2007, n. 26: un energico richiamo al metodo della giurisdizione*, a cura di V. Garofoli, Milano, 2007, 95; G. Pierro, *Accertamento del fatto e colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio*, Roma, 2012, 43: «nell'affermare che la colpevolezza dell'imputato deve *risultare* il legislatore impiega un termine verbale obiettivo e concreto cui connette il dovere comportamentale da parte del giudice di pronunciare la sentenza di condanna».

(18) Cass., n. 20371 del 2006, Ganci, in *Ced Cass.,* 234111; «con la previsione della regola di giudizio dell'oltre ogni ragionevole dubbio (…) il legislatore *non ha introdotto un diverso e più rigoroso criterio* di valutazione della prova rispetto a quello precedentemente adottato dal codice, *ma ha semplicemente formalizzato* un principio già acquisito dalla giurisprudenza, secondo cui la condanna è possibile soltanto quando vi sia la certezza processuale della responsabilità dell'imputato».

(19) Cass., n. 19575 del 2006, Serino, in *Ced* Cass., 233785: «la modifica dell'art. 533 (…) *ha carattere meramente descrittivo*, più che sostanziale, dato che *anche in precedenza* il "ragionevole dubbio" sulla colpevolezza dell'imputato ne comportava il proscioglimento a norma dell'art. 530, secondo comma c.p.p.».

(20) G. Canzio, *L'"oltre il ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2004, 304-305; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, 7 ed., 2006, 219. Sottolinea C. Conti, *Al di là del ragionevole dubbio*, cit., 102: «l'aggettivo "ragionevole" significa "comprensibile da una persona razionale" e dunque oggettivabile attraverso una motivazione che faccia riferimento ad argomentazioni logiche». Si richiama oggi un approccio dinamico-qualitativo al concetto di ragionevole dubbio da considerarsi «un "modo di ragionare" rigoroso e basato su di un metodo che può definirsi "scientifico" […] Alla innegabile vaghezza di concetti come "ragionevole dubbio" e "probabilità logica" fa da contraltare la robustezza delle argomentazioni in fatto, la sequenza serrata delle ipotesi, dei tentativi di smentita e della formulazione di controipotesi, che debbono attribuire alla motivazione una tenuta logica ineccepibile, basata su di un impianto di cartesiana chiarezza». Così C. Conti, in P. Tonini e C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 79-80. Sul punto, v. F.M. Iacoviello, *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione*, in *Cass. pen.,* 2006, 3875.

(21) Cass., Sez. IV, n. 48320 del 2009, Durante, in *Ced Cass.*, 245879; in *Giust. pen.,* 2010, III, 387: «la regola dell'oltre il ragionevole dubbio ha messo definitivamente in crisi quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui, in presenza di più ipotesi ricostruttive del fatto, era consentito al giudice di merito di adottarne una che conduceva alla condanna sol perché la riteneva più probabile rispetto ad altre». Si veda, per la segnalazione del rilievo della pronuncia e per un'ampia ricostruzione sistematica dei criteri e dei metodi della conoscenza processuale, G. Pierro, *Accertamento del fatto e colpevolezza al di là di ogni ragionevole dubbio*, cit., 48 ss.

A due anni di distanza dalla sentenza Durante, il principio da questa espresso è stato accolto dalla sentenza della Corte di assise di appello di Perugia, della quale riportiamo uno stralcio. «La condizione richiesta da tale norma (art. 533) per pervenire ad una pronuncia di condanna non consente, dunque, di formulare una convinzione in termini di probabilità: per emettere una pronuncia di condanna, cioè, non è sufficiente che le probabilità della ipotesi accusatoria siano maggiori di quelle della ipotesi difensiva, neanche quando siano notevolmente più numerose» (22).

La sentenza Franzese ha ispirato un'ulteriore applicazione della regola di giudizio volta ad evitare la totale discrezionalità del libero convincimento. Si è affermato che, anche se vi è una prova scientifica, ma vi è il dubbio ragionevole sull'esistenza di una ricostruzione alternativa, si impone l'assoluzione. La svolta in questo senso è avvenuta nel 2011. Si è affermato che «la regola dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio" impone al giudice un metodo dialettico di verifica dell'ipotesi accusatoria secondo il criterio del "dubbio", con la conseguenza che il giudicante deve effettuare detta verifica in maniera da scongiurare la sussistenza di dubbi interni (ovvero la auto-contraddittorietà o la sua incapacità esplicativa) o esterni alla stessa (ovvero l'esistenza di una ipotesi alternativa dotata di razionalità e plausibilità pratica)» (23).

Il riscontro si è avuto di nuovo nella sentenza della Corte di assise di appello di Perugia: «è necessario che ogni spiegazione diversa dalla ipotesi accusatoria sia, secondo un criterio di ragionevolezza, niente affatto plausibile. In ogni altro caso (e cioè se vi è un'ipotesi alternativa ragionevole) si impone la assoluzione dell'imputato» (24).

In proposito, occorre menzionare quella dottrina secondo la quale tra l'intimo convincimento, da una parte, ed il ragionevole dubbio, dall'altra, la barriera è dato dalla motivazione (25). Si tratta di rendere operativo quello che è stato definito il «modello normativo della motivazione in fatto» (26), rappresentato dagli artt. 192, comma 1, e 546, lett. *e*. In sostanza, occorre che il giudice nell'apparato giustificativo della pronuncia spieghi perché sono state giudicate attendibili le prove a carico e non attendibili quelle a discarico.

In tempi recenti le conclusioni sopra riportate hanno avuto un'influenza fondamentale nella determinazione dell'ambito di applicabilità dell'art. 606, lett. *e*. Si sta affermando il principio secondo cui la cassazione deve controllare non soltanto la coerenza intrinseca della pronuncia impugnata, e cioè la congruità dell'accusa rispetto ai fatti, come avveniva in passato, bensì deve prendere in considerazione anche l'ipotesi antagonista di spiegazione dei fatti, e cioè la ricostruzione alternativa prospettata dalla difesa. In sostanza, la giurisprudenza sta accogliendo la tesi secondo cui «una sentenza che organizza in modo *logico* poche informazioni probatorie non sarà illogica, ma fomenta dubbi ragionevoli» (27). Detto in altro modo: la violazione del canone del ragionevole dubbio è anche, e soprattutto, un problema di legittimità perché tocca il metodo con cui è costruita la sentenza; quindi supera il limite secondo cui la illogicità dovrebbe essere «manifesta», stando alla lett. e dell'art. 606. Ormai la violazione del ragionevole dubbio sta diventando sindacabile in Cassazione, anche se non è manifesta (28).

Come si è accennato, l'onda lunga della sentenza Franzese è giunta di recente finanche a toccare il tema della catena di custodia dei reperti. In casi giudiziari diventati assai noti si è posto il problema della parte alla quale spetta l'onere di provare la genuinità del reperto raccolto sulla scena del delitto o, viceversa, la contaminazione del medesimo. La giurisprudenza tradizionale considera la documentazione raccolta dalla polizia o dall'esperto del pubblico mi-

Note:

(22) Ass. app. Perugia, 3 ottobre-15 dicembre 2011, Knox, 138-140.

(23) Cass., Sez. I, 24 ottobre 2011, n. 41110, Javad, in *Ced Cass.*, 251507.

(24) In dottrina, sul grado di dimostrazione delle spiegazioni alternative, F. Caprioli, *L'accertamento della responsabilità penale "oltre ogni ragionevole dubbio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2009, 64; M. Daniele, *Una prima applicazione giurisprudenziale della regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 258; P. Ferrua, *La colpevolezza oltre ogni ragionevole dubbio*, in AA.VV., *Il nuovo regime delle impugnazioni tra Corte costituzionale e Sezioni Unite*, a cura di L. Filippi, Padova, 2007,141; G. Spangher, *Tra resistenze applicative ed istanze restauratrici*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "legge Pecorella"*, a cura di A. Gaito, Milano, 2006, 254. Secondo F.M. Iacoviello, *Lo standard probatorio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio e il suo controllo in cassazione*, in *Cass. pen.,* 2006, 3876, «ragionevolezza non significa probabilità: di due ipotesi, egualmente ragionevoli, una può essere più probabile dell'altra. La ragionevolezza, in questo senso, è il limite di rilevanza di un'ipotesi. Un'ipotesi è processualmente rilevante - e quindi può essere presa in considerazione - solo se è ragionevole. Quindi, perché la controipotesi faccia scattare l'assoluzione, è necessario che sia compatibile con i fatti […] e che sia ragionevole».

(25) C. Conti, *Al di là del ragionevole dubbio*, cit., 103.

(26) G. Canzio, prefazione a A. Dershowitz, *Dubbi ragionevoli. Il sistema della giustizia penale e il caso O.J. Simpson*, trad. it., Milano, 2007, XXII.

(27) F.M. Iacoviello, *Lo standard probatorio*, cit., 3876; analogamente, P. Ferrua, *La colpevolezza*, cit.,150.

(28) Si veda Cass. I, 24 ottobre 2011, Javad, cit.

nistero come un atto del procedimento non sottoponibile a critica, quasi che fosse un'acquisizione non dubitabile. Di conseguenza, la medesima giurisprudenza scarica sull'imputato l'onere della prova che vi è stata una contaminazione o un difetto di conservazione, secondo lo schema tipico dell'eccezione sollevabile nel processo civile.
In verità, abbiamo potuto constatare che la presunzione "umana" di *genuinità* dei campioni può esistere soltanto quando la catena di custodia è stata assicurata sia dal legislatore, sia nel singolo processo (29). Se essa è stata assicurata in concreto, *nulla quaestio*. Purtroppo, però, la legislazione attuale non prevede gli strumenti normativi che inducono a conservare la catena di custodia dei reperti né a documentarla.
Riteniamo che il nuovo art. 533 c.p.p. abbia una precisa influenza nella materia in esame. Dopo la riforma del 2006, che ha "consacrato" il principio del ragionevole dubbio, l'onere della prova a carico spetta all'accusa senza scorciatoie e senza materie immuni. Non esiste più la presunzione di attendibilità delle conoscenze ufficiali raccolte nel corso del procedimento.
Ormai, è l'accusa che deve eliminare ogni ragionevole dubbio in base a prove; e queste devono essere genuine, perché possano convincere il giudice della reità dell'imputato. Se non è provato che sono genuine, non è eliminato ogni dubbio ragionevole.
Pertanto, il problema si risolve collocando la questione nel quadro dei princìpi fondamentali. In base al nuovo sistema creato dal legislatore, sull'onda della sentenza Franzese, colui che accusa ha l'onere della prova anche della *genuinità* del campione e del reperto. Ciò è richiesto da uno dei princìpi fondamentali del processo, e cioè dalla presunzione di innocenza, attuata dall'art. 533.
La nuova impostazione, sopra rammentata, è stata accolta dalla sentenza della Corte di assise di appello di Perugia, della quale merita riportare un ulteriore stralcio (30). Occorre premettere che nel dibattimento di appello il pubblico ministero aveva affermato che non bastava sostenere che il risultato derivava da contaminazione: colui che sosteneva essersi in presenza di contaminazione avrebbe avuto l'onere di provarne l'origine. Quindi, la difesa avrebbe dovuto provare che era avvenuta una contaminazione dei reperti.
La Corte di appello di Perugia ha ribattuto: «tale argomentazione non può, però, essere condivisa in quanto finisce con il trattare sul piano giuridico la eventualità di una contaminazione come una eccezione di natura civilistica (…)». Ed ha proseguito: «nell'ambito del processo - come è noto - incombe sul pubblico ministero che sostiene l'accusa in giudizio (…) [l'onere] di provare la sussistenza di tutti gli elementi sulla quale essa si basa e, dunque, allorché uno (di essi) è integrato da un elemento scientifico, (che rappresenta il risultato di un procedimento di analisi), l'onere (del pubblico ministero) è anche quello di provare che il risultato è stato ottenuto mediante un procedimento che garantisca la genuinità del reperto dal momento della repertazione a quello dell'analisi».
E ancora, la Corte di assise di appello di Perugia ha affermato che non grava sull'imputato l'onere della prova della provenienza della contaminazione, «dovendo, al contrario, chi sostiene l'accusa basata su quel risultato, provare che il procedimento e, prima ancora, la fase della repertazione, siano avvenuti nel rispetto delle modalità e cautele necessarie ad evitare il verificarsi di contaminazioni» (31).

L'antidoto contro la deriva tecnicistica del processo penale

Deve ancora esser esaminato un terzo profilo di influenza della sentenza Franzese sul processo penale. È nostro convincimento che la pronuncia sia stata un antidoto contro la deriva tecnicistica che si è manifestata a partire dal 2002 (32). Era iniziata allora l'illusione di poter affidare completamente il processo penale alla scienza e all'esperto, nel senso che i risultati della prova scientifica sarebbero stati sufficienti da soli a determinare l'accertamento dei fatti. Ad esempio, è stato sostenuto che bastava l'esame del DNA a identificare il colpevole ed era sufficiente lo studio della BPA, e cioè della forma, dimensione e posizionamento delle macchie di sangue (*Blo-*

Note:

(29) P. Tonini, *Informazioni genetiche e processo penale ad un anno dalla legge*, in questa *Rivista*, 2010, 883 ss. V. anche C. Conti, in C. Conti, E. Savio, *La sentenza d'appello nel processo di Perugia*, cit., 598; Ead., in P. Tonini e C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., 332.

(30) Ass. app. Perugia, 3 ottobre-15 dicembre 2011, Knox, 82-84.

(31) Ass. app. Perugia, 3 ottobre-15 dicembre 2011, Knox, 9. Per i precedenti in tema di catena di custodia, si veda Cass., Sez. III, 16 dicembre 2009, Pirrotta, in questa *Rivista*, 2010, 1076, con nota di V. Casini, *Sanzionata dalla Cassazione l'omessa catena di custodia*; Cass., Sez. I, 14 marzo 2007, Manno, in *Ced Cass.*, 236291. La Corte d'assise d'appello di Perugia ha affermato che il rispetto delle *best practices* nel repertamento deve consentire di escludere che il DNA si sia depositato accidentalmente per contaminazione. In dottrina, C. Conti, *Il volto attuale dell'inutilizzabilità: derive sostanzialistiche e bussola della legalità*, in questa *Rivista*, 2010, 785.

(32) Per un approfondimento della tematica, si veda A. Scalfati, *La deriva scientista dell'accertamento penale*, in *Proc. pen. e giust.*, 2011, 5, 149.

odstain Pattern Analysis), ad indicare lo svolgimento dei fatti, con delega totale all'esperto.
Ebbene, una deriva tecnicistica di tal genere è stata fronteggiata dal 2002 grazie agli sviluppi metodologici che sono stati attivati dalla sentenza Franzese. Noi sappiamo che un evento può essere la conseguenza di varie cause; ed allora occorre escludere almeno l'operatività di quelle che sono attualmente conoscibili e ipotizzabili. Purtroppo, la giurisprudenza tradizionale ha affermato il principio secondo cui, quando vi è una prova scientifica a carico, l'accusa è esentata dal dimostrare che la ricostruzione alternativa, proposta dalla difesa, non è ragionevole (33).
Sotto tale profilo, la svolta inaugurata dalla giurisprudenza innovatrice è recente: si tratta di tre sentenze tra il 2009 e il 2011.
La prima è la sentenza Javad del 2011 (34), che afferma: «la regola dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio" (…) impone al giudice un metodo dialettico di verifica dell'ipotesi accusatoria secondo il criterio del "dubbio", con la conseguenza che il giudicante deve effettuare detta verifica in maniera da scongiurare la sussistenza di dubbi interni (ovvero la auto-contraddittorietà o la sua incapacità esplicativa) o esterni alla stessa (ovvero l'esistenza di una ipotesi alternativa dotata di razionalità e plausibilità pratica)».
La seconda decisione, in questo elenco, è quella che è stata pronunciata dalla Corte di cassazione sulla problematica della responsabilità per la morte da mesotelioma da amianto. Si tratta della sentenza Cozzini (35), che ha avuto enorme risonanza tra i commentatori limitatamente ai profili di diritto penale sostanziale (36).
Sotto un profilo di diritto processuale penale, la sentenza ha rivelato la propria importanza nell'individuazione dei criteri sulla base dei quali il giudice deve scegliere tra due tesi scientifiche in conflitto irrisolto. Si tratta dei medesimi parametri che a suo tempo la sentenza Daubert, pronunciata dalla Suprema Corte del Stati Uniti nel 1993, ha indicato per stabilire se un determinato metodo costituisca o meno una conoscenza "scientifica" (37).
Nella motivazione della sentenza Cozzini (§ 16) si è precisato che per valutare l'attendibilità di una teoria occorre esaminare gli studi che la sorreggono; le basi fattuali sulle quali essi sono condotti; l'ampiezza, la rigorosità, l'oggettività della ricerca; il grado di sostegno che i fatti accordano alla tesi; la discussione critica che ha accompagnato l'elaborazione dello studio, focalizzata sia sui fatti che mettono in discussione l'ipotesi, sia sulle diverse opinioni che nel corso della discussione si sono formate; l'attitudine esplicativa dell'elaborazione teorica.
In un nostro scritto abbiamo segnalato che la sentenza non soltanto ha accolto i tradizionali criteri enunciati dalla sentenza Daubert, ma in più aspetti li ha amplificati (38). Infatti, agli ormai consueti requisiti della verificabilità, della falsificabilità, della sottoposizione al controllo della comunità scientifica, della conoscenza del tasso di errore, la S.C. ha aggiunto i nuovi parametri dell'affidabilità e dell'indipendenza dell'esperto, della considerazione delle finalità per le quali si è mosso, della possibilità di formulare criteri di scelta tra le contrapposte tesi scientifiche.
Dalla motivazione della sentenza si è dedotto che, nel caso in cui coesistano più ipotesi ricostruttive contrastanti, il giudice di merito deve verificare il grado di conferma di ciascuna di esse dopo aver acquisito tutte le informazioni rilevanti; se ciò è impossibile, non può «convalidare una delle ipotesi plausibili solo perché la ritiene più convincente di altre» (39).
Infine, anche a chiusura di questa serie, merita nuovamente richiamare la sentenza della Corte di assise di appello di Perugia nel caso di Amanda Knox. Come si è già sottolineato, nella motivazione si afferma che per emettere una pronuncia di

Note:

(33) Cass., sez. I, 21 maggio - 29 luglio 2008, Franzoni, in *Cass. pen.,* 2009, 1867, dalla motivazione della quale riportiamo il ragionamento centrale: «una volta, invero, dimostrate l'assoluta implausibilità dell'ingresso di un estraneo nell'abitazione e la materiale impossibilità che costui possa aver agito, con le modalità già descritte, nel ristrettissimo spazio di tempo a sua disposizione, ed una volta esclusa, come esplicitamente fa la sentenza, ogni responsabilità da parte del marito dell'imputata e del figlio D., unica realistica e necessitata alternativa residuale è quella della responsabilità della sola persona presente in casa nelle fasi antecedenti la chiamata dei soccorsi».

(34) Cass., sez. I, 24 ottobre 2011, Javad, in *Ced Cass.*, 251507.

(35) Cass., sez. IV, 13 dicembre 2010, Cozzini, estensore Blaiotta, in questa *Rivista*, 2011, 1342, con nota di P. Tonini.

(36) La sentenza è pubblicata in *Cass. pen.,* 2011, 1679, con nota di R. Bartoli, e in *Guida dir.*, 2011, 6, 93, con nota di G. Amato; in *Riv. trim. dir. pen. econom.*, 2011, 561, con nota di M. Grotto; in *Foro it.*, 2012, II, 10, con nota di L. Calò.

(37) Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc., 509 U.S. 579, 113 S. Ct. 2786 (1993), trad. in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1996, 278. Può essere utile ricordare, per sintesi, i criteri di affidabilità del metodo scientifico ritenuti validi dalla sentenza Daubert: 1) verificabilità del metodo; 2) falsificabilità; 3) sottoposizione al controllo della comunità scientifica; 4) conoscenza del tasso di errore. Soltanto a questo punto il giudice deve considerare se il metodo proposto gode di una generale accettazione nella comunità degli esperti. Tuttavia, si tratta di un criterio ausiliario, ma non indispensabile, poiché la scienza maggioritaria è superabile da un metodo più recente.

(38) In questa *Rivista*, 2011, 1342.

(39) In tal senso, C. Brusco, *Il rapporto di causalità. Prassi e orientamenti*, Milano, 2012, 173.

condanna non è sufficiente che le probabilità della ipotesi accusatoria siano maggiori di quelle della ipotesi difensiva, neanche quando siano notevolmente più numerose, bensì è necessario che ogni spiegazione diversa dalla ipotesi accusatoria sia, secondo un criterio di ragionevolezza, niente affatto plausibile. In ogni altro caso (e cioè se vi è un'ipotesi alternativa ragionevole) si impone l'assoluzione dell'imputato (40).
Quanto abbiamo anticipato finora consente di comprendere come la fonte originaria del modello di conoscenza giudiziaria alla quale si ricollegano le tre sentenze menzionate sia proprio la sentenza Franzese. Si tratta di un modello di conoscenza che, all'inizio, ha faticato ad essere accettato, ma che sta oggi portando i suoi frutti.

Applicabilità del metodo scientifico alle massime di esperienza

Ma v'è dell'altro. Nella sentenza Franzese è stato evocato più volte, anche se non espressamente, il criterio della possibilità di smentita, che appare ormai assodato in materia di prova scientifica. È pacifico che, perché possa parlarsi di "scientificità", la legge applicata nel caso concreto deve essere sottoponibile al cd. tentativo di falsificazione (41).
Ebbene, malgrado esistano numerose voci contrarie, riteniamo che il medesimo criterio debba operare quando nel processo penale sono utilizzate le massime di esperienza. Anzi, la possibilità di smentita è resa ancora più impellente dalle caratteristiche di queste ultime, che non sono "sperimentabili" e non sono "generali", perché le regole del comportamento umano ammettono eccezioni (42).
Dalla regola dell'al di là di ogni ragionevole dubbio consegue che anche per le massime di esperienza occorre adottare il metodo scientifico; e cioè, è necessario far seguire, all'induzione ed alla conferma, il tentativo di smentita. Da un lato, il metodo induttivo deve ricavare da fatti simili alla circostanza indiziante la "migliore" regola di esperienza. Da un altro lato, occorre poi valutare se la regola è applicabile al caso concreto, alla luce di tutte le particolarità che lo caratterizzano. Si tratta di una valutazione che prescinde dalla probabilità che in astratto connota la massima di esperienza.
Inoltre, come per la legge scientifica, è indispensabile operare il tentativo di smentita, andando a ricercare in concreto se vi sono tutte quelle conseguenze che dovrebbero riscontrarsi se la massima di esperienza ipotizzata avesse davvero operato nel caso di specie. All'evidenza, occorre procedere nel medesimo modo in cui si applica una legge scientifica. Se non si trova quella conseguenza che do-

Note:

(40) Secondo C. Conti, in C. Conti, E. Savio, *La sentenza d'appello nel processo di Perugia*, cit., 580, la regola *bard* non è implementata mediante sterili criteri quantitativi, difficili tanto da riempire di contenuto quanto da rendere controllabili e "coercibili" al fine di evitare pericolosi slittamenti verso l'intuizionismo giudiziale. Viceversa, il canone in esame diventa un metodo di valutazione delle prove che deve essere fedelmente riprodotto dalle cadenze di una motivazione logica, coerente e completa. Il rispetto di un simile modello legale risponde senz'altro ai criteri di oggettivabilità e sindacabilità che si collocano agli antipodi dell'evanescente approccio quantitativo.

(41) In proposito, v. anche C. Conti, *Evoluzione della scienza e ruolo degli esperti nel processo penale*, in Aa.Vv., *Medicina e diritto penale*, a cura di Canestrari, Giunta, Guerrini, Padovani, Napoli, 2009, 335 ss.

(42) Sulla necessità di costruire correttamente la massima di esperienza si veda P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, 13^ ed., Milano, 2012, 220 ss.; Id., in P. Tonini e C. Conti, *Il diritto delle prove penali*, cit., 52-53. Riteniamo inaccettabile che, in materia di regole di esperienza, l'accertamento giudiziale continui a basarsi soltanto su quello che sembra avvenire "nella maggior parte dei casi" e non accolga il metodo scientifico anche nell'individuare la singola regola di esperienza applicabile al caso concreto. E ciò, in un momento in cui tutte le altre discipline si stanno orientando nell'accogliere un metodo di conoscenza strutturato su quello scientifico; da ultimo, per quanto avviene nella storiografia, si veda E. Di Nuoscio, *Tucidide come Einstein? La spiegazione scientifica in storiografia*, Soveria Mannelli, 2004, 193 ss.
Il nostro convincimento, da tempo, si scontra con l'opinione di alcuni studiosi, i quali ritengono che le regole di esperienza siano proprie di una "persona di cultura media", mentre altri fanno riferimento alle conoscenze dell'uomo "comune". Sono posizioni che si rifanno ad una dottrina civilistica datata: G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1923, 1027; analogamente V. Denti, *Contributo allo studio del giudizio di equità nel processo civile*, Pavia, 1944, 22. Purtroppo, sono opinioni diffuse anche tra alcuni processual-penalisti contemporanei.
Un'impostazione del genere è suscettibile di gravi effetti ove si tenga presente che proprio il processo penale è la sede elettiva per l'applicazione delle massime di esperienza; e il rilievo concerne anche l'accertamento del rapporto di causalità, nonostante le controversie sul punto. Pertanto, il sottovalutare il metodo da seguire, nell'applicazione delle massime di esperienza, rischia di sviare l'accertamento e, in alcuni casi, finanche di sgretolare il principio di tipicità della fattispecie.
In verità, si ha l'impressione che sia stata operata una contaminazione con le regole cautelari che si applicano alla nozione di "colpa" nel diritto penale sostanziale. E cioè, con la colpa dell'uomo medio, a meno che non abbia cognizioni superiori.
Una soluzione del genere, tuttavia, è accettabile quando occorre effettuare una valutazione sulla "rimproverabilità" della colpa in base al criterio dell'agente modello. Non può essere trasferita nel momento in cui si deve accertare la fondatezza dell'ipotesi ricostruttiva, formulata dal pubblico ministero nell'imputazione. Si tratta di profili completamente differenti.
Nel processo penale dal 2006 si deve effettuare un accertamento della responsabilità al di là di ogni ragionevole dubbio; e quindi, occorre impiegare i migliori strumenti di conoscenza disponibili. In un noto scritto a proposito del rapporto di causalità, F. Mantovani (*Causalità, obbligo di garanzia e dolo nei reati omissivi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2004, spec. 990 e 992-993), richiede la miglior scienza ed aggiunge «e la migliore esperienza». All'evidenza il riferimento non assume come parametro l'uomo medio.

vrebbe esserci, allora si può mettere in dubbio che la regola di esperienza sia applicabile al caso concreto (43).
Un'applicazione del metodo scientifico alle massime di esperienza è stata effettuata nel caso Garlasco (44). Com'è noto, in quella sede ci si è interrogati a lungo sulla verosimiglianza della versione, data dall'imputato, che affermava di aver raggiunto, dalla porta di ingresso, un determinato punto della casa, e cioè le scale, ma non si era sporcato le suole delle scarpe, mentre, viceversa, il percorso tra l'ingresso di casa e il punto in questione era disseminato di macchie di sangue fresco (45).
Il ragionamento del pubblico ministero si basava sulla massima di esperienza secondo cui "l'uomo cammina seguendo il percorso più breve da un punto ad un altro". Se così fosse stato, non sarebbe apparsa verosimile la versione dell'imputato, che affermava di aver raggiunto, dalla porta di ingresso, la scala della cantinetta, ma non si era sporcato le suole delle scarpe: questa era una delle prove a carico.
Il giudice di Vigevano ha disposto una perizia sulla posizione delle macchie di sangue e sulla probabilità di evitare le stesse nel percorrere tale cammino. In particolare, il giudice ha conferito l'incarico ad un esperto dell'Università di Torino, un ingegnere, che ha effettuato un esperimento utilizzando un finto pavimento, macchiato di sangue, e ha chiesto ad alcuni sperimentatori di correre da un punto all'altro della stanza così ricostruita in laboratorio. Tutti hanno evitato di calpestare le macchie di sangue.
Si tratta di una vicenda importante perché in tal modo è stato fatto un tentativo di falsificazione della massima di esperienza e si è applicato il medesimo metodo con cui si deve operare per la prova scientifica. Si è così dimostrato che l'essere umano tende a camminare evitando di calpestare le macchie di sangue fresco. L'esperimento ha offerto al giudice una spiegazione, che è contraria a quanto ha sostenuto l'accusa, ma che è basata su di un metodo "scientifico" in relazione al comportamento dell'imputato al momento del rinvenimento del cadavere della fidanzata e in relazione al possibile motivo, per cui le sue scarpe non si erano sporcate. Se il giudice avesse condiviso l'ipotesi d'accusa e avesse utilizzato nel suo ragionamento decisionale la massima di esperienza comune "l'uomo cammina seguendo il percorso più breve da un punto all'altro" (massima che *prima facie* sembrava vera a chiunque), avrebbe ragionato su di un presupposto non rispondente a come in effetti l'essere umano si comporta nella situazione specifica osservata.

Considerazioni conclusive

Possiamo proporre alcune considerazioni conclusive che si fondano sull'analisi che abbiamo effettuato in relazione al decennio trascorso.
In primo luogo, nell'esaminare l'influenza che la sentenza Franzese ha prodotto sul processo penale, abbiamo notato una qualche "esiguità" della dottrina. In effetti, tra i processual-penalisti non sono stati numerosi coloro che hanno trattato le problematiche dell'onere della prova e della motivazione della sentenza, tracciando la strada alla giurisprudenza successiva; anche se, tuttavia, vi sono stati alcuni studiosi che hanno rilevato l'importanza del metodo di conoscenza manifestatosi a decorrere dal 2002. Certo, molto più ampio è stato il dibattito nella dottrina di diritto sostanziale, che ha elaborato la nuova impostazione teorica del rapporto di causalità.
In secondo luogo, da parte del legislatore vi è stato un unico riscontro della novità della sentenza, e questo si è avuto nel 2006 con la legge n. 46 che ha modificato l'art. 533 c.p.p. Ma l'intervento aveva la sua causa occasionale determinata dalla contemporanea eliminazione dell'appellabilità della sentenza di proscioglimento (46).
In verità, ben altre modifiche legislative sarebbero state necessarie per attuare il nuovo *standard* probatorio nel processo penale. Possiamo fare un esempio per tutte. Nel dibattimento, dopo che l'accusa ha svolto il suo "caso" chiamando a deporre i testimoni, i consulenti ed i periti a proprio favore, la difesa dovrebbe avere un potere analogo a quello che ha negli ordinamenti di tipo *adversary*. E cioè, dovrebbe avere il diritto a che il giudice si pronunci sulla esistenza di un *prima facie casus*: occorre poter valutare se l'accusa ha prodotto prove attendibili, in grado di superare la presunzione di innocenza dell'imputato.

Note:

(43) Per una osservazione analoga in relazione alla scienza psicologica, si veda P. Cherubini, *Inferenze indiziarie e distorsioni nella valutazione delle assenze*, in *Cass. pen.,* 2010, 4029: «l'inquirente deve essere all'erta nel chiedersi e osservare, oltre a cosa ci sia in una scena, anche cosa manchi: la mente non lo registra spontaneamente, come abbiamo visto, e per farlo sistematicamente occorre attitudine ed abitudine ad uno stile di pensiero molto analitico».

(44) Gup Trib. Vigevano, sent. 17 dicembre 2009, inedita. La vicenda è descritta da M.T. Zampogna e C. Rey, *I criteri della prova scientifica nel processo penale: utilizzo e valutazione della consulenza tecnica*, in *Psichiatria, psicologia e diritto*, 2011, n. 4, 18.

(45) M.T. Zampogna e C. Rey, *I criteri della prova scientifica*, loc. ult. cit.

(46) V. ancora C. Conti, *Al di là del ragionevole dubbio*, cit., 104.

Ove non lo abbia fatto, il giudice dovrebbe ordinare che il dibattimento non prosegua e decidere nel merito.
Quello esposto è un esempio di quanto si potrebbe fare per accogliere appieno il canone probatorio del ragionevole dubbio. Certamente, nei dieci anni appena trascorsi il nuovo metodo di conoscenza ha faticato ad imporsi di fronte alle vischiosità della prassi; ma ormai la sentenza Franzese ha prodotto i suoi frutti. Gli studi che ha innescato stanno contribuendo a rendere adeguato il processo penale alla modernità del sapere. È una conquista della quale la dottrina e la giurisprudenza si possono vantare a buon diritto.

LIBRI

COLLANA: **ITINERA – Guide giuridiche**

Famiglia

Studio Rimini

a cura di Carlo Rimini

L'opera affronta, con un'**impostazione multidisciplinare** e con il giusto bilanciamento di **approfondimento scientifico** e **taglio pratico-operativo**, la tematica del diritto di famiglia.
Attraverso inquadramenti sistematici, esempi, *case history*, casistica giurisprudenziale, schemi riepilogativi, focus, clausole contrattuali e approfondimenti, vengono esaminati:
– il **matrimonio**, sia negli **aspetti fisiologici** (promessa, condizioni per contrarre, matrimonio all'estero, matrimonio concordatario) che **patologici** (nullità e annullamento, separazione e divorzio)
– la **convivenza** (rapporti personali e patrimoniali tra conviventi, cessazione della convivenza, contratti di convivenza)
– gli **effetti del matrimonio** (diritti e doveri dei coniugi)
– il **regime patrimoniale** della famiglia (comunione e separazione dei beni, fondo patrimoniale, impresa familiare)
– il **rapporto di filiazione** (sia legittima che naturale)
– le **questioni processuali** nei giudizi di separazione e divorzio
– gli **aspetti fiscali** (le indagini basate sui documenti fiscali e contabili per la determinazione del reddito e del patrimonio dei coniugi)
– il **diritto penale della famiglia**

Il volume è disponibile anche in **formato ebook**.

Ipsoa 2012, Euro 55,00

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***

Reati contro la P.A.

La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale

di **Sergio Seminara**

Il lavoro analizza la formulazione dei reati in tema di corruzione e concussione contenuti nel disegno di legge approvato dalla Camera dei Deputati il 14 giugno 2012 e attualmente in attesa dell'esame in Senato.

Premessa

I reati di concussione e corruzione sono investiti da venti di riforma, la cui motivazione appare intuibile: a tutti i livelli della pubblica amministrazione (intesa nel senso ampio recepito dal codice penale) si è ormai radicato un sistema di corruzione che è fonte di enormi costi per la collettività nazionale, oggi stimati dalla Corte dei conti in circa sessanta miliardi di euro l'anno (1).

Alla base delle proposte di modifica degli artt. 318 ss. c.p. v'è però un'ulteriore e cogente ragione, legata agli impegni assunti dall'Italia, tra l'altro, con la Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione (cd. convenzione di Merida), adottata dall'Assemblea generale il 31 ottobre 2003 e ratificata con legge 3 agosto 2009, n. 116 e con la Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio di Europa del 27 gennaio 1999, la cui ratifica ed esecuzione ha avuto solo recentemente avvio con il d.d.l. approvato dal Senato il 14 marzo 2012. Il problema giuridico della corruzione ha dunque perduto una dimensione esclusivamente nazionale e la nostra stessa libertà di accettare la convivenza con tale fenomeno e di consentirgli di prosperare, fino a raggiungere i livelli attuali, è venuta meno.

La nuova disciplina della corruzione

Il testo approvato il 14 giugno 2012 dalla Camera dei Deputati sostituisce l'art. 318 con la seguente disposizione: «(Corruzione per l'esercizio della funzione). *Il pubblico ufficiale che, in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità o ne accetta la promessa è punito con la reclusione da uno a cinque anni*». Inoltre, sono aggravate le pene per la corruzione propria *ex* art. 319 (la cornice attuale, da due a cinque anni, è portata da quattro a otto anni) e per la corruzione in atti giudiziari *ex* art. 319-*ter* (al comma 1, la reclusione da tre a otto anni è sostituita con la reclusione da quattro a dieci anni e al comma 2 il limite minimo della reclusione è elevato da quattro a cinque anni).

Tralasciando le ulteriori modifiche di tipo sanzionatorio - che comprendono significative innovazioni rispetto alle pene accessorie interdittive e alla confisca -, il d.d.l. prevede dunque due diverse tipologie di corruzione: una propria, riferita alla retribuzione per il compimento di uno specifico atto contrario ai doveri di ufficio, e una «per l'esercizio della funzione».

Conviene subito osservare che l'autonoma previsione della corruzione propria - in luogo di un'indistinta fattispecie destinata a comprendere ogni ipotesi corruttiva (2) - va condivisa, poiché mantiene ferma la maggiore gravità della retribuzione di atti contrari ai doveri di ufficio. È vero che la distanza tra corruzione propria e impropria tende a svanire rispetto agli atti discrezionali, ma una corretta tecnica legislativa pretende che si evitino assimilazioni con-

Note:

(1) In generale v. M. Arnone - E. Iliopulos, *La corruzione costa*, Milano, 2005, 35 ss.

(2) L'art. 15 della Convenzione di Merida e l'art. 2 della Convenzione del Consiglio di Europa genericamente riferiscono la corruzione a un vantaggio dato o promesso, o specularmente accettato o sollecitato, affinché il pubblico funzionario «compia o si astenga dal compiere un atto nell'esercizio delle sue funzioni ufficiali».

cettuali destinate a produrre confusione sul piano dei (dis)valori (3).
Spostando l'attenzione sul nuovo art. 318, esso consiste in un'ibridazione tra la vigente corruzione impropria e l'indebita accettazione di utilità correlate all'esercizio delle funzioni o dei poteri del soggetto qualificato.
In favore di questa soluzione può notarsi il suo allineamento a un orientamento giurisprudenziale da tempo consolidatosi a dispetto del dettato normativo e della dominante dottrina, concernente la configurabilità del reato di corruzione indipendentemente dall'accertamento in concreto dell'atto di ufficio oggetto dell'illecito sinallagma, laddove sia comunque dimostrato che la dazione del denaro sia stata effettuata in ragione delle funzioni esercitate dall'intraneo e per compensarne i favori (4). Che la discrasia tra giurisprudenza e dottrina venga così ad avere fine, è certamente una cosa positiva; casomai, si potrebbe osservare che proprio l'esigenza di una modifica normativa dimostra come l'attuale interpretazione giurisprudenziale non sia conforme alla disciplina vigente.
L'esegesi del nuovo art. 318 richiede una notazione preliminare. Nella nostra tradizione giuridica, il concetto di corruzione ha sempre avuto ad oggetto uno specifico atto, conforme o contrario ai doveri di ufficio (5), mentre la promessa o la corresponsione di utilità «in relazione all'esercizio della funzione» si caratterizza attraverso l'assenza di un accordo concernente il compimento dell'atto. Sotto questo profilo, si tratta dunque di stabilire se il mantenimento nella rubrica del termine «corruzione» miri a mantenere l'esigenza di un rapporto mercantilistico, seppure sganciato dalla riferibilità a un atto di ufficio già individuato, o valga invece a comprendere qualsiasi indebita utilità correlata «all'esercizio della funzione».
In sede di primo commento, è stato autorevolmente posto in luce come il nuovo art. 318 assimili la corruzione impropria alla cd. corruzione «per asservimento» (6), così ponendo rimedio alla grave lacuna di punibilità emersa dalle più e meno recenti inchieste giudiziarie che hanno accertato casi di iscrizione di soggetti pubblici "a libro paga" da parte di privati e casi di corresponsione a pubblici ufficiali di donativi di rilevante importo, non giustificabili se non in ragione di future violazioni dei doveri di ufficio.
Ora, se realmente la fattispecie si limitasse a equiparare alla corruzione impropria condotte retributive "a futura memoria" - in cui la continuità o l'entità della dazione rivela l'impegno del pubblico agente a indirizzare la propria attività funzionale in favore del privato -, la concezione mercantilistica della corruzione verrebbe solo attenuata, poiché il concetto di asservimento evoca un'idoneità della condotta (7) che esclude l'incriminazione dell'indebita dazione - accettazione di utilità legata semplicemente alla qualifica.
In favore di una siffatta interpretazione restrittiva può deporre la rubrica «corruzione» utilizzata per la fattispecie in esame, in luogo di «indebita accettazione di utilità» (8), ma contro di essa milita la genericità della formulazione normativa, tale da comprendere ogni indebita dazione - accettazione di utilità, correlata all'esercizio delle funzioni o dei poteri del pubblico agente. D'altra parte, è da notare che la soluzione limitata alla corruzione impropria e a quella c.d. per asservimento non solo accosta realtà

Note:

(3) Nella prassi giudiziaria relativa agli anni 1982-2002, il 93% delle condanne per corruzione propria ha avuto ad oggetto pene detentive inferiori a due anni, mentre per la corruzione impropria solo lo 0,6% delle condanne ha superato i due anni di reclusione: cfr. P. Davigo - G. Mannozzi, *La corruzione in Italia*, Roma-Bari, 2007, 232 ss., i quali a pag. 297 deducono da tale «generalizzata tendenza a non differenziare la risposta sanzionatoria» l'insussistenza di diversità "ontologiche" tra corruzione propria e impropria.

(4) Per i necessari riferimenti giurisprudenziali C. Benussi, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini e G. Marinucci, Milano, 2011[3], II, 3025 s.; S. Seminara, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di A. Crespi - G. Forti - G. Zuccalà, Padova, 2008[5], 774.

(5) In prospettiva storica A. Cadoppi, *La disciplina della corruzione nelle legislazioni italiane dell'ottocento*, in *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, a cura di G. Fornasari e N.D. Luisi, Padova, 2003, 131. Rispetto al sistema vigente, per tutti, V. Manes, *L'atto d'ufficio nelle fattispecie di corruzione*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2000, 924 ss.

(6) F. Palazzo, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *www.dirittopenalecontemporaneo*, 3; v. anche E. Dolcini - F. Viganò, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione* (versione aggiornata alla luce dell'emendamento governativo presentato il 17 aprile 2012 alla Camera dei Deputati), *ivi*, 6. Sul tema cfr. A. Spena, *Il «turpe mercato»*, Milano, 2003, 579 ss.

(7) Da ult. Cass., 11 gennaio 2012, Stabile, in *Riv. pen.,* 2012, 396, che in relazione all'art. 322 c.p. afferma l'esigenza di correlare la potenzialità corruttiva dell'offerta «alla controprestazione richiesta, alle condizioni dell'offerente e del soggetto pubblico nonché alle circostanze di tempo e di luogo in cui si colloca il fatto».

(8) Non va però trascurato, sotto questo profilo, che l'adozione della rubrica «Indebita accettazione di utilità» sarebbe preclusa dal nuovo art. 319-*quater*, intitolato «Indebita induzione di utilità». Da notare che il codice penale tedesco nettamente differenzia nei §§ 331 ss. le coppie concettuali *Vorteilsannahme - Vorteilsgewährung* e *Bestechlichkeit - Bestechung*; il progetto Pagliaro distingueva invece nell'art. 138, nn. 6 e 7, la corruzione, intesa come corruzione propria, e l'indebita accettazione di utilità, «consistente nel fatto del pubblico agente che, per compiere un atto, riceve, per sé o per altri, in denaro o altre utilità, una retribuzione che non gli è dovuta o ne accetta la promessa» (quindi si trattava della corruzione impropria).

criminologicamente assai lontane (9), ma in ogni caso comporta un modesto alleggerimento probatorio per l'accusa: è vero che non sarebbe più necessario dimostrare il legame tra il compenso e uno specifico atto di ufficio (10), ma rimarrebbe ferma l'esigenza di provare la proiezione dell'utilità su un esercizio delle funzioni o dei poteri favorevole al privato, così da dimostrare appunto un asservimento.
Il nuovo art. 318 attrae quindi non solo la corruzione impropria e quella c.d. per asservimento, ma anche le indebite dazioni e accettazioni di utilità semplicemente correlate alle funzioni o ai poteri del pubblico agente. La questione si sposta così sul piano del disvalore sanzionato dalla fattispecie.
Invero, ammettendo che la norma comprende ogni indebita accettazione di utilità, si deve riconoscere che il fatto di ricevere l'offerta o la dazione «in relazione all'esercizio delle (…) funzioni o dei (…) poteri» non implica ancora la violazione dei doveri della funzione, ad eccezione del dovere di non venalità. Sotto questo profilo, il caso che la dazione o promessa sia riferita a uno specifico atto, sebbene conforme ai doveri di ufficio, potrebbe apparire più grave, in quanto consistente in una compravendita dell'atto che risulta estranea all'illecito di indebita accettazione di utilità; mentre ancora più grave risulta la corresponsione di utilità per importi talmente significativi da evocare future controprestazioni consistenti in atti contrari ai doveri di ufficio.
In altre parole, nel nuovo art. 318 risultano tipizzate le retribuzioni di atti di ufficio, i compensi per futuri atti di ufficio non ancora individuati e i donativi intesi come atti di omaggio o anche di servilismo.
Le differenze tra le situazioni appena descritte si riflettono ovviamente sul piano dell'elemento psicologico. Nella corruzione impropria o «per asservimento» il dolo del funzionario è proiettato sulla causale dell'offerta o promessa e sul successivo compimento dell'atto; nell'indebita accettazione di utilità, il dolo appare invece riferibile esclusivamente al rapporto sussistente tra l'utilità e l'esercizio delle funzioni o dei poteri: che il funzionario sappia di impegnarsi al compimento di un atto o invece consideri l'utilità semplicemente una regalia o un atto di ossequio alla persona, che egli voglia realmente assumere un obbligo nei confronti del privato o invece mantenga saldo l'intento di operare correttamente, è privo di ogni rilievo. Il reato, integrato pure dalla semplice accettazione della promessa, cioè dall'accettazione della manifestazione di volontà dell'*extraneus* di corrispondere l'utilità, si riduce così allo schema più elementare: accertata l'indebita accettazione di utilità, la configurabilità dell'illecito è esclusa solo dalla dimostrazione di una causale alternativa (amicizia, affetto ecc.), ferma restando la non punibilità dei c.d. donativi d'uso; ovviamente, questa facilità applicativa può condurre a repressioni "eccessive" in relazione soprattutto a dazioni nei confronti degli incaricati di un pubblico servizio, ogni volta che l'utilità corrisposta, sebbene modesta, non possa farsi rientrare in un ambito consuetudinario (11).
Certo, rispetto a questa ricostruzione verrebbe da dire che, in confronto al reato consumato, presenta un disvalore più marcato il tentativo, consistente nella condotta del funzionario «che sollecita una promessa o dazione di denaro o altra utilità in relazione all'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri» (così dispone il nuovo art. 322, comma 3), qui almeno potendosi rinvenire un'iniziativa del pubblico agente che rivela la sua tendenza allo sfruttamento della funzione. Né va trascurato l'effetto dirompente di tale interpretazione relativamente al problema dei c.d. *munuscula*, in grado di escludere la configurabilità del reato: se la rilevanza penale dei donativi d'uso è stata finora limitata dall'esigenza che la corruzione si riferisca a uno specifico atto di ufficio, al quale parametrare l'entità della dazione o della promessa, ora il concetto di modico valore assumerebbe una valenza assoluta, in grado di colpire il modesto incaricato di un pubblico servizio come pure l'alto dirigente statale e il magistrato.
Risalta a questo proposito l'assenza di una previsio-

Note:

(9) V. infatti F. Palazzo, cit., 3, il quale esprime riserve in merito alla «omologazione del disvalore della corruzione per asservimento, che potrebbe essere avvertita come particolarmente spregevole, a quello - indubbiamente meno grave - della corruzione per atto conforme ai doveri di ufficio» (conf. Id., *Conclusioni. Per una disciplina 'integrata' ed efficace contro la corruzione*, in *Corruzione pubblica*, a cura di F. Palazzo, Firenze, 2011, 99). Analogamente si erano già espressi, in una prospettiva *de jure condendo*, G. Fiandaca, *Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2000, 888 e 898 s.; G. Forti, *L'insostenibile pesantezza della "tangente ambientale": inattualità di disciplina e disagi applicativi nel rapporto corruzione-concussione*, *ivi*, 1996, 495 s.

(10) «Ai fini dell'accertamento del delitto di corruzione propria, nell'ipotesi in cui la dazione di denaro o di altra utilità in favore del pubblico ufficiale risulti documentata, è necessario dimostrare che il compimento dell'atto contrario ai doveri di ufficio è stato la causa della prestazione dell'utilità e della sua accettazione da parte del pubblico ufficiale, non essendo sufficiente a tal fine la mera circostanza dell'avvenuta dazione»: così, per tutte, Cass., 25 marzo 2010, Bruno, in *Riv. pen.,* 2011, 566.

(11) Sul punto Dolcini - Viganò, cit., 7, osservano che «eventuali rischi di *overcriminalization* - in rapporto, magari, ai *munuscula* evocati dalla tradizione manualistica - potranno essere neutralizzati tramite i nuovi strumenti processuali attualmente all'esame delle Camere, *in primis* tramite il proscioglimento per irrilevanza del fatto».

ne sul modello del § 331 del codice penale tedesco, che esclude la punibilità dell'indebita accettazione di doni qualora essa sia autorizzata dal superiore gerarchico. Più in generale, restando sul piano comparato, deve indurre una riflessione la soluzione contenuta nel codice penale spagnolo, il cui art. 422 sanziona l'indebita accettazione di utilità, riferita alla sola dazione e non anche alla promessa, in misura più mite (da sei mesi a un anno di reclusione) rispetto alla corruzione propria (reclusione da tre a sei anni) e impropria (reclusione da due a quattro anni).

La nuova disciplina della corruzione come problema culturale e come problema giuridico

«È usanza, nei paesi dispotici, che non si accosti nessun superiore senza fargli un regalo, nemmeno i re. (…) Così dev'essere in un governo dove nessuno è cittadino; in un governo dove si è pieni dell'idea che il superiore non deve nulla all'inferiore; in un governo dove gli uomini non si ritengono legati che dalle punizioni che gli uni infliggono agli altri (…). In una repubblica, i doni sono cosa odiosa, perché la virtù non ne ha bisogno. In una monarchia, l'onore è un motivo più forte dei doni. Nello stato dispotico, invece, in cui non vi è onore né virtù, non si può esser decisi ad agire se non dalla speranza degli agi della vita» (12).

Verrebbe da dire che l'Italia contemporanea respiri l'aria dello Stato dispotico, offrendo la duplice immagine di una comunità di uomini privi di diritti, che riconosce e accetta la propria condizione di inferiorità coltivando l'esigenza di ingraziarsi i detentori del potere e di una classe di politici, amministratori, dirigenti pubblici, impiegati che ha in uso di accettare i donativi come atti di omaggio alla funzione o come appannaggio del potere. Una siffatta prassi non è ancora corruzione, perché prescinde da un legame diretto con atti di ufficio e soprattutto perché si fonda sul rapporto tra un superiore e un subordinato; laddove al contrario la corruzione suppone un rapporto di parità tra i due soggetti, certamente ravvisabile quando l'utilità, anche se non ancora riferibile a uno specifico atto di ufficio, per il suo rilevante significato economico dimostra un mercanteggiamento dei pubblici poteri.

Preso atto della differenza tra le due situazioni, la scelta di incriminare l'indebita corresponsione e accettazione di utilità connesse al pubblico ufficio è apprezzabile per la funzione di orientamento culturale che ne deriva rispetto ai consociati, cui viene imposto di abbandonare la mortificante ricerca di una *captatio benevolentiae*, e rispetto ai soggetti pubblici, ai quali viene proibita qualsiasi forma di sfruttamento del loro potere. La condizione, ovviamente, è che tale soluzione non solo sia condivisa dalla morale collettiva, ma venga anche praticata inflessibilmente e senza cedimenti legati al rango del pubblico agente. Sotto questo profilo, è bene essere chiari: se finora il paradigma della corruzione ha preteso l'accertamento di un'idoneità della dazione od offerta corruttrice, tale da stabilire un rapporto direttamente proporzionale tra la sua entità e lo *status* e le disponibilità economiche del pubblico agente, il nuovo art. 318 recepisce il divieto per i pubblici dipendenti di chiedere o accettare regali connessi all'ufficio, già oggi sancito dal Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (13). Il rilievo che tale prescrizione sia rimasta lettera morta dimostra che la trasformazione dell'illecito disciplinare in illecito penale non si realizza sotto i migliori auspici, a causa della diffusione della prassi di "onorare" i detentori del pubblico potere con doni, viaggi, prebende ecc. Solo il futuro potrà svelare se queste consuetudini, rivelatrici di una cultura servile, verranno spazzate via dalla fattispecie penale o se, al contrario, essa manterrà una sterile carica simbolica.

In ogni caso, deve dubitarsi dell'opportunità di un'assimilazione delle ipotesi ora considerate a quelle di corruzione impropria e di quelle altre in cui,

Note:

(12) Montesquieu, *Lo spirito delle leggi* (trad. it. a cura di B. Boffito Serra), libro V, cap. XVII, Milano, 1989, I, 214 s., il quale prosegue osservando: «Quella legge romana che permetteva ai magistrati di prendere qualche piccolo dono purché non si sorpassassero i cento scudi in tutto l'anno, era una cattiva legge. Quelli ai quali non si dà nulla, non desiderano nulla; quelli a cui si dà poco, desiderano in breve un poco di più, e in seguito molto. D'altra parte, è più facile riconoscere la colpevolezza di chi, non dovendo prender niente, prende qualche cosa, che quella di chi prende di più, quando dovrebbe prendere di meno, e trova sempre, per questo, pretesti, scuse, motivi e ragioni plausibili». Una riflessione sui fattori "sottoculturali" che alimentano il fenomeno della corruzione è in Davigo - Mannozzi, cit., 37 ss.

(13) Art. 3 d.m. 28 novembre 2000 della Presidenza del Consiglio dei Ministri Dip. Funzione pubblica: «*Regali e altre utilità*. 1. Il dipendente non chiede, per sé o per altri, né accetta, neanche in occasione di festività, regali o altre utilità salvo quelli d'uso di modico valore, da soggetti che abbiano tratto o comunque possano trarre benefici da decisioni o attività inerenti all'ufficio. 2. Il dipendente non chiede, per sé o per altri, né accetta, regali o altre utilità da un subordinato o da suoi parenti entro il quarto grado. Il dipendente non offre regali o altre utilità ad un sovraordinato o a suoi parenti entro il quarto grado, o conviventi, salvo quelli d'uso di modico valore». È da notare, nella prospettiva ora in esame, che la norma citata manterrebbe la sua operatività rispetto ai pubblici dipendenti non qualificabili neppure come incaricati di un pubblico servizio, in quanto svolgono mansioni d'ordine o prestano opere meramente materiali (*ex* art. 358, comma 2, c.p.).

malgrado la rilevante entità dell'utilità promessa o data, l'impossibilità di individuare uno specifico atto contrario ai doveri di ufficio costringerebbe, alla stregua del nuovo art. 318, a ravvisare solo un donativo «in relazione» all'esercizio delle funzioni o dei poteri. Sotto tale profilo, l'equiparazione in una stessa fattispecie della modesta regalia ispirata da servilismo e dell'utilità genericamente proiettata sul compimento di atti contrari ai doveri di ufficio può oscurare il fondamento culturale del precetto: una volta introdotta, attraverso l'incriminazione dell'indebita dazione e accettazione di doni, una presunzione assoluta di pericolosità della condotta per il buon andamento della pubblica amministrazione e la correttezza dei suoi rapporti con i consociati, potrebbe avere fondamento una disciplina volta a distinguere l'indebita dazione e accettazione di utilità dalla corruzione impropria e propria, quest'ultima formulata in modo da comprendere anche le ipotesi in cui la rilevante entità del donativo, riferibile alla funzione pubblica svolta dall'agente, rechi con sé il pericolo concreto di un asservimento dell'ufficio agli interessi del privato.

Tornando alla dimensione giuridica del problema della corruzione, una valutazione critica può per certo esprimersi rispetto al profilo della prescrizione. È noto, a tale proposito, che la Cassazione ravvisa all'interno dei reati di corruzione uno schema principale e uno sussidiario: nel primo il momento consumativo coincide con la ricezione dell'utilità da parte del funzionario, nel secondo si riporta all'accettazione della promessa, qualora essa non sia mantenuta; da tale impostazione deriva che, nel caso di accettazione della promessa seguita dall'accettazione dell'utilità, si realizza una progressione nel reato che ne determina uno spostamento del momento consumativo, fino a farlo coincidere, in caso di pagamento frazionato nel tempo, con l'ultimo versamento (14). Una siffatta interpretazione potrebbe forse trovare fondamento all'interno della distinzione tra perfezione e consumazione del reato, che non ha però avuto fortuna in giurisprudenza e in dottrina. Né, sul piano concettuale, appare convincente la costruzione di una progressione criminosa, poiché la dazione di un'utilità precedentemente promessa non è in grado di segnare nessun approfondimento dell'offesa, essendo questa incentrata sull'accordo delle parti.

Quale migliore occasione di una generale riforma dei reati di corruzione avrebbe dunque potuto offrirsi per risolvere il problema? La soluzione peraltro era a portata di mano, solo che si pensi a una norma del tipo «La prescrizione dei reati di corruzione decorre dal giorno della promessa, se non adempiuta, ovvero dell'ultima dazione di denaro o altra utilità».

Infine, solo per acribia va notato che, fin dal suo apparire con la legge 26 aprile 1990, n. 86, l'art. 319-*ter* c.p. è stato fonte di inesauribili problemi interpretativi dovuti alla sua infelice formulazione: anche sotto questo profilo, il d.d.l. in esame costituisce un'occasione perduta.

La causa di non punibilità per il corrotto o corruttore

Il d.d.l. ha dunque respinto le «Proposte in materia di prevenzione della corruzione e dell'illecito finanziamento di partiti», presentate da un gruppo composto da magistrati milanesi, docenti universitari e avvocati in un convegno tenutosi a Milano il 14 settembre 1994 (15) e il cui profilo qualificante, oltre un generale inasprimento sanzionatorio e la formulazione di una fattispecie unitaria di corruzione, con contestuale soppressione della figura della concussione (ricondotta, quanto all'ipotesi costrittiva, nell'art. 629 c.p.), era costituito dalla previsione di una causa di non punibilità per il corrotto o corruttore che, «prima che la notizia di reato sia stata iscritta a suo carico nel registro generale, e comunque entro tre mesi dalla commissione del fatto, spontaneamente lo denunci, fornendo indicazioni utili per la individuazione degli altri responsabili» e ponendo a disposizione dell'autorità giudiziaria una somma pari a quanto ricevuto o versato.

L'omessa previsione, all'interno del d.d.l., di una causa sopravvenuta di non punibilità può rivendicare già un'ottima ragione: una volta introdotta una corruzione «per l'esercizio della funzione» estesa alle indebite dazioni e accettazioni di utilità, la possibilità per il privato di fare o anche solo promettere un regalo al pubblico agente e subito dopo denunciarlo varrebbe a introdurre - a causa dell'assenza di

Note:

(14) Da ult., Cass., Sez. Un., 25 febbraio 2010, Mills, in *Riv. pen.*, 2011, 336, che ravvisa il momento consumativo non nel versamento del denaro in un conto non intestato all'imputato, bensì nella successiva utilizzazione di esso. In dottrina, nel senso che la dazione successiva alla promessa segna un approfondimento dell'offesa tipica che sposta la consumazione, A. Pagliaro - M. Parodi Giusino, *Principi di diritto penale*, *pt. sp.*, Milano, 2008[10], I, 258; *contra*, per tutti, M. Amisano, *Le tipologie della corruzione*, Torino, 2012, 113 ss.; R. Rampioni, *I delitti di corruzione*, Padova, 2008, 81 ss.

(15) Il testo delle *Proposte* è pubblicato in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1024 ss., insieme alle *Note illustrative*. V. anche F. Stella, *La «filosofia» della proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, 935 ss.; D. Pulitanò, *Alcune risposte alle critiche verso la proposta*, *ibid.*, 948 ss. Una recente riflessione (cautamente) favorevole alle *Proposte* è in Davigo - Mannozzi, cit., 286 ss.

un accordo finalizzato al compimento dell'atto, in grado di materializzare il fatto oggetto della denuncia - un esacerbato rigore, colorato da una nota di immoralità maggiore di quella talvolta attribuita all'agente provocatore (16).
Più in generale, va osservato che le critiche della prevalente dottrina, suscitate da quelle *Proposte*, meritano ancora di essere condivise. La causa di non punibilità per il corrotto o il corruttore è finalizzata a rompere l'omertà tra i protagonisti del patto criminoso, introducendo un fattore di disgregazione della loro reciproca solidarietà che dovrebbe valere a contrastare la commissione del reato. Si tratta dunque di nulla più che una speranza perseguita sul piano della politica criminale, i cui risultati appaiono incerti a fronte della certezza di elevati costi: sul piano dell'accertamento processuale, fondandosi la prova sulle dichiarazioni del "reo confesso"; sul piano della fenomenologia corruttiva, che verrebbe alimentata da una spirale di pressioni e ricatti; sul piano del sistema penale, a causa del contrasto tra una siffatta soluzione e l'approccio retributivo caratterizzante la generalità delle incriminazioni; sul piano culturale, in conseguenza della promessa di impunità fondata sulla mera delazione rispetto a un fatto già consumato (17).

La riforma del reato di concussione

Il reato di concussione rappresenta una peculiarità dell'ordinamento italiano, poiché nella quasi totalità degli altri sistemi il pubblico agente «che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro od altra utilità» è chiamato a rispondere per estorsione aggravata. È da notare tuttavia che il nostro codice punisce il concussore con la reclusione da quattro a dodici anni, mentre l'autore dell'estorsione è passibile di una pena detentiva da cinque a dieci anni; considerando che il funzionario può ulteriormente beneficiare dell'attenuante *ex* art. 323-*bis* c.p., ne deriva che il trattamento a lui riservato è più favorevole di quello che gli deriverebbe dalla riconduzione della concussione nel paradigma dell'estorsione aggravata (18).
Si è autorevolmente osservato che il delitto di concussione, appartenente alla nostra tradizione giuridica, deve essere conservato in una prospettiva di specifica stigmatizzazione del fatto (19). Chi non sia particolarmente attaccato alla tradizione potrebbe replicare che è ben strana una stigmatizzazione che si risolve in una disciplina più favorevole e che, d'altra parte, la figura dell'estortore è già connotata in un senso criminologicamente assai negativo, sì da prestarsi ad assorbire il disvalore della concussione. Nondimeno, a favore del mantenimento dell'art. 317, nell'ipotesi della costrizione, depongono ulteriori ragioni concernenti l'essenza lesiva della condotta, proiettata non solo sulla libertà di autodeterminazione della vittima ma anche sul buon andamento e sull'imparzialità della pubblica amministrazione, così da non risultare comprimibile all'interno di un reato contro il patrimonio. *Exempla docent*: per la giurisprudenza, il pubblico agente che, con abuso della qualità o dei poteri, costringe taluno a subire atti sessuali, oggi risponde di violenza sessuale in concorso con la concussione, mentre la soppressione dell'art. 317 consentirebbe di ravvisare solo l'art. 609-*bis* c.p.; allo stesso modo, il pubblico agente che, con abuso della qualità o dei poteri, costringe la vittima a estinguere un debito nei suoi confronti, oggi è punibile in base all'art. 317, la cui eliminazione aprirebbe invece le porte agli artt. 323 o 393 o 610 c.p. (20). Neppure da trascurare sono le diversi-

Note:

(16) È da dire che le *Proposte* in esame non si sottraevano a questa critica, poiché il reato di corruzione era formulato in modo da riferire la dazione o promessa per il pubblico agente «al compimento, all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio, ovvero al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio, o comunque in relazione alla sua qualità, alle sue funzioni o alla sua attività».

(17) Tra gli altri, G.M. Flick, *Come uscire da Tangentopoli: ritorno al futuro o cronicizzazione dell'emergenza?*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, 945 ss.; C.F. Grosso, *L'iniziativa Di Pietro su Tangentopoli*, in *Cass. pen.*, 1994, 2344 ss.; S. Moccia, *Il ritorno alla legalità come condizione per uscire a testa alta da Tangentopoli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 464 ss.; T. Padovani, *Il problema «Tangentopoli» tra normalità dell'emergenza ed emergenza della normalità*, *ibid.*, 455 s.; A. Pagliaro, *Per una modifica delle norme in tema di corruzione e concussione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1995, 63 s.; A. Sessa, *Infedeltà e oggetto della tutela nei reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2006, 317 ss.; F. Sgubbi, *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1994, 941 ss.

(18) Questa situazione non è ascrivibile al legislatore del 1930: la cornice di pena dell'art. 629 c.p. andava originariamente da tre a dieci anni di reclusione ed è stata innalzata dal d.l. 31 dicembre 1992, n. 419, mentre l'art. 323-*bis* c.p. è stato introdotto dalla l. 26 aprile 1990, n. 86.

(19) Palazzo, *Concussione*, cit., 4; Dolcini - Viganò, cit., 16; nello stesso senso si era già espresso, tra gli altri, Pagliaro, *Per una modifica*, cit., 62. La p.d.l. C. 3380 Di Pietro prevedeva invece la soppressione della figura della concussione, spostando l'ipotesi costrittiva all'interno della fattispecie di estorsione come una sua forma aggravata (si trattava dunque di una riproposizione delle già menzionate *Proposte* citate nella nota 15). Per analoghe modifiche sul vigente art. 317 c.p. cfr. inoltre la p.d.l. C. 3850 Ferranti, la p.d.l. C. 4516 Garavini e la p.d.l. C. 4501 Torrisi.

(20) Sul concorso formale tra gli artt. 317 e 609-*bis* c.p. e per la configurabilità dell'art. 317 nel caso di abuso finalizzato al soddisfacimento di un credito, da ult., Cass., 4 novembre 2010, G., in *Cass. pen.*, 2012, 123 s., con nota di E. D'Ippolito. Da notare co-

(segue)

tà strutturali fra gli artt. 317 e 629: il primo si consuma con la promessa o la dazione dell'utilità, il secondo solo con la realizzazione del profitto (21). Infine, specie considerando l'interpretazione giurisprudenziale, il concetto di costrizione, arricchito dall'abuso della qualità o dei poteri, tende ad assumere nell'art. 317 un significato più ampio che nell'art. 629 c.p. (22).

Il d.d.l. ha dunque correttamente voluto mantenersi fedele alla tradizione conservando la fattispecie di cui all'art. 317: rispetto a essa, risulta ora eliminata dai soggetti attivi la figura dell'incaricato di un pubblico servizio, viene espunta l'ipotesi dell'induzione e la pena è portata da un minimo di sei a un massimo di dodici anni. L'ulteriore novità è costituita dal nuovo art. 319-*quater*: «(Indebita induzione di utilità). Salvo che il fatto costituisca più grave reato, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, induce taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro od altra utilità, è punito con la reclusione da tre a otto anni. / Nei casi previsti dal primo comma, chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni».

In sostanza, la condotta di concussione, ora limitata alla sola costrizione, è riservata al pubblico ufficiale, mentre il reato di «indebita induzione di utilità», sanzionato meno gravemente, comprende anche l'incaricato di un pubblico servizio e, con una pena inferiore, il privato.

Rispetto alle modifiche ora segnalate, conviene subito segnalare un punto a loro favore. Come è noto, l'elaborazione giurisprudenziale del reato di concussione - in linea con la tradizione ottocentesca (23) - registra due opposte linee di tendenza, entrambe consolidate: l'una volta a caratterizzare il delitto attraverso il *metus publicae potestatis*, l'altra diretta a comprendere nella concussione per induzione anche le ipotesi di inganno nei confronti del privato. Non è necessario evidenziare la contraddittorietà dei due indirizzi, che vale a privare il reato *ex* art. 317 c.p. di un preciso disvalore: se il *metus publicae potestatis* evoca l'esigenza di una prevaricazione da parte del funzionario, che suppone un consapevole stato di soggezione della vittima, al contrario l'ammissibilità dell'induzione mediante inganno avvicina la concussione alla truffa. Tale sovrapposizione di prospettive scompare attraverso l'eliminazione dall'art. 317 della concussione per induzione.

A questo apprezzabile risultato si aggiunge il conseguimento di un ulteriore obiettivo, segnalato in sede internazionale: il rapporto di valutazione sull'Italia del *Group of States against Corruption* (GRECO), adottato nella 54ª riunione plenaria svoltasi a Strasburgo il 20-23 marzo 2012, osserva che il vigente art. 317 c.p. può «portare a risultati irragionevoli, in quanto colui che offre la tangente ha il diritto insindacabile di essere esentato dalla sanzione». La conseguente raccomandazione al nostro legislatore «di esaminare in modo approfondito la pratica applicazione del reato di concussione, (…) al fine di accertare il suo eventuale uso improprio nelle indagini e nell'azione penale nei casi di corruzione», risulta infatti superata dalla previsione della punibilità del privato nell'art. 319-*quater*.

Ai profili positivi della riforma, ora segnalati, si accosta tuttavia un motivo di perplessità, riferito alla soppressione nell'art. 317 della figura dell'incaricato di un pubblico servizio. Tale ritorno alla formulazione adottata dal legislatore del 1930 dovrebbe fondarsi sulla riproposizione dell'assunto che solo il pubblico ufficiale è in grado di ingenerare il *metus*; tuttavia, il superamento di tale concezione avvenne già con la legge n. 86 del 1990 e appare ancora agevolmente sostenibile che l'assenza di poteri autoritativi in capo all'incaricato di un pubblico servizio

Note:

(continua nota 20)

me entrambe le soluzioni non risultino pacifiche in dottrina: nel senso di affermare la specialità degli artt. 609-*bis* e 61 n. 9 rispetto all'art. 317 c.p. M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2006[2], 118 ss., con ulteriori riferimenti bibliografici; per l'esclusione del carattere indebito della prestazione comunque dovuta al pubblico agente, così escludendo la sussistenza del delitto di concussione, Pagliaro - Parodi Giusino, cit., 163; G. Fornasari, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. Bondi - A. di Martino - G. Fornasari, Torino, 2008[2], 183; *contra*, per tutti, G. Fiandaca - E. Musco, *Diritto penale, pt. sp.*, Bologna, 2012[5], I, 216 s.; Romano, cit., 111 s.

(21) Cass., 3 dicembre 2010, Mercuri, in *Riv. pen.*, 2012, 111: «Il delitto di estorsione si consuma esclusivamente nel momento in cui la persona offesa provvede a fare od omettere quanto richiesto dall'estortore, non essendo sufficiente a tal fine la semplice promessa di aderire alla richiesta estorsiva».

(22) Per l'accezione restrittiva della nozione di costrizione nell'art. 629 c.p., per tutte, Cass., 7 ottobre 2010, Cito, in *Riv. pen.*, 2012, 111: «Integra il reato di estorsione non già l'esercizio di una generica pressione alla persuasione o la formulazione di proposte esose o ingiustificate, ma il ricorso a modalità tali da forzare la controparte a scelte in qualche modo obbligate, facendo sì che non le venga lasciata alcuna ragionevole alternativa tra il soggiacere alle altrui pretese o il subire, altrimenti, un pregiudizio diretto e immediato». Nel senso invece che nella concussione il privato, pure quando accede alla richiesta del funzionario dell'ufficio delle imposte dirette, il quale promette una favorevole conclusione della verifica fiscale in corso, soggiace «all'ingiusta pretesa (…) solo per evitare un pregiudizio maggiore», da ult. Id., 5 ottobre 2010, Di Stasi, *ivi*, 2011, 1204.

(23) Per tutti Cadoppi, cit., 60 ss.

non esclude la possibilità di porre in essere condotte costrittive (24).
Di più, la soluzione di estromettere l'incaricato di un pubblico servizio dal nuovo art. 317 ha come effetto che la costrizione da lui realizzata configura il reato di estorsione: non solo viene dunque parzialmente smentita la volontà di conservare nel codice una previsione autonoma per le condotte costrittive dei pubblici funzionari, ma soprattutto l'incaricato di un pubblico servizio viene chiamato a rispondere con una pena potenzialmente più elevata, sia nel minimo che nel massimo (*ex* artt. 629 e 61, n. 10, c.p.), di quella riservata al pubblico ufficiale (25). La violazione dell'art. 3 Cost. appare innegabile.

La fattispecie di «indebita induzione di utilità»

I dubbi più gravi riguardano il nuovo art. 319-*quater*. Nel sistema vigente, costrizione e induzione costituiscono tipologie complementari: per l'orientamento che le riconduce entrambe al *metus publicae potestatis*, l'induzione è ritenuta una modalità attenuata di costrizione, in grado di comprendere le ipotesi in cui il pubblico agente si limita a sottili minacce, velate allusioni o condotte di tipo omissivo od ostruzionistico, senza assumere nessuna specifica iniziativa qualificabile come violenza psichica (26).
Il problema dell'induzione emerge una volta che essa, separata dalla costrizione, sia portata all'interno di una nuova fattispecie che neppure ripete più, nella rubrica, il termine "concussione": ciò significa che, sganciato dall'art. 317 c.p., il fatto induttivo - pur costruito sull'abuso della qualità o dei poteri - ha perduto ogni collegamento con la "vera" concussione, al punto che l'estraneo non è più vittima ma, al contrario, concorrente nel reato. Questa soluzione, che implica la generale punibilità dell'*extraneus* ogni volta che egli abbia promesso o dato utilità al funzionario, salvo i casi di costrizione, rende necessario caratterizzare la nozione di induzione rispetto sia alla concussione costrittiva, sia ai reati di corruzione.
Conviene subito evidenziare che il problema si presenta assai delicato anche a causa della formulazione dell'art. 319-*quater*, pedissequamente modellata sul paradigma dell'art. 317 senza considerare che, mentre in questo rileva esclusivamente la coercizione della vittima derivante dall'abuso, l'«indebita induzione di utilità» non può prescindere dal suo termine finalistico costituito da un'attività funzionale: tuttavia, la norma non specifica se deve trattarsi di un atto conforme o contrario ai doveri di ufficio, giusto o ingiusto, dannoso o vantaggioso per il privato. Lo sforzo di rinvenire uno spazio operativo autonomo per la nuova fattispecie si scontra dunque con la sua sostanziale indeterminatezza: in rapporto al delitto di concussione, nell'art. 319-*quater* l'abuso della qualità o dei poteri parrebbe evocare un assoggettamento del privato, mentre l'induzione dovrebbe evidenziare la libertà della dazione o promessa, sulla quale peraltro si fonda la punibilità del privato stesso; rispetto invece agli artt. 318, 319 e 322, commi 3 e 4, c.p., la sostanziale equivalenza tra il fatto di indurre e di sollecitare imporrebbe di ravvisare l'elemento differenziatore nell'abuso di qualità o di poteri che, se ovviamente non può coincidere con la coazione caratterizzante la concussione, dovrebbe risolversi in una pressione psicologica in grado di escludere la corruzione e di giustificare la pena attenuata prevista per l'*extraneus* in rapporto al funzionario. Il confine tra concussione e «indebita induzione di utilità» e tra «indebita induzione di utilità» e corruzione sembra quindi passare attraverso una ricostruzione quantitativa dell'effetto prodotto sul privato dall'abuso della qualità o dei poteri.
È però da chiedersi se l'art. 319-*quater* possa supportare un'interpretazione incentrata su un abuso che è meno della concussione ma non è ancora corruzione. A orientare il quesito verso la soluzione negativa interviene il rilievo che finora la giurisprudenza ha elaborato una nozione di abuso caratterizzata sul piano psicologico del soggetto attivo: l'assunto che l'abuso dei poteri designa condotte rientranti nella competenza tipica dell'agente ma finalizzate a uno scopo diverso da quello per cui i poteri sono stati conferiti, mentre l'abuso della qualità designa una strumentalizzazione della posizione di preminenza del pubblico agente sul privato (27), non consente gradazioni di tipo quantitativo, in grado di operare sulla tipicità oggettiva dei reati in esame.

Note:

(24) L'inserimento della figura dell'incaricato di un pubblico servizio nell'art. 317 c.p. non ha suscitato critiche nella prevalente dottrina. Da notare che la legge n. 86 del 1990, in conseguenza di tale dilatazione dell'ambito dei soggetti attivi, aveva mutato la previgente formula «abusando della sua qualità o delle sue funzioni» in quella attuale («abusando della sua qualità o dei suoi poteri»), rimasta inalterata nel d.d.l.

(25) Criticamente v. anche Palazzo, *Concussione*, cit., 5; Dolcini - Viganò, cit., 16.

(26) Sul punto, con particolare efficacia, T. Padovani, *Il confine conteso*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1999, 1307 ss. Da notare come, per Pagliaro - Parodi Giusino, cit., 150, «al di fuori della costrizione psichica relativa, non vi è altro mezzo, se non l'inganno, per piegare l'altrui volere a una condotta, che altrimenti non si sarebbe avuta»: evidentemente non è questo il concetto di induzione accolto nell'art. 319-*quater*.

(27) Da ult. Cass., 9 luglio 2010, Pentimalli, in *Riv. pen.,* 2012, 110.

In ogni caso, un concetto di abuso destinato a muoversi sul piano oggettivo non sembra risolvere il problema: se l'abuso assume i caratteri della coazione, è integrato il paradigma della concussione; se invece l'abuso si realizza in misura così tenue da valere solo come avvio delle trattative mirate alla dazione o alla promessa da parte del privato, si è configurato lo schema della corruzione. Né muta la situazione se l'abuso viene considerato nei suoi effetti in capo all'*extraneus*: se costui avverte la strumentalizzazione della qualifica o dei poteri come una coercizione a promettere o dare l'indebito si ha una concussione e, in caso contrario, la dazione o promessa suggella una corruzione.

Una volta escluso che la nozione di abuso si presti a una valutazione quantitativa in grado di differenziare tra costrizione abusiva, induzione abusiva e corruzione, deve verificarsi se un esito più soddisfacente si ottiene considerando il tipo di attività o di atto di ufficio in relazione al quale si svolge la condotta induttiva.

La contrapposizione tra atto conforme e contrario ai doveri di ufficio, giusto e ingiusto, vantaggioso e dannoso per il privato, come è noto, viene respinta da un dominante orientamento giurisprudenziale, che ai fini della distinzione tra corruzione e concussione fa leva unicamente sulla soggezione psicologica del privato (28). Mantenendo tale approccio interpretativo, appare certa solo la configurabilità della concussione dinanzi alla minaccia di un atto contrario ai doveri di ufficio e dannoso per il privato: fuori da tale ipotesi - che, nella fenomenologia concussoria, è certo la meno frequente -, all'attuale alternativa tra concussione e corruzione si aggiungerebbe l'art. 319-*quater*, così rendendo ancora più inestricabile l'attuale groviglio normativo.

Ma la situazione è destinata a complicarsi ulteriormente considerando il profilo sanzionatorio. Se la collocazione topografica dell'art. 319-*quater*, subito dopo i reati di corruzione e non dopo quello di concussione, denota una sua prossimità ai primi piuttosto che al secondo, le cornici di pena evidenziano infatti che l'art. 319-*quater* prevede, rispetto al pubblico agente, una pena (da tre a otto anni di reclusione) assai più mite di quella stabilita per la concussione costrittiva (da sei a dodici anni), che coincide nel massimo con la pena (da quattro a otto anni) minacciata dall'art. 319 e risulta addirittura inferiore nel minimo (29); mentre, in rapporto al privato, sancisce una pena (fino a tre anni di reclusione) meno severa della corruzione tipizzata dal nuovo art. 318 (da uno a cinque anni).

In sostanza, l'art. 319-*quater* contempla un fatto sanzionato, per il pubblico agente, con una pena pressoché equivalente a quella stabilita per la corruzione propria, ove la presenza dell'abuso allarga l'operatività della norma agli atti non solo contrari ma anche conformi ai doveri di ufficio, con la sola eccezione degli atti dannosi per il privato. Quanto al privato, se la pena sensibilmente più tenue di quella irrogabile per la «corruzione per l'esercizio della funzione» parrebbe limitare la fattispecie solo ad atti conformi ai doveri di ufficio, la sua sottoposizione all'abuso "induttivo" giustifica la confluenza nell'art. 319-*quater* anche degli atti contrari ai doveri di ufficio. In ogni caso, ben scarso aiuto può venire dalla distinzione tra atti giusti e ingiusti ove si pensi agli atti discrezionali.

Viene dunque confermato che l'introduzione nel sistema dell'art. 319-*quater* ha come effetto di offrire all'arbitrio del giudice una soluzione sanzionatoria che si aggiunge alla tradizionale alternativa tra concussione e corruzione.

Rispetto al pubblico agente, la linea di confine tra gli artt. 317 e 319-*quater* dovrebbe essere tracciata attraverso l'incerta differenziazione tra una strumentalizzazione della qualità o dei poteri finalizzata a piegare la volontà del privato ovvero a indurlo all'indebita dazione o promessa; mentre il discrimine tra gli artt. 319-*quater* e 318 ss., data l'impossibilità di distinguere oggettivamente tra un fatto di induzione e uno di sollecitazione (art. 322, comma 3), andrebbe legato alla presenza o all'assenza dell'abuso della qualità o dei poteri.

Rispetto al privato, dovrebbe essere decisiva la rappresentazione di un danno minacciato dal funzionario, evitabile solo attraverso la dazione o promessa, ovvero la libertà di quest'ultima, a sua volta in grado di integrare l'art. 319-*quater* o gli artt. 318 ss. a seconda che la volontà sia stata forzata dall'abuso del

Note:

(28) Da ult. Cass., 21 ottobre 2010, Bragaglia, in *Cass. pen.*, 2011, 4347: «Il reato di concussione non è escluso dalla circostanza che la vittima versi in una situazione illecita e possa trarre un qualche vantaggio economico dall'accettazione della pretesa del pubblico ufficiale». In dottrina, nel senso di distinguere tra concussione e corruzione a seconda che l'atto sia dannoso o favorevole per il privato in confronto all'atto conforme ai doveri di ufficio che si sarebbe dovuto adottare Pagliaro, *Per una modifica*, cit., 58 s. Rispetto a tale tesi, con diversità di accenti, Fiandaca, *Esigenze e prospettive*, cit., 892 ss.; Fiandaca - Musco, cit., 214 s.; Forti, *L'insostenibile pesantezza*, cit., 487 ss.; Padovani, *Il problema «Tangentopoli»*, cit., 454 ss.; Id., *Il confine conteso*, cit., 1304 ss; Romano, cit., 151 ss.

(29) Nel d.d.l. governativo era originariamente prevista, per l'art. 319, la reclusione da tre a sette anni. L'attuale cornice di pena è stata introdotta il 17 maggio 2012 in Commissione Giustizia a seguito di un emendamento dell'on. Ferranti.

pubblico agente o invece sia stata spontanea (30). Tuttavia, come dimostra il dibattito svoltosi in anni recenti sulla concussione c.d. ambientale, si danno con frequenza situazioni in cui il privato versa in una condizione di debolezza o fragilità, sapendo - come affermava il Progetto Pagliaro - «di non poter altrimenti contare su di un trattamento imparziale» (31). È da chiedersi se, in siffatti casi in cui il funzionario si astiene dal prendere iniziative in termini di induzione, evitando dunque di abusare della qualità o dei poteri, i giudici coglieranno un'induzione implicita tale da configurare l'art. 319-*quater* o invece ravviseranno una corruzione o, rifiutandosi di infliggere al privato una pena per un fatto del quale è al contempo la vittima, si orienteranno nel senso della concussione per costrizione (32).
In conclusione, se finora la distinzione tra concussione e corruzione è stata operata attraverso vaghi criteri, domani la distinzione tra concussione, indebita induzione di utilità e corruzione dovrebbe fondarsi su parametri ancora più confusi. Per certo, non appare risolutivo il rilievo, contenuto nella motivazione depositata dal Ministro per la Giustizia agli emendamenti presentati il 17 aprile 2012, che nella indebita induzione di utilità «la punibilità è estesa anche al privato che, non essendo costretto ma semplicemente indotto alla promessa o dazione, mantiene un margine di scelta tale da giustificare una pena seppure in misura ridotta rispetto al pubblico agente».

Il problema culturale della «indebita induzione di utilità»

La concussione per costrizione appare riferibile alla minaccia univoca di un male ovvero a una violenza fisica, qualora il funzionario sia investito di poteri di coercizione sulla persona del privato e a questi residui una libertà di scelta. Come dimostra l'elaborazione giurisprudenziale del reato di estorsione, la minaccia può essere diretta o indiretta, palese o larvata, reale o figurata, determinata o indeterminata e ammette anche una formulazione in termini di cortesia, quando l'invito alla dazione vale comunque a incutere nella controparte il timore di rischi e pericoli altrimenti inevitabili (33).
Nella prospettiva in esame occorre essere chiari: articolandosi solitamente la fenomenologia della concussione in allusioni e velati "suggerimenti" o in condotte ostruzionistiche e dilatorie, un concetto di costrizione inteso restrittivamente asseconderebbe un affievolimento nella repressione del reato, consentendo la configurabilità della meno grave «indebita induzione di utilità»; al contrario, la separazione della concussione per costrizione dalle condotte di induzione potrebbe avere come effetto una dilatazione della prima e una conseguente restrizione dei casi di induzione (oltretutto depurati, a causa della punibilità del privato, dalle situazioni di frode o di inganno).
È evidente che tale opera di riassestamento dovrebbe svolgersi in coerenza con lo spirito della riforma, evitando cioè di caricare sull'*intraneus* un titolo di responsabilità più grave allo scopo di "salvare" l'*extraneus* e perseguendo invece l'obiettivo di sanzionare entrambe le parti del rapporto per ogni dazione non coartata, connessa all'esercizio di pubbliche funzioni, anche laddove essa trovi giustificazione nelle inerzie e negli ostacoli frapposti da una straripante burocrazia ovvero nella convinzione del privato di adeguarsi a una prassi ineluttabile (34). Qui

Note:

(30) Il nuovo art. 319-*quater* non determina un mutamento strutturale rispetto ai fatti oggi riconducibili all'interno dell'art. 317 c.p., non comportando dunque un'*abolitio criminis* rispetto alla concussione mediante induzione: la punibilità del privato non vale infatti a trasformare il reato in bilaterale, essendo la condotta di ciascun agente descritta in termini monosoggettivi. Sotto questo profilo, è da notare che il già citato rapporto del GRECO osserva rispetto all'art. 322 c.p.: «Secondo la Convenzione (del Consiglio di Europa del 27 gennaio 1999, *n.d.s.*), i reati in materia di corruzione sono considerati come compiuti non appena l'atto unilaterale viene realizzato, indipendentemente dall'azione che ha luogo subito dopo (es. se l'offerta o la promessa viene accettata o meno dal pubblico ufficiale). È difficile comprendere perché il legislatore abbia optato per la soluzione di ridurre la pena per il corruttore se l'offerta o la promessa non viene accettata dal pubblico ufficiale». La teoria della bilateralità del reato di corruzione - normativamente confermata dall'art. 322 c.p. - verosimilmente richiede dunque una revisione, imposta dagli obblighi internazionali assunti dall'Italia.

(31) Il Progetto Pagliaro definiva la concussione ambientale nell'art. 138 n. 5, riferendola al «fatto del pubblico agente che riceve o ritiene indebitamente, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità patrimoniale, sfruttando l'altrui convinzione, determinata da situazioni ambientali, reali o supposte, di non poter altrimenti contare su di un trattamento imparziale» (sul punto Pagliaro, *Per una modifica*, cit., 65 s.). Deve peraltro aggiungersi che tale Progetto prevedeva la punibilità del privato solo per la corruzione propria, giacché - osservava la Relazione in riferimento alla «indebita accettazione di utilità» (*retro*, nota 8) -, «se il privato si comporta in tal modo, è segno che la situazione di fatto è assai simile a quella della concussione ambientale».

(32) Cfr. sul punto Cass., 18 dicembre 1998, Salvi, in *Cass. pen.,* 2000, 587; Id., 13 luglio 1998, in *Foro it.*, 1999, II, 645 ss., con nota di V. Manes, *La «concussione ambientale» da fenomenologia a fattispecie «extra legem»*.

(33) Da ult. Cass., 6 ottobre 2010, Citro, in *Riv. pen.,* 2011, 787; Id., 25 maggio 2010, Pistolesi, *ibid.*, 569.

(34) Sul punto, per una critica alla figura della concussione c.d. ambientale, Romano, cit., 102 s., secondo cui l'impunità del privato, «a fronte di una soggezione di incerta provenienza, non legata ad alcuna condotta del soggetto pubblico, rischierebbe di incoraggiare il perpetuarsi di scambi comunque deplorevoli e di ostacolare il necessario affermarsi di rapporti con la p.a. più civi-

(segue)

il problema politico-criminale diventa un problema culturale.
L'incriminazione del privato, seppure attenuata, sottende l'abbandono dell'attuale «concezione materialistico-indulgenziale», tesa a rendere la concussione per induzione come «una sorta di alibi che, nella misura in cui "deresponsabilizza" i privati, continua ad alimentarne forme di soggezione compiacente e vantaggiosa» (35). Il "messaggio" espresso dall'art. 319-*quater* consiste dunque nell'ammonimento, rivolto ai consociati, di non avere cedimenti nella rivendicazione e nell'esercizio dei propri diritti e di non assecondare la venalità dei pubblici agenti.
Il dubbio è se questa svolta possa essere demandata al diritto penale, prescindendo da una radicale riforma della burocrazia e dei meccanismi di controllo sulla gestione della cosa pubblica, dalla semplificazione e dalla trasparenza dell'azione amministrativa, dalla restrizione delle aree di discrezionalità (36). Contro l'affidamento alla sanzione penale dell'obiettivo di debellare la "cultura" sottostante alla «indebita induzione di utilità», senza avere prima eliminato le cause che la favoriscono, è infatti sufficiente evocare il noto dilemma dei prigionieri, che sta a ricordare come il privato, il quale sa di non potere fare affidamento sulla correttezza né degli altri consociati né dei funzionari, trovi conveniente corrispondere l'utilità piuttosto che mantenere una posizione di intransigenza e di rigorosa osservanza della legge.
L'ulteriore motivo di perplessità concerne l'utilizzo che di questo nuovo apparato punitivo faranno i pubblici ministeri e i giudici, i quali già oggi dispongono di un'elevata discrezionalità dinanzi all'alternativa tra corruzione e concussione, che il d.d.l. approvato dalla Camera dei Deputati mantiene e, come visto, esaspera.
In conclusione: le modifiche normative finora prese in esame sembrano formalmente conseguire gli obiettivi imposti o suggeriti in sede internazionale, ma nella sostanza le soluzioni adottate non appaiono convincenti.

Note:

(continua nota 34)
li e trasparenti»; conf. G. Forti, *Il diritto penale e il problema della corruzione, dieci anni dopo*, in *Il prezzo della tangente*, a cura di G. Forti, Milano, 2003, 74 s. Rispetto all'art. 319-*quater* ora in esame v. le perplessità di Palazzo, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., 5; diff. Dolcini - Viganò, cit., 17.

(35) Fiandaca, *Esigenze e prospettive*, cit., 891; v. sul punto Davigo - Mannozzi, cit., 270 ss.; Forti, *L'insostenibile pesantezza*, cit., 506.

(36) Per considerazioni tuttora valide v. *La lotta alla corruzione* (Rapporto del Comitato istituito con decreto n. 211 del Presidente della Camera dei Deputati del 30 settembre 1996), Roma-Bari, 1988, 47 ss.

LIBRI

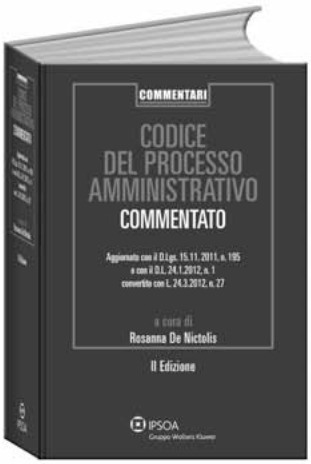
COLLANA: **Commentari**

Codice del processo amministrativo Commentato

II edizione

Aggiornato con il d.lgs. 15.11.2011, n. 195 e con il d.l. 24.1.2012, n. 1 conv. in l. 24.3.2012, n. 27

a cura di ***Rosanna De Nictolis***



L'Opera commenta approfonditamente il testo del Codice del processo amministrativo, così come integrato e modificato dal decreto correttivo n. 195/2011 (in vigore dall'8 dicembre 2011).
Le disposizioni del Codice sono esaminate tenendo conto della **copiosa giurisprudenza** formatasi nei primi diciotto mesi di applicazione e delle **ultime novità normative**.
Per ciascun istituto vengono anche evidenziate le **criticità esegetiche** poste dalla recente disciplina.

Completano e arricchiscono il volume le **tabelle riassuntive degli atti processuali e dei relativi termini** e un **dettagliato indice analitico**.

Ipsoa 2012, Euro 180,00

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

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 Dlgs. 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.

Y37DP LE

Intercettazioni telefoniche

Della "trascrizione integrale" *ex* art. 268 c.p.p.: tra esegesi riduttive e miraggi acustici

di **Silvio Sau (*)**

Al comma 7 del minuzioso e complesso art. 268 c.p.p. è stabilito che il giudice dispone «la trascrizione integrale delle registrazioni ovvero la stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche da acquisire, osservando le forme, i modi e le garanzie previste per l'espletamento delle perizie».
Il lavoro si occupa solo di un aspetto del dettato codicistico nel tentativo di giungere alla individuazione, se possibile, del significato effettivo o almeno pragmaticamente utile dell'espressione cardine di tutto il sistema: trascrizione integrale delle registrazioni che, la prassi ordinaria, sembra aver sminuito svalutando una delle disposizioni che di più stagliavano le norme del codice di rito democratico da quello del '30, dove meno sensibile era, per ovvie e storiche ragioni, l'attenzione verso le garanzie della persona sottoposta ad indagini.

Premessa

Al comma 7 del minuzioso e complesso art. 268 c.p.p. è stabilito che il giudice dispone «la trascrizione integrale delle registrazioni ovvero la stampa in forma intellegibile delle informazioni contenute nei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche da acquisire, osservando le forme, i modi e le garanzie previste per l'espletamento delle perizie».
In questa sede, ci si occupa solo di un aspetto del dettato codicistico nel tentativo di giungere alla individuazione, se possibile, del significato effettivo o almeno pragmaticamente utile dell'espressione cardine di tutto il sistema: trascrizione integrale delle registrazioni che, nella prassi ordinaria, sembra aver reso comune il detto di Epitteto «La natura ha dato all'uomo una lingua, ma due orecchie, in modo che egli possa ascoltare dagli altri due volte di più di quanto non parli», stravolgendone peraltro la filosofica saggezza.

La "trascrizione integrale" nella *communis opinio*

Alcuni episodi giudiziari rifluiti nella cronaca quotidiana, ed in qualche caso strumentalizzati a fini ideologici o di strumentale polemica, possono essere utili ad introdurre la questione.
Nel luglio 2010 (1) il pool antimafia della Procura di Milano fece arrestare 160 persone nell'ambito dell'inchiesta anti 'ndrangheta "Infinito"; tra gli arrestati un ex direttore della Asl di Pavia e un assessore comunale al commercio; l'accusa: aver versato 2000 mila euro per comprare il voto di un infermiere e di altri soggetti non identificati alle elezioni comunali di Pavia; il tutto fondato su intercettazioni telefoniche o, più precisamente, sulla trascrizione di intercettazioni telefoniche.
In tali trascrizioni la frase «adesso chiamo Luca Tronconi» è stata trascritta, dal perito del Tribunale di Pavia, come «adesso rischiamo un po' troppo»; ed un'altra frase «ho contato i suoi voti» trascritta come «ho comprato i due voti». Le espressioni corrette risultano da una nuova perizia sull'intercettazione, a cura della difesa, che il Tribunale giudica, con l'ausilio dell'ascolto diretto delle registrazioni, decisamente più corretta e tale da suggerire tutta una serie di ulteriori accertamenti, semplici quanto significativi. In sostanza: dallo stesso testo fonico sono derivate due "trascrizioni integrali" non solo diverse, ma assolutamente opposte ai fini giudiziari, cioè ai fini per cui le intercettazioni erano state disposte, con il nocumento grave dei provvedimenti restrittivi per diversi soggetti.
Un secondo caso pare ancora più significativo, anche

Note:

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) L. Ferrarella, in *Corriere della Sera*, 15 novembre 2011, 1 e 23.

perché vi si introduce una inedita nozione (2). Nel dicembre 2011 il Gup del Tibunale di Lecco ha emesso sentenza di proscioglimento per alcuni ispettori della Dia di Messina accusati di aver trascritto «in modo fantasioso» (3), dieci anni or sono, alcune intercettazioni effettuate in un bar di Messina. Scrive il redattore di cronaca giudiziaria che nel nastro originale alla base dell'inchiesta per cui furono arrestati un sottosegretario, un giudice, alcuni imprenditori dello Stretto, non c'era nulla di quanto gli ispettori avevano "trascritto" ed inserito nella "trascrizione integrale" ai sensi dell'art. 268, comma 7 c.p.p.: per motivare la sua decisione assolutoria, il Gup ha fatto una premessa per cui sì, in realtà, le trascrizioni non avrebbero dovuto essere effettuate data la cattiva qualità del sonoro, ma appunto per ciò non si poteva escludere in astratto che le frasi "trascritte" non fossero state effettivamente pronunciate. Se le parole non si sentono, non si può dir che siano state correttamente trascritte, ma neppure si può affermare che sia stato effettuato un falso da parte degli ispettori. Inoltre, e ciò è paradossale in relazione a ripetute statuizioni della Cassazione circa il fatto che il mezzo di prova in questi casi è costituito proprio dalle registrazioni originali e non dalle trascrizioni, il Gup rifiutava di ammettere l'audizione in aula dei passi registrati oggetto del contenzioso ritenendola superflua. In sostanza, lo stesso mancato accertamento del contenuto effettivo delle intercettazioni, aveva costituito la base sia per la condanna di alcuni imputati sia per il proscioglimento di altri. Il perito nominato dalla Procura di Lecco, un ispettore tecnico della polizia scientifica, su parte del materiale trascritto in modo inspiegabilmente difforme dal testo fonico, si trova costretto ad introdurre una nuova nozione: si deve essere trattato di un "miraggio acustico e uditivo". Un particolare fenomeno, spiega l'autore dell'articolo, per cui chi ha già conoscenza degli elementi d'indagine, dei nomi e dei luoghi oggetto dell'indagine stessa, può essere indotto a sentire cose che, in realtà, nelle intercettazioni non ci sono: può capitare, ma per segmenti brevi e particolari, non per intere frasi; altrimenti, si perviene all'assurdo sottolineato dalla difesa nel ricorso alla Suprema Corte: un miraggio uditivo collettivo e reiterato che colpisce più persone in momenti differenti. Una lingua parla, due o più orecchie ascoltano … il problema è che, in certi casi, anche trascrivono.

Il fenomeno del "miraggio acustico o uditivo" non era forse mai entrato nell'ambito della prassi giudiziaria, ma è noto in altri ambiti (4). È nozione piuttosto risalente, ad esempio, in fonetica dove la trascrizione basata esclusivamente sull'impressione acustica non è scientifica, ma impressionistica: essa può essere fonte di errori prodotti da miraggi acustici. Suggestione, autosuggestione, impressionismo e faciloneria sono i più gravi ostacoli che si interpongono ad una trascrizione foneticamente esatta" (5).

In realtà, se ci si pensa un po' sopra, così come è ormai parte del senso comune l'esistenza di un *trompe l'oeil* notissimo nelle arti figurative, non si ha difficoltà ad ipotizzare anche l'esistenza ordinaria di un *trompe l'oreil*: che è nell'ordinaria esperienza di ognuno, ma che avrebbe dovuto essere acquisizione consolidata anche al tempo della elaborazione del codice di rito penale e lungo il corso della travagliata, e a tratti semplicistica, applicazione di esso: nel disporre l'obbligo di "trascrizione integrale" delle intercettazioni telefoniche di cui all'art. 268, comma 7 c.p.p., il legislatore avrebbe, forse, potuto tenere conto di ciò che il senso comune, da un lato, ma anche la linguistica tecnica dall'altro, sono abilitate a suggerire: che anche l'orecchio, come l'occhio (6), può essere "ingannato".

Di alcune nozioni linguistiche e di alcune eccessive semplificazioni o sottovalutazioni giuridiche

La sentenza della Corte costituzionale n. 336 del 2008 costituisce un quadro di riferimento ormai storico e consolidato. Essa non è innovativa solo sul piano giuridico, sul quale pure costituisce un sistema di riferimento ormai ineludibile: lo è anche per una questione di metodo, specie per quanto concerne il problema della trascrizione, che risulta poi cruciale in tutto il contesto. È opportuno analizzarne tutto un passo nella sua complessa articolazione:

Note:

(2) Inedita, almeno, nell'ambito giudiziario, ma notissima in altri (cfr. *infra*).

(3) G. M. Chiocci, in *il Giornale*, 27 dicembre 2011, 13.

(4) Ad es. in fisica acustica pare che con l'espressione "miraggio acustico" si intenda una sorta di modificazione del suono dovuto ad inversione termica: in condizioni di aria fredda sul terreno con sovrastante uno strato di aria calda il suono subisce un fenomeno di riflessione; il suono che resta incluso nello strato nebbioso si propaga più rapidamente determinando un fenomeno di trasporto detto "miraggio acustico".

(5) C. Battisti, *Fonetica generale*, Milano, 1938, cit. in A. Paoloni - D. Zavattaro, *Intercettazioni telefoniche e ambientali. Metodi, limiti e sviluppi nella trascrizione e verbalizzazione*, Torino, 2007, 110.

(6) Sulle caratteristiche della "certezza" della testimonianza visiva c'è un'intera letteratura: sul tema, v., in particolare, L. De Cataldo Neuburger, *Psicologia della testimonianza e prova testimoniale,* Milano, 1988; AA.VV., *Psicologia e processo: lo scenario di nuovi equilibri,* a cura di L. De Cataldo Neuburger, Padova, 1989; G. Gulotta, *Strumenti concettuali per agire nel nuovo processo penale, Milano,* 1990; AA.VV., *Il processo invisibile. Le dinamiche psicologiche nel processo penale*, a cura di A. Forza, Venezia, 1997; G. Gulotta e M. Zettin, *Psicologia* giuridica e responsabilità, Milano, 1999; G. Gulotta, *Elementi di psicologia giuridica e di diritto psicologico,* Milano, 2000.

«Ritiene questa Corte che l'ascolto diretto delle conversazioni o comunicazioni intercettate non possa essere surrogato dalle trascrizioni effettuate, senza contraddittorio, dalla polizia giudiziaria, le quali possono essere, per esplicito dettato legislativo (art. 268, comma 2 cod. proc. pen), anche sommarie. È appena il caso di osservare che l'accesso diretto alle registrazioni può essere ritenuto necessario, dalla difesa dell'indagato, per valutare l'effettivo significato probatorio delle stesse. La qualità delle registrazioni può non essere perfetta ed imporre una vera e propria attività di "interpretazione" delle parole e delle frasi registrate, specie se nelle conversazioni vengano usati dialetti o lingue straniere. In ogni caso risultano spesso rilevanti intonazioni della voce, le pause che, a parità di trascrizione dei fonemi, possono mutare in tutto o in parte il senso di una conversazione. Non v'è dubbio che la trascrizione peritale dei colloqui costituisce una modalità di valutazione della prova più affidabile di quanto non sia l'appunto dell'operatore di polizia ed, a maggior ragione, la sintesi che può essere contenuta nei "brogliacci". Il perito è un esperto, dotato di apparecchiature specifiche, ed opera nel contraddittorio delle parti, eventualmente per il tramite di consulenti. Lo stesso fornisce una trascrizione letterale, ma anche indicazioni ulteriori, quando necessarie (intonazione della voce, lunghezza di una pausa, ecc.) che possono incidere sul senso di una comunicazione. La trascrizione peritale può contenere anch'essa componenti interpretative, ma è garantita dalla estraneità del suo autore alle indagini e al contraddittorio» (7).

Ogni particolare di questo articolato periodo sottende, sebbene non esplicitata né ostentata, anche una precisa cognizione degli aspetti linguistici sottesi all'operazione di trascrizione che il codice prescrive integrale.

Una prima considerazione generale staglia già la differenza gerarchica, che può essere anche sostanziale, tra l'ascolto diretto e la trascrizione effettuata dalla p.g.: il primo non può essere surrogato dalla seconda, ovvero, che è lo stesso ma in forma più esplicita, la trascrizione di p.g., specie se sommaria, costituisce un surrogato dell'ascolto diretto. Tale ascolto può essere necessario per valutare l'effettivo significato probatorio.

Segue una seconda considerazione che rivela, sottesa, sia una realistica valutazione tecnica dell'operazione di registrazione, sia la conoscenza degli elementi linguistici complessi che possono rendere problematica e non del tutto affidabile una trascrizione: da un lato, può non essere perfetta la qualità delle registrazioni, cioè può esservi una interferenza patologica, derivabile da molteplici elementi, causata dal *medium* adoperato nella conversazione registrata e/o nelle apparecchiature utilizzate per la captazione che costituiscono anch'esse un ulteriore *medium* filtrante (8) e d'altro lato, la consapevolezza che la comunicazione linguistica può essere resa complessa da elementi che risultano significativi ben al di là della mera formulazione "primitiva", elementare del messaggio verbale. Di qui la necessità di garantire l'ascolto diretto (in modo efficace: cioè mediante copia delle intercettazioni) in quanto forma la più depurata possibile di valutazione dell'effettivo significato probatorio del materiale registrato nell'intercettazione, il che costituisce la procedura più sicura per assicurare una possibilità di valutazione la più immune possibile da ulteriori interferenze. Ogni interferenza, dunque anche ogni forma di trascrizione, è esposta al rischio della introduzione di errori (9). Fino al punto da porre in dubbio che la prassi adoperata prima della sentenza della Corte costituzionale n. 336 del 2008, potesse ledere i principi del giusto processo nella specifica esigenza di parità tra accusa e difesa (10).

Da questo punto di vista, la stessa nozione linguistica di trascrizione (11) appare inadeguata, anche se

Note:

(7) Corte cost., 10 ottobre 2008, n. 336, in *Giur. cost.*, 2008, 3758-9.

(8) La nozione di "filtro" è, del resto, nota in linguistica quale elemento che serve a rafforzare alcune frequenze di un suono complesso e ad indebolirne altre: durante la stessa fonazione il condotto vocale agisce come un filtro rispetto al suono complesso creato nella laringe dalla vibrazione delle corde vocali (AA.VV., *Dizionario di linguistica*, Milano, 1979, 120).

(9) Può non essere inutile ricordare che la presenza di "errori significativi" costituisce uno degli elementi sicuri per la classificazione dei "testimoni" nella edizione critica dei testi antichi: F. Brambilla Ageno, *L'edizione critica dei testi volgari*, Padova, 1984, 53 ss.

(10) L. Bertoni, *Le intercettazioni. Mezzo di ricerca della prova nel processo*, Matelica, 2011, 7: «Le intercettazioni telefoniche sono strumenti disciplinati nel codice di rito […] come mezzi di ricerca della prova utilizzati, dalla pubblica accusa, nella fase delle indagini preliminari. Le risultanze trascrittive si trasformano poi, in dibattimento, come prova autonoma ed esclusiva di colpevolezza a carico dell'imputato. Non è raro, infatti, leggere sentenze nelle quali gravi imputazioni come i reati associativi si reggono esclusivamente sul contenuto trascrittivo delle captazioni telefoniche. Qui ci interessa valutare, alla luce di quanto risulta sulle modalità sia tecniche che metodologiche con cui vengono effettuate oggi le intercettazioni legali in Italia, se sia lecito utilizzare tale mezzo come prova autonoma di responsabilità nel giudizio penale, senza ledere i principi del giusto processo, in quello che deve essere la parità di diritti tra accusa e difesa».

(11) AA.VV., *Dizionario di linguistica*, cit., 302: «*Trascrivere* significa far corrispondere, termine per termine, le unità discrete della lingua parlata con le unità grafiche; la trascrizione fonetica fa così corrispondere a suoni della lingua simboli unici assunti dall'alfabeto fonetico internazionale». Si badi: le unità discrete della lingua parlata, cioè singolarmente prese; insomma in una situazione che non si verifica mai in una conversazione.

sembrerebbe accostarsi alle intenzioni del legislatore nella formulazione del comma 7 dell'art. 268 c.p.p. Molto opportunamente la Corte costituzionale osserva che anche a parità di trascrizione dei *fonemi* (12) tutti gli altri aspetti della conversazione possono interferire in modo significativo sul "senso" di essa: intonazioni della voce, pause. Ora, una precisazione di questo tipo presuppone una concreta cognizione dei complessi dinamismi che costituisco la comunicazione linguistica come "operazione che va dal suono al senso" (13). Ogni atto di comunicazione verbale implica alcuni fattori costitutivi: un "destinatore" e un "destinatario", innanzi tutto; un codice, in tutto o almeno in parte comune ad entrambi; un contesto, entro il quale si verifica la comunicazione; un contatto, un canale o mezzo fisico che consenta la connessione fonica e psicologica tra destinatore e destinatario (la voce, ma nel caso qui in esame il telefono …); un messaggio, il quale a sua volta è caratterizzato da diverse funzioni (14). Nel caso specifico della trascrizione di cui all'art. 268, comma 7 c.p.p., si aggiunge, evidentemente, il terzo elemento costituito dal perito cui è affidata la trascrizione: il quale, nella sua funzione peritale, è portato qui ad un ruolo significativo, «più affidabile di quanto non sia l'appunto dell'operatore di polizia»; più affidabile proprio in quanto "perito", cioè in quanto consapevole delle complesse difficoltà tecniche e linguistiche, e dunque di natura diversa ma compresente, insite nella decifrazione e trascrizione di una conversazione telefonica registrata. Il perito è un "esperto dotato di apparecchiature specifiche" (15): ma queste, come qualunque strumento tecnico, sarebbero destinate, per dirla con il poeta, senza gioia dei sensi affannarsi a servire, ottuse e passive, se il perito non fosse anche in grado di farle parlare e di rendere la complessa gamma di sfumature che la comunicazione verbale può contenere: per cui egli fornisce una trascrizione letterale, ma anche indicazioni ulteriori, quando necessarie, che possono incidere sul senso di una comunicazione. Queste ulteriori indicazioni (intonazione della voce, lunghezza di una pausa…) attengono ad una sfera di competenze evidentemente diverse da quelle necessarie all'utilizzo di "macchinari": attengono ad una competenza, e anche ad una sensibilità, di chi ben conosce il magma fluido della comunicazione verbale ed è in grado di trascriverlo «pur non essendo coinvolto personalmente in nessuna delle funzioni caratterizzanti il messaggio che deve trascrivere». O, meglio, proprio perché non è coinvolto: perché è, o dovrebbe essere, terzo.

Ciò fa sì che la trascrizione peritale possa contenere componenti interpretative: ma è garantita dalla estraneità del suo autore alle indagini e al contraddittorio, cioè, tecnicamente, dal suo non poter essere *parte*; ma, si può aggiungere, anche dalla estraneità funzionale al processo di comunicazione costituito dal *messaggio* verbale che deve rendere su carta.

Come correttamente sottolineato (16) ogni passo, dalla semplice captazione e duplicazione del traffico telefonico, alla trasmissione del medesimo presso le sale di ascolto delle Procure, sino alla memorizzazione su supporto magnetico tipo CD o DVD, dovrebbe avvenire «con sistemi rispettosi delle più rigide norme di trasparenza e sicurezza, per garantire che un elemento così importante come l'intercettazione telefonica non possa essere soggetto ad errori o manipolazioni, involontari o dolose che siano. […] La realtà è ben diversa. È subito evidente che l'accusa, rappresentata nel nostro sistema giuridico dalla Procura ha di fatto, il controllo totale ed assoluto di tutte le metodologie con cui vengono effettuate le intercettazioni. Al termine del periodo di controllo, e dopo la chiusa indagine, la Procura si limita a depositare in Cancelleria un CD di cui non è dato sapere

Note:

(12) Il *fonema* è inteso in linguistica come la più piccola unità *priva di significato* che si possa delimitare nella catena parlata (definito anche "unità vuota, priva di significato") che in sé non si presenta mai isolata in un punto della catena parlata: si combina con altri tratti fonici che possono variare in funzione del contesto, delle condizioni di emissione, della personalità del parlante… (AA.VV., *Dizionario di linguistica*, cit., 121).

(13) Jakobson, cit. in AA.VV., *Dizionario di linguistica*, cit., 185.

(14) Tali funzioni sono: *denotativa*, orientata sul contesto come capita nella mera trasmissione di comunicazioni (un elenco telefonico, una nota della spesa, l'indicazione dell'ora, ecc.); *espressiva*, centrata sul destinatore: il quale imprime al suo messaggio una impressione, un tono, un sentimento, insomma una indicazione ulteriore rispetto alla mera sequenza denotativa, la funzione espressiva è detta anche *connotativa* proprio per distinguerla dalla denotativa; *conativa*, propria dell'imperativo e del vocativo, ed è quindi orientata verso il destinatario che la percepisce per quella che è *realmente* nell'ambito del messaggio, oltre la mera funzione denotativa; *fàtica*, propria di quelle componenti del messaggio che sono strumentali alla verifica del funzionamento del *codice* o del *mezzo* (tipico, ad es., il "pronto, chi parla?", dell'inizio di una conversazione telefonica); *metalinguistica*, ogni volta che il messaggio in sé viene intercalato da elementi che hanno la funzione di verificare se destinatore e destinatario utilizzano correttamente lo stesso codice. Per tutto cfr. AA.VV., *Dizionario di linguistica*, cit., 185-6. Si sono utilizzate queste nozioni anche in S. Sau, *Le garanzie linguistiche nel processo penale. Diritto all'interprete e tutela delle minoranze riconosciute*, Padova, 2010, 11 ss.

(15) Anche questo è un punto molto delicato, e forse non sempre osservato dal punto di vista dello sbilanciamento dell'intero sistema che rischia di porsi come schiacciante nei confronti della difesa quando il *trascrittore* non sia efficacemente un *perito* della complessa dinamica dell'intercettazione - registrazione - ascolto - trascrizione, e realmente *terzo* nella effettuazione del compito assegnatogli.

(16) L. Bertoni, *Le intercettazioni*, cit., 7-9.

né la modalità né le procedure seguite per realizzare un "qualcosa" che, utilizzato senza alcuna verifica in fase dibattimentale, non può certamente avere le caratteristiche che il nostro Codice di procedura penale richiede per considerare tali reperti come prove». Si intende: la difesa può avere copia del materiale depositato, ma ovviamente nessuna verifica può esercitare sulle modalità tecniche con cui è stato eseguito né sulla reale *perizia* di chi lo ha predisposto nelle sue diverse fasi. La stessa dottrina individua, in proposito, due "difficoltà" di base: la prima, consistente nel fatto che nelle intercettazioni telefoniche non venga utilizzata alcuna metodologia standardizzata: «Regna un "fai da te" e ogni procura organizza il sistema di intercettazioni come meglio crede. Non vi è alcun rispetto per le procedure; sistemi e attrezzature sono ogni volta diverse, e il Procuratore sceglie a sua discrezione le ditte esterne, sempre private, cui affidare il lavoro, senza che vi sia alcun controllo né della società né del personale utilizzato. La seconda questione riguarda l'impossibilità da parte della difesa di avere un benché minimo controllo sull'operato sia delle società appaltatrici, che su quello della Procura» (17).
La qualità delle intercettazioni può non essere perfetta, scrive con consapevole sobrietà la Corte costituzionale, ben conoscendo la situazione complessiva; e non v'è dubbio che la trascrizione peritale dei colloqui costituisce una modalità di valutazione della prova più affidabile di quanto non sia l'appunto dell'operatore di polizia, o addirittura il cosiddetto "brogliaccio". Ma in questo modo il giudice delle leggi, di fatto, non solo afferma in modo non equivocabile la qualità di perito in capo al trascrittore, ma anche di perito in un'attività complessa che è ben lungi dallo svolgersi nella mera operazione di trasposizione scritta delle comunicazioni verbali registrate: dato che la «registrazione può non essere perfetta» (per una serie di cause che possono essersi verificate nell'intero corso della dinamica intercettativa), il trascrittore deve essere in grado di conoscere in qualità peritale tutta la parte tecnica, tecnologica, dell'operazione; e dato che nelle conversazioni registrate possono essere rilevanti più o meno complessi elementi connotativi (che sfuggono alla mera funzione denotativa, e anzi a volte la sovrastano e la alterano più o meno intensamente) il trascrittore deve essere in grado di conoscere, in qualità peritale, gli elementi essenziali della comunicazione verbale, nella quale i significati si concretizzano nello stesso farsi della comunicazione, con le sue fluttuazioni, i suoi cenni, le sue imprecisioni a volte esse stesse volute e consapevoli e quindi parte integrante del messaggio, che è tale, se ha significato, proprio per caratteristiche originali ed irripetibili del suo farsi. Si può arrivare a dire che, in tal senso, la qualità del trascrittore va ben oltre il suo stesso corredo tecnico, peritale, per diluirsi, se così di può dire, in quelle capacità "interpretative" poste in evidenza nella sentenza n. 336 del 2008 della Corte costituzionale. In questo quadro, diviene ovviamente del tutto obsoleta la definizione del trascrittore come mero traspositore di parole in forma scritta; e diviene del tutto improponibile la discussione se il trascrittore possa o meno essere considerato un perito.
Su uno sfondo di tal genere, si manifestano conseguenti le statuizioni del giudice delle leggi che ridisegnano l'intero profilo della nozione e della funzione giuridica della trascrizione integrale disposta dal comma 7, dell'art. 268 c.p.p., rigorosamente ricondotta nell'ambito della piena tutela del diritto di difesa. Ma, perché ciò sia possibile, occorre rimuovere una serie di ostacoli e resistenze: non ultima, forse, la necessità di sottrarre il comma 7 dell'art. 268 c.p.p. ad una concezione "primitiva" della comunicazione verbale.

La "trascrizione integrale" dell'art. 268, comma 7, c.p.p. di fronte alla "caligine" del funzionamento del linguaggio verbale

La breve sintesi dei casi giudiziari che si è presentata nel primo paragrafo di questo lavoro ha mero carattere introduttivo, con nessuna intenzione di prendere parte a polemiche spesso strumentali che si ponevano, per dir così, una eterogenesi dei fini che qui non interessa. Qui, i casi descritti possono tuttavia aver la funzione di esempi, di indizi dimostrativi del disagio e della difficoltà cui può andare incontro l'operatore della giustizia, in qualunque diversa funzione egli si trovi, quando si tratta di applicare il comma 7 dell'art. 268 c.p.p.
Il quale, così com'è, nella sua rigida perentorietà, può anche apparire una norma esatta, *perfecta*, che appunto attende solo di essere applicata: presa alla lettera, essa lascia quasi nessuno spazio all'"interpretazione" (18).

Note:

(17) L. Bertoni, *Le intercettazioni*, cit., 7-9.

(18) Del resto, in generale, si è ben detto che la «assoluta indispensabilità» del ricorso alle intercettazioni si verifica quando gli elementi probatori non possono essere acquisiti con altri mezzi d'indagine, il che significa che «la prova non sia altrimenti acquisibile»: G. Spangher, *La disciplina italiana delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni*, in *Arch. pen.*, 1994, 7. Ma questo rigore, condiviso in dottrina, non può non riverberarsi poi sulla disciplina della trascrizione per cui, in altri termini, anche alla luce di elementare senso comune, una così rigorosa disciplina in termini di ricorso alla intercettazione non può mettere capo ad una imprevedibile e contraddittoria considerazione giurisprudenziale della trascrizione tecnica.

Anzi, non ne lascerebbe proprio nessuno, se fossero fatte salve alcune condizioni: la prima, forse la più decisiva, se "il funzionamento del linguaggio" non fosse circondato da una caligine che rende impossibile una visione chiara; la seconda, non meno incisiva, se una concezione "scientifica" o "tecnica" del linguaggio, quale quella che sembra sottesa alla norma in questione, non sembrasse fatta apposta per mettere in difficoltà l'utilizzatore della norma stessa; senza contare, infine, il fatto che nel caso della trascrizione integrale di intercettazioni telefoniche disposta dal comma 7 dell'art. 268 c.p.p., torna ancora utile la nozione per cui ogni forma di trasporto non soltanto porta, ma traduce e trasforma il mittente, il ricevente e il messaggio, per cui «l'uso di un qualunque *medium*, o estensione dell'uomo, altera gli schemi di interdipendenza tra le persone come altera i rapporti tra i sensi» (19).

Nel primo caso, è tutta una concezione del linguaggio e della comunicazione linguistica che viene a costituire lo sfondo metagiuridico della norma e che, nel contempo, la rende difficilmente praticabile; nel secondo caso, lo sfondo rientra in ambito giuridico presupponendo tutta una concezione del diritto nonostante, a suo tempo, Bobbio ne avesse scardinato i presupposti: per cui, ad una visione razionalistica e scientifica del mondo retto da leggi universali e necessarie, dovesse necessariamente correlarsi con un modo di intendere la scienza e lo scienziato che sembrava «fatto apposta per sconcertare il giurista e mettergli innanzi con irresistibile evidenza tutta la fragilità delle sue costruzioni: oggetto della ricerca dello scienziato della natura sono le leggi universali e necessarie. E quando mai il giurista ha avuto mai a che fare con leggi di tale natura? Non è invero caratteristica sin troppo evidente del mondo di esperienza in cui si muove il giurista, la mutabilità, la provvisorietà, la limitatezza spaziale e temporale, la convenzionalità, la contingenza, il cangiamento persino capriccioso, insomma la totale mancanza e di universalità e di necessità?» (20). E come si inserisce la giurisprudenza nella concezione positivistica del linguaggio, si chiedeva ancora Bobbio: non si inserisce affatto, rispondeva, rimane anzi estranea ed appartata: la giurisprudenza «conduce il proprio lavoro non su fatti sperimentabili, ma su proposizioni date ed intoccabili (le norme giuridiche) che valgono, si badi bene, anche se sono contraddette dai fatti…» (21). Ora, se, sia pure su un territorio così incerto e periglioso, l'analisi del linguaggio resta «la parte critica comune e indispensabile ad ogni scienza» (22), proprio il (preteso?) rigore linguistico della formulazione del comma 7 dell'art. 268 c.p.p. sembra aver suggerito sconcertanti soluzioni.

Il fatto è, a nostro giudizio, che proprio al momento della elaborazione della norma si è fatto implicitamente uso, come una sorta di condizione ovvia e naturale o una sorta di retro-pensiero non verificato, di una concezione generale del linguaggio: non di quello "giuridico" che qui non sembra presentare soverchi problemi (23), ma del linguaggio verbale nella sua accezione più reale e concreta, il "parlato" quotidiano nei soggetti più vari che, però, non necessariamente se ne servono "nei modi primitivi del suo impiego". L'interprete si trova così di fronte alla situazione paradossale di una norma che regge all'analisi del linguaggio giuridico, ma diviene pressoché inapplicabile, almeno in modo univoco, proprio per le caratteristiche naturali del linguaggio verbale per come concretamente viene adoperato. Ovvero, detto in altro modo, una norma chiarissima sul piano formale diviene pressoché inapplicabile, in modo univoco, di fronte alla "caligine" che circonda il funzionamento ordinario del linguaggio, complicato per giunta dall'intermissione di un *medium* di per sé problematico come il "telefono". Oltretutto, la "caligine" può diventare anche nebbia più o meno fitta e penetrabile quando entri in gioco la compresenza di linguaggi (di lingue) diversi, come nel caso ormai frequente che la "trascrizione integrale" di cui all'art. 268, comma 7 c.p.p., debba essere eseguita da intercettazioni telefoniche di colloqui in una qualche lingua straniera (24).

È noto che il concetto wittgeisteniano di "ambiguità semantica" del linguaggio è il risultato di una trentennale riflessione del filosofo, esposta nelle *Ricerche filosofiche* (25), sulla sua stessa dottrina espo-

Note:

(19) M. McLuhan, *Gli strumenti del comunicare*, Milano, 1967, 95.

(20) N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in Scarpelli, *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, 1976, 291.

(21) N. Bobbio, *Scienza del diritto,* cit., 295.

(22) N. Bobbio, *Scienza del diritto*, cit., 306.

(23) Ne è riprova il fatto che i trattati di procedura penale di solito non riservano grande spazio al problema della "trascrizione integrale" di cui all'art. 268, comma 7, c.p.p.: ad es. F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2012, 856; P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2011, 387.

(24) Ma merita particolare attenzione l'assioma di G. Steiner, *Dopo Babele. Aspetti del linguaggio e della traduzione*, (1975), Milano, 2004, 557: «La traduzione è pienamente implicita anche nella comunicazione più rudimentale».

(25) Secondo l'osservazione wittgeisteniana esposta nelle, *Ricerche filosofiche*, I, 5, 1953, «Il concetto generale della parola circonda il funzionamento del linguaggio di una caligine che rende impossibile una visione chiara. La nebbia si dissipa quando studiamo i fenomeni del linguaggio nei modi primitivi del suo impiego». Le Ricerche filosofiche (pubblicate postume nel 1953) sono il capolavoro della maturità di Wittgenstein, nonché uno dei testi di riferimento principali di tutta la filosofia del Novecento.

sta nel *Tractatus logico-philosophicus*, dove nessuna "caligine" offuscava il funzionamento del linguaggio (si parla sempre di linguaggio verbale…): anzi, chiariva B. Russel nella sua *Introduzione*, Wittgenstein paragonava l'espressione linguistica alla proiezione geometrica…; ed inoltre «il primo requisito del linguaggio ideale è che vi sia un unico nome per ogni entità semplice, e che non vi sia mai lo stesso nome per due differenti entità semplici» (26). Insomma, la stessa proposizione per cui tutto ciò che può essere pensato può essere pensato chiaramente e tutto ciò che può essere formulato può essere formulato chiaramente (27), includeva i margini del proprio errore appunto nella assolutizzazione della proposizione assiomatica: "tutto", forse, nei "modi primitivi" dell'utilizzo del linguaggio verbale o negli *edita doctrina sapientium templa serena* (28), insomma nei linguaggi delle scienze esatte, ma non nel mondo della "conversazione" quotidiana dove entra in gioco una quantità e varietà di elementi che difficilmente possono essere costretti nella formula wittgensteiniania (e in genere nelle pretese del neopositivismo linguistico…) (29). Tanto più quando, in alcuni difficili contesti, uno degli obiettivi della "comunicazione" può essere proprio quello di occultare la "chiarezza" del messaggio mediante forme di mascheramento gergale o di altra natura, che necessitano di decifrazione per essere ridotto a "chiarezza" (30).

Il comma 7 dell'art. 268 c.p.p. si basa su una (implicita) concezione "primitiva" del linguaggio verbale, alla quale risulta poi *naturaliter* connessa una concezione "primitiva" delle possibilità di *trascrizione* e di traduzione. In altri termini, si può anche dire che la trascrizione integrale così come ivi prescritta implica una concezione della parola bruta come la definiva Bergson, cioè quella che accoglie solo "quanto vi è di stabile, di comune, e quindi di impersonale, nelle impressioni dell'umanità, mentre schiaccia o per lo meno comprime le impressioni delicate e fugaci della nostra coscienza intellettuale". Ovvio, che nella "nostra coscienza intellettuale" vi sono anche altre "impressioni": ma il concetto è chiaro… E ancora Bergson: «La parola che nota della cosa solo la sua funzione più comune e il suo aspetto più banale, si insinua tra quella e noi […]. Noi non afferriamo dei nostri sentimenti che il loro aspetto impersonale, quello che la lingua ha potuto notare una volta per tutte, perché è pressappoco lo stesso, nelle stesse condizioni, per tutti gli uomini» (31).

In altri termini, l'art. 268, comma 7, c.p.p., può valere in senso puramente formale, ovvero vale fino a quando lo si riferisce ad un modello astratto, non identificabile con l'esperienza; e probabilmente ri-

Note:

(26) B. Russel, *Introduzione* in L. Wittgeistein, *Tractatus logico-philosophicus*, (1922), Torino, 1989, XXXI.

(27) L. Wittgeistein., *Tractatus*, cit., 4.II6.

(28) Lucrezio, *De rerum natura*, II, 8.

(29) Trenta anni dopo, come si è già accennato, sulla base dell'analisi di un noto passo delle *Confessioni* (I,8) in cui Agostino raccontando del proprio apprendimento della lingua, da bambino, esprime implicitamente anche una concezione del linguaggio, Wittgenstein correggeva appunto questa concezione "primitiva" del linguaggio nel quale ad ogni "cosa" corrisponde una «parola» per cui - diceva Agostino - «udendo spesso le stesse parole ricorrere, al posto appropriato, in proposizioni differenti, mi rendevo conto a poco a poco di quali cose esse fossero i segni» (Agostino, *Confessioni*, I, 8, trad. di M. Trinchero, in L. W., *Ricerche filosofiche*, cit., 9, n. 1). In queste osservazioni, Wittgenstein riconosceva una "determinata immagine" della natura del linguaggio umano. In realtà, probabilmente sbagliava ancora, per difetto, ma non è questa la sede per approfondire le implicazioni del *complesso* delle intuizioni agostiniane.

(30) Ciò anche a prescindere dal fatto che la sociolinguistica conosce da tempo il fenomeno del "mascheramento uditivo" come una delle caratteristiche della "percezione del messaggio verbale" (G.A. Miller, *Linguaggio e comunicazione*, (1951), Firenze, 1972, part. cap. III.); qui anche nozioni di notevole utilità nel settore che ora si studia, ad esempio: «Il meccanismo selettivo [dell'udito] può essere studiato nella sua forma più semplice quando si introducono nell'orecchio due suoni puri e si chiede all'ascoltatore di segnalare la presenza o l'assenza del primo o del secondo suono. Questi esperimenti dimostrano che l'orecchio non è in grado di seguire analisi perfette, in quanto alcuni suoni oscurano la percezione di altri. Questa interferenza è chiamata mascheramento uditivo» (*ivi*, 76). Questo fenomeno si intende accentuato, in varia misura, nel caso delle intercettazioni telefoniche in quanto «Quasi ogni sistema di comunicazione che trasmette la voce umana introduce modificazioni nello spettro» (*ivi*, 93).
Non può essere un caso se, in un eccellente trattato, S. Ullmann, *La semantica. Introduzione alla scienza del significato*, Bologna, 1966, 188, menziona Wittgenstein per un'idea delle *Ricerche* ma non per il *Tractatus*; questa idea: i concetti hanno "orli sfumati", come fotografie sfocate, per cui «È poi sempre vantaggioso sostituire un'immagine indistinta con una nettamente delineata? Non è spesso proprio dell'indistinto che abbiamo bisogno?». (Ma su questi aspetti relativi alla figura del filosofo austriaco, cfr. T. De Mauro, *Introduzione alla semantica*, Bari, 1971, 33-42 e 95 ss.).

(31) Le citazioni da Bergson sono ricavate da S. Ullmann, *La semantica*, cit., 191; Ullmann chiarisce ancora: «Le nostre parole non sono mai del tutto omogenee, anche le più semplici e monolitiche hanno un certo numero di sfaccettature diverse, che dipendono dal contesto e dalla situazione in cui esse sono usate, e anche dalla personalità di chi le usa. La molteplicità degli aspetti è un'altra importante fonte di vaghezza. […] Persino i nomi propri, che sono le parole più concrete che esistano, sono soggetti a tali "mutamenti nell'applicazione"; e solo il contesto può specificare quale aspetto di una persona, quale fase del suo sviluppo, quale lato della sua attività noi abbiamo in mente» (*ivi*, 198-199). Ma fin nella sociologia ottocentesca sono reperibili concetti analoghi, e ormai rispondenti al *sensus communis*: «Il vero organo della comprensione, in cui essa si sviluppa e forma la propria essenza, è la lingua stessa […]. La lingua non è stata - come tutti sanno - inventata e quasi convenuta come mezzo o strumento per farsi capire, ma è essa stessa comprensione vivente, e al tempo stesso contenuto forma della comprensione. Similmente a tutti gli altri moti espressivi consapevoli, la sua espressione è la conseguenza spontanea di sentimenti profondi e di pensieri predominanti; e non serve l'intenzione di farsi comprendere, quasi che essa fosse un mezzo artificiale alla cui base vi sia una incomprensione naturale - per quanto anche tra coloro che si comprendono, la lingua possa pur essere usata come un semplice sistema di segni, al pari di altri segni convenuti» (F. Tönnies, *Comunità e società*, (1887), Roma - Bari, 2001, 45).

sponde a quel "singolare atteggiamento dello spirito umano" costituito dal formalismo (32). E, si può forse aggiungere, la norma in questione non è difficilmente applicabile perché soggetta, come ogni norma, al "tarlo del nulla", ma anzi proprio perché la "stabilità della forma" (33) contrasta con la verità effettuale del reale: nell'ambito del quale, invece, agisce il multiforme magma delle lingue del processo. Le quali, è pur vero, riposano sulla solida consistenza dell'art. 109, comma 1 c.p.p., ma se si legge un prezioso lavoro di linguistica giudiziaria (34), cui anche qui si fa ricorso, non si stenta a rendersi conto, come scrive l'illustre prefatore, "che il gran teatro delle lingue teatrali è molto indietro rispetto all'altro gran teatro delle lingue, al condensato, all'amalgama linguistico rappresentato dal processo" (35).

All'art. 268 c.p.p., cioè all'analisi delle situazioni linguistiche che esso implica e determina, il lavoro, appena richiamato, dedica pagine di grande chiarezza e concreta utilità. Per quanto strettamente riguarda la trascrizione integrale di cui al comma 7, si possono riassumere alcuni punti:

a) il problema centrale risulta essere il fatto che le intercettazioni (ambientali e/o telefoniche) sono atti di indagine del pubblico ministero, «ma la prassi penale attuale prevede che l'intercettazione, con relativa verbalizzazione, sia affidata […] agli organi di polizia, quanto meno per i cosiddetti brogliacci d'ascolto (o di servizio) cioè i verbali di sintesi o di trascrizione delle comunicazioni intercettate, previsti dall'art. 268, commi 1-2. C'è dunque fra la registrazione e gli operatori del diritto, un "filtro" che è, *status* specifico, dotato di competenze linguistiche casuali e disparate» (36);

b) per quanto concerne la intercettazione di comunicazioni telefoniche, si osserva: «La telefonata appartiene ad un genere ben caratterizzato nella più ampia categoria della comunicazione verbale a distanza, tramite medium in diretta»; tuttavia, nella ovvia dinamica della comunicazione in diretta a distanza, dove gli interlocutori si trovano in luoghi diversi tra loro, «il sospetto sempre più frequente di essere intercettati ha alzato vertiginosamente i livelli di attenzione e di cripticità dei parlanti» (37);

c) le operazioni di sbobinatura e di trasformazione del "parlato" in "scritto" sono tecnicamente complesse e tutt'altro che neutre, come i linguisti vanno dimostrando da anni, senza però riuscire a far penetrare, e radicare, i loro risultati nella cultura diffusa. Queste difficoltà sono reali perfino quando il parlato è chiaro e la registrazione buona … e crescono in modo esponenziale con l'ingresso di variabili di disturbo o di complicazione (pur escludendo *a priori* ogni intento di manipolazione) (38);

d) «Un non linguista, anche dotato di cultura, è, nei fatti, ancora abituato a credere nell'autonomia del significato di frase…» (39).

L'atteggiamento riduttivo della Cassazione in tema di trascrizione delle intercettazioni telefoniche

Nel vecchio codice di procedura penale del 1930, la trascrizione di intercettazioni telefoniche era eseguita dalla polizia come operazione di routine ed in maniera informale; la relativa documentazione veniva trasmessa al magistrato al di fuori di previsioni di legge e senza possibilità di controllo (40). Da questo punto di vista, l'art. 268 del codice del 1989 costituisce un indubbio progresso sotto diversi profili (41). In primo luogo, con il comma 7 di detto articolo, a differenza di quanto previsto dal codice del '30, ora le intercettazioni non possono in alcun caso essere utilizzate per il dibattimento prima della trascrizione disposta dal giudice per le indagini preliminari con le forme, i modi e le garanzie previste per la perizia: ciò in quanto quest'ultima è «assolutamente

Note:

(32) Si mutuano parole di S. Satta, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, 108.

(33) In questo caso le parole sono mutuate da N. Irti, *Il salvagente della forma,* Roma - Bari, 2007, V.

(34) P. Bellucci, *A onor del vero. Fondamenti di linguistica giudiziaria*, Torino, 2002.

(35) T. De mauro, *Introduzione*, in P. Bellucci, *A onor del vero*, cit., X-XI. Lo stesso T. De Mauro, a conclusione di un inventario *per capita* di tipi di testi e di linguaggi che si incontrano nel processo, con le conseguenti possibilità di (in)comprensione, osserva: «la capacità di comprensione, le incomprensioni, le capacità di espressione di testimoni, parti lese, imputati, che si manifestano attraverso deposizioni previe, trascritte e riportate da verbalizzatori più o meno esperti, più o meno simili al brigadiere di Italo Calvino, e attraverso rinnovate deposizioni orali e discussioni sulla coerenza tra i primi detti trascritti e l'orale…» . Diciamo qui, a… onor del vero, che il libro della Bellucci va tenuto presente, come manuale d'uso, ma anche come induzione a democratico buon senso, non solo per rapirne qualche indicazione, come anche qui s'è fatto, ma come orientamento complessivo per chiunque si interessi di questi problemi.

(36) P. Bellucci, *A onor del vero*, cit., 59.

(37) P. Bellucci, *A onor del vero*, cit., 61.

(38) P. Bellucci, *A onor del vero*, cit., 65.

(39) P. Bellucci, *A onor del vero*, cit., 65-66.

(40) G. Illuminati, *La disciplina processuale delle intercettazioni*, Milano, 1983, 26.

(41) Ma, anche in questo, è stato osservato che una trascrizione avvenuta *non* secondo le regole dell'accertamento peritale determina una lesione del diritto di difesa, non dando una trascrizione informale le dovute garanzie alle parti (A. Camon, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 230 ss.).

necessaria per la perfezione del procedimento acquisitivo al fine dell'utilizzazione dibattimentale» (42). E tutto il sistema dell'art. 268 c.p.p. appare strutturato in modo da assicurare le più ampie garanzie di difesa: l'intervento difensivo, è stato giustamente detto, nella fase dell'acquisizione delle registrazioni assume una speciale rilevanza incidendo sulla configurazione stessa del mezzo di prova (43). Tale intervento, infatti, si pone come operazione preliminare necessaria, assicurata dal disposto del comma 6 dell'art. 268 c.p.p., dopo la quale (o dopo lo scadere di cinque giorni) il giudice dispone l'acquisizione delle registrazioni o dei flussi di comunicazioni informatiche e telematiche indicati dalle parti; il pubblico ministero e i difensori hanno diritto di partecipare allo stralcio delle cui relative operazioni sono avvertiti almeno ventiquattro ore prima (art. 268, comma 6, c.p.p.). È a questo punto che il giudice dispone anche la trascrizione integrale prevista dal comma 7 e di cui qui si discute.

Qui ancora esatto l'intervento della Suprema Corte secondo cui «in tema di intercettazioni, il comma 6 dell'art. 268 c.p.p. pone a carico delle parti l'onere di indicare le conversazioni alla cui acquisizione abbiano interesse e delle quali, poi, il giudice deve disporre la trascrizione integrale, ai sensi del successivo comma 7. Pertanto la relativa richiesta deve essere mirata, cioè indirizzata verso specifiche conversazioni indicate, per le quali sia in grado di esercitare il previsto vaglio di non manifesta irrilevanza, essendo inconcepibile una istanza cumulativa, non sorretta da idonea motivazione a supporto di individuate esigenze» (44).

La trascrizione integrale, prevista dal comma 7, sembra inoltre blindare il sistema dal momento che, dovendosi effettuare secondo i modi, le forme e le garanzie previste per la perizia, consente di «accertare specifiche incompletezze o omissioni pregiudizievoli per la difesa che ben possono essere indicate anche in sede di dibattimento» (45). Tutti questi elementi risultano alquanto sconcertanti se confrontati col … destino successivo della trascrizione medesima e della sua rilevanza e incidenza nella giurisprudenza prevalente della Cassazione e, di conseguenza, nella ordinaria prassi processuale.

Il disagio posto dalla previsione del comma 7 dell'art. 268 c.p.p., è emerso abbastanza presto dando origine ad una serie di interpretazioni tese a sminuire la rilevanza della norma nel tentativo di smussarne la perentoria nettezza e di renderla compatibile con la realtà effettuale della vicenda processuale. Si può vedere, a titolo esemplificativo, qualche sentenza della Suprema corte, con la premessa che si tratta solo di segnalare come le difficoltà applicative del comma 7 art. 268 c.p.p. abbiano, in realtà, indotto ad una sorta di svuotamento o di aggiramento del constatato contrasto tra perentorietà della norma e ordinaria prassi processuale.

In qualche caso, ci si trova di fronte ad un dettato che desta, per vero, qualche sconcerto: «sarebbe del tutto ultroneo il richiamo alle norme relative alla perizia; non soltanto per il carattere di mera operazione dell'attività di trascrizione, comunque, da distinguere dalla struttura gnoseologica dei mezzi di prova, dei quali, può, semmai, costituire una mera rappresentazione, ma per la fungibilità, che è propria dell'attività meramente riproduttiva, non in grado di poter essere qualificata alla stregua di un documento e, conseguentemente, di un mezzo di prova» (46).

L'assunto complessivo è chiaro: la trascrizione integrale non può essere considerata un mezzo di prova, ma al massimo una mera rappresentazione di esso, in quanto costituirebbe una mera operazione; inoltre, la fungibilità propria dell'attività meramente riproduttiva non consente alla trascrizione di essere qualificata alla stregua di un documento. Ma in capo a tutto questo, dove risalta per tre volte (aggettivo e avverbio) in senso …depressivo la forma aggettivale o avverbiale mero, si dichiara del tutto *ultroneo* il richiamo alle norme relative alla perizia. Ed in effetti è proprio così: tale richiamo è ultroneo nel senso proprio del termine (spontaneo, volontario ci dice il Palazzi, e quindi ovvio si può aggiungere…), ma perciò soprattutto superfluo dato che il codice di procedura penale prescrive che la trascrizione integrale venga effettuata appunto nelle forme, nei modi e con le garanzie della perizia: cioè con i requisiti per cui una perizia può assurgere alla dignità di mezzo di prova.

La Suprema corte, chiamata a dirimere una questione di difficoltosa esecuzione del disposto di cui al comma 7 dell'art. 268 c.p.p., aveva dovuto renderlo emiplegico svalutandone una rilevante prescrizione, e per di più sminuendo una delle diposizioni che di

Note:

(42) Così G. Ichino, *Gli atti irripetibili e la loro utilizzabilità dibattimentale*, in AA.VV., *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di G. Ubertis, Milano, 1992, 147.

(43) A. Verger, *Le garanzie della persona sottoposta alle indagini*, Padova, 2001, 200.

(44) Cass., Sez. I, 21 febbraio 1994, Fagiolo, in *Cass. pen.,* 1995, 1298

(45) Cass., Sez. IV, 4 giugno 1993, n. 9493, Carnazza, *ivi*, 1994, 2754.

(46) Cass., Sez. VI, 23 febbraio 2004, Carangelo, in *Guida dir.,* 2004, 20, 90; Cass., sez. IV, 30 ottobre 1992, n. 11914, Tramuta, in *Ced Cass.,* 193148 (cfr. anche: Cass., Sez. IV, 5 ottobre 1994, n. 3784, Celone, in *Arch. n. proc. pen.,* 1995, 219).

più stagliavano le norme del codice di rito democratico da quello del '30, dove meno sensibile era, per ovvie e storiche ragioni, l'attenzione verso le garanzie della persona sottoposta ad indagini.

In termini ancora più radicali altra sentenza della Cassazione afferma che «In tema di registrazione di conversazione o comunicazione intercettata, la prova è costituita dalle bobine, sicché è irrilevante ai fini dell'utilizzabilità, la mancata effettuazione della trascrizione delle registrazioni. Potendo detta trascrizione addirittura mancare, le eventuali nullità che la inficiano non si riflettono sulla prova costituita, appunto, dalla sola registrazione» (47). Tutto il comma 7 dell'art. 268 c.p.p. viene in tal modo svuotato del suo significato dalla Suprema Corte, lasciando, tuttavia, impregiudicato il problema se la eventuale mancanza della *trascrizione* potesse essere determinata da decisione o da negligenza del giudice, ovvero da negligenza o decisione degli uffici di polizia allo scopo preposti (48). In realtà, anche in questo caso, la Cassazione ha dovuto rappezzare un tessuto procedurale che si smaglia proprio di fronte alla oggettiva difficoltà di applicazione della norma: di fronte, cioè, alla difficoltà di esecuzione della *trascrizione integrale*, a tal punto irta e difficoltosa da far correre il rischio di far saltare ogni processo in cui i mezzi di prova fossero costituiti da intercettazioni telefoniche trascrivende in modo integrale (49).

L'intera interpretazione del rapporto intercettazione-trascrizione si può trovare anche capovolto: «Poiché per l'inscindibile rapporto esistente tra i nastri registrati e la trascrizione di essi, la registrazione delle intercettazioni attuate, seguita da trascrizione, acquisita al fascicolo del dibattimento, ai sensi dell'art. 268,

Note:

(47) Cass., Sez. VI, 28 marzo 2006, in *Ced Cass.*, 234103; analogamente Cass., Sez. VI, 15 novembre 2002, Galimberti, in *Guida dir.,* 2003, 10, 86; Cass., sez. IV, 20 aprile 1995, n. Pizzolante, in *Riv. pen.,* 1996, 52 (cfr. anche: Cass., Sez. II, 19 giugno 1992, n. 11124, Serra, in *Ced Cass,* 192554; Cass., Sez. VI, 20 marzo 1991, Trovato, in *Cass. pen.,* 1992, 1010).

(48) Ma la Suprema Corte ha fornito, in proposito, un caso ancora più singolare attribuendo addirittura al perito incaricato della trascrizione la facoltà di … selezionare i materiali da trascrivere: Cass., Sez. IV, 4 giugno 1993, n. 9493, cit., secondo cui «È manifestamente infondata la questione di costituzionalità dell'art. 268 comma 7 c.p.p. in riferimento all'art. 24 Cost., prospettato sotto il profilo che viola in diritto di difesa la mancata previsione di nullità per l'omissione da parte del perito della trascrizione di quelle *conversazioni intercettate non attinenti, a giudizio del medesimo*, ai fatti oggetto del processo […]. In materia di intercettazioni telefoniche, l'omissione da parte del perito della trascrizione di quelle conversazioni *non attinenti, a giudizio del medesimo*, *ai fatti oggetto del processo*, costituisce una mera irregolarità non sanzionata da alcuna espressa comminatoria di nullità né della parte non tradotta [*sic*] né della trascrizione parziale. Ciò che rileva ai fini del diritto della difesa è che, nell'espletamento della trascrizione siano osservati modi forme e garanzie previsti per la perizia» (corsivo e grassetto dello scrivente). Dove non solo si attribuisce al perito la facoltà di *giudizio* su quali materiali intercettati siano meritevoli di trascrizione, ma anche lo si grava di una complessiva conoscenza dei "fatti del processo" in relazione ai quali … ritagliare le parti omittende o trascrivende delle intercettazioni alla sua perizia di trascrittore, ma non al suo *giudizio*, affidate. E neppure a quello esclusivo del giudice: sul punto, A. Camon, *Le intercettazioni telefoniche nel processo penale*, cit., 232: «l'attività di cernita non spetta al giudice e, comunque, non può essere delegata […]. L'atto sarebbe abnorme»; così anche C. Di Martino - T. Procaccianti, *Le intercettazioni telefoniche*, Padova, 2001, 169, che aggiungono «Qualora fosse il perito ad arrogarsi il compito di selezionare i brani da trascrivere, la sua attività esulerebbe dai limiti dell'incarico affidatogli…», con rinvio a L. Filippi, *Le intercettazioni di comunicazioni*, Milano, 1997, 156. Per di più, non è motivo di alcuna sanzione processuale il fatto che il perito incaricato della trascrizione si avvalga dell'opera di un ausiliario non nominato dal giudice (Cass. pen., sez. I, 20 aprile 2004, Mastrosimone, in *Giust. Pen.,* 2005, III, 529.). Non è detto se anche all'ausiliario sia data facoltà di giudizio sulla cernita delle intercettazioni da trascrivere nel quadro di una visione complessiva dei "fatti del processo"… Cfr. anche A. Nappi, *Mezzi di ricerca della prova*, in G. Lattanzi e E. Lupo, *Codice di procedura penale*, vol. II, *Aggiornamento 2003-2008*, Milano, 2008, 912.

(49) La percezione semplicistica dell'operazione di trascrizione integrale è annotata in dottrina fino in tempi recenti: G. Biondi, *L'incidente probatorio nel processo penale*, Milano, 2006, 158-159: «In buona sostanza, ciò che conta è che la difesa sia messa in condizioni di interloquire sia in ordine allo stralcio delle conversazioni intercettate inutilizzabili, che in ordine alla selezione di quelle da acquisire come prova al processo, contestando le richieste altrui e formulando le proprie istanze, verificando l'operato del perito trascrittore anche mediante la nomina del consulente tecnico. Non è specificato però se ciò debba avvenire secondo le forme dell'incidente probatorio. Inoltre, *secondo la prevalente interpretazione giurisprudenziale, la perizia in esame non ha la vera e propria natura di perizia, ma è rappresentazione di una mera operazione di secondo grado tendente a riprodurre in segni grafici il contenuto delle conversazioni intercettate* […]. Esse [le trascrizioni] servono soltanto per l'utilizzabilità dibattimentale delle registrazioni e non rappresentano nemmeno lo strumento esclusivo per garantire tale finalità, ben potendo il giudice utilizzare direttamente le bobine o cassette, che costituiscono la vera prova» (corsivo dello scrivente). Il che è corretto, ovviamente: ma si arena nelle eventuali sabbie della necessità di una *traduzione* da dialetto o lingua straniera, dove l'utilizzo diretto da parte del giudice di bobine o cassette sarebbe per più ragioni, pratiche e giuridiche (art. 143, comma 3, c.p.p.) precluso. Ancora "operazione di secondo grado" è definita la *trascrizione integrale* in L. Filippi, *Intercettazione di comunicazioni*, in *Enc. Giur.*, Roma, 2001, vol. XIX, 5, per cui «ne consegue la insussistenza ontologica, in relazione alle trascrizioni, di un problema di utilizzazione, potendosi semmai denunciare la mancata corrispondenza fra il contenuto delle registrazioni e quello risultante dalle trascrizioni effettuate»; ma tuttavia, forse con una certa contraddizione, l'art. 268 comma 7 «prescrive il compimento della perizia, *la cui mancanza preclude la formazione della prova* per cui nei verbali e registrazioni, quali atti d'indagine preliminare, non sono utilizzabili nel dibattimento, mentre acquistano valore probatorio, per volontà dell'imputato, nel giudizio abbreviato o per l'applicazione di pena su richiesta delle parti o nel procedimento per decreto. Anche secondo la giurisprudenza, il *contenuto delle conversazioni intercettate può essere provato solo mediante la trascrizione delle registrazioni* e di conseguenza…», ecc. (corsivo dello scrivente). Dove la "operazione di secondo grado" sembra invece assurgere a ruolo di operazione fondamentale, unica in grado di "provare" il contenuto delle registrazioni. Dello stesso Autore, cfr. *Sub art. 268* in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda - G. Spangher, IV, Milano, 2010, 2722-2723.

comma 7 ultima parte c.p.p., rientra tra le prove legittimamente acquisite nel dibattimento, che a norma dell'art. 526 possono essere utilizzate ai fini della decisione e poiché la mancata previsione dell'inserimento nel detto fascicolo dei nastri di registrazione, che restano peraltro a disposizione delle parti le quali hanno facoltà di ascoltarli e di farne eseguire la trasposizione su nastro magnetico, deriva solo dalla natura degli oggetti non fascicolabili, non è precluso al giudice in camera di consiglio l'ascolto delle bobine che della trascrizione attuata costituiscono il presupposto e l'utilizzo ai fini della decisione dei risultati dell'ascolto […]. E infatti, l'ascolto di questi in sede dibattimentale è configurabile come semplice modalità operativa istruttoria che è di esclusiva competenza del giudice valutare discrezionalmente» (50).

Tuttavia, è rintracciabile e non priva di interesse anche un'altra interpretazione ormai piuttosto risalente e pressoché abbandonata secondo cui la intercettazione di comunicazioni è un mezzo di ricerca della prova; le registrazioni e i relativi verbali delle intercettazioni effettuate sono fonti di prova e non prova. "Diventano prova (se lo diventano) e sono utilizzabili in dibattimento solo in quanto se ne proceda alla trascrizione" (51). Ciò sulla base di una interpretazione letterale dell'art. 268, comma 7 c.p.p. che impone al giudice l'obbligo di disporre la *trascrizione integrale* delle registrazioni da acquisire dopo averne valutata la non manifesta irrilevanza e la utilizzabilità. Sempre secondo tale indirizzo l'intercettazione «diventa prova attraverso la trascrizione perché solo il perito, in possesso delle necessarie cognizioni tecniche può, attraverso le opportune operazioni necessarie, (si pensi all'ascolto con tecniche di rallentamento delle conversazioni e di depurazione delle registrazioni da rumori di fondo, fruscii ed altro) rendere manifesto al Giudice l'integrale significato delle conversazioni intercettate, e correggere l'eventuale erronea trascrizione operata sul verbale di intercettazione dalla P.G., o addirittura rilevare, in ipotesi, l'eventuale manipolazione della originaria registrazione su nastro magnetico». Il quale era, nel '91, un discorso di notevole chiarezza.

La ricostruzione più rigorosa appare maggiormente condivisibile. Al contrario di quanto affermato dalla giurisprudenza della Cassazione, come correttamente precisato in dottrina (52), la trascrizione integrale delle comunicazioni o conversazioni deve ritenersi obbligatoria, "sia perché la formazione del particolare oggetto d'indagine avviene mediante strumenti tecnologici, sia perché la struttura dell'oggetto intercettato può assumere una particolare, se non intrecciata, veste comunicativa; di conseguenza, il legislatore ha imposto, «una segmentata attività "tecnica", ad opera di uno esperto in materia che sappia sviscerare sotto i diversi profili di comunicazione o conversazione intercettata, al fine di apportare un sigillo sull'attendibilità probatoria della stessa, la quale deve passare attraverso le forme, i modi e le garanzie del mezzo di prova in questione (perizia). In pratica il previsto obbligo (il giudice "dispone" invece che "può disporre") esalta la scelta del legislatore di evitare una discrezionalità in tema, vale a dire, anche se nel caso concreto potesse bastare il mero ascolto o visione delle comunicazioni o conversazioni risultanti dall'apposita documentazione, la *volunta legis* ha preferito acquisire il rilevante oggetto intercettato attraverso un mezzo tipico e con modalità e forme tassative, in modo da garantire la legalità processuale e, quindi, la decisione sulla responsabilità penale a seguito del giudizio dibattimentale, che non può prescindere dall'acquisizione della prova secondo il metodo del contraddittorio (da intendere come contraddittorio *sui generis*) rispetto ad elementi che per loro natura implicano il rispetto della garanzia soggettiva (parti) ed oggettiva (giurisdizione)» (53).

Note:

(50) Cass., Sez. I, 16 gennaio 1995, Catti, in *Giust. pen.,* 1996, III, 187.

(51) Trib. Roma, Sez. G.I.P., Ord. 6 febbraio 1991, Zanelli e più, in *Temi romana*, 1991, 188.

(52) A. Vele, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale: Tra garanzie e prospettive di riforma*, Padova, 2011, 168 ss.

(53) A. Vele, *Le intercettazioni nel sistema processuale penale*, cit., 172-3. Tuttavia, anche il legislatore, come Omero, qualche volta *dormitat*: ad esempio quando nell'art. 220 c.p.p. specifica che la perizia è ammessa quando occorre svolgere indagini o acquisire dati o valutazioni che richiedono "specifiche competenze tecniche, scientifiche o artistiche". Quelle linguistiche non sono previste. In forma icastica: "*Ad acta*, dunque, figurano i testi trascritti" (F. Cordero, *Procedura penale*, cit., 856). Sul problema della "scientificità" della prova: G. Ubertis, *La prova scientifica e la nottola di Minerva*, in De Cataldo Neuburger (a cura di), *La prova scientifica nel processo penale*, Padova, 2007, 91; F. Caprioli, *La scienza "cattiva maestra": le insidie della prova scientifica nel processo penale*, in *Cass. pen.,* 2008, 3229; P. Tonini, *Manuale,* cit., 335-6. Il riferimento alle "nottole di Minerva", e dunque al loro significato simbolico, cui faceva riferimento anche Hegel nei *Lineamenti di filosofia del diritto*, ci consente di scherzare garbatamente sul fatto che, in ambiti giurisprudenziali, nei confronti del linguaggio parlato (e registrato) si è verificata quella singolare forma di dispregio che il filosofo riferiva alla Filosofia: siccome «ciascuno è in grado di stare in piedi e di camminare, è anche convinto di essere in grado di capire e pronunciare sentenze sulla Filosofia in generale. Verso nessun'altra arte e nessun'altra scienza viene nutrito questo estremo disprezzo, di credere che la si possegga immediatamente» (Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto*, tr. di V. Cicero, Milano, 1998, 47). Cioè: siccome ciascuno è in grado di utilizzare il linguaggio (di ascoltare e parlare o anche viceversa o anche di utilizzare indifferentemente ora l'una ora l'altra funzione) la trascrizione integrale di cui all'art. 268

(segue)

A nostro giudizio, probabilmente, la "giurisprudenza prevalente" non ha disatteso il rigore del dettato codicistico per una qualche forma di settoriale anarchismo o banale *nonchalance* giurisprudenziale, ma piuttosto per una intrinseca difficoltà di applicazione della norma dettata dal comma 7 dell'art. 268 c.p.p., la quale difficoltà deriva, a sua volta, da una concezione rigida e, a dirla con Wittgenstein, primitiva del linguaggio, che ha indotto a considerare la *trascrizione* una mera operazione di secondo grado (54), che si esaurisce in una serie di operazioni di carattere meramente materiale, non implicando né l'utilizzo né l'acquisizione di alcun contributo tecnico-scientifico. Sotto certi aspetti, le considerazioni svolte nel '91 dal Gip romano, potevano già costituire un buon inizio per l'apertura di diverse e più ampie prospettive. Il suo inciso circa le intercettazioni che diventano prove (se lo diventano) solo in quanto passano attraverso la determinazione della trascrizione tecnica assunta in forma peritale, sistemava in maniera sintetica una gerarchia complessa per cui un mezzo di ricerca della prova (Libro III, Titolo III c.p.p.) non è mezzo di prova (Libro III, Titolo II): serve, il primo, ad acquisire cose o materiali o dichiarazioni dotate di attitudine probatoria (55): le ispezioni, le perquisizioni i sequestri non sono, in sé, mezzi di prova; e, ovviamente, neppure le intercettazioni di comunicazioni sono, tout court, prove: lo diventano quando eseguite in determinati modi a seguito di determinate prescrizioni e secondo tecniche adeguate. Il requisito di base per cui una intercettazione telefonica conferma la sua attitudine probatoria, è costituito dalla trascrizione integrale effettuata con le regole della perizia e da queste, per così dire, certificata. Che tale transito sia difficile al punto da aver costituito, e tuttavia costituire, un vero e proprio *empasse* procedurale, è altro discorso: che riporta, semmai, al conflitto non (facilmente) sanabile tra la norma che resta vigente anche contro la realtà che la contraddice.

Note:

(continua nota 53)

comma 7 c.p.p., ha potuto e può tuttavia essere considera mera operazione traspositiva di parole dette in parole scritte… In certi frangenti, è stato ben detto, «spetta alla dottrina e alla giurisprudenza di rimporre il sistema in via interpretativa» (P. Tonini, *Manuale*, cit., 371): solo che, in termini di interpretazione del dettato del comma 7 dell'art. 268 c.p.p. i due ambiti interpretativi si sono trovati spesso divergenti.

(54) Di qui, anche, la scarsa utilità dei traduttori resi disponibili dall'informatica: rendono una traduzione, per così dire, interlineare parola per parola, che funziona solo con frasi relativamente semplici, ma produce assurdi di fronte ad espressioni complesse: «In senso stretto, una traduzione interlineare, parola per parola, non è altro che un glossario totale, stilato orizzontalmente in unità distinte, che omette i criteri della sintassi normale e l'ordine delle parole della lingua di chi lo usa […]. La macchina non è nulla più di un dizionario capace di "autoconsultarsi" ad altissima velocità» (G. Steiner, *Dopo Babele*, cit., 368-69).

(55) Così è specificato fin dalla *Relazione progetto preliminare del codice di procedura penale* del 1988, in G.U., suppl. ord., 24 ottobre 1988, 59. Cfr. l'approfondimento di P. Tonini, *Manuale*, cit., 369.

ONLINE

ESPERTO – CASI E SOLUZIONI

Modulo Società e Fallimento

Le risposte autorevoli ai quesiti in materia societaria e fallimentare

Prezzo: 150 euro + Iva

Esperto è il nuovo servizio on line di **consultazione di casi risolti** che soddisfa il crescente bisogno di risposte certe, veloci e autorevoli alle più frequenti problematiche connesse all'attività quotidiana di professionisti e aziende.
Un **archivio** raccoglie e classifica tutti i quesiti risolti e un motore di ricerca consente il **veloce reperimento** delle casistiche di interesse. Le ricerche possono essere condotte a testo libero, per autore, per un determinato periodo temporale.
Oltre alla **consultazione dell'archivio** l'abbonamento ad Esperto, consente di **inviare quesiti personalizzati** a cui risponderanno, ciascuno per la propria area di competenza, qualificati e autorevoli esperti.
E in più ogni 15 giorni una **newsletter riepilogativa** di quanto pubblicato nel corso di tale periodo, con collegamento diretto al singolo caso risolto.

Consulta il servizio su
www.ipsoa.it/esperto

Responsabilità medica

"Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: un rapporto controverso

di **Giuseppe Rotolo (*)**

Il lavoro si propone di indagare i rapporti tra gli orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica e il fenomeno della "medicina difensiva", segnalandone i profili di maggiore criticità ed evidenziando anche alcuni aspetti paradossali. In effetti se, in prima battuta, proprio la prospettiva di incorrere in un procedimento penale può animare l'adozione di comportamenti difensivistici da parte del personale sanitario, al contempo tali condotte potrebbero configurare esse stesse ipotesi di responsabilità penale. L'approfondimento, in particolare, si concentra sui temi rispetto ai quali le differenti posizioni espresse in sede giudiziaria sembrano poter esercitare un ruolo incisivo nelle scelte operate dal singolo: l'accertamento della colpa - ambito in cui assai rilevante è il rischio di una distorsione cognitiva secondo lo schema dell'*hindsight bias* - e il rilievo accordato al consenso informato ai fini della configurabilità di un illecito penale. In tale prospettiva, un aspetto di rilievo attiene alla complessiva incertezza che, anche per effetto delle pronunce giurisprudenziali, sembra talvolta avvolgere i contenuti e i confini dell'illecito penale. Sulla scorta di tali riflessioni, in conclusione, si prospettano alcune soluzioni politico-criminali ritenute appropriate a offrire un valido rimedio al problema.

Il problema della "medicina difensiva": da "avamposto" a nuovo "fronte" di tutela penale?

Riflettere sulla "medicina difensiva" (1) consente di tracciare un collegamento immediato con gli orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità penale del medico, soprattutto in ragione dell'"approccio accusatorio" (2), che rappresenta un elemento ricorrente nell'accertamento delle responsabilità in campo sanitario. Tale caratteristica, infatti, accompagnata talvolta anche dalla complessiva incertezza su caratteri e tratti tipici degli illeciti in astratto rilevanti, è tale da suggerire a chi opera in questo ambito il rifugio in condotte "difensivistiche". Comportamenti, cioè, che sostituiscono al perseguimento della migliore prassi medica nell'interesse del paziente altre prospettive e, in particolare, l'allontanamento della preoccupazione di essere personalmente coinvolti nel procedimento, soprattutto se di carattere penale, che eventualmente derivasse dal verificarsi di esiti indesiderati come conseguenza del pur corretto svolgimento di attività terapeutica. Talvolta, attraverso condotte eccessivamente "prudenziali" e perciò ridondanti in accertamenti inutili ai fini diagnostici, anche al costo d'ingenti ed evitabili sprechi economici (3) per la struttura sanitaria di riferimento e per i privati (medicina difensiva positiva); talaltra, omettendo o non proponendo l'intervento necessario o, ancora, negando assistenza sanitaria (medicina difensiva negativa).
Più nello specifico (4), proprio il ricorso ad atteggia-

Note:

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Per l'inquadramento generale del problema, si veda la ricerca condotta dal Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale e raccolta nel volume curato da G. Forti - M. Catino - F. D'Alessandro - C. Mazzucato - G. Varraso, *Il problema della medicina difensiva. Una proposta di riforma in materia di responsabilità penale nell'ambito dell'attività sanitaria e gestione del contenzioso legato al rischio clinico*, Pisa, 2010. Si confronti anche L. Eusebi, *Medicina difensiva e diritto penale «criminogeno»*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1085 ss.

(2) Sul punto, in particolare G. Forti - M. Catino - F. D'Alessandro - C. Mazzucato - G. Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, cit., 21 ss.

(3) Cfr. a tal riguardo R. Bartoli, *I costi «economico-penalistici» della medicina difensiva*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, in particolare 1119.

(4) Per una dettagliata analisi dei comportamenti difensivistici, cfr. G. Forti - M. Catino - F. D'Alessandro - C. Mazzucato - G. Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, cit., 30 ss.

menti astensionistici potrà verificarsi quando, ad esempio, il medico si trovasse a dover gestire un caso clinico piuttosto delicato, rispetto al quale più alto risulti il rischio che all'adozione del trattamento appropriato consegua un esito *infausto* e che esso sia imputato alla responsabilità del medico.
Per altro verso, il personale sanitario potrebbe essere indotto ad assumere comportamenti difensivistici "positivi" nella prospettiva, eccessivamente prudenziale, di rimuovere qualunque elemento ipoteticamente utile a formulare una contestazione per *malpractice*. Non soltanto prescrivendo un numero eccessivo di esami, sebbene inutili (per quantità o tipologia), ma anche suggerendo l'assunzione di un farmaco non strettamente indicato o disponendo il ricovero di chi avrebbe potuto essere assistito in sede ambulatoriale. Nella stessa prospettiva, inoltre, potrebbero essere raccomandati ulteriori consulti medici specialistici o addirittura trattamenti non necessari in via terapeutica, così esponendo il paziente all'eventualità di un pregiudizio soprattutto nei casi in cui tali pratiche risultassero particolarmente invasive.
Inoltre, sempre in vista delle suddette esigenze cautelative, l'attività sanitaria potrebbe in qualche modo essere condotta secondo schemi meramente formalistici: inserendo nella cartella clinica annotazioni superflue, al solo fine di mettersi al riparo da successive contestazioni; intendendo la procedura di acquisizione del consenso in termini esclusivamente "burocratici", e cioè come semplicemente volta alla sottoscrizione di un documento, senza prestare adeguata attenzione al profilo informativo che si deve accompagnare alla proposta terapeutica.
Tuttavia, se la realizzazione di tali condotte si deve soprattutto all'intento di evitare un successivo contenzioso, non si può di certo escludere che esse stesse possano divenire oggetto di un rimprovero penale (5), sebbene il modello comportamentale della "medicina difensiva", per quanto biasimevole, non sembra abbia dato occasione, finora, ad alcuna pronuncia giurisprudenziale.
In primo luogo, la considerazione precedente parrebbe valere per le ipotesi di medicina difensiva a contenuto astensionistico, gli *avoidance behaviors*. Non può trascurarsi, infatti, come in capo al medico gravi l'*obbligo* di curare il paziente, quale nucleo essenziale della posizione di garanzia a questi riconducibile per previsione normativa - con riferimento all'art. 1, comma 1, d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 (6) - nei casi in cui la prestazione professionale sia legata al Servizio Sanitario Nazionale, ovvero in ragione di un contratto stipulato direttamente con l'assistito, avente per oggetto proprio l'assistenza sanitaria (7).
In realtà, tale obbligo esprime in forma sintetica una più ricca costellazione di doveri riconducibili al medico: non soltanto quello di avere cura della salute e dunque della vita del paziente, realizzando il trattamento sanitario più adeguato, ma anche il dovere di espletare la più appropriata indagine diagnostica al fine di attivare e dare esecuzione alla migliore terapia, fino all'obbligo di offrire corretta e trasparente informazione nei confronti dell'assistito nonché a quello di instaurare un rapporto collaborativo e improntato alla reciproca affidabilità con l'è*quipe* di medici chiamata a intervenire (8).
La violazione di tali doveri, o del più generale "obbligo di curare", di certo sembra poter "indiziare" la configurabilità di un illecito penale qualora ne consegua il verificarsi di un evento di lesioni o, addirittura, la morte del paziente. In effetti, in ragione dell'art. 40 cpv. c.p., l'evento offensivo di cui fosse causa proprio l'omissione del medico potrà essere attribuito alla sua responsabilità, almeno in linea astratta e, ovviamente, a condizione che si provi la sussistenza dell'elemento soggettivo, quale omicidio o lesioni nella forma, per l'appunto, omissiva. Non c'è dubbio, tuttavia, che in concreto si profilerebbero profonde difficoltà di accertamento dal momento che, in sede probatoria, sarebbe necessario poter escludere con certezza il verificarsi dell'evento, immaginando come realizzato il comportamento doveroso omesso. Si pensi ai casi caratterizzati da un quadro clinico già compromesso: in ipotesi del genere, l'inerzia del medico probabilmente non ostacolerà il progredire della malattia già in atto fino al suo esito conclusivo. Risulterà, dunque, piuttosto complicato poter affermare con certezza la valenza salvifica dell'intervento sanitario omesso, la cui rilevanza dipende dalla prova certa della sua efficacia impeditiva ri-

Note:

(5) L. Eusebi, *Medicina difensiva*, cit., 1086.

(6) La norma, rubricata *Tutela del diritto alla salute, programmazione sanitaria e definizione dei livelli essenziali e uniformi di assistenza*, al comma 1 prevede: «La tutela della salute come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività è garantita, nel rispetto della dignità e della libertà della persona umana, attraverso il Servizio sanitario nazionale, quale complesso delle funzioni e delle attività assistenziali dei Servizi sanitari regionali e delle altre funzioni e attività svolte dagli enti e istituzioni di rilievo nazionale, nell'ambito dei conferimenti previsti dal decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 112, nonché delle funzioni conservate allo Stato dal medesimo decreto».

(7) I. Leoncini, *Obbligo di curare e liceità dell'atto medico*, in S. Canestrari - F. Giunta - R. Guerrini - T. Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 47.

(8) Per un più dettagliato inquadramento degli obblighi facenti capo al medico, si rinvia a I. Leoncini, *Obbligo di curare,* cit., 47-48.

spetto alle lesioni o alla morte come verificatesi *hic et nunc* (9).

Ciò non basta, tuttavia, a escludere che omissioni difensivistiche in ambito medico possano assumere rilevanza penale o che vengano attivati procedimenti rispetto a vicende del genere, salvo poi doversi accertare la sostenibilità in giudizio della contestazione. Si configura, dunque, una situazione in certa misura paradossale: l'astensione dall'obbligo di cura, al fine di evitare eventuali complicanze penali, di fatto non preserva il medico da un rischio analogo (10), esponendolo anzi all'ulteriore discredito reputazionale per la violazione dell'obbligo deontologico di curare il paziente e per l'eventuale responsabilità sul piano disciplinare che ne dovesse seguire (11).

Del resto, anche nel caso in cui dall'omissione del medico non sortisse alcun evento lesivo, potrebbe pur sempre configurarsi un'ipotesi di illecito penale: il rifiuto di prestare le cure necessarie, infatti, può integrare il delitto di cui all'art. 328, comma 1, c.p., in presenza di tutti gli elementi della fattispecie e, in particolare, quello dell'urgenza (12).

Peraltro, a completare lo scenario, occorre considerare come anche comportamenti difensivistici *positivi* potrebbero dare adito alla contestazione di un reato, per esempio quando la particolare invasività di accertamenti diagnostici inutili si risolva, addirittura, in un sacrificio ulteriore e non necessario della salute del paziente (13).

In questo senso, il fenomeno in esame appare davvero come un "avamposto" difensivistico reputato idoneo a evitare possibili conseguenze pregiudizievoli per il personale sanitario, ma che, tuttavia, innesca nuovi rischi, identici a quelli che con esso s'intendono evitare: al costo, per giunta, del sacrificio di interessi primari quali la salute e l'integrità fisica dei pazienti o, addirittura, la loro vita.

Operate queste considerazioni, utili a chiarire la

Note:

(9) Sul punto si rinvia a F. Stella, *Causalità omissiva, probabilità, giudizi controfattuali. L'attività medico-chirurgica*, in *Cass. pen.,* 2005, in particolare 1066 ss., che conclude: «il giudice non è in grado di esibire la prova particolaristica con le associate probabilità *ex post* che il comportamento doveroso omesso avrebbe scongiurato l'evento lesivo» (1068); ancora: «assai spesso l'intervento di "altre cause" non può essere escluso con sicurezza, come vorrebbero le Sezioni Unite, quando ci si chieda se il comportamento doveroso omesso avrebbe scongiurato il verificarsi dell'evento lesivo» (1070 s.). A tal riguardo, si vedano anche F. D'Alessandro, *Le frequenze medio-basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass. pen.,* 2007, 4850 s.; F. Angioni, *Note sull'imputazione dell'evento colposo con particolare riferimento all'attività medica*, in E. Dolcini - C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1313 s. Davvero evocativa sul punto è la vicenda processuale ripercorsa da P. Veneziani, *Il nesso tra omissione ed evento nel settore medico: struttura sostanziale ed accertamento processuale*, in E. Dolcini - C.E. Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 1984 s. e culminata nella sentenza Cass. pen., Sez. IV, 28 settembre 2000 - 9 marzo 2001, n. 1688, pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2001, 277 ss, con nota di F. Centonze, *Causalità attiva e causalità omissiva: tre rivoluzionarie sentenze della giurisprudenza di legittimità*, 289 ss. La Corte di Cassazione puntualizza: «il problema, in tutti quei casi in cui ci si avvalga di leggi statistiche con grandezze lontane da cento o non prossime a cento, non è tanto sapere che le cure avrebbero salvato il paziente (…) al 50 %, ma il non sapere e l'impossibilità di sapere se il paziente (…) è morto per quella mancanza di cure - e, quindi, per l'omissione - o, invece, per quel 50% di cause-ragioni che, nonostante le cure, lo avrebbero potuto condurre ugualmente alla morte».

(10) Perlomeno in astratto, dal momento che fatti del genere, consistenti in mere astensioni, con molta difficoltà potranno essere scoperti ed è facile immaginare, piuttosto, che possano far registrare alti livelli di cifra oscura (sul tema, v. G. Forti, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2003, 128 e 404 ss.).

(11) La ricerca empirica condotta dal Centro Studi "Federico Stella" e raccolta nel già citato volume individua un fattore incisivo sull'assunzione di atteggiamenti difensivistici proprio nel timore per le conseguenze sul piano reputazionale dell'eventuale nascita di un contenzioso ed evidenza come giochi un ruolo, sebbene più contenuto, pure la preoccupazione di incorrere in sanzioni disciplinari: cfr. in proposito G. Forti - M. Catino - F. D'Alessandro - C. Mazzucato - G. Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, cit., 36-37.

(12) Per l'approfondimento della figura delittuosa, si rinvia a M. Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2006, *sub* art. 328, 323 ss. Tra le pronunce di legittimità più recenti, configurano un'ipotesi di responsabilità in capo al medico di guardia su un'autoambulanza che rifiuti il trasporto in un contesto di urgenza e che non offra tutte le cure necessarie Cass. pen., Sez. VI, 20 luglio 2011 - 21 settembre 2011, n. 34402, in *questa Rivista*, 2011, 1327 e in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 324 ss., con nota di A. Salerno; rispetto alla condotta omissiva del medico di presidio all'ambulatorio di guardia medica, si veda Cass. pen., Sez. VI, 21 aprile 2011 - 15 luglio 2011, n. 28005, in *Ced Cass.,* 250537; con specifico riferimento all'omessa visita a domicilio di cui venisse richiesto, durante il proprio turno, il medico che effettua servizio di guardia, Cass. pen., Sez. VI, 11 febbraio 2009 - 19 marzo 2009, n. 12143, in *Riv. pen.,* 2009, 826, Cass. pen., Sez. VI, 5 giugno 2007 - 2 agosto 2007, n. 31670, in *Cass. pen.,* 2008, 1917 e Cass. pen., Sez. VI, 15 maggio 2007 - 12 settembre 2007, n. 34471, in *Riv. Pen.,* 2008, 832; Cass. pen., Sez. VI, 1 luglio 2009 - 16 settembre 2009, n. 35925, in *Ced Cass.,* 244765 riscontra la sussistenza della fattispecie nel caso del medico che rifiuti, contrariamente alle disposizioni impartitegli, di espletare il doveroso accompagnamento in autoambulanza di pazienti presso un presidio sanitario dove sarebbero stati sottoposti ad esame. Sottolinea, in particolare, il necessario riscontro dell'urgenza, quale requisito della condotta, Cass. pen., Sez. VI, 15 ottobre 2009 - 3 dicembre 2009, n. 46512, in *Foro It.*, 2010, II, 245 in tema di omissione di ricovero ospedaliero, che peraltro esclude la configurabilità dell'ipotesi delittuosa proprio in ragione della differibilità dell'adempimento in questione. Riconducono la condotta del medico alla fattispecie di cui all'art. 328 c.p. piuttosto che al delitto di omissione di soccorso, in ossequio al principio di specialità, la già citata Cass. pen., Sez. VI, 21 aprile 2011 - 15 luglio 2011, n. 28005; Pret. Cagliari, 23 giugno 1994, P., in *Foro It.*, 1995, II, 387; le due fattispecie invece concorrono secondo Pret. Amelia, 24 giugno 1989, M., in *Riv. pen.,* 1989, 1108.

(13) Cfr. G. Forti - M. Catino - F. D'Alessandro - C. Mazzucato - G. Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, cit., 25 s., dove si prospetta il caso inerente al rischio attivato da biopsie non necessarie.

"posta in gioco", nel prosieguo verranno illustrati più nel dettaglio gli snodi essenziali del collegamento tra giurisprudenza ed episodi di medicina difensiva. In particolare saranno considerati i due temi la cui interpretazione in sede giudiziaria sembra incidere maggiormente, incentivandola, sull'adozione di condotte difensivistiche: anzitutto, l'accertamento della colpa nell'attività medica (14); in secondo luogo, il rilievo da attribuire al consenso informato del paziente rispetto alla configurabilità di un illecito penale.
Il percorso condurrà, proprio attraverso la valorizzazione di alcuni spunti critici, all'individuazione di quei rimedi che possano rappresentare un argine al diffondersi di atteggiamenti meramente difensivistici.

L'accertamento della colpa nelle ipotesi di responsabilità medica

Come è noto, le fattispecie colpose sono strutturalmente "aperte", nel senso che necessitano del completamento, per la definizione del loro contenuto precettivo, di una norma che identifichi la condotta doverosa, utile a prevenire la realizzazione dell'evento offensivo (15). In effetti, nello svolgimento di attività consentite dall'ordinamento, ma pericolose, è richiesto il rispetto di «regole cautelari», ovvero di «norme modali (o comportamentali), in quanto indicano il modo in cui un'attività pericolosa deve essere svolta» (16). Non a caso, per converso, l'individuazione della sfera di «rischio consentito» è funzionale a «delimitare l'oggetto del divieto penale, rendendo possibile l'esplicazione di attività socialmente rilevanti» (17).
Indubbiamente, dunque, la definizione dei contenuti del precetto passa necessariamente attraverso l'individuazione della regola cautelare, in campo medico - come in tutti i casi di colpa generica - normalmente affidata al giudice (18). Tuttavia, perché risulti rispettato il principio di legalità, anche sotto il profilo della complessiva certezza del precetto, occorre che il contenuto della cautela doverosa possa essere disponibile *ex ante*, in termini di chiarezza e precisione, per il singolo agente che fronteggi una situazione pericolosa e non arbitrariamente derivato in sede di giudizio dalla vicenda materiale (19). Diversamente, infatti, risulterebbe sacrificata la funzione di orientamento che deve essere riconducibile alla fattispecie e tale da consentire a ciascun destinatario della norma la possibilità di uniformare il proprio agire ai paradigmi doverosamente richiestigli in via cautelare, e cioè al fine di evitare la realizzazione di un'offesa penalmente rilevante (20).
Tuttavia, quello appena descritto sembra essere proprio lo scenario determinato dalla giurisprudenza penale in ambito medico. In molti casi, infatti, è possibile cogliere come l'individuazione della regola cautelare sia addirittura pretermessa, o di fatto sostituita da schemi di accertamento presuntivo, ispirati alla logica del *post hoc propter hoc* (21). È di tutta evidenza, allora, come il medico possa cercare di risolvere il proprio personale disorientamento adottando condotte a contenuto difensivistico: in mancanza di un'indicazione comportamentale certa, non è escluso che questi tenda ad adottare tutte le cautele possibili, anche se inopportune o eccessive rispetto al caso di specie, nelle forme di cui già si è detto, o addirittura si astenga dal prestare assistenza.
Quanto alle dinamiche che concorrono a determinare tale situazione, innanzitutto la definizione del paradigma comportamentale doveroso parrebbe sistematicamente omessa nelle ipotesi di colpa riferita all'esecuzione materiale del trattamento, in cui la valutazione giudiziaria addirittura giunge a individuare nella prestazione medica i contorni di un vero e proprio obbligo di risultato. La conseguenza è facilmente immaginabile: ogni volta che si determini

Note:

(14) Sul tema, si vedano in generale D. Micheletti, *La normatività della colpa medica nella giurisprudenza della Cassazione*, in S. Canestrari - F. Giunta - R. Guerrini - T. Padovani (a cura di), *Medicina e diritto penale*, Pisa, 2009, 247 ss.; F. Angioni, *Note sull'imputazione*, cit., 1279 ss.; P. Veneziani, *Il nesso tra omissione ed evento*, cit., 1969 ss. Per la particolare incidenza dell'accertamento della colpa in ambito medico sull'assunzione di condotte difensivistiche, si rinvia a A. Roiati, *Medicina difensiva e responsabilità per colpa medica*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1125 ss.

(15) G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, in particolare 136 ss.

(16) Così F. Giunta, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1999, 88.

(17) G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 251. Per il «valore conoscitivo» riferibile al rischio consentito rispetto all'individuazione della condotta diligente e per la logica di bilanciamento, a esso sottesa, tra il valore dell'attività svolta, da un lato, e dall'altro tipologia e misura dell'offesa che ne possa conseguire, si vedano 252 ss. In argomento, si rinvia anche a Id., *Colpa (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, 952.

(18) Si veda, con particolare riferimento alla struttura causalmente orientata, quale tratto pressoché caratteristico degli illeciti colposi, G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 321 ss.

(19) F. Giunta, *La legalità della colpa*, in *Criminalia*, 2008, 149 ss. Sottolinea la necessità che il paradigma comportamentale doveroso assuma caratteri di precisione anche D. Micheletti, *La normatività*, cit., 256.

(20) Sulla *Appellfunktion* della norma cautelare e il suo ragguaglio contenutistico nel criterio della prevedibilità dell'evento, si veda F. Angioni, *Note sull'imputazione*, cit., 1300 s.

(21) Per un'attenta e approfondita analisi dei tratti salienti identificabili nella giurisprudenza in tema di responsabilità medica, cfr. D. Micheletti, *La normatività,* cit., 247 ss., cui si rinvia anche per i frequenti riferimenti a decisioni paradigmatiche dei diversi orientamenti.

un esito difforme da quello atteso se ne desume la responsabilità del medico, anche in assenza della precisa definizione di quale sarebbe dovuta essere la cautela cui adeguarsi (22). Tanto che non si potrebbe nemmeno escludere che si arrivi a individuare come penalmente illecite anche condotte ineccepibili, ma da cui sia sortito un esito infausto.

In altre ipotesi, poi, è per ragioni di ordine processuale che si determina il mancato accertamento del comportamento doveroso. In effetti, il giudice che riscontri l'intervenuta prescrizione è esonerato da ulteriori accertamenti in ordine alla sussistenza dell'illecito, anche sulla scorta dell'orientamento giurisprudenziale consolidato dalla sentenza delle Sezioni Unite, 28 maggio 2009 - 15 settembre 2009, n. 35490. Secondo il principio di diritto da questa affermato, la pronuncia di assoluzione ai sensi dell'art. 129 c.p.p., comma 2, è consentita solo quando siano immediatamente percepibili, *ictu oculi*, profili di esclusione della responsabilità penale e cioè quando essi discendano da mera «constatazione» e non richiedano un più approfondito «apprezzamento» (23).

Inoltre, un particolare profilo di delicatezza nella definizione della condotta doverosa che si assume violata attiene alla specifica dinamica di accertamento degli illeciti colposi: alla necessità, cioè, di ricostruire la regola cautelare sulla base di giudizi di prevedibilità ed evitabilità, entro una cornice situazionale *ex ante*. Riscontro, tuttavia, che sarà materialmente svolto solo dopo il verificarsi dell'evento, quando si avrà la certezza che sul piano concreto l'offesa al bene giuridico non sia comunque stata evitata.

A tal riguardo, è facile immaginare come l'atteggiamento di chi voglia ricostruire a posteriori i contenuti della cautela richiesta *ex ante* possa andare incontro a distorsioni sul piano cognitivo, riconducibili allo schema del "senno di poi". Per *hindsight bias* (24), infatti, è da intendersi, secondo la definizione di Baruch Fischhoff (25), l'incapacità di «fare un salto nel passato» e di ignorare lo sviluppo reale delle dinamiche materiali, una volta che se ne conosca il compimento. In sostanza, «con il senno di poi, la gente regolarmente esagera quello che si sarebbe potuto prevedere. Non soltanto si tende a considerare quanto accaduto come inevitabile, ma anche se fosse apparso "relativamente inevitabile" già prima del suo realizzarsi. La gente ritiene che gli altri avrebbero dovuto essere in grado di prevedere gli eventi molto meglio di quanto non fosse effettivamente possibile» (26).

La sintetica esposizione dell'esperimento che ha inaugurato le ricerche in tema di *hindsight bias* può contribuire a comprendere appieno i caratteri di tale pregiudizio (27). Prima della partenza del presidente Nixon per una visita ufficiale in Cina e in Russia, nel 1972, venne sottoposto a un gruppo di studenti un questionario circa quali sarebbero stati gli esiti di tale iniziativa diplomatica, suddivisi in quindici differenti scenari. Al termine del viaggio, si chiese allo stesso campione di ricordare quale fosse stata la previsione. «I risultati furono chiari. Se un evento si era verificato davvero, gli intervistati esageravano la probabilità che vi avevano assegnato in precedenza; se il potenziale evento non si era verificato, ricordavano erroneamente di averlo sempre considerato improbabile» (28).

Se nell'indagine appena ripercorsa l'attenzione dei ricercatori si è concentrata sulla valutazione *ex post* di un giudizio espresso in prima persona, cionondimeno - co-

Note:

(22) D. Micheletti, *La normatività*, cit., 258 ss.

(23) Con il commento di P. Piccialli, *La declaratoria delle cause di non punibilità ed il proscioglimento nel merito*, in *Corr. mer.*, 2009, 1247 ss. L'incidenza del punto sulla (mancata) ricostruzione della regola cautelare è segnalato sempre da D. Micheletti, *La normatività*, cit., 262 ss. Solleva implicitamente la questione anche L. Eusebi, *I confini dell'intervento sanitario indebito:la nozione di* «lex artis» *e il consenso ad atti non proporzionati. Rilievi a margine di Cass. pen. 7 aprile 2011, n. 13746*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1389 s.

(24) L'attinenza dello *hindsight bias* anche alla responsabilità medica è segnalata in G. Forti - M. Catino - F. D'Alessandro - C. Mazzucato - G. Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, cit., 23. Di recente, sul tema, si veda G. Forti - F. Centonze, *Diritto e sapere scientifico in campo sanitario: un progetto di integrazione multidisciplinare*, in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 922 s., anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

(25) Si veda B. Fischhoff, *Hindsight ≠ foresight: The effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty*, in *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1975, 1, 288-299. La particolare incidenza della dimensione storica sul giudizio emerge con evidenza in un ulteriore studio dell'Autore: B. Fischhoff - R. Beith Marom, *"I knew it would happen" - Remembered probabilities of once future things*, in *Organizational Behavior and Human Performance*, 1975, 13, 1-16. Sull'origine del termine e la riconducibilità di questo agli studi di Fischhoff, si confronti E. Bukszar - T. Connolly, *Hindsight Bias and Strategic Choice: Some Problems in Learning from Experience*, in *The Academy of Management Journal*, Vol. 31, No. 3, Sep., 1988, 629.

(26) Questa la dinamica cognitiva descritta da B. Fischhoff, *For those condemned to study the past: Heuristics and biases in hindsight*, in D. Kahneman - P. Slovic - A. Tversky (Eds.), *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, New York, 1982, 341: «*In hindsight, people consistently exaggerate what could have been anticipated in foresight. They not only tend to view what has happened as having been inevitable but also to view it as having appeared 'relatively inevitable' before it happened. People believe that others should have been able to anticipate events much better than was actually the case*».

(27) Il riferimento è al già citato studio di B. Fischhoff - R. Beith Marom, *"I knew it would happen"*, cit., ripreso e analizzato anche nel recente volume di D. Kahneman, *Thinking, Fast and Slow*, tr. it. *Pensieri lenti e veloci*, Milano, 2012, 223.

(28) Così D. Kahneman, *Pensieri*, cit., 223.

me già sottolineato - simile pregiudizio rileva anche con riferimento alle previsioni altrui. In particolare, esso ricorre nell'ambito del *decision making*, nel senso che interviene soprattutto a proposito del giudizio circa le scelte di chi prende decisioni nell'interesse di altri: dal consulente finanziario al medico, appunto (29).

Quanto alla natura di tale «distorsione del senno di poi» (30), essa è da considerarsi di carattere cognitivo. In effetti, l'*hindsight bias* è stato anche definito alla stregua di un processo motivazionale secondo due diverse ricostruzioni, nessuna delle quali, tuttavia, pienamente convincente. La prima di queste impostazioni farebbe dipendere simile logica di giudizio dal timore di introdurre elementi di imprevedibilità al normale accadimento delle cose: essa, dunque, risponderebbe alla necessità di ricondurre tutto a una regola. Di fronte alla sorpresa per sviluppi inaspettati, si tenderebbe a individuare una spiegazione, che possa avere funzione tranquillizzante. Diversa, invece, sarebbe la componente motivazionale proposta dalla seconda teoria sul punto: non il conforto dettato dalla convinzione di poter spiegare sempre ogni evento, ma l'intima soddisfazione di ritenersi in grado di prevederlo prima che si realizzi. Se la prima accezione si concentra sull'appagamento di una *necessità*, la seconda enfatizza il profilo dei *desideri* (31).

La ricostruzione più accreditata, invece, afferma la natura cognitiva di tale pregiudizio, che induce a ritenere inevitabile un evento, una volta che esso si sia verificato (32). Come ogni *bias*, esso consiste in un errore sistematico (33).

In questo senso, è possibile tracciare un confine tra la distorsione cognitiva del senno di poi e il normale processo di apprendimento dall'esperienza (34): quest'ultimo, infatti, proietta le conoscenze derivate dal passato a comportamenti futuri; nel primo caso, invece, l'oggetto della valutazione è sempre rivolto al passato. Guardando indietro nel tempo, in una certa misura, si attribuisce senso allo sviluppo dei fatti ormai concluso (35). Delle molte informazioni disponibili in riferimento a un determinato contesto, si escludono quelle irrilevanti e ci si concentra su quella che *ex post* risulta abbia avuto maggiore incidenza sul verificarsi di quello specifico evento, fino al punto di ritenere che tale sviluppo causale fosse prevedibile anche *ex ante* (36).

Per altro verso, l'*hindsight bias* può dipendere dall'attribuzione di rilevanza alla sola informazione disponibile. «La nostra consolatoria fiducia che il mondo sia dotato di senso poggia su un fondamento sicuro: la nostra capacità pressoché illimitata di ignorare la nostra stessa ignoranza» (37).

Dalle caratteristiche finora descritte, si può comprendere come il pregiudizio cognitivo del senno di poi possa ricorrere di frequente anche in sede giudiziale (38). In effetti, di fronte all'esigenza di decide-

Note:

(29) D. Kahneman, *Pensieri*, cit., 224-225, là dove si evidenzia anche il rapporto tra il *bias* in questione e l'adozione di scelte difensivistiche da parte del medico. Si rimanda a E. Bukszar - T. Connolly, *Hindsight Bias and Strategic Choice*, cit., 630 ss., per la descrizione di due esperimenti circa le influenze della "distorsione del senno di poi" in riferimento a decisioni in ambito manageriale, che pure rientrano tra quelle in cui più frequentemente ricorre tale pregiudizio. Il campione di riferimento era costituito da alcuni (48 nel primo esperimento; 26 nel secondo) studenti di un corso di "*strategic managment*" all'interno di un M.B.A. L'oggetto degli esperimenti consisteva nel richiedere la valutazione circa le prospettive di successo di un investimento rispetto a un caso. Il metodo prevedeva la sottoposizione di differenti risultati dell'operazione come base cognitiva di riferimento: all'interno del campione furono creati diversi gruppi, a cui veniva sottoposta una situazione di partenza caratterizzata da un diverso grado di economicità dell'investimento rispetto al passato. Si chiedeva, tuttavia, di prescindere da tali risultanze ai fini della valutazione. L'esito ha dimostrato che in realtà la valutazione manageriale circa gli investimenti risulta molto condizionata dalla conoscenza della situazione passata. «*The results reported here indicate that advanced strategic planning students are significantly vulnerable to hindsight bias. When told, but then asked to ignore, the results of a complex investment decision, they were unable to do so. They shifted their retrospective*» (637).

(30) Rende in questo modo la traduzione di *hindsight bias* G. Forti, *Il crimine dei colletti bianchi come dislocazione dei confini normativi. "Doppio standard" e "doppio vincolo" nella decisione di delinquere o di blow the whistle*, in C. Beria di Argentine (a cura di), *Impresa e giustizia penale: tra passato e futuro*, Milano, 2009, 223.

(31) Cfr. J.J. Rachlinski, *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, in *The University of Chicago Law Review,* Vol. 65, No. 2, 1998, 582: «*Psychologists have proposed three principal theories to explain the hindsight bias. Two theories are motivational, meaning that they attribute the bias to people's needs or desires, and the third theory is cognitive, meaning that it attributes the bias to the mental strategies that people rely upon when making judgments in hindsight. First, people want to see the world as stable and predictable, and the hindsight bias is simply part of more global coping mechanisms. Second, most people want others to think of them as intelligent and perceptive, and so they exaggerate their ability to predict outcomes*».

(32) L'Autore conclude: «*Finally, the cognitive theory proposes that learning an outcome alters what people believe about the world in ways that make the known outcome seem inevitable. (...) Of the three, the cognitive theory provides the best account of the hindsight bias, although motivational factors probably also influence judgments made in hindsight*» (J.J. Rachlinski, *A Positive Psychological Theory*, cit., 582).

(33) D. Kahneman, *Pensieri*, cit., 4.

(34) J.J. Rachlinski, *A Positive Psychological Theory*, cit., 576, 577.

(35) D. Hardman, *Judgment and decision making: psychological perspectives*, Malden, 2009, 36 ss.

(36) J.W. Kalat, *Introduction to psychology*, Belmont, 2010, 257.

(37) D. Kahneman, *Pensieri*, cit., 221.

(38) Sul punto, G. Forti, *Il crimine dei colletti bianchi*, cit., 222 s. Con particolare riferimento a forme di responsabilità civile, si rinvia a J.D. Casper - K. Benedict - J.L. Perry, *Juror Decision Making, Attitudes, and the Hindsight Bias*, in *Law and Human Behavior*, Vol. 13, No. 3, Sep., 1989, 292 ss. e J.J. Rachlinski, *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, cit., 572 ss.; 588 ss.

re in un momento temporale necessariamente successivo allo svolgersi e al definitivo compimento dei fatti, il giudice avrà come unico elemento immediatamente riscontrabile il verificarsi materiale dell'evento e su di esso, probabilmente, fonderà la sua valutazione. Tanto che avranno un'incidenza assai scarsa - se non addirittura nulla - i tentativi di neutralizzazione di tale pregiudizio cognitivo, consistenti nella specifica indicazione di giudicare prescindendo dalla consapevolezza del concreto sviluppo della dinamica storica (39).

Cercando ora di sviluppare alcuni spunti di interesse rispetto al tema di questo approfondimento, la distorsione cognitiva caratterizzata dal senno di poi sembra poter avere rilievo proprio nel sindacato circa l'idoneità di una regola cautelare (40). L'*hindsight bias*, infatti, ricorre in tutti gli ambiti in cui è implicato un giudizio retrospettivo su una situazione passata che concerna tre elementi (41): gli standard valutativi di tipo oggettivo; quelli di natura soggettiva; infine, l'elemento della prevedibilità (42).

La dinamica cognitiva in discussione, poi, ha luogo soprattutto quando oggetto di valutazione sia un evento connotato in termini negativi (43). Su questo piano, all'*hindsight bias* si aggiunge un secondo pregiudizio cognitivo, quello fondato sul *risultato*. Valutando le scelte operate da altri, «tendiamo a incolparli delle decisioni buone che hanno avuto cattivo esito e a non apprezzarli abbastanza per le mosse efficaci che hanno compiuto e che sembrano ovvie solo a posteriori» (44).

Non è dunque difficile intravedere come tale condizione possa riguardare le ipotesi in cui il giudizio verta sull'esito infausto di un'attività terapeutica. Tanto più se si considera quanto già accennato a proposito dell'esposizione delle scelte mediche al rischio di essere valutate sulla scorta del senno di poi. «Prendiamo un intervento chirurgico a basso rischio nel corso del quale un incidente imprevedibile provochi la morte del paziente. La giuria tenderà a credere, dopo il fatto, che l'operazione in realtà fosse rischiosa e che il dottore avrebbe dovuto pensarci due volte prima di ordinarla» (45).

Non a caso, alcune ricerche empiriche in tema di *hindsight bias* hanno toccato proprio l'ambito della responsabilità medica. Una di queste indagini (46), condotta su un campione rappresentativo della comunità sociale di riferimento composto da 297 unità, si proponeva di verificare l'eventuale incidenza dell'*hindsight bias*, anche sotto il profilo della ricostruzione di un rimprovero a titolo colposo, rispetto a sei distinti scenari nei quali poteva essere inqua-

Note:

(39) In generale, per l'ineffettività delle tecniche di *debiasing,* cfr. K.A. Kamin - J.J. Rachlinski, *Ex post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight*, in *Law and Human Behavior*, Vol. 19, No. 1, 1995, 100. In effetti, l'esperimento condotto dai due Autori si fonda sulla simulazione della decisione giudiziale rispetto a un fatto, tratto da un classico caso di *tort* (*Petition of Kinsman Transit Co., 1964*), concernente la valutazione circa l'opportunità di assumere un operatore che controlli un ponte su di un fiume e prevenga il rischio di alluvione nei mesi invernali, periodo durante il quale il bacino è ghiacciato. Il campione è diviso in tre gruppi, a ciascuno dei quali è proposta la valutazione secondo un modello diverso: *Foresight*, *Hindsight*, *Debiasing*. Al primo gruppo (*Foresight*) viene presentata la situazione e formulata la richiesta di valutare l'opportunità dell'assunzione del tecnico sulla base della probabilità del verificarsi dell'alluvione. Al secondo gruppo (*Hindsight*) viene anche detto che in concreto è stata esclusa l'opportunità di assumere l'operatore e che a causa di correnti temperate nel marzo 1989 il disgelo del fiume ha provocato un'alluvione che ha investito la città, danneggiando le proprietà della panetteria *Continental* e un parco cittadino. Il terzo gruppo (*Debiasing*) viene istruito a prescindere dalla considerazione della reale occorrenza dell'alluvione e a valutare la ragionevolezza della misura cautelare adottata. Gli esiti dell'indagine lasciano emergere la sostanziale sovrapposizione del giudizio espresso da gruppo *'Hindsight'* rispetto a quello *'Debiasing'*. Affermano gli Autori: «*These results demonstrate that the hindsight bias influences judgments of liability. In this study, outcome knowledge deeply affected participants' interpretations of a complex story. A majority of participants randomly assigned to the hindsight condition judged the choice made by over three quarters of the foresight participants to be negligent. As the study shows, a good faith effort to determine a reasonable level of precautions in foresight may receive harsh judgment when viewed in hindsight. The data did not support the secondary hypothesis; the judicial debiasing instructions failed to reduce the hindsight bias. There are several possible explanations for the ineffectiveness of the debiasing instructions*» (99). Tuttavia, M.J. Stallard - D.L. Worthington, *Reducing the Hindsight Bias Utilizing Attorney Closing Arguments*, in *Law and Human Behavior*, Vol. 22, No. 6, 1998, 680 ss., sottolineano l'incidenza riduttiva, seppur minima, delle tecniche di *debiasing* rispetto alla distorsione cognitiva in discussione: la ricerca condotta tende a dimostrare l'influenza sulla decisione giudiziale di argomentazioni difensive che evidenzino l'assenza di profili di negligenza nella cautela adottata *ex ante*. L'influenza dell'*hindsight bias*, in questi casi, non sarebbe comunque nulla, ma soltanto inferiore rispetto all'ipotesi in cui manchi questo elemento di *debiasing*.

(40) Si veda a tal riguardo, G. Forti, *Il crimine dei colletti bianchi*, cit., 222; in senso analogo, O. Di Giovine, *Considerazioni su interpretazione, retorica e deontologia in diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2009, 126. Tra le ricerche sul tema, si confronti K.A. Kamin - J.J. Rachlinski, *Ex post ≠ Ex Ante*, cit., 89-104; J.D. Casper - K. Benedict - J.L. Perry, *Juror Decision Making*, cit., 292 ss.

(41) Cfr. J.J. Rachlinski, *A Positive Psychological Theory*, cit., 590 ss.

(42) Su quest'ultimo punto, si rimanda a K.A. Kamin - J.J. Rachlinski, *Ex post ≠ Ex Ante*, cit., 102.

(43) Cfr. S.J. LaBine - L. LaBine, *Determinations of Negligence and the Hindsight Bias*, in *Law and Human Behavior*, Vol. 20, No. 5, 1996, 512; J.J. Rachlinski, *A Positive Psychological Theory*, cit., 571. Sul punto anche D. Kahneman, *Pensieri*, cit., 224-225.

(44) Così D. Kahneman, *Pensieri*, cit., 224.

(45) D. Kahneman, *Pensieri*, cit., 224.

(46) Si rinvia, a tal riguardo, alla ricerca condotta da S.J. LaBine - L. LaBine, *Determinations of Negligence*, cit., 501 ss. e ai molti ulteriori riferimenti ivi contenuti.

drato il precedente riconducibile alla pronuncia *Tarasoff v. Regents of University of California, 1976*, secondo cui sussiste in capo al terapeuta il dovere di protezione della possibile vittima di un paziente che sia ritenuto pericoloso. La caratterizzazione di ogni singola situazione era ulteriormente suddivisa in tre diversi contesti: quello accompagnato dalla consapevolezza dell'avvenuta realizzazione di episodi di violenza in danno della vittima; il secondo in cui era noto, al contrario, che non si era verificato alcun evento lesivo; il terzo contenutisticamente neutro, rispetto al quale nessun ulteriore elemento di conoscenza si accompagnava alla descrizione del caso.
Gli esiti dell'indagine hanno dimostrato come la conoscenza del concreto verificarsi di condotte violente da parte del paziente abbia determinato la maggiore propensione a ritenere *negligent* il medico, sebbene le cautele da questi adottate fossero comunque appropriate (47).

Il rilievo del consenso informato ai fini della sussistenza della fattispecie tipica

È certamente nota l'evoluzione giurisprudenziale a proposito del rilievo riconosciuto in ambito penale all'assenza del consenso informato nei casi di intervento chirurgico cosiddetto "arbitrario", rispetto ai quali, tuttavia, si porrà più verosimilmente la questione del superamento dei limiti consentiti dal paziente, spesso realizzato soltanto *in itinere* per esigenze terapeutiche sopravvenute o riscontrate nel corso del trattamento, e non della totale mancanza di tale requisito (48). Il susseguirsi di pronunce di segno opposto che hanno sostenuto la sussistenza del delitto di lesioni, o addirittura di omicidio preterintenzionale, nelle ipotesi di morte del paziente, ovvero, al contrario, hanno escluso profili di rilevanza penale del fatto anche in ragione del rilievo (di ordine costituzionale) riconosciuto all'autolegittimazione dell'attività sanitaria (49), ha infine condotto alla pronuncia delle Sezioni Unite di cui si dirà a breve.
Ciò che preme immediatamente sottolineare sono le conseguenze derivanti dalla radicalizzazione, ravvisabile in taluni orientamenti, del ruolo accordato al consenso informato: fino al punto di discriminare condotte lecite, nel caso della presenza del requisito in questione, da condotte penalmente illecite perché sprovviste dello stesso. In effetti, secondo questa prospettiva, il rapporto tra medico e paziente assumerebbe termini meramente "contrattualistici", in tal modo derivandone il rischio di atteggiamenti difensivistici. Con il timore di due ulteriori conseguenze: da un lato, che il medico tenda ad assecondare le aspettative del paziente, piuttosto che adempiere ai propri doveri professionali, anche quando le prime non siano coerenti con il migliore perseguimento dell'interesse terapeutico; dall'altro, l'aumento esponenziale dell'evenienza di dover fronteggiare un contenzioso, in tutti i casi in cui non si soddisfino simili attese (50).
Tale preoccupazione potrebbe ritenersi autorevolmente rimossa dalla pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, 18 dicembre 2008 - 21 gennaio 2009, n. 2437 (51), nella parte in cui ha escluso che la sussistenza di un illecito penale dipenda dalla mancanza del consenso informato del paziente, pur rimanendo tale adempimento assolutamente doveroso per il medico. Il discrimine tra condotta lecita e illecito penale è stato opportunamente individuato nell'appropriatezza terapeutica dell'atto medico: ricorrendo tale requisito e, dunque,

Note:

(47) S.J. LaBine - L. LaBine, *Determinations of Negligence*, cit., 510: «*These results clearly demonstrate the potential impact of hindsight bias in an applied clinical/legal setting. When respondents were aware that violence had occurred, they were more likely to see the therapist as negligent, even though the actions taken were determined to be reasonable by a consensus of practicing clinicians. In contrast, when the outcome was not known, and the therapist was rated solely on the integrity of his/her actions, respondents were less likely to rate the therapist as negligent. This is consistent with the major hypothesis of this study*».

(48) Per l'attenta ricostruzione degli sviluppi giurisprudenziali sul tema, precedentemente alla presa di posizione delle Sezioni Unite, si vedano F. Viganò, *Profili penali del trattamento chirurgico eseguito senza il consenso del paziente*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 141 ss.; M. Pelissero, *L'intervento medico in assenza di consenso: riflessi penali incerti e dilemmi etici*, in *questa Rivista*, 2005, in particolare 373 ss., cui si rinvia anche per ulteriori e dettagliati riferimenti alle singole decisioni.

(49) Cass. pen., Sez. I, 29 maggio 2002 - 11 luglio 2002, n. 26446, in *Cass. pen.*, 2003, 1945 ss., annotata da G. Iadecola, *Ancora in tema di rilevanza penale del consenso (e del dissenso) del paziente nel trattamento medico chirurgico*, 2659 ss.

(50) L. Eusebi, *Medicina difensiva*, cit., 1091 ss. Annotando Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008 - 21 gennaio 2009, n. 2437, M. Pelissero, *Il commento*, in questa *Rivista*, 2009, 465 afferma: «se portassimo alle estreme conseguenze l'applicazione di una nozione soggettiva di salute, qualunque intervento praticato senza consenso dovrebbe allora rilevare come lesione personale, qualora la valutazione clinica divergesse dalla valutazione personale del paziente, con ciò che ne seguirebbe sul piano del contenzioso giudiziario».

(51) La sentenza è stata pubblicata in *Foro it.*, 2009, II, 305 ss., con il commento di G. Fiandaca, *Luci ed ombre nella pronuncia a sezioni unite sul trattamento medico-chirurgico arbitrario*; in questa *Rivista*, 2009, 447 ss., con la già richiamata nota di M. Pelissero, *Il commento*, 455 ss.; in *Cass. pen.*, 2009, 1793, annotata da F. Viganò, *Omessa acquisizione del consenso informato del paziente e responsabilità penale del chirurgo: l'approdo (provvisorio?) delle sezioni unite* (1811 ss.). Sulla pronuncia si vedano anche L. Cornacchia, *Trattamenti sanitari arbitrariamente divergenti*, in *Criminalia*, 2009, 415 ss.; L. Eusebi, *Verso una recuperata determinatezza della responsabilità medica in ambito penale?*, in *Criminalia*, 2009, 423 ss.

anche la conformità alla *lex artis*, il comportamento del medico non può integrare un'ipotesi di reato.
Ferma restando la rilevanza di tale violazione in sede civile o disciplinare, è evidente che l'affermazione di principio appena richiamata può rappresentare un efficace strumento di contrasto al diffondersi di atteggiamenti difensivistici, incentivando piuttosto il personale sanitario al perseguimento della migliore beneficialità per il paziente. Non a caso, infatti, si è ritenuto che la presa di posizione delle Sezioni Unite e la promozione dell'alleanza terapeutica tra il medico e il paziente possa valere anche a escludere l'adozione di atteggiamenti difensivistici (52). Al contrario, mancando simile incentivo alla costruzione di un rapporto solidaristico e fondato sulla reciproca fiducia, nei fatti il cosiddetto "consenso informato" - come già si accennava - si ridurrebbe al mero adempimento *burocratico* della sottoscrizione di documenti a contenuto autorizzatorio (53). Non può trascurarsi a tal riguardo, del resto, come uno degli atteggiamenti difensivistici cui il medico spesso ricorre sia proprio quello improntato all'opacità informativa, se non alla reticenza, nei confronti dei pazienti (54).
D'altra parte, seppur auspicabile in linea di principio, l'immediata incidenza di tale *dictum* delle Sezioni Unite sul piano concreto è tutta da verificarsi, in considerazione di quello che sembra un limite intrinseco della pronuncia stessa. Benché in maniera incidentale, infatti, la Corte afferma che quando «l'esito dell'intervento non sia stato fausto» potrà «operarsi lo scrutinio penale, nella ipotesi in cui, difettando il consenso informato, l'atto medico sia fuoriuscito dalla innanzi evidenziata "copertura costituzionale"» (55). Il che potrebbe, almeno in certi casi, alimentare nel medico il timore di vedersi rivolto un rimprovero penale pur avendo eseguito in maniera ineccepibile la propria prestazione, cui tuttavia sia seguito un esito infausto.
Ora, il tenore dell'affermazione non risulta affatto categorico, ma sembra rappresentare al più lo spunto per un successivo approfondimento. In ogni caso, va chiaramente precisato a tal proposito che non si vede come una condotta penalmente lecita possa assumere rilevanza - peraltro soltanto *ex post* - a seconda delle conseguenze che ne sortiscano. Piuttosto, «essendo l'adempimento *lege artis* dell'obbligo di curare condotta *atipica*, il fatto resta oggettivamente lecito a prescindere dall'esito, fausto o parzialmente o totalmente infausto dell'intervento, senza dover ricorrere, in caso di esito infausto, per spiegare la non punibilità, al piano della colpevolezza, secondo la tesi della mancanza della colpa» (56).
La preoccupazione summenzionata sembra trovare riscontro in un caso recente, relativo a un intervento oculistico eseguito con finalità terapeutica ma seguendo una tecnica non *consentita* dal paziente: la "PRK", piuttosto che la "lasik". La Sezione IV della Corte di Cassazione - chiamata a esprimersi sulla vicenda - ha fatto leva proprio sulla realizzazione di un esito infausto (l'indebolimento permanente del senso della vista), così segnalando la diversità rispetto al caso *ex professo* preso in esame dalle Sezioni Unite (57). E sulla base di tale premessa, ha affermato in linea astratta la rilevanza nei termini di illecito colposo delle fattispecie in cui «il sanitario, in assenza di valido consenso dell'ammalato, abbia effettuato l'intervento terapeutico nella convinzione, per negligenza o imprudenza a lui imputabile, della esistenza del consenso; ovvero nelle consuete ipotesi integranti la c.d. "colpa medica"». Rispetto alla vicenda materiale, poi, la Corte, s'è spinta a configurare le lesioni dolose nel comportamento del medico che abbia agito nonostante il dissenso del suo assi-

Note:

(52) Si vedano le riflessioni sul punto di M. Pelissero, *Il commento*, cit., 460.

(53) Cfr. L. Eusebi, *Medicina difensiva*, cit., 1092.

(54) L. Eusebi, *Medicina difensiva*, cit., 1087.

(55) Cfr. il par. 9 della sentenza Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008 - 21 gennaio 2009, n. 2437.

(56) I. Leoncini, *Obbligo di curare,* cit., p.77. Sul punto si veda anche L. Eusebi, *Verso una recuperata determinatezza*, cit., 427, là dove afferma che: «il delitto di lesioni non sarà ascrivibile al medico, in forma colposa, neppure allorquando da un atto terapeutico posto in essere *lege artis* sia derivato un esito infausto. Sarebbe d'altra parte del tutto irrazionale valutare una medesima condotta idonea a scongiurare esiti lesivi oppure trasgressiva di una regola finalizzata a evitare quei medesimi esiti, fondando l'alternativa sul fatto (a parità di comportamento, *casuale*) che l'obiettivo cui quella condotta è orientata - nel nostro caso, il contrasto di una patologia - si sia prodotto o meno».

(57) Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile 2010 - 8 giugno 2010, n. 21799, *in Riv. it. med. leg.*, 2010, 747 ss., con nota di G. Iadecola, *Atto medico, consapevole violazione della regola del consenso del paziente e responsabilità penale: tra nostalgie del passato e l'attesa del legislatore (en attendant Godot...?)*, in *Riv. it. med. leg.*, 2010, 1050 ss. La pronuncia offre diversi spunti critici. In effetti, stando alla ricostruzione della vicenda materiale, non era stato formalizzato il consenso del paziente, che si era soltanto limitato a escludere verbalmente di volersi sottoporre a un intervento secondo la tecnica "PRK" (per quanto essa avesse la stessa efficacia dell'altra), ma l'oculista glielo avrebbe «carpito», lasciando intendere che avrebbe eseguito l'intervento secondo la tecnica "lasik". Inoltre, erano comunque rinvenibili nel comportamento del medico profili di rimproverabilità a titolo di colpa, per avere questi omesso l'esecuzione di esami pre-operatori. Ciononostante, l'aspetto su cui si concentra maggiormente l'argomentazione dei giudici attiene proprio alla sottolineatura della differenza dal caso materiale su cui si erano pronunciate le Sezioni Unite: il principio di diritto da queste affermato varrebbe per le sole ipotesi in cui si realizzi un esito fausto e non, come nel caso di specie, uno infausto.

stito, risultando sufficiente la consapevolezza di tale circostanza, insieme all'«accettazione del rischio» di realizzare un evento lesivo in danno del paziente, a integrare gli estremi del dolo (eventuale) (58). L'impressione che complessivamente se ne trae, allora, è che, a fronte dell'asserita mancanza del consenso necessario, il sindacato in ordine alla violazione delle *leges artis* o all'assenza di finalità terapeutica, che dovrebbe svolgere un ruolo essenziale ai fini della configurazione di una ipotesi di illecito penale, sia stata (indebitamente) assorbita dalla mera constatazione del verificarsi di un esito infausto (59).
Inoltre, derogare al principio affermato dalle Sezioni Unite circa il rilievo da accordare al consenso sembrerebbe introdurre elementi di incertezza sui *confini* del penalmente rilevante, di cui meglio si dirà nel prossimo paragrafo. Ora basti considerare che, stando all'*iter* argomentativo di cui alla richiamata pronuncia della Sezione IV, il medico che eseguisse un intervento rispondente a finalità terapeutiche e in vista della migliore beneficialità del proprio paziente, ma eccedente i limiti da questi consentiti, dovrebbe pur sempre temere che la sua condotta possa dar luogo a un reato: il configurarsi o meno dell'illecito dipenderebbe dall'esito - *infausto* o *fausto* - del trattamento. E di fronte alla prospettiva che si verifichi l'eventualità indesiderata, anche in questo caso il medico potrebbe reputare, nel suo personale interesse, più prudente astenersi dal prestare le cure necessarie.
In definitiva, il rischio di atteggiamenti difensivistici in rapporto al ruolo del consenso, pur certamente ridimensionato dalla sentenza delle Sezioni Unite, non appare superato. Peraltro, si tenga inoltre conto del fatto che il Supremo Collegio, come già si diceva, non ha negato l'illiceità sul piano extrapenale di una condotta non adeguatamente sostenuta dal necessario consenso, potendo ben configurare una ipotesi di responsabilità civile e disciplinare (60). D'altra parte, l'intento di prevenire comportamenti difensivistici - che pure derivano dal timore, per quanto più contenuto, delle sanzioni comminate in tali ambiti (61) - non può certo spingersi fino a negare al consenso informato il valore di un requisito giuridicamente rilevante e quindi imprescindibile, ove dovuto.

Una visione d'insieme: l'"incentivo" a soluzioni adattative o a scelte "difensivistiche"

Uno degli aspetti più problematici dipende, in radice, dalla stessa ricostruzione del fatto tipico colposo che richiede, come già visto, anche l'individuazione della regola cautelare (62), rappresentando essa stessa un elemento di concretizzazione del precetto nella situazione di riferimento (63). La "chiusura" delle fattispecie, cioè, passa attraverso l'attualizzazione rispetto al caso di specie dei doveri di diligenza, pru-

Note:

(58) Pare opportuno ricordare come una recente sentenza delle Sezioni Unite in tema di ricettazione ha ricostruito il dolo eventuale secondo la cosiddetta *formula di Frank*, così prendendo le distanze dallo schema dell'*accettazione del rischio*: Cass. pen., Sez. Un., 26 novembre 2009 - 30 marzo 2010, n. 12433, in *Cass. pen.,* 2010, 2548 ss., con nota di M. Donini, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni Unite riscoprono l'elemento psicologico*, 2555 ss.

(59) Analoghe considerazioni sembrano riferibili a un ulteriore e più recente caso, in cui pure è stato configurato il dolo eventuale rispetto a una caso di responsabilità medica: Cass. pen., Sez. V, 27 ottobre 2011 - 26 gennaio 2012, n. 3222, pubblicata sulla rivista *on-line Diritto penale contemporaneo* (*www.penalecontemporaneo.it*), con nota di P. Piras, *Il dolo eventuale si espande all'attività medica*. Nella vicenda concreta, è stato contestato il delitto di lesioni alla titolare di uno studio dentistico per l'esecuzione di interventi chirurgici da parte di un collaboratore non abilitato, da cui sono conseguiti in danno alla paziente una malattia di durata superiore ai 40 giorni e l'indebolimento permanente dell'organo della masticazione. L'apparato argomentativo della Corte si concentra - fermo il riscontro dell'esito infausto - sempre sulla mancanza del consenso (o meglio, della sua irregolare acquisizione), nel caso di specie ulteriormente suffragata dall'assenza di qualifica professionale di chi ha materialmente eseguito il trattamento. Ma la constatazione, piuttosto che introdurre il sindacato attorno alla violazione delle *leges artis*, consente alla Corte di configurare proprio il dolo eventuale, in quanto «era molto più elevato il rischio che si verificassero complicazioni e la dottoressa non poteva non rappresentarsi i potenziali e forse probabili effetti lesivi». Inoltre «entrambi sapevano che in questo caso la paziente avrebbe potuto negare il proprio consenso e quindi sarebbe venuta meno l'opportunità di attività molto lucrose; ciò potrebbe anche essere un indice del fatto che pur di incassare elevati compensi per l'attività dentistica gli imputati, consapevoli che lo svolgimento di attività medica da parte del P. avrebbe potuto comportare degli effetti lesivi, erano pronti ad accettarli ritenendo prevalente il loro interesse economico alla percezione dei compensi». Per alcune note critiche circa il rilievo accordato al «movente economico» in ambito medico ai fini della sussistenza del dolo, sia consentito rinviare a G. Rotolo, *Interventi terapeutici per soldi: il «cottimo» chirurgico in una recente sentenza della Cassazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 275 ss., in commento a Cass. pen., Sez. V, del 28 giugno 2011 - 6 settembre 2011, n. 33136.

(60) Sul punto, cfr. L. Eusebi, *Medicina difensiva*, cit., 1096 s. A proposito dei molti profili deontologici riferibili all'acquisizione del consenso, si veda F. Angioni, *Il nuovo codice di deontologia medica*, in *Criminalia*, 2007, 280 ss.

(61) Stando ai risultati della già citata ricerca empirica condotta dal Centro Studi "Federico Stella", se l'80,4% del campione selezionato ha individuato nel timore di essere denunciati la ragione di atteggiamenti difensivistici, solo il 59,8% li ha riferiti alla preoccupazione di ricevere richieste risarcitorie e appena il 15% alla prospettiva di una sanzione disciplinare: cfr. G. Forti - M. Catino - F. D'Alessandro - C. Mazzucato - G. Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, cit., 35 ss.

(62) Per tutti, si rinvia a G. Marinucci, *Il reato come azione. Critica di un dogma*, Milano, 1971, 157 ss.

(63) Cfr. G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 177 s.: «La ricostruzione della tipicità del delitto colposo non può cioè fare a meno di arricchire la descrizione contenuta nella norma penale con un insieme ulteriore di norme idonee a concretizzarne l'offensività».

denza e perizia da parte del soggetto, nella prospettiva di evitare l'offesa al bene giuridico tutelato (64). Pertanto, è proprio dalle norme cautelari «che per i reati colposi ci si attende l'esplicarsi nei confronti dei consociati di quella "funzione di ammonimento" che nei reati dolosi compete già alla norma penale» (65). Ma non si vede in quale modo le norme comportamentali doverose in ambito medico possano richiamare il destinatario all'adozione delle cautele necessarie se, come già si è detto, la giurisprudenza tende a presumerne la violazione nello sviluppo della stessa dinamica causale, quando non addirittura a ometterne l'individuazione (66): ogni accorgimento adottato potrà essere retrospettivamente reputato insufficiente, così come in sede di giudizio potranno essere definite doverose regole comportamentali ulteriori rispetto a quelle, pur appropriate, adottate dal singolo. E, dunque, le regole cautelari in tale prospettiva non assolverebbero affatto alla funzione di esprimere modelli di condotta per il soggetto agente, ma rappresenterebbero soltanto uno strumento nelle mani del giudice per ricostruire *ex post* la tipicità colposa (67).

Nella cornice situazionale della responsabilità medica, poi, gli effetti *in malam partem* di tale incertezza assumono tratti di particolare delicatezza, se solo si considera che l'attività sanitaria si estrinseca nella continua esposizione al rischio di offendere la salute e l'integrità fisica del paziente, sebbene in vista di una beneficialità auspicata, che non assume contorni illeciti proprio per l'alto valore della professione medica. Sicché soltanto la violazione delle cautele doverose (68) potrà caratterizzare in termini di illecito condotte che, ordinariamente, assolvono a una funzione sociale essenziale. Ma se, nei fatti, esse vengono svuotate del ruolo di *mediazione* tra il precetto e la situazione concreta, evidentemente i contenuti dello stesso illecito assumono tratti di irrisolvibile ambiguità.

Parrebbe che tanta parte, nella determinazione di tale esito di incertezza, abbia proprio la giurisprudenza, nella misura in cui essa pare adeguare il nucleo precettivo della norma, di volta in volta "ritagliandolo" sul caso concreto. In condizioni del genere, infatti, non sarebbero garantite al destinatario del precetto quelle «libere scelte d'azione» che, al contempo, rappresentano la dimensione sostanziale del principio di legalità e l'oggetto di un eventuale rimprovero di colpevolezza. Non a caso, del resto, la "storica" sentenza della Corte costituzionale n. 364 del 1988, riconosceva come uno dei casi paradigmatici, in cui potrebbero verificarsi situazioni di *ignorantia iuris*, fosse proprio quello caratterizzato «da un gravemente caotico atteggiamento interpretativo degli organi giudiziari» (69).

Ma, in questa prospettiva, il ruolo esercitato dalla giurisprudenza potrebbe addirittura assumere tratti paradossali, se solo si considera l'eventualità in cui - ai fini della soluzione della personale condizione d'incertezza sui contenuti del comportamento doveroso richiesto dall'ordinamento - l'operatore sanitario determinasse la propria condotta, adeguandola a quanto deciso in un caso analogo. La sentenza della Corte costituzionale appena richiamata, infatti, precisava come ciascun consociato sia «obbligato a risolvere l'eventuale dubbio attraverso l'esatta e completa conoscenza della (singola) legge penale» (70). E risulta evidente che il riferimento alle concrete soluzioni adottate in sede giudiziaria possa assumere funzione orientativa rispetto alla comprensione del precetto da parte del singolo.

La giurisprudenza, così, diverrebbe non solo *causa* di tale situazione di incertezza, ma anche fonte del parametro comportamentale nel caso di specie, in tal modo innescando il rischio che l'attività medica non si conformi alle migliori *leges artis* dell'arte medica, o, comunque, non si orienti alla tutela del paziente, ma alla finalità egoistica di evitare un contenzioso sulla base dell'insegnamento tratto dal precedente giurisprudenziale (71).

E se lo stato di dubbio sui contenuti della condotta richiesta perdurasse anche dopo la ricerca nei massimari della giurisprudenza, al punto che lo si giudicasse irrisolvibile, dovrebbe valere in teoria l'indicazione offerta proprio dalla pronuncia della Corte costituzionale, secondo la quale il cittadino sarebbe tenuto «nel caso di soggettiva invincibilità del dubbio, ad astenersi dall'azione» (72). Si tratterebbe, peraltro, di un esito improponibile, in quanto confliggente con il piano dei doveri cui il medico è tenuto. È chiaro, infatti, che se l'ordinamento stesso

Note:

(64) G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 175-176.

(65) Così G. Forti, *Colpa ed evento*, cit., 176.

(66) D. Micheletti, *La normatività*, cit., 265 s., sottolinea come la sostanziale impossibilità di individuare i canoni comportamentali prescritti nella situazione concreta determina la complessiva incertezza riguardo al precetto.

(67) F. Giunta, *La legalità*, cit., 151.

(68) Cfr. F. Giunta, *La legalità*, cit., in particolare 155 ss.

(69) Cfr. par. 27 della sentenza Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364.

(70) Par. 28 della sentenza Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364.

(71) A. Roiati, *Medicina difensiva*, cit., in particolare 1132 ss.; 1154.

(72) Par. 28 della sentenza Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364.

in tali circostanze richiedesse al destinatario del precetto di rimanere inerte, ne deriverebbe, ove ciò si applicasse al medico, proprio un'incentivazione verso atteggiamenti "difensivistici" a carattere astensionistico (73). Tutto ciò, seppur in linea con l'esigenza di preservare come intangibile la garanzia di «libere scelte d'azione», al costo del sacrificio della salute di chi si sia rivolto al medico per ottenervi assistenza.

Quali rimedi?

L'analisi dei profili critici finora emersi sembra al contempo delineare possibili rimedi, che conferiscano maggiore certezza e razionalità allo scenario complessivo della responsabilità penale in campo medico (74) e, in definitiva, contrastino con efficacia l'assunzione di condotte difensivistiche. In particolare, la proposta di riforma avanzata dal gruppo di ricerca del Centro Studi "Federico Stella" sulla Giustizia penale e la Politica criminale pare offrire indicazioni appropriate sul piano politico-criminale (75).

L'art. 1 dell'articolato, rubricato *Trattamento medico chirurgico*, prevede: «I trattamenti medico-chirurgici adeguati alle finalità terapeutiche ed eseguiti secondo le regole dell'arte da un esercente una professione medico-chirurgica o da altra persona legalmente autorizzata allo scopo di prevenire, diagnosticare, guarire o alleviare una malattia del corpo o della mente, non si considerano offese all'integrità fisica».

Come risulta evidente alla semplice lettura del suo testo, la norma si propone di enunciare, quale principio regolatore della disciplina, l'irrilevanza dell'elemento del consenso ai fini della sussistenza di illeciti penali che offendano l'integrità fisica. Il che, ovviamente, non toglie che possano sussistere anche profili di rilevanza rispetto alla libertà morale - come peraltro riconosciuto dalle stesse Sezioni Unite, sebbene in quella sede sia stata esplicitamente esclusa la configurabilità del delitto di violenza privata, per via della non conciliabilità dell'"atto arbitrario" con la struttura tipica della fattispecie (76) - o di forme di responsabilità civile. L'intento specifico è proprio quello di disarticolare il timore che il rapporto tra medico e paziente assuma caratteri esclusivamente contrattualistici, che, come si è visto, possono incentivare condotte difensivistiche. Il pregio della scelta, poi, sta nel conferire certezza ai confini dell'illecito sul piano della tipicità: le ipotesi delittuose, cioè, dipenderanno esclusivamente dalla violazione delle *leges artis* o dal mancato perseguimento di finalità terapeutiche.

In questo senso, un ulteriore contributo alla definizione del fatto tipico deriva dall'art. 2 - *Modifiche al codice penale* - in cui si propone l'introduzione dell'art. 590-*ter* c.p., rubricato *Morte o lesioni come conseguenza di condotta colposa in ambito sanitario*, che restringe la responsabilità penale alle sole ipotesi di colpa grave (77). In effetti, è «proprio attraverso una ridefinizione della colpa rilevante in ambito medico che sembra possibile intervenire lungo quella prospettiva *ex ante* che è propria delle regole cautelari fondanti la responsabilità colposa e così riscrivere, nel rispetto del principio di legalità, lo spazio del diritto penale nell'ambito degli errori in medicina» (78). E l'intervento, in questo senso, ha riguardato la selezione delle violazioni *quantitativamente* più rilevanti delle regole cautelari, senza operare alcuna distinzione su base *qualitativa* del paradigma comportamentale disatteso, come sarebbe avvenuto restringendo la colpa grave alle sole ipotesi di mancata adozione delle cautele essenziali (79).

A tal riguardo, peraltro, al fine di meglio assolvere alle esigenze di certezza, è stata proposta una definizione di colpa grave, contenuta nel comma II del nuovo art. 590-*ter* c.p.: «Ai sensi del presente articolo la colpa è grave quando l'azione o l'omissione dell'esercente una professione sanitaria, grandemente inosservante di regole dell'arte, ha creato un ri-

Note:

(73) Di più, proseguendo nell'argomentazione *ad absurdum*, in tale prospettiva il medico potrebbe addirittura avvertire erroneamente di trovarsi di fronte a un'ipotesi di «dubbio oggettivamente irrisolvibile», richiamato sempre dalla Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, reputando che «agendo o non agendo, s'incorre, ugualmente, nella sanzione penale».

(74) È il proposito del progetto di ricerca condotto dal Centro Studi "Federico Stella", come segnalato da G. Forti - M. Catino - F. D'Alessandro - C. Mazzucato - G. Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, cit., 18.

(75) Il testo dell'articolato è oggi pubblicato anche in *Riv. it. med. leg.*, 2011, 1309 ss.

(76) In questo stesso senso, già prima della sentenza delle Sezioni Unite, cfr. F. Giunta, *Il consenso informato all'atto medico tra principi costituzionali e implicazioni penalistiche*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, 399, 400: «Viene qui in rilievo, infatti, la struttura della fattispecie di violenza privata, che, come noto, valorizzando le modalità coattive dell'altrui volontà, tipizza alternativamente e unicamente le condotte della violenza e della minaccia, difficilmente ravvisabili nel trattamento medico arbitrario».

(77) Sostanzialmente in senso favorevole a una riforma che valorizzi il requisito della colpa grave, di recente F. Palazzo, *Causalità e colpa nella responsabilità medica. (Categorie dogmatiche ed evoluzione sociale)*, in *Cass. pen.*, 2010, 1229 ss.

(78) Così G. Forti - M. Catino - F. D'Alessandro - C. Mazzucato - G. Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, cit., 73.

(79) G. Forti - M. Catino - F. D'Alessandro - C. Mazzucato - G. Varraso (a cura di), *Il problema della medicina difensiva*, cit., 222.

schio irragionevole per la salute del paziente, concretizzatosi nell'evento».
Un ultimo punto occorre sottolineare. Tra i meriti più significativi della proposta c'è anche quello di mettere in discussione il *cliché* rappresentato dal ricorso alla sanzione penale: nel Titolo III dell'articolato si propongono percorsi alternativi di giustizia riparativa. Anche attraverso l'istituzione di Commissioni a ciò specificamente dedicate presso ogni distretto di Corte d'Appello, vengono tracciati i contenuti di un nuovo e innovativo modello di risposta al fatto penalmente rilevante, concentrato nell'allestimento di programmi che coinvolgano positivamente il soggetto, chiamandolo all'offerta di *riparazione* mediante comportamenti volontari. Il fruttuoso compimento di questi programmi varrebbe a estinguere il reato (80).
È evidente, allora, come la rimozione della "spada di Damocle" che più gravosamente pende sulla testa dell'operatore sanitario certamente alleggerirebbe il suo comportamento professionale da preoccupazioni avulse dal migliore svolgimento del proprio lavoro, disincentivando, così, scelte difensivistiche.

Nota:

(80) Per l'approfondimento di tale aspetto della proposta si rinvia a L. Eusebi, *Medicina difensiva*, cit., 1102 ss.

LIBRI

COLLANA: **Commentari**

Processo civile – formulario commentato

I procedimenti speciali – II ed.

con CD-Rom

Diretto da Claudio Consolo e Vincenzo Mariconda

Il volume, inserito all'interno della Collana "Commentari", contiene tutte le **formule** relative ai **procedimenti speciali** del processo civile:
– il procedimento di **ingiunzione**
– il procedimento per **convalida di sfratto**
– i procedimenti **cautelari** e **possessori**
– i procedimenti in materia di **famiglia** e di **stato delle persone**
– la **copia** e la **collazione** di atti pubblici
– i procedimenti relativi all'**apertura delle successioni**
– lo **scioglimento di comunioni**
– il processo di **liberazione** degli **immobili** dalle **ipoteche**
– l'**arbitrato**

Particolare attenzione è dedicata alle **novità** introdotte **dal d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150**, in materia di **riduzione** e **semplificazione** dei procedimenti civili di cognizione.

Ogni articolo di riferimento è strutturato in quattro "moduli": un **inquadramento funzionale** che rappresenta un ampio e utile commento d'autore; un breve paragrafo che suggerisce gli **errori da evitare**; la **formula** in senso stretto; una **rassegna della giurisprudenza** più significativa, di legittimità e di merito.

Il **Cd-Rom** allegato contiene oltre **300 formule**, utilizzabili con qualunque sistema di videoscrittura ed **adattabili al caso specifico**.

Ipsoa 2012, pagg. 2100, Euro 145,00

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***

Misure di sicurezza

La confisca allargata. Caratteristiche e limiti di configurabilità

di **Francesca Scudiero (*)**

Tematica di assoluto rilievo teorico-pratico concerne i limiti di applicabilità della confisca allargata nell'ipotesi in cui la morte dell'imputato intervenga prima della emissione di una sentenza di condanna per uno dei delitti indicati nell'art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992.
La questione, affrontata, ed autorevolmente in parte risolta - con specifico riferimento alla confisca obbligatoria di cui all'art. 240, comma 2, c.p. - dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, oggi - a seguito della emanazione del Codice antimafia - presenta in maniera lampante le difficoltà di un intero sistema normativo, non più adeguato a reggere il peso di contraddizioni ed insufficienze sempre più evidenti, originate da una produzione normativa incoerente quanto inefficace.
Attraverso l'analisi sistematica della normativa vigente in tema di confisca e riprendendo l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite nella sentenza n. 38834 del 2008, la giurisprudenza di legittimità è pervenuta alla conclusione secondo cui la confisca allargata è applicabile in tutte le ipotesi in cui sia intervenuta una sentenza di condanna o di patteggiamento per uno dei reati preveduti dall'art. 12-*sexies* - in presenza, ovviamente, anche degli altri presupposti previsti dalla legge - e non anche nei casi in cui intervenga una causa di estinzione del reato prima della emissione della sentenza di condanna o di patteggiamento.

La confisca in generale: il quadro normativo di riferimento

Le disposizioni normative utilizzabili per aggredire e confiscare le ricchezze illegittimamente accumulate dalla criminalità organizzata sono molteplici: il sequestro e la confisca dei patrimoni illeciti possono essere disposti, a seconda dei casi, sia in sede penale, che in sede di prevenzione.
Il codice penale e numerose leggi speciali prevedono, infatti, la confisca dei beni quale misura di sicurezza patrimoniale, nelle ipotesi in cui questi siano direttamente o indirettamente collegati al reato per il quale è stata pronunciata una sentenza di condanna; la legge n. 575 del 1965, e succ. modif., disciplina il sequestro e la confisca dei beni come misura di prevenzione patrimoniale.
Il modello generale di confisca nel nostro ordinamento giuridico è rappresentato dall'art. 240 c.p.; si tratta di una misura di sicurezza patrimoniale che consiste nell'espropriazione in favore dello Stato delle cose attinenti al reato perché «servirono o furono destinate a commetterlo, o perché ne rappresentano il prodotto, il profitto…il prezzo, o perché la fabbricazione, l'uso, il porto la detenzione o l'alienazione di esse costituisce reato».
Presupposto è il vincolo di pertinenzialità della cosa rispetto al reato commesso; si distingue in facoltativa, che può essere ordinata dal giudice, nel caso di condanna, per le cose che costituiscono il prodotto o il profitto del reato (art. 240, comma 1, c.p.); e obbligatoria, sempre ordinata dal giudice per le cose che costituiscono il prezzo del reato e per quelle la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisce reato, anche se non è stata pronunciata sentenza di condanna (art. 240, comma 2, c.p.) (1).

Note:

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Cfr., sul punto, Alessandri, *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.,* III, Torino, 1989; Id., *Criminalità economica e confisca del profitto,* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini-Paliero, Milano, 2006; Amodio, *Le misure di prevenzione patrimoniale nella legge antimafia*, in *Giust. pen.,* 1985, 632 ss.; Antolisei, *Manuale di Diritto Penale,* Milano, 1994, 637; Auletta-Serpico, *La natura giuridica della confisca e l'incidenza della CEDU*, in *Innovazione e Diritto*, 2010, 6, 207

(segue)

La scelta sistematica di collocare l'istituto in parola nel panorama delle misure di sicurezza ha rivelato la debolezza di una disposizione che, nel tempo, non è riuscita a soddisfare le esigenze sanzionatorie e preventive che l'intervento originario di tipo ablativo sui patrimoni doveva soddisfare. Ne è prova che, in seguito, si sono fatte strada soluzioni legislative modellate in base alle nuove forme di criminalità che, però, hanno determinato una frammentazione normativa particolarmente spiccata (2).

Si può parlare, pertanto, di un istituto "camaleontico", nel senso che cambia natura giuridica a seconda del contesto in cui si applica (3).

Nei primi decenni successivi all'entrata in vigore del codice Rocco, era diffusa l'opinione che tutte le misure di sicurezza (e, quindi anche la confisca) fossero sanzioni amministrative ovvero sanzioni "di polizia", considerato che non avevano una finalità retributiva, bensì meramente preventiva.

Scopo delle misure di sicurezza, si opinava, è, infatti, di evitare che il soggetto "pericoloso" possa porre in essere condotte costituenti reato. Tale attività è di competenza dell'autorità amministrativa (di polizia) e non dell'autorità giurisdizionale, la quale è deputata esclusivamente ad irrogare la pena prevista dal legislatore per un determinato fatto-reato già commesso (4).

La tesi è stata superata sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza in quanto le misure di sicurezza, incidendo su diritti fondamentali dell'uomo, possono essere applicate soltanto dall'autorità giurisdizionale con le garanzie del processo penale (di cognizione) e del processo di sorveglianza, nei soli casi previsti dalla legge.

Anche per esse, quindi, vale l'antico brocardo *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine iudicio* (5).

I limiti della disciplina *ex* art. 240 c.p., legata alle strettoie di una duplice confisca - nei termini anzidetti - ed alla necessità di un accertamento positivo del collegamento diretto tra i beni ed il reato, e la rapida evoluzione della compagine criminale, principalmente in campo economico e patrimoniale, hanno indotto il legislatore ad una serie di interventi - spesso emergenziali, non compatti e coordinati - miranti a contrastare l'accumulazione della ricchezza da parte delle associazioni criminali e dei soggetti ad esse legati.

Le nuove fattispecie differiscono notevolmente dal

Note:

(continua nota 1)

ss.; Balsamo-Contraffatto-Nicastro, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010; Bricola, *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in AA.VV., *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975, 29 ss.; Bruno, *Il contrasto alla illecita accumulazione della ricchezza: dal sistema antiriciclaggio alle forme di confisca*, in questa *Rivista*, 2009, 354; Buongiorno, *Le misure patrimoniali della legge La torre ed i diritti dei terzi*, Milano, 1985; Canzio, *Patteggiamento e confisca: ancora un intervento delle sezioni unite* (nota a Cass., Sez. Un., 3 luglio 1996), in *Cass. pen.,* 1996; Casaroli, *Le misure di prevenzione patrimoniali tra accertamento del fatto e valutazione degli indizi,* in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006, 2239 ss.; Catullo, *Sulla revoca delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *Giur. merito*, 2004, 6, 1198 ss.; Celentano, *Il sequestro, la confisca e la sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni*, in *Quaderni del C.S.M., Nuove forme di prevenzione della criminalità organizzata; gli strumenti di aggressione dei profitti di reato e le misure di prevenzione*, 1998, 104, 95 ss.; Fiandaca, voce *Misure di prevenzione*, in dig. disc. pen., VIII, Torino, 1994; Fiandaca-Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, Torino 2001, 792; Fiore, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, 250; Fondaroli, *La confisca*, in *Trattato di diritto penale* (a cura di) Cadoppi-Canestrini-Manna-Papa, Torino, 2008, 285; Furfaro, voce *Confisca*, in *Dig. disc. pen.,* Agg., I, Torino, 2005; Garofoli, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 2006, 947; Ghizzardi, *Pericolosità sociale e misure di prevenzione: brevi note*, in *Riv. pen.,* 2010, 416; Gullo, *Sulla confisca*, in *Giust. pen.,* 1981, II, c. 42; Maiello, *La prevenzione patrimoniale in trasformazione*, in questa *Rivista*, 2009, 805 ss.; Mangione, voce *Misure di prevenzione (Dir. Pen.)*, in *Enc. dir. Sole 24 ore*, Milano 2008; Mazzacuva, *L'evoluzione nazionale ed internazionale della confisca tra diritto penale "classico" e diritto penale "moderno"*, in AA.VV., *La giustizia patrimoniale penale*, (a cura di) Bargi-Cisternina, Torino, 2011; Musco, voce *Misure di sicurezza,* in enc. giur. Treccani, XX, Roma, 1990, 7; Nuvolone, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, 634; Palazzo, *Corso di Diritto Penale*, Torino, 2008; Picotti, *Spunti critici della confisca e prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.,* 2010, 361; Pistorelli, *Confisca del profitto del reato e responsabilità degli enti nell'interpretazione delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.,* 2008, 4575 ss.; Riverditi, *La nozione di profitto nella confisca*, in *Giur. it.*, 2009, 1844; Scopinaro, *La confisca*, in AA.VV., *Diritto penale delle società*, (a cura di) Schiano di Pepe, II ed., Milano, 2003;Tartaglia, *La confisca: disciplina generale*, in AA.VV., *Codice delle confisce e dei sequestri. Illeciti penali ed amministrativi*, Roma, 2012, 3 ss.; Tesauro, *La tassazione dei proventi di reato e gli enunciati del legislatore-interprete*, in *Riv. dir. fin.,* 1997, 1, 15; Trapani, *Confisca*, in *Enc. giur. Treccani*, VIII, Roma, 1988; Vergine, *Il "contrasto" all'illegalità ecomica. Confisca e sequestro per equivalente*, in *Problemi attuali della giustizia penale*, studi raccolti da Giarda-Spangher-Tonini, Milano, 2012.

(2) In questi termini, Mancini, *Il contrasto patrimoniale alla criminalità: strumenti penali, strumenti di prevenzione, problematiche processuali. La recente riforma delle misure di prevenzione: criticità e prospettive di applicazione*, in *Atti dell'incontro di studio Corso Rosario Livatino*: «Il contrasto patrimoniale alla criminalità organizzata: indagini, prove ed accertamento processuale», 11 marzo 2011.

(3) Così, Auletta-Serpico, *La natura giuridica della confisca e l'incidenza della CEDU*, cit. 209.

(4) Si affermava che tali misure non avevano una finalità retributiva, bensì meramente preventiva. Cfr., sul punto, Garofoli, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, cit., 942.

(5) Cfr., sul punto, Fornari, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca sanzioni pecuniarie nel diritto "moderno"*. Padova 1997; Manzini, *Trattato di diritto penale*, III, Torino 1982, 393; Massa, *Confisca (diritto e procedura penale)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano 1961, 983; Melchionda, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1977.

modello disciplinato dall'art. 240 c.p. e si caratterizzano per una decisiva virata verso l'obbligatorietà dell'intervento ablativo e la possibile acquisizione anche per valore equivalente.
Un primo scostamento dallo schema legale generale di cui all'art. 240 c.p. si è avuto con la legge Rognoni-La Torre n. 646 del 1982, che ha modificato la legge n. 575 del 1965, ampliando notevolmente la portata e l'operatività della confisca di prevenzione. Presupposto indefettibile per l'applicazione di tale tipo di misura, sancita dall'art. 416-*bis*, comma 7, c.p. è la condanna dell'imputato per associazione di tipo mafioso, cui consegue la confisca obbligatoria di tutte le cose comunque pertinenti al reato (manca, in questo caso, la tradizionale distinzione tra le ipotesi di confisca obbligatoria e confisca facoltativa, come prevista dall'art. 240 c.p.).
Secondo la dottrina, tale tipologia di confisca sempre obbligatoria va interpretata in chiave generalpreventiva e, quindi, ad efficacia deterrente, così da assimilarla di fatto ad una pena accessoria (6). Importante novità del comma 7 è l'inedita ipotesi di confisca delle cose che costituiscono l'impiego del prezzo, del prodotto, o del profitto del reato attraverso cui il legislatore ha inteso colpire il riciclaggio degli illeciti profitti in attività formalmente legali (7).
L'art. 301, d.P.R. n. 43 del 1973 prevede una ipotesi di confisca obbligatoria per il reato di contrabbando. Oggetto di tale confisca sono le cose legate al reato da un vincolo di pertinenzialità.
Per tutti gli altri beni o utilità della persona condannata si applica invece la confisca *ex* art. 12-*sexies* della legge n. 356 del 1992.
In materia di stupefacenti, il d.P.R. n. 309 del 1990 non prevede esplicite ipotesi di confisca obbligatoria per i reati *ex* art 73 (produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti) e 74 (associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope).
Dalla lettura degli artt. 100 e 101 del Testo Unico, che disciplinano la destinazione dei beni sequestrati e confiscati in operazione antidroga, si evince, però, che per questi reati si applica la disciplina generale sulla confisca prevista dall'art. 240 c.p.
Anche in tema di immigrazione clandestina, ai sensi del d.lgs. n. 286 del 1998 e successive modifiche, è disposta la confisca dei mezzi di trasporto, nonché di ogni altra cosa che costituisca il prezzo o profitto del reato, o che è servita o è stata destinata a commettere il reato.
Pare opportuno sottolineare che l'art. 644, ult. comma, c.p. prevede, in caso di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. per il delitto di usura, oltre la confisca obbligatoria delle cose che costituiscono il profitto del reato, anche la confisca di somme di denaro, beni e qualsiasi altra utilità, che, pur non trovandosi in relazione diretta con il reato, siano nella disponibilità del reo anche per interposta persona. Tale ipotesi di confisca conosce, però, una limitazione nell'importo che non può superare il valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari accertati con la sentenza di condanna. La norma fa, inoltre, salvo il diritto al risarcimento del danno della persona offesa dal reato, le cui pretese potranno essere soddisfatte sui beni suddetti prima che intervenga la condanna.
Ulteriore intervento legislativo, volto ad un utilizzo più aggressivo dello strumento di ablazione reale, si è avuto con la legge n. 300 del 2000, che ha introdotto nel codice penale l'art. 322-*ter*. La norma prescrive la confisca, in caso di condanna o di patteggiamento *ex* art. 444 c.p.p., per uno dei delitti previsti dagli artt. 314 a 320 c.p.; a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 244 del 2007, la confisca per equivalente è applicabile anche ai reati tributari, ad esclusione del reato di occultamento o distruzione di documenti contabili.
La confisca ha ad oggetto i beni che costituiscono il profitto o il prezzo del reato, ovvero, se essa non è possibile, dei beni nella disponibilità del reo di valore corrispondente a tale profitto. L'art. 640-*quater* c.p. rinvia, inoltre, alla applicabilità della confisca *ex* art. 322-*ter* c.p. per i delitti di truffa previsti dagli artt. 640, c. 2, n. 1, 640-*bis* e 640-*ter* c.p.
La linea evolutiva è proseguita con il d.lgs. n. 231 del 2001, relativo alla responsabilità delle persone giuridiche e con il d.lgs. n. 61 del 2002, contenente la disciplina degli illeciti penali e amministrativi riguardanti le società commerciali (8).
Si ricorda, infine, che il codice penale dispone la confisca obbligatoria (art. 600-*septies* c.p.) dei beni che costituiscono il profitto o il prezzo del reato, o, in caso di impossibilità, dei beni di valore equiva-

Note:

(6) Spagnolo, *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1993, 189.

(7) Così, Turone, *Il delitto di associazione mafiosa,* Milano, 1995, 367 ss.

(8) Cfr. l'art. 2641 c.c., come modificato dal d.lgs. n. 61 del 2002: «In caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti per uno dei reati previsti dal presente titolo è ordinata la confisca del prodotto o del profitto del reato e dei beni utilizzati per commetterlo. Quando non è possibile l'individuazione o l'apprensione dei beni indicati nel comma primo, la confisca ha ad oggetto una somma di denaro o beni di valore equivalente. Per quanto non stabilito nei commi precedenti si applicano le disposizioni dell'articolo 240 del codice penale.».

lente, in caso di condanna o di applicazione della pena *ex* art. 444 c.p.p., per vari delitti (9).
L'intero sistema di prevenzione ha cambiato volto con la legge n. 136 del 2010 (Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia normativa antimafia) con cui il Parlamento ha delegato il Governo all'emanazione di un Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione.
È stato elaborato un provvedimento normativo, il d.lgs. n. 159 del 2011, che raccoglie tutte le disposizioni fino ad oggi vigenti in argomento. Si tratta, per lo più, di un testo che non innova rispetto alla disciplina pregressa, ricalcandola in maniera quasi pedissequa (10).
La nuova sistematica del Codice provvede a separare le disposizioni relative alle misure personali e patrimoniali, sancendo definitivamente anche l'autonomia dei procedimenti alle stesse relativi.
La previgente disposizione, secondo cui le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste ed applicate disgiuntamente trova più felice collocazione nell'art. 18 del Codice, il quale chiarisce che non sussisterà più alcun collegamento tra le misure personali e quelle patrimoniali e potrà essere richiesta dai soggetti legittimati l'applicazione delle seconde anche in assenza di una previa misura personale.
Sulla base della tracciata evoluzione normativa, la giurisprudenza ha sottolineato come possa apparire assai arduo, oggi, catalogare l'istituto della confisca nel rigido schema della misura di sicurezza, essendo agevole riconoscere, ad esempio, in quella di valore, i tratti distintivi di una vera e propria sanzione e, in quella "speciale", una natura ambigua, sospesa tra funzione specialpreventiva e vero e proprio intento punitivo.
Con il termine "confisca", in sostanza, al di là del mero aspetto nominalistico, si identificano misure ablative di natura diversa, a seconda del contesto normativo in cui lo stesso termine viene utilizzato (11).
Il percorso della confisca è ormai, tirando le somme, deviato rispetto alla formula originaria dell'art. 240 c.p., e non sembra che si possa trattare di una deviazione provvisoria.
È, anzi, probabile che la confisca *ex* art. 240 c.p. si avvii ad estinzione.
Sarebbe utile e auspicabile che veda la luce una regolamentazione sistematica del settore, magari con tre schemi generali di confisca:
1) lo schema generale dell'art. 240 c.p. riveduto e corretto;
2) la confisca di prevenzione *ex* art. 2-*ter* legge n. 575 del 1965;
3) la confisca allargata dell'art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992 (12).

La cd. confisca allargata

L'art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992, convertito in l. n. 356 del 1992, disciplina una tipologia peculiare di confisca, definita "allargata" da dottrina e giurisprudenza, che rappresenta la forma più aggressiva delle misure patrimoniali nei confronti della criminalità organizzata (13).

Note:

(9) Sono i delitti di: riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.); prostituzione minorile (art. 600-*bis* c.p.); pornografia minorile (art. 600-*ter* c.p.); detenzione di materiale pornografico (art. 600-*quater* c.p.); iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinquies* c.p.); tratta di persone (art. 601 c.p.); acquisto e alienazione di schiavi (art. 602 c.p.).

(10) Per una panoramica sul tema, cfr. Menditto, *Le luci e le (molte) ombre del c.d. Codice Antimafia*, in *Cass. pen.,* 2012, 3, 792 ss.;

(11) Cfr. Cass., Sez. Un. 27 marzo 2008, n. 26654, che richiama un risalente orientamento della stessa Corte costituzionale che, sin dagli anni sessanta (cfr. sentenze 25 maggio 1961 n. 29 e 4 giugno1964 n. 46), avvertiva che «la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica» e che «il suo contenuto...è sempre la privazione di beni economici ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione di pena o di misura di sicurezza ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa», con l'effetto che viene in rilievo «non una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge». La stessa giurisprudenza di legittimità ha successivamente avuto modo di rilevare come l'estensione della regola della retroattività alle ipotesi di confisca per equivalente ad un provvedimento ablatorio patrimoniale a connotazioni sanzionatorie, senza che sia dato riscontrare alcun elemento di "pericolosità" degli specifici beni da sottoporre a confisca, finirebbe per prestare il fianco a seri dubbi di costituzionalità, in ciò richiamandosi alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha ritenuto in contrasto con i principi sanciti dall'art. 7 della Convenzione proprio una ipotesi di applicazione retroattiva della confisca di beni (v., ad es. Welch c. Gran Bretagna, n. 17440/90, sentenza del 9 febbraio 1995).

(12) In questi termini, Mancini, *Il contrasto patrimoniale alla criminalità: strumenti penali, strumenti di prevenzione, problematiche processuali. La recente riforma delle misure di prevenzione: criticità e prospettive di applicazione*, cit.

(13) Sul tema, cfr. Alfonso, *La confisca penale tra disposizioni codicistiche e leggi speciali: esigenze di coordinamento normativo e prospettive di riforma*, in *Atti del Convegno di studio sul tema "Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: il reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione"*, Villa Cerami, 19-20 gennaio 2007; Cisterna, *La natura promiscua della confisca, tra misura di sicurezza e sanzione punitiva in rapporto alle nuove tecniche sanzionatorie della criminalità del profitto, in La giustizia patrimoniale penale*, (a cura di) Bargi-Cisterna, Torino, 2011; Id., *Strumenti e tecniche di accertamento della confisca per sproporzione de della confisca per valore equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, 2084; Corso, *Processi costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in AA.VV., *La legge antimafia tre anni dopo. Bilancio di un'esperienza applicativa*, a cura di Fiandaca-Costantino, Milano, 1986, 125 ss.; *Dolo, Misure di prevenzione atipiche*

(segue)

È stato introdotto subito dopo l'intervento della Corte costituzionale, che, con la sentenza n. 48 del 17 febbraio 1994, ne ha dichiarato la illegittimità costituzionale perché si faceva dipendere il presupposto soggettivo del reato dal verificarsi di una condizione futura, incerta ed imprevedibile - l'assunzione della qualità di indagato o di imputato -, in violazione del principio di non colpevolezza, ed in quanto l'inversione dell'onere della prova costituiva violazione del diritto di difesa.
La norma, infatti, sanzionava il fatto di coloro che, essendo sottoposti ad un procedimento penale per l'applicazione di una misura di prevenzione personale, risultassero, anche per interposta persona fisica o giuridica, titolari o avere la disponibilità a qualsiasi titolo di denaro, beni o altre utilità dal valore sproporzionato rispetto al proprio reddito o alla propria attività economica e dei quali non potessero giustificare la legittima provenienza.
A seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale, il Governo ha emanato, qualche giorno prima della pubblicazione della sentenza della Corte Costituzionale, il d.l. n. 123 del 1994, reiterato più volte fino a giungere all'ultimo d.l. n. 399 del 1994, convertito nella legge n. 501 del 1994, con il quale, aggiungendo l'art. 12-*sexies*, ha introdotto una ipotesi speciale di confisca a carattere obbligatorio.
Con la disposizione normativa in commento, il legislatore ha voluto perseguire, ancora più incisivamente, l'obbiettivo strategico di fronteggiare il fenomeno gravissimo della criminalità organizzata anche con un efficace e necessario strumento di contrasto, quale quello rappresentato dalle misure di carattere patrimoniale, idonee, sul piano della repressione e della prevenzione, ad aggredire le ricchezze delle organizzazioni criminali; tentando, in tal modo, di individuare e colpire i patrimoni sproporzionati rispetto alle attività economiche svolte dagli appartenenti alle organizzazioni suddette e alle loro capacità di reddito, e, comunque, illecitamente accumulati e detenuti anche per interposta persona.
La confisca allargata si caratterizza non solo per l'estrema ampiezza del contenuto del provvedimento espropriativo (esteso sono a ricomprendere tutti i beni di valore sproporzionato rispetto al reddito dichiarato, o all'attività svolta dal destinatario della sanzione), ma anche per l'inversione dell'onere della prova sul quale si regge l'accertamento dell'unico elemento significativo della fattispecie, ossia il rapporto di sproporzione, dal momento che il condannato è tenuto a giustificare la provenienza dei beni, rispetto ai quali la stessa legge introduce una mera presunzione di illecita accumulazione (14).
L'introduzione della confisca allargata ha notevolmente ridotto gli spazi di intervento della confisca di prevenzione quando questa ha come presupposto l'esistenza di indizi per uno dei reati elencati dall'art. 12-*sexies*.
Ed infatti, se nei confronti di un soggetto esistono indizi per uno dei reati presupposto per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale, il pubblico ministero iscrive il soggetto nel registro notizie di reato iniziando le relative indagini preliminari, e, fin da quel momento, se alla condanna per il reato per il quale si svolgono le indagini consegue la confisca dei beni, può richiedere, ai sensi dell'art. 321, comma 2, c.p.p., il sequestro preventivo dei beni medesimi; misura cautelare reale che permane fino alla condanna definitiva dell'imputato e alla conseguente confisca dei beni.
Se, viceversa, l'imputato viene assolto, il sequestro decade e al pubblico ministero non resta che tentare, ovviamente con incerta fortuna, l'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale.
In tal caso, in presenza di un sentenza di assoluzione dal reato presupposto, le probabilità che la proposta di applicazione di misura patrimoniale venga accolta sono molto scarse.
Allo stesso modo il sequestro preventivo decade ed al pubblico ministero non resta che seguire, con scarsa probabilità di successo, la strada della misura

Note:

(continua nota 13)
e diritto di difesa, in *Giur. cost.*, 1997, 1586 ss.; Fidelbo, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*, in *Cass. pen.,* 2004, 1182; Filippi, *La confisca di prevenzione: un'anomalia tutta italiana*, in questa *Rivista*, 2005, 3, 269; Mazza, *Art. 12 sexies d.l. 306 del 1992: una particolare ipotesi di confisca a contraddittorio anticipato necessario*, in *Cass. pen.,* 2004, 3285; Molinari, *Confisca antimafia non esecutiva e morte della persona pericolosa*, in *Cass. pen.,* 1996, 1963 ss.; Id., *Una parola forse definitiva su confisca antimafia e morte della persona ritenuta pericolosa*, in *Cass. pen.,* 1997, 1877 ss.; Id., *Confisca antimafia e dialogo col morto*, in *Cass. pen.,* 1999, 3558; Id., *Confisca antimafia: si estende il dialogo col morto*, in *Cass. pen.,* 2000, 505; Panzarasa, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 2010, 1672 ss.; Rispoli, *L'inapplicabilità della confisca nei casi di estinzione del reato ed il mancato diritto alla restituzione delle cose che costituiscono il profitto del reato, tra contraddizioni ed insufficienze*, in *Dir. giust.*, 2010, 405 ss.; Sgubbi, *L'art. 12-quinquies della legge 356 del 1992 come ipotesi atipica di anticipazione: dalla Corte Costituzionale all'art. 12-sexies*, in *Atti del IV congresso nazionale di diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Torino, 1996; Squillaci *La confisca "allargata" quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, in questa *Rivista*, 2009, 12, 1525 ss.

(14) In questi termini, Squillaci, *La confisca "allargata" quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, cit.

di prevenzione patrimoniale anche quando il giudice dispone l'archiviazione, o, all'esito dell'udienza preliminare, pronuncia sentenza di non luogo a procedere perché gli elementi acquisiti risultano comunque non idonei a sostenere l'accusa in giudizio.
Il pubblico ministero può percorrere fin dall'inizio le due vie: quella della misura di prevenzione e quella delle confische penali, inclusa fra queste quella "allargata"; ma gli effetti del sequestro e della confisca di prevenzione restano sospesi, a norma dell'art. 2-*ter*, comma 10, legge n. 575 del 1965, per tutta la durata del procedimento penale e si estinguono ove venga disposta la confisca degli stessi beni in sede penale.
Mentre appare davvero molto azzardato proporre una misura di prevenzione patrimoniale nei confronti di un soggetto a carico del quale gli indizi di appartenenza ad associazione di tipo mafioso o di commissione di altri reati presupposto della misura di prevenzione sono talmente "fragili" e sfumati da non consentire neppure l'iscrizione del soggetto medesimo nel registro delle notizie di reato.
La giurisprudenza dominante e la dottrina maggioritaria qualificano la confisca allargata come una misura di sicurezza patrimoniale atipica con funzione dissuasiva (15).
Più precisamente, le Sezioni Unite della Cassazione l'hanno definita una misura di sicurezza atipica, in quanto modellata secondo lo schema della misura di prevenzione antimafia *ex* legge n. 575 del 1965 e difforme, quanto a struttura e funzioni, rispetto alla confisca sancita dall'art. 240 c.p. (16).
L'inquadramento dell'istituto in esame tra le misure di sicurezza patrimoniali sembra presupporre, più che una valutazione di pericolosità del bene, una presunzione - relativa - di pericolosità della relazione tra il bene oggetto di ablazione ed il soggetto. La disponibilità di un'entità patrimoniale sproporzionata rispetto alla capacità reddituale lecita del soggetto condannato per uno dei delitti sanciti dall'art. 12-*sexies*, costituisce presunzione di una capacità criminale e di pericolosità sociale, di natura mista oggettiva e soggettiva, che legittima la confisca del *surplus* reddituale.

Note:

(15) *Contra* Auletta-Serpico, *La natura giuridica della confisca e l'incidenza della CEDU*, cit. 217, secondo i quali non appare condivisibile la natura giuridica di misura di sicurezza atipica per due motivi: né il codice penale vigente, né altre leggi complementari disciplinano, definiscono o fanno menzione di tale categoria giuridica che, quindi, è ignota al legislatore. La misura di sicurezza atipica costituisce, pertanto, un istituto "creato" dal diritto pretorio, probabilmente, per fare in modo che la confisca in questione possa, comunque, rientrare nel *genus* delle misure di sicurezza ed essere così irrogata dal giudice anche per i delitti commessi prima dell'entrata in vigore della norma che la dispone.
In secondo luogo, la definizione della confisca *ex* art. 12-*sexies* come misura di sicurezza, seppur atipica, è in evidente contrasto con quella fornita dalla CEDU. La Corte di Strasburgo, infatti, riconosce alla confisca in parola la natura giuridica di "pena". La CEDU, già da tempo, ormai, nell'attribuire la natura giuridica di "pena" ad una determinata misura, non fa più esclusivamente riferimento ad un dato formale, ma fonda la propria opera ermeneutica su altri e più incisivi parametri, anche di natura sostanziale. In particolare, i criteri che adoperano i giudici di Strasburgo per stabilire se una sanzione assume la natura giuridica di "pena" sono: l'eventuale irrogazione in seguito ad una condanna per un reato, la natura e lo scopo della misura in contestazione, la sua qualificazione in diritto interno, i procedimenti connessi alla sua adozione ed esecuzione, la sua severità, ed altri desunti dal caso sottoposto al suo esame.
In altri termini, la nozione di pena, ai sensi dell'art. 7, comma 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ha una portata autonoma e non ancorata alla qualificazione che di un dato provvedimento attribuisce la norma di diritto interno o la giurisprudenza di uno Stato aderente.

(16) Cfr. Cass., Sez. Un., 30 maggio 2001, *Derouach*: la confisca allargata costituisce un'ipotesi di confisca obbligatoria in cui anche il prodotto o il profitto dei reati previsti dal comma 3 dell'art. 12-*sexies* assumono tale natura in deroga all'art. 240 c.p. Si tratta di un modello di confisca atipica che si colloca in una linea di confine tra la misura di sicurezza patrimoniale con funzione repressiva e la misura di prevenzione antimafia con funzione di ostacolo preventivo, mutuando da entrambe i principi ispiratori, tesi ad evitare il proliferare di ricchezza di provenienza non giustificata, immessa nel circuito economico.
Cass., Sez. Un., 17 dicembre 2003, *Montella*: la confisca cd. "allargata" ha una finalità non solo preventiva, ma anche (e soprattutto) dissuasiva nei confronti del destinatario per evitare che il soggetto interessato sia tentato a commettere i delitti menzionati dall'art. 12-*sexies* al fine di accumulare illecitamente ricchezze. La confisca disciplinata dal'art. 240 c.p. richiede un nesso di pertinenzialità tra il bene da espropriare e il reato commesso (relazione che potrebbe rintracciarsi nella nozione di prezzo, prodotto o profitto del reato), nesso che non è richiesto dall'art. 12-*sexies*. Né potrebbe ricondursi tale istituto ad un caso di confisca obbligatoria nelle ipotesi previste dall'art. 240 c.p. di confisca facoltativa, atteso che la confisca obbligatoria nelle ipotesi di confisca facoltativa è già prevista per i reati di matrice mafiosa dall'art. 416-*bis*: l'art. 12-*sexies* che prevede, tra l'altro, la confisca in caso di condanna per delitti di criminalità mafiosa, costituirebbe, pertanto un inutile doppione di un istituto già esistente nell'ordinamento. Non potrebbe, inoltre, configurarsi tale confisca come un'ipotesi applicativa della confisca cd. "per equivalente" giacché, da un lato, l'art. 12-*sexies* non fa menzione del presupposto applicativo dell'istituto *de quo* (ovvero l'impossibilità di rintracciare nel patrimonio del reo i beni costituenti il prezzo o il profitto del reato), dall'altro, non si comprenderebbe la *ratio* della legge n. 108 del 1996, che nel modificare l'art. 644 c.p., proprio introducendo la confisca per equivalente nel caso di condanna per usura, fa espressamente salva l'applicabilità dell'art. 12-*sexies*. Tale norma, quindi, indica un ulteriore campo applicativo, con possibilità di ulteriori confische su cose diverse dal *tantundem*. Infine, è errato rintracciare nell'art. 12-*sexies* relazioni mediate, indirette, od occasionali del bene "confiscando" con il reato; in caso contrario, sarebbe lasciata alla discrezionalità del giudice la determinazione dei presupposti di applicabilità di tale tipo di confisca, in violazione del principio di legalità.
La giurisprudenza ha successivamente confermato la natura di misura di sicurezza, indicando ulteriori oneri probatori e di allegazione gravanti sull'accusa. Si è, infatti, ritenuto che grava sull'accusa l'onere della prova circa la sproporzione del calore economico dei beni da confiscare rispetto alla capacità reddituale lecita del soggetto. Cfr. Cass., Sez. I, 5 giugno 2008, n. 25727.

Parte della dottrina, invece, ritiene che la confisca allargata configuri una pena accessoria per un duplice ordine di motivi: la misura consegue non alla pericolosità del condannato, ma esclusivamente alla sua condanna; i beni confiscati non hanno alcun rapporto con il reato accertato in giudizio, ma di essi si sospetta la provenienza illecita (17).
La tesi non convince.
La pena accessoria, così come espressamente dispone l'art. 20 c.p., consegue di diritto alla condanna, come effetto penale di essa; e, secondo la costante e consolidata giurisprudenza della Corte di cassazione, per l'applicazione di essa non occorre una statuizione espressa contenuta nella sentenza di condanna, tranne, s'intende, nei casi in cui le modalità di esecuzione della pena accessoria richiedano l'esplicazione di una attività discrezionale da parte del giudice. Ne consegue che la pena accessoria, anche quando sia stata omessa dal giudice che ha pronunciato la sentenza di condanna, può essere applicata d'ufficio in sede esecutiva, purché sia determinata dalla legge nella specie e nella durata.
Ma proprio per questo alla tesi esposta si oppone che la confisca in questione non consegue, al pari della pena accessoria, automaticamente alla condanna, come effetto penale di essa. La condanna, invero, rappresenta soltanto un presupposto per l'applicabilità della confisca, la quale richiede che, con una adeguata giustificazione riguardo alla provenienza legittima dei beni, venga superata la presunzione relativa di pericolosità degli stessi mediante un approfondito giudizio di merito in ordine alla titolarità e alla disponibilità dei beni da parte del condannato, ed al valore degli stessi in misura sproporzionata rispetto al reddito o all'attività svolta dal condannato medesimo.
Se, infine, la confisca *ex* art. 12-*sexies* avesse natura di pena accessoria, ad essa si estenderebbe, a norma del vigente art. 166 c.p. come sostituito dall'art. 4, legge n. 19 del 1990, la sospensione condizionale della pena, vanificando, nella sostanza, la *ratio* e la finalità della norma. Ciò tanto più, quando la confisca dovesse seguire all'applicazione della pena su richiesta *ex* art. 444 c.p.p. che spesso è subordinata alla concessione della sospensione condizionale della pena.
Si aggiunga che la misura di sicurezza patrimoniale, a differenza di quella personale, consegue non alla pericolosità del condannato ma, a norma dell'art. 240 c.p., alla pericolosità della cosa, quando essa è prezzo, prodotto o profitto del reato o servì o fu destinata a commettere il reato; e ben può conseguire, come per l'ipotesi prevista dall'art. 12-*sexies*, alla pericolosità della cosa derivante dal fatto che essa, restando nella disponibilità del condannato, possa essere da questi utilizzata per il reimpiego in attività illecite.
C'è chi, infine, più che soffermarsi sulla questione della natura della particolare ipotesi di confisca in esame, ne sottolinea il carattere di sanzione in senso lato del tutto svincolata da un fatto di reato (18).
Tale impostazione si ricava uno spazio autonomo proprio perché si sgancia dall'accertamento del nesso pertinenziale che legherebbe il bene al reato per il quale si procede. Se si fosse esatto quel legame, essa sarebbe divenuta una norma superflua perché si sarebbe stati in grado, attraverso l'art. 240 c.p., di apprendere dapprima in via cautelare e poi in via definitiva, tutto quanto sia qualificabile come provento del reato per il quale il soggetto è stato imputato e condannato.
Presupposto della confisca allargata è la condanna o l'applicazione della pena su richiesta per uno dei seguenti reati: associazione per delinquere finalizzata alla tratta di persone (art. 416, comma 6, c.p.), riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, tratta di persone, acquisto e alienazione di schiavi (artt. 600, 601, 602 c.p.), associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.), estorsione (art. 629 c.p.), sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), usura e usura impropria (art. 644 c.p., così come risulta modificato dall'art. 1, legge n. 108 del 1996 che ha abrogato l'art. 644-*bis* c.p.), ricettazione (art. 648, comma 1, c.p.), riciclaggio (art. 648-*bis* c.p.), trasferimento fraudolento di valori (art. 12-*quinques*, c. 1, d.l. n. 306 del 1992, convertito, con modificazioni, nella l. n. 356 del 1992); ovvero per taluno dei reati relativi al traffico di sostanze stupefacenti previsti dall'art. 73, escluse le fattispecie di lieve entità, e dall'art. 74 d.P.R. n. 309 del 1990; ed, inoltre, per uno dei delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo; nonché per il delitto in materia di contrabbando nei casi di cui all'art. 295, comma 2, T.U. d.P.R. n. 43 del 1973, e per delitti in materia di terrorismo.
Con la legge finanziaria 2007 (art. 1, comma 220,

Note:

(17) Così, Mantovani, *Diritto Penale*, Padova 2007, 839. In giurisprudenza, cfr. Cass., Sez. VI, 28 febbraio 1995, *Nevi*.

(18) Cfr., sul punto, Sgubbi, *L'art. 12-quinquies della legge n. 356 del 1992 come ipotesi tipica di anticipazione: dalla Corte costituzionale all'art. 12-sexies*, in *Atti del IV congresso nazionale di diritto penale-Diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario*, Torino, 1996, 30.

legge n. 296 del 2006) sono stati inseriti fra i delitti sopra elencati anche quelli previsti dagli articoli 314, 316, 316-*bis*, 316-*ter*, 317, 318, 319, 319-*ter*, 320, 322, 322-*bis*, 325 c.p. (ossia quasi tutti i delitti contro la pubblica amministrazione).
La confisca si applica in caso di condanna per delitto consumato e tentato (19).
Il fondamentale elemento di novità insito in questa ipotesi di confisca allargata è dato dall'assenza del requisito del nesso di pertinenzialità con il delitto per cui è intervenuta sentenza condanna, poiché i beni e le utilità oggetto di confisca sono svincolati dal fatto reato, anche in via di derivazione pure solo mediata. Infatti, possono essere confiscati anche i beni entrati a far parte del patrimonio dell'imputato in epoca precedente al fatto contestato.
Il p.m. deve presentare gli elementi necessari a dimostrare la sproporzione e l'ingiustificatezza del patrimonio accumulato; il confronto tra reddito dichiarato e patrimonio viene riferito ad un arco temporale che può anche riferirsi ad un'epoca precedente la commissione del reato contestato «ma che costituisce il limite del *thema decidendum* relativo alla procedura cautelare» (20).
Sotto stretta osservazione, quindi, rientra l'intero patrimonio del soggetto, sempre che l'acquisizione del bene non risalga ad un epoca talmente lontana dal fatto per cui è intervenuta condanna da non valicare la presunzione normativa di illecita acquisizione dei beni.
Affinché questa presunzione sia verificabile e valida, è necessaria la presenza dei requisiti della: disponibilità e/o titolarità dei beni da parte del condannato, anche per il tramite di persone interposte; la sproporzione dei beni o utilità rispetto al reddito dichiarato ai fini delle imposte sul reddito o alla propria attività economica; l'omessa o insufficiente giustificazione fornita circa la legittima provenienza dei beni (21).
Per disponibilità si intende non un rapporto giuridico intercorrente tra il condannato e la *res*, riconducibile al diritto di proprietà o ad altro diritto reale, ma una relazione connotata dall'esercizio di poteri di fatto corrispondenti al diritto di proprietà. La disponibilità coincide, pertanto, con la signoria di fatto sul bene indipendentemente dalle categorie delineate dal diritto privato, riguardo al quale il richiamo più appropriato sembra essere quello riferito al possesso nella definizione che ne dà l'art. 1140 c.c. (22).
Quanto all'ultimo requisito, giova sottolineare che il termine patrimonio non va inteso come un complesso unitario ovvero come l'insieme dei rapporti giuridici, attivi e passivi, aventi contenuto economico, facenti capo ad una persona fisica o giuridica, ma come la somma dei singoli beni acquisiti dal soggetto; la sproporzione, inoltre, non rimanda a qualsiasi difformità tra guadagni e capitalizzazione, ma ad un incongruo squilibrio tra questi.
In altri termini, il confronto va effettuato tra il valore economico dei beni di cui il condannato ha la disponibilità ed il reddito da questi dichiarato o i proventi della sua attività economica.
Tale forma di confisca si basa quindi, su un'insindacabile scelta politico criminale, una presunzione *iuris tantum* d'illecita accumulazione, nel senso che il provvedimento ablatorio incide su tutti i beni di valore economico non proporzionato al reddito o all'attività economica del condannato e dei quali questi non possa giustificare la provenienza, trasferendo sul soggetto, che ha la titolarità o la disponibilità dei beni, l'onere di dare un'esauriente spiegazione in termini economici (e non semplicemente giuridico-formali) della positiva liceità della loro provenienza, con l'allegazione di elementi che, pur senza avere la valenza probatoria civilistica in tema di diritti reali, possessori e obbligazionari, siano idonei a vincere tale presunzione.

Note:

(19) Cfr. Cass., Sez. I, 20 maggio 2005, n. 22154.

(20) Cfr. Ferrari, *Sul rapporto all'illecita accumulazione di beni e la confisca*, nota a Cass., Sez. VI, 17 novembre 2008, Puppa, in *Giur. it.*, 2009, 2501.

(21) Per un'ampia panoramica sui presupposti per l'applicabilità della confisca allargata, cfr. Mancini, Il contrasto patrimoniale alla criminalità: strumenti penali, strumenti di prevenzione, problematiche processuali. La recente riforma delle misure di prevenzione: criticità e prospettive di applicazione, cit.

(22) In questi termini, Auletta-Serpico, *La natura giuridica della confisca e l'incidenza della CEDU,* cit. 213.
Nei casi di interposizione di persone, precisa la giurisprudenza che, ai fini dell'applicazione della confisca prevista dall'art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992, convertito nella l. n. 356 del 1992, nel caso dell'interposizione fittizia di cui al precedente art. 12-*quinquies*, il giudice deve apprezzare la giustificazione della provenienza del danaro, dei beni, o delle altre utilità da confiscare e la sproporzione, rispetto al reddito dichiarato ai fini delle imposte sui redditi o all'attività economica, con riferimento alla persona del sostituito, effettivo titolare, e non del sostituto. Cfr. Cass., Sez. I, 26 maggio 2010, 24804.
La giurisprudenza appare particolarmente severa nell'estendere anche ai soggetti legati da vincoli familiari nei confronti del soggetto condannato la presunzione di accumulazione illecita di capitali desunta dai requisiti della sproporzione e della mancata giustificazione. Cfr. Cass., Sez. II, 26 novembre 2008, n. 1178; Cass., Sez. I, 29 aprile 2009, n. 20990, secondo cui la presunzione relativa circa l'illecita accumulazione patrimoniale, prevista nella speciale ipotesi di confisca di cui all'art. 12-*sexies* opera, oltre che in relazione ai beni del condannato, anche in riferimento ai beni intestati al coniuge dello stesso, qualora risulti la sproporzione tra il patrimonio nella titolarità del coniuge e l'attività lavorativa svolta dallo stesso.

Non si richiede, pertanto, la prova del nesso di pertinenzialità tra i beni e il reato oggetto della condanna (in quanto si finirebbe per allargare indefinitamente il *thema decidendum*), né la connessione temporale tra l'acquisizione dei beni e la consumazione del crimine; si conferma la ragionevolezza della presunzione di provenienza illecita dei beni patrimoniali, già affermata dalla Corte costituzionale con ordinanza n. 18 del 1996, valorizzando l'elemento della sproporzione che va accertata attraverso una ricostruzione storica della situazione dei redditi e delle attività economiche del condannato al momento dei singoli acquisti (23).
Dunque, l'art. 12-*sexies* impone che la giustificazione circa la lecita provenienza dei beni o delle utilità sia attiva e credibile. La giustificazione che l'interessato ha l'onere di fornire in ordine alla provenienza dei beni suscettibili di confisca consiste nella prova della liceità della loro provenienza e non in quella negativa della loro non provenienza dal reato.
L'onere di allegazione consisterebbe, quindi, non in una giustificazione qualificata della legittima provenienza dei beni, bensì in una attendibile spiegazione della loro provenienza attraverso l'allegazione di elementi che, pur senza avere la valenza probatoria civilistica, siano idonei a vincere la presunzione relativa introdotta dalla norma (24).
Ne deriva, pertanto, che, mentre l'imputato risulta sollevato da un'incombenza probatoria gravosa, la pubblica accusa viene caricata dell'onere di fornire gli indizi circa l'origine illecita dei beni.
In questo senso, la giustificazione è un parametro che deve essere incrociato con la proporzione ai redditi. Non basta produrre gli atti notarili e le attestazioni dei pagamenti se poi tali atti non sono giustificati dall'elemento proporzionale alle capacità di spesa del soggetto.
Allora, è da ritenersi che il riferimento all'attività economica svolta abbia l'esclusiva funzione di valutare il reddito dichiarato ai fini delle imposte sui redditi nei casi di sopravvalutazione di tale reddito operata al solo fine di giustificare acquisti derivanti da proventi di reato. Sia, cioè, un parametro sussidiario al fine di valutare la congruità del reddito dichiarato, irrilevante nel caso in cui la sottovalutazione sia dovuta ad evasione fiscale e, al contrario, rilevante in caso in cui il reddito risulti gonfiato per celare o riciclare proventi di attività criminose (25).
È evidente che l'accertamento deve rigorosamente essere effettuato con riferimento a tutto l'arco temporale giudicato rilevante, individuando i redditi del soggetto e del suo nucleo familiare, verificando le spese affrontate per il sostentamento del nucleo familiare e dei beni posseduti in rapporto al tenore di vita praticato, estrapolando l'eventuale quota destinata al risparmio e le risorse utilizzate per eventuali acquisti straordinari, e comparando il tutto con i singoli acquisti effettuati.
La legge non richiede alcun limite temporale all'apprensione coattiva e finisce, quindi, con l'imporre un onere probatorio frequentemente inesigibile, in quanto finalizzato a fornire la dimostrazione, in termini positivi, della legittima provenienza di tutte le componenti del patrimonio, il quale costituisce la risultante di una pluralità di operazioni economiche non necessariamente afferenti ad un medesimo periodo storico, anzi spesso molto risalenti nel tempo.
Questo è uno dei motivi per cui parte della dottrina ha avanzato dubbi di legittimità costituzionale del-

Note:

(23) Cfr. Cass., Sez. Un., 17 dicembre, Montella e Cass., Sez. I, 13 maggio 2008, n. 21357. La sproporzione sussiste certamente quando l'imputato abbia dichiarato di essere disoccupato o non risultino comunque fonti di reddito o siano talmente esigue da non giustificare la mera sussistenza.
È legittimo il sequestro preventivo funzionale alla confisca *ex* art. 12-*sexies* legge n. 356 del 1992 solo se è provata l'esistenza di una sproporzione tra il reddito dichiarato dall'imputato o i proventi della sua attività economica e il valore dei beni da confiscare e, ancora, non risulti una giustificazione credibile circa la loro provenienza. L'onere di dimostrare la provenienza illecita dei beni incombe sull'organo procedente, salvo l'obbligo delle allegazioni gravante sull'imputato e diretto ad elidere le argomentazioni probatorie a suo carico; mentre, ai fini della sproporzione, i termini del raffronto dello squilibrio devono essere fissati con riferimento al reddito o all'attività economica esistenti non al momento dell'applicazione della misura sui beni presenti nel patrimonio ma al momento dei singoli acquisti. Cfr. Cass., Sez. VI, 12 gennaio 2010, n. 5452.

(24) Cass., Sez. VI, 26 marzo 1998, Bosetti, in *Cass. pen.,* 1999, p. 3551; Cass., Sez. I, 5 febbraio 2001, Di Bella, in *Foro it.*, 2002, II, c. 263; Cass., Sez. VI, 3 aprile 2003, Prudentino, in *Ced Cass.*, 225930. L'onere di allegazione, inoltre, scatterebbe solo a seguito della dimostrazione, da parte dell'accusa, che il titolare apparente non svolge attività tale da procurargli quel bene: Cass., Sez. II, 28 gennaio 2003, Scuto; Cass., Sez. VI, 24 ottobre 2000, Boglioni, in *Ced Cass.*, 217428; Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Cedam, 2001, 379.

(25) Per valutare la sproporzione, il giudice può limitarsi a prendere in considerazione il reddito dichiarato ai fini delle imposte o la propria attività economica, non essendo necessario che, constatata la sproporzione tra il valore dei beni ed uno dei parametri medesimi, passi ad ulteriore valutazione con l'altro parametro. Cfr. Cass., Sez. I, 10 giugno 1994, n. 2860; Cass., Sez. I, 14 ottobre 1996, n. 5202. Appare evidente come la risposta affermativa alla soluzione cumulativa finirebbe per premiare situazioni di elusione fiscale, consentendo al proposto di difendersi affermando (come spesso accade) di aver percepito redditi *in nero* provenienti da evasione fiscale, in contrasto, del resto, con la giurisprudenza di legittimità che nega qualsiasi rilevanza giustificativa a redditi così percepiti, ed in contrasto anche con quella necessità di giustificare la provenienza che, nonostante l'assenza del termine *legittima*, invece presente nel testo dell'art. 12*quinquies* dichiarato incostituzionale, deve sempre ritenersi tale. Cfr. Cass., Sez. VI, 2 giugno 1994, n. 2671.

l'art. 12-*sexies* per contrasto con l'art. 27, comma 1, Cost. ed ha rimarcato il doppio margine di indeterminatezza implicito in una sanzione patrimoniale qualitativamente slegata dal necessario collegamento con il reato presupposto e quantitativamente estesa al di là di un definito arco temporale, in quanto potenzialmente orientata ad aggredire, salva la prova contraria, anche disponibilità economiche acquisite moltissimi anni prima della intervenuta ablazione (26).

Taluni autori hanno evidenziato come l'imposizione del menzionato onere di allegazione releghi il condannato in una posizione di difficoltà, precludendogli la possibilità di difesa costituzionalmente garantito, e si ponga in aperto contrasto con i principi di distribuzione della prova, tipici del nostro sistema costituzionale (27).

La presunzione implicita nello schema legale dei cui all'art. 12-*sexies* tradisce un ulteriore evidente profilo di irrazionalità, ove si consideri la frequente asimmetria tra il bene giuridico tutelato dalle molteplici ed eterogenee fattispecie incriminatrici, la violazione delle quali giustifica la sentenza di condanna, e l'interesse alla certezza ed alla trasparenza dei traffici economici e finanziari che l'art. 12-*sexies* mirerebbe a soddisfare.

La giurisprudenza ha fugato questi dubbi precisando che è improprio far riferimento alla presunzione di cui all'art. 27, comma 1, Cost., atteso che, nella specie, il giudizio non verte sulla colpevolezza del soggetto, ma sulla provenienza illecita di determinati beni (28); e che grava, in ogni caso, sul pubblico ministero, l'onere di dimostrare la sproporzione del valore economico dei beni da confiscare rispetto alla capacità reddituale del soggetto.

Sull'accusa incombe anche l'onere di ricostruire storicamente ed analiticamente i redditi e le attività del condannato al momento delle singole acquisizioni, così come anche la prova dell'effettiva appartenenza al condannato di beni formalmente intestati a terzi; una volta provate tutte queste circostanze, sussiste una presunzione *iuris tantum* di illecita accumulazione di tali beni che può essere superata solo da specifiche e verificate allegazioni del condannato. Con tali allegazioni l'interessato dovrà dimostrare la liceità dell'acquisizione di tali beni e non solo fornire la prova negativa della non provenienza del bene (o dei beni) dal reato per cui vi è stata la condanna. Pertanto, il soggetto dovrà dimostrare, non solo in base a titoli negoziali o, comunque, di natura giuridico-formale, ma, soprattutto, in termini economici, che l'acquisizione dei beni è avvenuta in conformità alle proprie capacità economiche o che discenda, in ogni caso, da attività consentite dall'ordinamento giuridico.

È importante evidenziare come anche la dimostrazione della legittima provenienza dei beni da parte del privato debba fondarsi sull'acquisto di ogni singolo bene e non con riferimento al patrimonio nel suo insieme.

Se l'interessato assolverà a tale onere, sarà, comunque, il pubblico ministero a dover controdedurre e provare l'infondatezza delle allegazioni della difesa.

La Corte costituzionale ha, inoltre, respinto le obiezioni circa la non conformità dell'art. 12-*sexies* agli artt. 24, comma 2, e 42 Cost., che tutelano, rispettivamente, il diritto di difesa innanzi all'autorità giurisdizionale e il diritto di proprietà.

Con riferimento al diritto di difesa, il Giudice delle leggi, nell'ordinanza n. 18 del 1996, ha argomentato che la norma impugnata non prevede una imposizione di onere della prova né una "*probatio* diabolica" in sfavore del condannato. Il legislatore, infatti, si è limitato a disporre una presunzione *iuris tantum* di illecita accumulazione dei beni quando la pubblica accusa abbia dimostrato la sproporzione tra il valore dei beni stessi da un lato e i redditi e le attività economiche dall'altro, al momento dell'acquisto di ogni singolo bene. Tale presunzione legislativa può essere superata con una mera allegazione di titoli, fatti e circostanze che giustifichino la disponibilità di quei beni. Si tratta, pertanto, di un onere di agevole assolvimento.

Con riferimento alla presunta violazione del diritto di proprietà, la medesima pronuncia della Corte costituzionale, richiamando la sentenza n. 48 del 1994, ha precisato che l'art. 42 Cost. non tutela la proprietà in modo indiscriminato (come, al contrario, prevedeva lo Statuto Albertino che, all'articolo 29, ne garantiva l'inviolabilità), bensì in modo che ne sia assicurata la funzione sociale (oltre che la libera accessibilità). La presunzione di illecita provenienza

Note:

(26) Cfr. Chiariello, *Sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p. e art. 12 sexies l. 356 del 1992: misura di prevenzione o provvedimento cautelare?*, in *Cass. pen.,* 1996, 1634; Donini, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in *Cass. pen.,* 2006, 735 ss.; Mantovani, *Il diritto penale del nemico, il diritto penale del'amico, il nemico del diritto penale e l'amico del diritto penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2007, 470 ss.; Squillaci, *La confisca "allargata" quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, cit., 1532.

(27) Per tutti, Maugeri, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte Costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1999, 976.

(28) La Corte costituzionale ha dichiarato, invece, con la sentenza n. 48 del 1994, incostituzionale, per contrasto con l'art. 27, comma 1, Cost. l'art. 12-*quinquies*, d.l. n. 306 del 1992, che introduceva, sugli stessi presupposti, una fattispecie di reato.

dei beni prevista dall'art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992, avendo come fine la prevenzione speciale e la dissuasione del destinatario a commettere i reati previsti da tale norma, assolve appunto allo scopo di garantire a menzionata funzione sociale.
In definitiva, nella prospettiva della applicazione della confisca allargata *ex* art. 12-*sexies* legge n. 352 del 1992, dovranno convergere tutti i dati necessari a dimostrare lo svolgimento sistematico, reiterato e continuativo nel tempo dell'attività illecita, in direzione, anche oltre lo stretto dettato normativo in considerazione dei criteri di ripartizione dell'onere probatorio e di allegazione secondo l'evoluzione giurisprudenziale e le intrinseche esigenze di garanzia sottese alla natura della misura e alla entità delle conseguenze, della dimostrazione: della sistematicità dei coinvolgimenti criminosi del soggetto delle sue modalità operative; dei profili reddituali dell'illecito, attraverso la piena valorizzazione di tutti i dati probatori utili acquisiti in sede giudiziaria; la collocazione temporale degli illeciti; i soggetti coinvolti nella gestione dei proventi e la loro collocazione rispetto al *dominus*; le forme di riciclaggio/reimpiego; i beni rientranti nella disponibilità del soggetto; i redditi dichiarati nel corso del tempo dal soggetto interessato e dagli intestatari che si reputano fittizi; le eventuali attività lecite svolte nel corso del corso del tempo.
L'incongruenza economica dei beni e l'ingiustificatezza degli stessi devono essere sottoposti ad una stima potenziale anche da parte del giudice della cautela; in tale sede, difatti, la confiscabilità dei beni non può prescindere da accertamenti specifici, limitandosi ed essere ancorata alla sola astratta configurabilità del reato.
Laddove, in sede di merito, il punto di riferimento è dato dalla condanna per una dei reati indicati dalla norma, in ambito cautelare il provvedimento ablatorio dovrà essere vincolato ad una valutazione concernente la sproporzione del patrimonio e la mancata giustificazione della lecita provenienza «non potendo il giudice della cautela esimersi, al pari di quello di merito, dal vagliare gli stessi aspetti di legittimità che giustificano la definitiva confisca del patrimonio» (29).
E con specifico riferimento all'accertamento di tale sproporzione la sentenza in esame richiama quell'orientamento che attribuisce un ruolo determinante al riferimento temporale, non potendo il confronto tra la situazione patrimoniale reale e la capacità economica, desumibile dal reddito dichiarato o dall'attività economica che risulta essere svolta dall'indagato, prescindere dal dato temporale.
I termini di confronto, difatti, sono costituiti dal valore del patrimonio da un lato e dal reddito e dall'attività economica dall'altro, laddove, con il termine "patrimonio" si fa riferimento all'aspetto statico della ricchezza posseduta, mentre con i termini "reddito" e "attività economica" si indica l'aspetto dinamico delle fonti di produzione attraverso le quali la ricchezza stessa si sia evoluta nel tempo, fino all'attuale sua consistenza quantitativa e composizione qualitativa.
Sarà, quindi, necessario individuare una condizione iniziale da cui partire e da mettere a confronto con la situazione patrimoniale esistente al momento in cui dovrebbe essere assunto il provvedimento cautelare.
Conseguentemente, il reddito derivante dall'attività economica lecitamente svolta dovrà essere tale da giustificare il mantenimento del tenore di vita e l'accrescimento accertato alla data di possibile intervento cautelare; l'eventuale insufficienza delimita l'entità del reddito di illecita provenienza di cui il soggetto ha potuto disporre per realizzare quell'accrescimento patrimoniale e mantenere quel tenore di vita.

La morte dell'imputato prima della emissione di una sentenza di condanna per uno dei delitti indicati nell'art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992

Tematica di assoluto rilievo teorico-pratico concerne i limiti di applicabilità della confisca allargata nell'ipotesi in cui la morte dell'imputato intervenga prima della emissione di una sentenza di condanna per uno dei delitti indicati nell'art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992.
La questione, affrontata, ed autorevolmente in parte risolta - con specifico riferimento alla confisca obbligatoria di cui all'art. 240, comma 2, c.p. - dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione, oggi - a seguito della emanazione del Codice antimafia - presenta in maniera lampante le difficoltà di un intero sistema normativo, non più adeguato a reggere il peso di contraddizioni ed insufficienze sempre più evidenti, originate da una produzione normativa incoerente quanto inefficace.
La disposizione normativa di cui all'art. 18 del menzionato Codice, infatti, potrebbe in qualche modo ribaltare l'orientamento giurisprudenziale che si è consolidato negli anni sul punto.

Nota:

(29) Così Vergine, *La componente temporale della sproporzione quale fattore riequilibratore del sequestro finalizzato alla confisca ex art. 12 sexies d.l. n. 306 del 1992*, in *Cass. pen.*, 2011, 2, 619 ss.

L'art. 18 del Codice Antimafia, ai primi tre commi, recita: «Le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente e, per le misure di prevenzione patrimoniali, indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione. Le misure di prevenzione patrimoniali possono essere disposte anche in caso di morte del soggetto proposto per la loro applicazione. In tal caso, il procedimento prosegue nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa. Il procedimento di prevenzione patrimoniale può essere iniziato anche in caso di morte del soggetto nei confronti del quale potrebbe essere disposta la confisca; in tal caso la richiesta di applicazione della misura di prevenzione può essere proposta nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare entro il termine di cinque anni dal decesso».
La norma, che costituisce un'assoluta novità, introduce *ex novo* la possibilità di avanzare la proposta di applicazione della misura di prevenzione patrimoniale (sequestro e successiva confisca) dopo la morte della persona ritenuta pericolosa.
Alcun provvedimento giurisdizionale è stato ancora emesso sul punto (30).
Ad oggi, in relazione alla confisca allargata, la giurisprudenza propende per la revoca della misura (31).
La soluzione adottata si collega alla sentenza n. 38834 del 2008 della Suprema Corte di cassazione a Sezioni Unite che ha chiarito i termini della questione, affermando l'inapplicabilità della confisca, in presenza di una causa di estinzione del reato, perfino per le cose costituenti il prezzo del reato, di cui all'art. 240, comma 2, n. 1, c.p.
Le Sezioni Unite della Corte di cassazione hanno evidenziato come l'avverbio *sempre* ha la funzione di connotare l'obbligatorietà della confisca, così come avviene frequentemente nella legislazione speciale, dove la confisca è ancorata alla sentenza di condanna, in contrapposizione ai casi in cui essa è facoltativa.
I presupposti per l'applicabilità della confisca, obbligatoria e facoltativa, dunque, sono fissati dall'art. 240 c.p. e non sono intaccati dalla disciplina in deroga prevista dal combinato disposto di cui agli artt. 236 e 210 c.p. L'avverbio *sempre* non ha la funzione di sganciare la possibilità della confisca dalla condizione della sentenza di condanna prevista dal comma 1, ma quella di escludere, per i casi ivi considerati, ogni discrezionalità del giudice, così contrapponendo, ai casi di confisca obbligatoria, i casi di confisca facoltativa. Un'opposta interpretazione violerebbe il principio di tassatività, poiché attribuirebbe all'eccezione prevista dall'art. 236 c.p. effetti abrogativi di altre parti della disciplina della confisca non espressamente coinvolte.
Il combinato disposto di cui agli artt. 236 cpv. e 210 c.p. ha la funzione di indicare le regole generali applicabili alla confisca. Nessuna *interpretatio abrogans* dell'art. 236, cpv., c.p., poiché, in assenza di simile disposizione, non sarebbe stato possibile applicare la confisca *in toto* nei casi di proscioglimento e si sarebbe realizzato un effetto preclusivo pure a seguito di amnistia impropria e cause di estinzione della pena.
L'inciso finale dell'art. 240, comma 2, n. 2, c.p., infine, non si riferisce a tutti i casi di confisca obbligatoria, per ragioni di ordine logico e sintattico. Se fosse corretta una diversa tesi, l'innovazione legislativa contenuta nell'art. 322-*ter* c.p. costituirebbe un arretramento rispetto al previgente sistema - in aperto contrasto le ragioni che hanno determinato un intervento legislativo volto a un adeguamento dell'istituto ai più incisivi *standards* internazionali in punto di confisca - siccome aggiungerebbe un requisito, prima non richiesto, costituito dalla sentenza di condanna o di patteggiamento.
Queste le linee guida dettate dalla Suprema Corte nella sentenza menzionata.

Note:

(30) È di pochi mesi fa la sentenza della Corte costituzionale (sent. n. 21 del 2012, dep. in data 9 febbraio 2012), che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di S. Maria Capua Vetere in relazione all'art. 2-*ter*, comma 11, legge n. 575 del 1965.

(31) Nel senso della impossibilità di applicare la confisca allargata ai casi in cui sia operante una causa di estinzione del reato per morte del reo, cfr. *ex multis*, Cass., Sez. V, 25 gennaio 2008, n. 9576; Cass., Sez. VI, 20 maggio 2008, n. 27343; Cass., Sez. I, 17 febbraio 2010, n. 17716; Cass., Sez. II, 4 marzo 2010, n. 12325. Tra i provvedimenti della giurisprudenza di merito si segnala l'ordinanza del Trib. Napoli, XI sez., 7 aprile 2010 (dep. 8 aprile 2010), n. 95/09 c.c., Pres. Spagna, rel. Picardi, secondo cui «non è applicabile la confisca obbligatoria di cui all'art. 12 sexies l. n. 356/92 nell'ipotesi di declaratoria di non doversi procedere per estinzione del reato per morte dell'imputato, atteso che la declaratoria di estinzione del reato è una pronuncia che, a differenza della estinzione della pena, esclude la esistenza del presupposto - condanna - richiesto per l'applicazione della speciale misura di sicurezza in esame.».
L'*iter* argomentativo del provvedimento in commento si snoda secondo due direttive: l'interpretazione fornita dalle Sezioni Unite della Cassazione alla formula normativa "è sempre ordinata" contenuta nell'art. 240, comma 2, c.p.; l'analisi sistematica delle norme in materia di confisca, con specifico riferimento alla nuova disciplina contenuta negli artt. 322-*ter* e 335-*bis* c.p. Attraverso l'analisi sistematica della normativa vigente in tema di confisca, il Tribunale di Napoli è pervenuto alla conclusione secondo cui la confisca allargata è applicabile in tutte le ipotesi in cui sia intervenuta una sentenza di condanna o di patteggiamento per uno dei reati preveduti dall'art. 12-*sexies* - e la sussistenza degli atri presupposti previsti dalla legge.

Conclusioni condivisibili, poiché euristiche del dettato normativo in tutte le sue articolazioni e coerenti con i tratti sanzionatori che l'istituto della confisca sta assumendo nell'evoluzione del sistema penalistico italiano (32).
Attraverso l'analisi sistematica della normativa vigente in tema di confisca e riprendendo l'*iter* argomentativo seguito dalla Corte di cassazione a Sezioni Unite nella sentenza n. 38834 del 2008, la giurisprudenza di legittimità è pervenuta alla conclusione secondo cui la confisca allargata è applicabile in tutte le ipotesi in cui sia intervenuta una sentenza di condanna o di patteggiamento per uno dei reati preveduti dall'art. 12-*sexies* - in presenza, ovviamente, anche degli altri presupposti previsti dalla legge - e non anche nei casi in cui intervenga una causa di estinzione del reato prima della emissione della sentenza di condanna o di patteggiamento.
Il principio sancito dalla giurisprudenza, appena richiamato, si applica anche nel caso in cui l'imputato muoia prima della definizione del processo in quanto tale evento costituisce una causa di estinzione del reato ed impedisce l'emissione di una sentenza di condanna.
Ai sensi dell'art. 210 c.p., l'estinzione della pena impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza personali; tale principio opera anche nei riguardi di quelle patrimoniali, fatta eccezione per la confisca, così disponendo espressamente l'art. 236 c.p.
La morte del reo intervenuta successivamente alla definitività della sentenza di condanna - quale causa di estinzione della pena - non è di ostacolo né alla applicazione della confisca, né alla sua esecuzione, ove l'applicazione sia stata già disposta prima dell'evento estintivo.
In presenza di una causa di estinzione della pena, la quale presuppone una condanna definitiva, i termini di applicabilità della confisca sono quelli fissati dalla singola norma che la disciplina.
L'art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992 prevede, quale condizione prima ed imprescindibile, la condanna del proposto per specifiche ipotesi delittuose predeterminate dal legislatore.
Nel caso che occupa, il menzionato requisito non appare integrato in quanto è stata pronunciata una sentenza di proscioglimento nei confronti del reo.
D'altra parte, la possibilità di applicare la confisca anche a seguito di estinzione della pena vale come principio di carattere generale per l'istituto di cui all'art. 240 c.p., e trova una spiegazione aggiuntiva, con riferimento alla speciale confisca di cui all'art. 12-*sexies*, nel fatto che questa accomuna la funzione repressiva propria di ogni misura di sicurezza patrimoniale con quella, derivata dallo schema della affine misura di prevenzione patrimoniale antimafia, prevista dalla legge n. 575 del 1965, art. 2-*ter*, di ostacolo preventivo teso ad evitare il proliferare di ricchezza di provenienza non giustificata, immessa nel circuito di realtà economiche a forte influenza criminale. Realtà che il legislatore ha inteso neutralizzare colpendo le fonti di un flusso sotterraneo sospetto in rapporto alle capacità reddituali di soggetti condannati per determinati delitti, sintomatici di contiguità "mafiosa". Salva, beninteso, la contraria dimostrazione da parte di costoro della provenienza dell'accumulo che superi la presunzione *iuris tantum*, per il nesso intravisto dal legislatore tra soggetto condannato per determinati delitti e il suo patrimonio ingiustificato.
Il nostro sistema normativo non consente, nel caso di "premorte" della persona interessata, e quindi, di mancanza di accertamento circa la sussistenza del reato contestato e della penale responsabilità dell'imputato, che venga disposta la confisca dei beni che si assumono di provenienza illecita.
La confisca di cui all'art. 12-*sexies* presuppone, dunque, una pronuncia di condanna o di applicazione pena per determinati titoli di reato, divenuta irrevocabile.
Una conferma di tali considerazioni la si ricava, argomentando *a contrario*, da alcune recenti pronunce della Corte di cassazione, nelle quali si afferma che la confisca allargata è applicabile anche nei confronti degli eredi a seguito della morte della persona condannata con sentenza irrevocabile per il delitto di cui all'art. 416-*bis* c.p., in quanto gli stessi non rientrano della categoria di "terzi estranei" di cui all'art. 240 c.p. e gli effetti della sentenza di condanna definitiva che vengono inevitabilmente a cessare dopo la morte del condannato sono solo quelli di natura personale e non di natura reale (33).

Note:

(32) Per un approfondito commento della sentenza n. 38834 del 2008 della Suprema Corte di cassazione a Sezioni Unite, cfr. Ielo, *Confisca e prescrizione: nuovo vaglio delle Sezioni Unite*, in *Cass. pen.,* 2009, 1397 ss.

(33) In questi termini, per tutti, cfr. Cass., Sez. VI, 20 maggio 2008, n. 27343. Cfr., inoltre, Cass., Sez. II, 4 marzo 2010, secondo cui *la pronuncia n. 9576/08 riguardava un caso diverso, vale a dire il procedimento applicativo della confisca ex cit. D.L. art. 12 sexies nei confronti degli eredi di un condannato per il reato di cui all'art. 416 bis c.p., deceduto dopo la condanna definitiva.*
In quella occasione la Corte, riguardando la questione i rapporti tra confisca (non disposta in sede di cognizione) e sopravvenuta causa di estinzione della pena, si è limitata a statuire che il principio posto dall'art. 210 c.p., in base al quale l'estinzione della pena impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza, opera

Del resto, estendere l'applicazione della confisca *de quo* anche alle ipotesi in cui il proposto non sia stato condannato, con sentenza definitiva, per uno dei delitti contemplati dall'art. 12-*sexies* alimenterebbe le polemiche ed i dubbi di legittimità costituzionale per una misura che, per la sua formulazione, presta il fianco a molteplici critiche.
Con la disposizione normativa in esame, infatti, non si pone un problema di responsabilità penale per un fatto di reato; la presunzione ivi prevista non ha ad oggetto la correlativa colpevolezza di alcuno, ma la provenienza illecita di un patrimonio (34).
La sanzione in commento ruota intorno al sospetto qualificato in giudizio dalla mancata dimostrazione della origine lecita del patrimonio e, dunque, dalla derivazione solo eventuale, poiché non provata, dei beni medesimi da altri reati che non sono stati nemmeno accertati (35).
La previsione di cui all'art. 12-*sexies* sembra porsi in contrasto con il principio di meritevolezza della sanzione e, su di un piano ancor più generale, con il principio secondo cui la validità di un sistema punitivo si stima sulla scorta delle garanzie offerte ai destinatari delle norme e non già con riferimento all'agile applicazione delle incriminazioni da esso previste.
La procedura per l'applicazione della confisca allargata si regge su pseudo condanne, alimentando il rischio, per effetto di una vera e propria inversione metodologica, di strumentali imputazioni per i reati di cui all'art. 12-*sexes* allo scopo di colpire quei patrimoni sospetti sui quali non si riuscirebbe ad incidere in altro modo (36).
I rischi delineati sono aggravati dalla possibilità che la confisca in esame consegua anche ad una decisione resa *ex* art. 444 c.p.p. e, quindi, ad una procedura radicalmente anticognitiva, in quanto fondata su di una radicale eliminazione del giudizio necessario ad accertare la responsabilità dell'imputato. In questo caso, infatti, il consenso delle parti si sostanzia in una rinuncia al contraddittorio, non soltanto sulla prova, ma addirittura per la prova, in piena rispondenza ad un modello di giustizia negoziata, divenuto ormai strumento tutt'altro che residuale di composizione dei conflitti (37).

Note:

(continua nota 33)
anche nei riguardi delle misure di sicurezza patrimoniali, fatta eccezione per la confisca, così disponendo espressamente l'art. 236, comma 2, c.p.
Per l'effetto, dopo una condanna definitiva, il sopravvenire di una causa di estinzione della pena di per sé non osta all'applicazione della confisca, il che non significa, per altro, che essa segua in ogni caso, nel senso che, analogamente a quanto sancito dalle Sez. Un. (v. sentenza n. 5 del 25 marzo 1993, dep. 23 aprile 1993, in *Ced Cass.*, 193120, Carnea e altri) sul rapporto tra confisca e cause di estinzione del reato, in presenza di una causa di estinzione della pena, la quale presuppone una condanna definitiva, i termini di applicabilità della confisca sono quelli fissati dalla singola norma che la prevede, come il cit. d.l., art. 12-*sexies*, il cui primo presupposto - prosegue la citata sentenza n. 9576 del 2008 - resta comunque la condanna per uno dei reati indicati dalla norma stessa.
In altre parole, il precedente menzionato dall'impugnata sentenza non contrasta con l'insegnamento di cui alla summenzionata pronuncia n. 5 del 1993 delle Sez. Un., per cui «Anche nel caso di estinzione del reato, astrattamente non incompatibile con la confisca in forza del combinato disposto dell'art. 210 c.p. e art. 236 c.p., comma 2, per stabilire se debba farsi luogo a confisca deve aversi riguardo alle previsioni di cui all'art. 240 c.p. e alle varie disposizioni speciali che prevedono i casi di confisca, potendo conseguentemente questa esser ordinata solo quando alla stregua di tali disposizioni la sua applicazione non presupponga la condanna e possa aver luogo anche in seguito al proscioglimento. (Nella specie, in cui veniva in rilievo il reato di partecipazione a giuoco d'azzardo, la Cassazione ha ritenuto che, essendo detto reato estinto per amnistia, non potesse esser disposta la confisca *ex* art. 722 c.p. del denaro esposto nel giuoco, presupponendo tale norma la condanna dell'imputato)».
E, per quanto la *ratio* dell'art. 12-*sexies* sia, per certi versi, assimilabile a quella dell'art. 240 c.p., commi 1 e 2 n. 1 (di cui costituisce una sorta di scorciatoia probatoria realizzata mediante presunzione *iuris tantum* di illecito arricchimento), nondimeno, come nella fattispecie non è applicabile (e, infatti, non è stata applicata) la norma codicistica (i beni confiscati non sono stati qualificati prezzo, prodotto o profitto del reato né *res extra commercium*), così non lo è la norma speciale, ostandovi l'indubbio tenore letterale che postula una sentenza di condanna od applicativa della pena *ex* art. 444 c.p.p. e non già il mero proscioglimento per estinzione del reato.

(34) In questi termini, Alessandri, *voce Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.,* vol III, Torino 1989, 50; Di Giovine, *Antichi schemi e nuove prospettive nella lotta alla criminalità organizzata. Dall'art. 708 c.p. all'art. 12 sexies d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1994, 127; Squillaci, *La confisca "allargata" quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, cit., 1528.

(35) Moccia, *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.,* 1995, 735.

(36) Squillaci, *La confisca "allargata" quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, cit., 1530.

(37) Cfr., sul punto, Amodio, *giustizia penale negoziata e ragionevole durata del processo*, in *Cass. pen.,* 2006, 3406 ss.; Vigoni, *Patteggiamento "allargato": riflessi sul sistema e sulla identità della sentenza*, in *Cass. pen.,* 2004, 710 ss.

Mandato d'arresto europeo

Mandato d'arresto europeo: le Sezioni Unite non decidono

di **Teresa Bene (*)**

La recente sentenza della Cassazione n. 30769 del 2012 non risolve la controversa questione giurisprudenziale in ordine alla determinazione della competenza funzionale nel procedimento di emissione del mandato di arresto europeo. La soluzione della questione di diritto, ricercata attraverso l'esame delle delicate questioni interpretative relative alla materia della libertà personale, e inerenti ad ogni ipotesi di consegna attiva, ai sensi dell'art. 28 ss. della legge 22 aprile 2005, n. 69, è l'oggetto del commento.

Premessa

Talvolta accade che le Sezioni Unite non decidano; perciò lascia perplessi la pronuncia delle Sezioni Unite (1) che si annota, perché esse, nel caso in esame, chiamate a pronunciarsi su un contrasto giurisprudenziale, decidono di non risolvere, lasciando in sospeso una delicata controversia in tema di poteri del giudice e di competenza funzionale.

La vicenda

Il caso è piuttosto semplice. Su ricorso di un imputato, nel quale si lamentava la incompetenza funzionale della Corte di appello a provvedere alla emissione del m.a.e. inteso ad ottenere dall'Autorità giudiziaria spagnola l'assenso alla consegna suppletiva, si pronunciava la sesta sezione della Corte. Rilevata l'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sulla individuazione del giudice funzionalmente competente alla emissione del mandato di arresto europeo, la Corte devolveva la questione alle Sezioni unite ma circoscriveva l'ambito di ammissibilità del ricorso all'ordine di esecuzione emesso dalla Corte di appello, quale provvedimento direttamente ricorribile in cassazione ai sensi dell'art. 568, comma 2, c.p.p., poiché incidente sulla libertà personale dell'interessato. La Corte di cassazione aveva, invece, escluso l'impugnabilità sia dell'ordinanza di consegna suppletiva concessa dall'autorità giudiziaria spagnola, sia del mandato d'arresto europeo emesso dalla Corte di appello (2). Il contrasto che si chiedeva di risolvere alle Sezioni unite, dunque, riguardava la determinazione del giudice funzionalmente competente per la emissione del m.a.e. diretto ad ottenere dall'autorità spagnola l'assenso alla consegna suppletiva.

Le Sezioni Unite hanno dichiarato la inammissibilità del ricorso per manifesta infondatezza dei motivi, non risolvendo, così, la questione controversa e affermando, invece, il principio secondo cui «il m.a.e. emesso dall'autorità giudiziaria italiana nella procedura attiva di consegna, *ex* artt. 28, 29 e 30 legge 22 aprile 2005, n. 69, e il provvedimento emesso, eventualmente in forma di m.a.e., dalla stessa autorità giudiziaria nella procedura di estensione attiva della consegna (artt. 32 e 36 della stessa legge) non sono impugnabili nell'ambito dell'ordinamento interno, neanche ai sensi degli artt. 111, comma 7, Cost. e 568, comma 2, c.p.p., potendo i vizi riguardanti detti atti essere fatti valere solo nello Stato richiesto qualora incidenti sulla procedura di sua pertinenza e secondo le regole previste nel relativo ordinamento».

Il principio è largamente riconosciuto (3).

Liquidare la decisione della Corte di cassazione come un'occasione mancata sarebbe tuttavia improduttivo; la pronuncia merita una disamina, almeno su due profili che appaiono centrali nella decisione: se la competenza ad emettere il m.a.e. nella procedura di consegna suppletiva sia del giudice che pro-

Note:

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Cass., Sez. Un., 6 giugno 2012, (dep. 27 luglio 2012), n. 30769.

(2) Cass., Sez. VI, 13 marzo 2012, n. 12321, Caiazzo.

(3) Cass., Sez. VI, 5 febbraio 2007, n. 9273, Shirrefs Fasola, in *Ced Cass.*, 235557; Cass., Sez. VI, 19 gennaio 2010, n. 20823, Bosti, *ivi*, 247360; Cass., Sez. VI, 9 maggio 2010, n. 21470, Cesano.

cede ovvero di quello che ha applicato la misura; se il vizio della competenza funzionale comporti nullità assoluta degli atti ai sensi dell'art. 178, comma 1, lett. a), c.p.p.
Dunque, questi sono gli aspetti che verranno affrontati.

La competenza funzionale

L'art. 28, ispirato al criterio previsto nell'art. 6, par. 1, della decisione quadro 20027584/GAI del 13 giugno 2002, individua un criterio di riparto della competenza attiva, prevedendo che il mandato d'arresto europeo possa essere emesso dal pubblico ministero presso il giudice dell'esecuzione ovvero dal "giudice che ha applicato la misura cautelare della custodia in carcere" (4).
La formulazione poco chiara della norma non consente un coordinamento con le regole generali inerenti l'individuazione del giudice competente in ordine alle misure cautelari, come previsto dagli artt. 279 c.p.p. e 91 disp. att. c.p.p. (5), sebbene, la logica della previsione sia diretta ad adottare gli stessi criteri utilizzati nel diritto interno per l'esecuzione del provvedimento che incide sulla libertà personale (6). Per altro verso, essa ha dato luogo ad interpretazioni differenti, alimentando, così, un vivace dibattito.
In una prima occasione, relativa ad un conflitto negativo di competenza tra il giudice per le indagini preliminari, che aveva emesso l'ordinanza di custodia cautelare, ed il tribunale presso il quale il procedimento risultava successivamente pendente per il merito, la Corte di cassazione ha ritenuto che, sulla base di un'interpretazione logico-sistematica, condivisibile, degli artt. 28, 30 e 39 della legge n. 69 del 2005, la competenza deve essere attribuita all'autorità giudiziaria che procede (7). Il principio si fonda sulla considerazione secondo cui, come previsto dall'art. 30 legge n. 69 del 2005, la relativa competenza all'emissione postula la disponibilità degli atti, tanto più che lo Stato richiesto ben può richiedere ulteriori informazioni che solo chi ha la disponibilità degli atti medesimi e conosce l'evoluzione del procedimento è in grado di esaudire. Pertanto, nel caso in cui tra l'emissione della misura cautelare e l'emissione del m.a.e. intercorra un certo lasso di tempo, la competenza ad emettere il mandato d'arresto europeo spetta all'autorità giudiziaria che procede, così da tener conto dell'evoluzione dell'i*ter* processuale e della fluidità che spesso caratterizza l'ipotesi accusatoria e delle non rare modifiche dell'impianto probatorio (8).
L'orientamento, seguito anche nella ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite (9), si fonda su due ordini di considerazioni.
Il primo: l'organo emittente deve essere pienamente a conoscenza dell'*iter* processuale compiuto per poter adempiere agli incombenti che la legge gli impone al riguardo; il secondo è individuato nel lasso di tempo che può intercorrere tra l'emissione della misura coercitiva e l'emissione del mandato d'arresto europeo.
In un'altra occasione, la Suprema Corte, basandosi sul dato positivo che supporta il sistema normativo, si è discostata dal precedente orientamento, e fondando il ragionamento sull'interpretazione letterale, che si riferisce non al giudice che procede (ai sensi dell'art. 279 c.p.p.), ma al giudice che ha disposto la misura cautelare, ha invece affermato che la competenza ad emettere il mandato di arresto europeo spetta al giudice che ha emesso la misura cautelare, anche se diverso dal giudice "che procede" (10).

Note:

(4) Appare chiaro il mancato coordinamento tra l'art. 28, legge n. 69 del 2005, cfr. sul punto *Lavori parlamentari* nei quali non vi sono indicazioni risolutive in ordine alla logica che ha ispirato la disciplina, sebbene, si manifesti l'intento di evitare l'introduzione di un sistema *de libertate* in contrasto con i principi generali (p.l. nn. 4431, presentata il 28 ottobre 2003, e n. 4436, presentata il 29 ottobre 2003).

(5) La giurisprudenza di legittimità ha da tempo chiarito che «per "giudice che procede" deve intendersi, al di fuori della fase delle indagini preliminari, quello che ha la disponibilità degli atti, sicché in caso di impugnazione la competenza passa dal giudice *"a quo"* al giudice "*ad quem*" quando, a norma dell'art. 590 del suddetto codice, vengono trasmessi gli atti, come del resto è specificato dall'art. 91 delle disposizioni di attuazione del nuovo codice». In questi termini, può ritenersi che solo il giudice che ha la disponibilità materiale e giuridica degli atti è "giudice procedente" ai sensi dell'art. 279 c.p.p., v. Cass., Sez. III, 28 gennaio 2009, n. 7452, Kadori, in *Ced Cass.*, 242838.

(6) Nell'enunciare tale regola, l'art. 279 si riferisce in sostanza al giudice competente all'esercizio della giurisdizione nelle diverse fasi del procedimento (e, nel corso delle indagini preliminari, al giudice competente per le decisioni relative a tale fase, a norma dell'art. 328 c.p.p.), ovviamente individuabile anche sulla base della disponibilità giuridica e materiale degli atti processuali, cfr. Grevi, *Prove,* in *Compendio di procedura penale,* a cura di Conso-Grevi, Padova, 2010, 350.
La norma va letta in stretto collegamento non solo con gli artt. 291 e 292 c.p.p., ma anche con l'art. 91, disp. att., c.p.p., che consente la concreta individuazione del giudice che deve provvedere nelle diverse fasi dell'*iter* processuale.

(7) Cass., Sez. I, 29 aprile 2008, n. 26635, confl. comp. in proc., Trib. Ragusa, in *Ced Cass.*, 240531; Cass, Sez. I, 16 aprile 2009, n. 18569, confl. comp. in proc. Diana, *ivi*, 243652.

(8) Cass., Sez. I, 29 aprile 2008, n. 26635, confl. comp. in proc., Trib. Ragusa, cit.

(9) Cass., Sez. VI, 13 marzo 2012, n. 12321, cit.

(10) Cass., Sez. I, 26 marzo 2009, n. 15200, confl. comp. in proc. Lauricella, in *Ced Cass.*, 243321.

L'orientamento, ha avuto seguito nella giurisprudenza di legittimità (11).
In estrema sintesi, la compilazione e la spedizione del m.a.e. sono preordinati alla esecuzione dell'ordinanza cautelare fuori dei confini dello Stato e costituiscono "adempimento vincolato". Del resto, secondo tale orientamento, la disponibilità degli atti non rappresenta alcun ostacolo. L'ordinanza che ha disposto la misura coercitiva non deve essere allegata al fascicolo formato per il dibattimento, dunque, non potrebbe essere nella disponibilità del giudice procedente; del resto, gli atti sulla base dei quali è fondata la coercizione sono custoditi nel fascicolo del pubblico ministero, quindi non sono nella disponibilità del giudice che procede.
Nel nuovo sistema introdotto dal mandato di arresto europeo, la competenza funzionale del giudice *de libertate*, e la legittimazione del pubblico ministero, sono individuate secondo un criterio di "derivazione" (12), n ragione del quale il mandato d'arresto deve essere considerato un provvedimento che attua il titolo custodiale adottato dall'autorità giurisdizionale italiana (13). Del resto, la scelta legislativa è determinata dalla individuazione del m.a.e. quale strumento diretto a garantire l'esecuzione extraterritoriale di un provvedimento giudiziario la cui legittimità è subordinata al necessario rispetto delle regole processuali interne (14).
Per quanto riguarda l'emissione del mandato di arresto europeo, esso presenta una connotazione di tipo esclusivamente giudiziario; la richiesta di consegna è avanzata dall'autorità giudiziaria italiana ed è rivolta ad altra autorità giudiziaria che ad essa dovrà dare esecuzione. Dunque, è indiscussa la natura della nuova procedura di consegna che ha determinato l'attribuzione della competenza ad emettere il m.a.e. allo stesso organo competente ad adottare, all'interno del procedimento penale, il provvedimento coercitivo su cui è emesso il m.a.e.
L'interpretazione dell'art. 28, legge n. 69 del 2005 consente di effettuare alcune valutazioni di sistema. Il legislatore ha introdotto un elemento di sicura novità nella disciplina che regola i rapporti giurisdizionali con le autorità straniere, prevedendo che la competenza non viene radicata a livello distrettuale presso le procure generali delle corti di appello, ma deve essere attribuita al giudice del potere cautelare, individuato secondo le regole generali, implicitamente richiamate, di cui agli artt. 279 c.p.p. e 91 disp. att. (15). Per altro verso, l'uso dell'espressione "giudice che ha applicato la misura cautelare" crea criticità processuali (16). Qualora l'espressione fosse intesa letteralmente, il giudice per le indagini preliminari che ha emesso la misura dovrebbe essere competente anche nel caso in cui il mandato d'arresto fosse emesso in altre fasi o nei gradi successivi (17).
L'eventualità che tali situazioni si perfezionino o addirittura vengano ad esistenza in fasi più avanzate del procedimento o, più genericamente, in un momento successivo rispetto a quello in cui viene emessa la misura cautelare, come è stato sottolineato, sembra comportare una scissione tra l'organo competente ad emettere il mandato d'arresto e l'organo al quale, in quella fase, sia attribuita la competenza sulle misure da applicare. Quindi, l'interpretazione in senso letterale dell'art. 28 legge n. 69 del 2005 non consente di attribuire la competenza in questione al giudice che procede. Ne consegue la possibilità di assistere ad una sorta di "reviviscenza" della competenza del giudice emittente la misura, già spogliato del procedimento e, tuttavia, individuato quale unico titolare di tale funzione.
Le perplessità sono destinate ad aumentare se riferite alla richiesta per ottenere l'assenso alla consegna suppletiva.
Nel caso esaminato, la Corte di Appello emette un mandato d'arresto europeo per ottenere la consegna attiva dall'Autorità giudiziaria spagnola e il ricorrente ne deduce il vizio di incompetenza funzionale, ritenendo che l'art. 28 della legge n. 69 del 2005 attribuisce tale competenza non al giudice presso cui è pendente il procedimento penale, bensì a quello che ha applicato la misura cautelare, nel caso di specie il Tribunale, seguendo così un orientamento più volte espresso in materia.

Note:

(11) Cass, Sez. I, 16 aprile 2004, n. 18569, confl. comp. in proc. Diana, cit.

(12) Cass., Sez. VI, 13 marzo 2012, n. 12321, cit.

(13) Cimadomo, *La procedura attiva di consegna*, in AA.VV., *Mandato di arresto europeo e procedure di consegna*, a cura di Kalb, Milano, 2005, 518 ss.

(14) De Amicis-Iuzzolino, *Al via il mandato d'arresto UE*, in *Dir. giust.*, 2005, 65. Sulla scelta di fondo del legislatore, v. Chiavario, *Un tema sempre più scottante. Il mandato d'arresto europeo*, in *Leg. pen.,* 2003, 611.

(15) In questo senso cfr. De Amicis-Iuzzolino, *Al via in Italia il mandato d'arresto UE*, cit., 65; Calvanese-De Amicis, *Il nodo delle condanne in contumacia*, in *Guida al dir.*, 108; De Amicis-Iuzzolino, *Guida al mandato d'arresto europeo*, cit., 110; Selvaggi - De Amicis, *La legge sul mandato d'arresto europeo tra inadeguatezze attuative e incertezze applicative*, in *Cass. pen.,* 2005, 1821 ss.

(16) L'interpretazione logico-sistematica è condivisa da Cass., Sez. VI, 13 marzo 2012, n. 12321, cit.

(17) Cfr. Siracusano, *La procedura di emissione del mandato d'arresto europeo*, in *Mandato d'arresto europeo*, a cura di Bargis-Selvaggi, Torino, 2005, 395 ss.

Le Sezioni Unite, estendendo la disciplina generale delle impugnazioni previste per il m.a.e. attivo alla richiesta di assenso per consegna suppletiva, individuavano l'impugnabilità nello Stato emittente del solo titolo su cui si fonda il provvedimento, quindi, l'ordinanza cautelare.
Del resto, che il mandato d'arresto europeo sia solo un atto conseguenziale indirizzato all'autorità estera, e, quindi, non direttamente impugnabile è questione pacifica in giurisprudenza (18).
Epperò, il dubbio interpretativo presuppone la risoluzione di alcune questioni preliminari.
Innanzitutto, le perplessità riguardano la forma della richiesta di assenso; su questo profilo si contrappongono posizioni differenti.
In una prima occasione, si è sostenuto che per ottenere l'estensione della consegna, l'autorità giudiziaria italiana può operare esclusivamente attraverso l'emissione di un nuovo euromandato (19). La conclusione trova fondamento nel richiamo all'art. 26, contenuto nell'art. 32, legge n. 69 del 2005, che si ritiene sia stato riferito solo alla portata del principio ed alle sue eccezioni, mentre lo stesso non dovrebbe intendersi riferito anche alla specifica regola introdotta dal comma 3 dell'art. 26, attesa la sua specificità in relazione alla procedura passiva, ed in considerazione del fatto che essa non può, propriamente, essere definita un'"eccezione" del principio.
Su questo profilo, si sono espresse le Sezioni Unite in esame, con un orientamento condivisibile. La Suprema Corte, fondandosi sul combinato disposto del par. 4 dell'art. 27 della decisione-quadro, e della norma attuativa interna del comma 3 dell'art. 26 della legge n. 69 del 2005, richiamata dal successivo art. 32, afferma che esse «non prevedono formalmente, per la richiesta di assenso all'estensione della consegna, l'emissione di un nuovo apposito m.a.e.» . Se il profilo formale trova un ancoraggio nel dato normativo, ancora occorre interessarsi del contenuto. Appare chiaro che anche per la richiesta di assenso il contenuto informativo deve corrisponde a quello del m.a.e. La conclusione si ricava agevolmente dall'esegesi delle regole contenute negli artt. 32 e 26, comma 3, della legge n. 69 del 2005.
Le Sezioni Unite, ragionando su questo dato normativo, escludono, anche nel caso di richiesta di estensione della procedura attiva, la diretta impugnabilità dell'atto, così come avviene per il mandato d'arresto.

Il vizio

Le considerazioni sin qui condotte consentono di spingersi oltre alla ricerca della individuazione della competenza; questione, quest'ultima, sulla quale le Sezioni unite, non assolvendo alla funzione cui sono delegate in tema di contrasti, non hanno inteso pronunciarsi.
Non vi sono ragioni sistemiche, né dati normativi, proprio in riferimento al profilo contenutistico, che ostacolino la assimilazione ontologica tra i due atti, il mandato di arresto europeo e la richiesta di assenso nella procedura di consegna suppletiva.
In questi termini, può ritenersi che l'art. 28 legge n. 69 del 2005 attribuisca la competenza funzionale «al giudice che ha applicato la misura», anche nell'ipotesi di richiesta di estensione della procedura di consegna attiva.
Tali conclusioni sono condivisibili solo partendo dall'idea che, in tema di competenza funzionale, sono decisamente superati gli orientamenti (20), secondo i quali non vi sono nel codice di procedura penale specifiche previsioni, perché essi si fondano su una lettura della competenza funzionale, ormai, superata (21).
Se così non fosse, infatti, spetterebbe al giudice individuare i casi e gli effetti dei vizi e sarebbero «riportabili, per analogia, regole attributive della competenza per materia e, di conseguenza, struttura e vizi che le competono» (22).
Sebbene la Corte di cassazione abbia affermato che la competenza, «deve qualificarsi come funzionale, con una tipizzazione che, pur non trovando esplicita previsione nel codice di procedura penale, è desumibile dal sistema, essendo connaturata alla costruzione normativa della ripartizione delle attribuzioni specifiche del giudice», in relazione allo sviluppo del processo, non alla competenza in senso tecnico, lascia perplessi che, da questa articolata distinzione dei compiti della giurisdizione, la Corte non faccia discendere effetti diversi che, dunque, dovrebbero essere ascrivibili alle differenti situazioni sanzionatorie e, invece, individui gli effetti direttamente sulla idoneità specifica dell'organo all'adozione di un determinato provvedimento, di modo che la violazione delle regole relative a tale tipo di competenza

Note:

(18) Cass., Sez. VI, 5 febbraio 2007, n. 9273, Shirrefs Fasola, in *Ced Cass.*, 235557; Cass., Sez. VI, 19 gennaio 2010, n. 20823, Bosti, *ivi*, 247360.

(19) Chelo, *Il mandato d'arresto europeo,* Padova, 2010, 356 ss.

(20) Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 4419, Gioia.

(21) Già, pero, tra le posizioni dottrinarie degli anni trenta e quaranta, si contesta quell'idea, cfr. Riccio S., *La competenza funzionale*, Napoli, 1934.

(22) Riccio G., *Giudizio immediato, poi patteggiamento. Le sezioni unite non sciolgono i dubbi*, in *Dir. giust.*, 2006, 69 ss.

configuri una nullità assoluta ed insanabile, rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo, ai sensi degli artt. 178, comma 1, lett. a) e 179, comma 1, c.p.p. (23).

In realtà, e in estrema sintesi in questa occasione di commento, proprio seguendo la strada corretta della ricostruzione dogmatica (24), può ritenersi che «il termine competenza funzionale acquista funzione convenzionale» e va inteso come criterio di attribuzione dei compiti d'ufficio ad un determinato giudice «competente già individuato secondo i criteri di ripartizione precedentemente determinati per materia e territorio» (25).

Dunque la competenza funzionale presuppone che quel giudice, funzionalmente delegato all'atto, sia competente per materia e per territorio rispetto al fatto. In questi termini, si può dire che essa non è rivolta alla realizzazione operativa della precosttuzione prevista nell'art. 25, comma 1, Cost. ma «è presidio del diverso principio della imparzialità del giudice (artt. 101, comma 2, 111, comma 2, Cost.), perché è finalisticamente orientata alla individuazione del soggetto delegato ai compiti di istituto all'interno dell'organo a cui, per materia e per territorio, è attribuita la competenza per quel fatto specifico» (26).

Qualora si volesse seguire questa ricostruzione, i vizi di tale "attribuzione del giudice" in nessun caso possono essere riportati alla sanzione della nullità; dovrebbe, invece, ritenersi, come già sostenuto (27), che il vizio di competenza funzionale può essere rimosso con la richiesta di astensione e/o con la ricusazione del giudice o successivamente con la dichiarazione di abnormità dell'atto (28).

Dunque, il tema è complesso e il contrasto permane. Su queste premesse la Corte di cassazione non scioglie il dubbio interpretativo se, nella procedura di consegna attiva, il m.a.e. diretto ad ottenere l'assenso possa essere emesso dalla Corte di appello ovvero dal giudice che ha disposto la misura.

Il silenzio della Corte pesa; è immaginabile che le Sezioni Unite, nel caso in esame, qualora avessero ritenuto incompetente la Corte di appello, avrebbero riconosciuto l'autonomia "concettuale ed effettuale" delle regole sulla capacità del giudice (artt. 33 c.p.p., in relazione all'art. 178, comma 1, c.p.p.) e di quelle sull'attribuzione al giudice?

La risposta negativa consente di configurare, per la violazione delle regole relative alla competenza funzionale (29), la nullità assoluta ed insanabile rilevabile anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo e, quindi, anche in sede di ricorso per cassazione, ai sensi degli artt. 178, comma 1, lett. a) e 179, comma 1, c.p.p. Su questo presupposto la conseguenza inevitabile sarebbe stata l'annullamento con rinvio. Alla risposta positiva, invece, è legata la individuazione del vizio di competenza funzionale in una categoria sanzionatoria diversa dalla nullità: dunque, la Corte avrebbe dovuto dichiarare inammissibile il ricorso perché la parte non aveva seguito la scansione normativa della vicenda: incomptibilità-astensione-ricusazione; oppure avrebbe dovuto ritenere l'ordine di esecuzione della Corte d'appello abnorme perché emesso da un giudice funzionalmente incompetente.

Note:

(23) Cass., Sez. Un., 25 gennaio 2005, n. 4419, Gioia, v. nota di Mangiaracina, *Una occasione mancata, per le Sezioni unite, per risolvere il contrasto interpretativo sulla competenza a decidere sulla richiesta di "patteggiamento" a seguito del decreto che dispone il giudizio immediato*, in *Cass. pen.,* 2006, 1336; e il commento di Riccio, *Giudizio immediato, poi patteggiamento. Le sezioni unite non sciolgono i dubbi*, cit., 70. Nello stesso senso. Cass., Sez. Un., 20 luglio 1994, n. 14, De Lorenzo, in *Ced Cass.*, 198219; Cass., Sez. VI, 12 gennaio 1999, n. 7439; Cass., Sez. I, 7 novembre 1997, n. 6257, D'Onofrio, *ivi*, 209892.

(24) Riccio G., *Giudizio immediato, poi patteggiamento. Le sezioni unite non sciolgono i dubbi*, cit., 69.

(25) Riccio G., *voce Competenza funzionale*, in *Enc. Giur. Treccani*, Agg. 2002, 6; Id., *Giudizio immediato, poi patteggiamento: tutti i nodi della competenza funzionale*, in *Dir. giust.*, 2006, 78 ss.

(26) Bellavista-Tranchina, *Lezioni di diritto processuale penale,* Milano, 1987, 139; Riccio G., *voce Competenza funzionale,* cit., 6 ss.

(27) Riccio G., *Giudizio immediato, poi patteggiamento. Le Sezioni unite non sciolgono i dubbi*, cit., 70.

(28) Riccio G., *Giudizio immediato, poi patteggiamento. Le sezioni unite non sciolgono i dubbi*, cit., 69 ss.

(29) Cass., Sez. IV, 22 novembre 2012, n. 41073, con nota di Jovene, *Giudizio immediato "custodiale" e reati a citazione diretta: l'azione penale tra patologie e competenza funzionale*, in *Cass. pen.* 2011, 3080.

Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo

a cura di **Giulio Garuti**

Diritto alla vita e divieto di trattamenti inumani e degradanti

Suicidio di un detenuto in Francia

Corte europea dei diritti umani, Sez. V, 19 luglio 2012, Pres. Spielmann, Ketreb c. Francia

Necessarie particolari cautele per i detenuti che presentano disturbi psichici.

Il caso

Le ricorrenti sono Houria Serghine e Noura Khiat, le sorelle di Kamel Ketreb.
Il 10 giugno 1998, Ketreb era stato ristretto in carcere per aver aggredito nuovamente la compagna, causandole lesioni. Il giorno dopo, dato che soffriva da molti anni di tossicodipendenza, all'uomo fu concesso di vedere uno psicanalista del Servizio regionale medico e psicologico (RMPS) una o due volte al mese. Da luglio in poi quelle visite furono intensificate, portandole a due o tre a settimana. Tuttavia, in seguito all'aggressione di una guardia, il ricorrente fu messo in isolamento. Nel gennaio dell'anno successivo fu irrogata una sanzione disciplinare, per aver insultato un dipendente della prigione, contro il Sig. Ketreb, al quale fu prescritta una iniezione di Mogadon e Valium, oltre a una visita psichiatrica periodica. Nella relazione medica, il dottore aveva menzionato che secondo quanto riportato dagli agenti di polizia penitenziaria, il detenuto aveva già tentato due volte il suicidio.
Il 13 gennaio del 1999 uno psichiatra del RMPS osservò che il Sig. Ketreb non appariva in buona salute e che era probabile che potesse attuare i suoi propositi suicidi.
Dopo essere stato condannato a cinque anni di reclusione, gli furono irrogate una serie di sanzioni disciplinari, che comportarono il trasferimento in una apposita cella, per avere ferito un co-detenuto, rotto i sanitari della cella, insultato due agenti di polizia e lanciato parte degli arredi contro le finestre. Alle 9.15 del 24 maggio fu trovato impiccato, tramite una cintura di stoffa, alla porta della cella e a nulla sono serviti i tentativi di rianimarlo.

La decisione

Art. 2.
Come già evidenziato dalla Corte, i detenuti si trovano in una posizione vulnerabile e le autorità hanno l'obbligo di proteggerli, soprattutto quando si tratta di soggetti con disturbi psichici. Secondo la Corte, esistono una serie di misure e precauzioni atte a diminuire il rischio che questi commettano atti autolesivi, senza intaccare la loro autonomia. L'11 giugno 1998, il giorno dopo il suo arresto, il Sig. Ketreb aveva visto uno psicologo, inoltre lo stesso aveva già tentato il suicidio due volte e la relazione medica del 13 gennaio confermava la probabilità dell'evento, anche perché lo stesso ricorrente parlava apertamente dell'intenzione di uccidersi.
Nei giorni precedenti al suicidio lo stesso aveva commesso atti violenti, che testimoniavano il peggioramento del suo stato di salute. Secondo gli esperti, il trasferimento alla sezione disciplinare era avvenuto in un momento in cui l'equilibrio mentale del ricorrente era già precario. La situazione era poi inevitabilmente peggiorata con la condanna a cinque anni di reclusione.
Si trattava quindi di stabilire se le autorità francesi avessero fatto il possibile per evitare il suicidio di Kamel Ketreb.
Se da un lato il ricorrente era stato visitato frequentemente da psichiatri e psicologi della RMPS, dall'altro, vi era stata qualche negligenza al momento del trasferimento alla sezione disciplinare. In particolare, tale trasferimento non era stato comunicato al personale medico e non erano state previste misure per stabilire la compatibilità della sanzione con la salute mentale del Ketreb. Secondo la Raccomandazione R98/7 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, l'eventualità di suicidio da parte dei detenuti deve essere considerata dal personale, sia penitenziario, sia medico. Visti i tentativi di suicidio e i comportamenti violenti tenuti, le autorità ne avrebbero dovuto considerare la particolare vulnerabilità psicologica. Non si capisce quindi perché non sia stata interpellata l'autorità responsabile del monitoraggio dello stato di salute dei detenuti. Nei giorni precedenti alla morte, numerosi dottori avevano visitato il Sig. Ketreb, trovandolo in cattivo stato, senza però avvisare l'RMPS o richiedere l'intervento di uno psichiatra esterno.
Era quindi chiaro che lo stato del ricorrente era critico e trasferirlo alla cella di isolamento aveva aggravato ulteriormente la situazione. Ragionevolmente, dunque, il detenuto doveva essere sottoposto a sorveglianza e perquisizione, in modo tale da rimuovere oggetti potenzialmente lesivi, quali, ad esempio, la cintura usata per impiccarsi.
Le autorità francesi non avevano ottemperato correttamente all'obbligo di proteggere il diritto alla vita del Sig. Ketreb, violando in tal modo l'art. 2 della Convenzione.

Art. 3.
In secondo luogo, la Corte europea ha giudicato la compatibilità del trattamento riservato al ricorrente con l'art. 3, valutandone lo stato di particolare vulnerabilità.
Sebbene non soffrisse di disordini mentali cronici, il Sig. Ketreb, visti i tentativi di suicidio e il suo comportamento violento, richiedeva una attenzione particolare da parte delle autorità, le quali quindi avrebbero dovuto, innanzitutto, consultarsi con uno psichiatra prima di porlo in isolamento e, secondariamente, sottoporlo a sorveglianza.
Pertanto, la Corte ha concluso che la detenzione in cella di

isolamento di un detenuto con disturbi psichici non fosse compatibile con l'art. 3 della Convenzione.
La Francia è stata condannata a risarcire 40.000 euro.

I precedenti

Di recente, in tema di diritto alla vita, cfr. C. eur. dir. umani, Sez. I, 29 maggio 2012, Damayev c. Russia, in questa *Rivista*, 2012, 904; C. eur. dir. umani, Sez. I, 27 marzo 2012, Inderbiyeva c. Russia e Kadirova e altri c. Russia, *ibidem*, 2012, 647; C. eur. dir. umani, Sez. I, 17 gennaio 2012, Choreftakis e Choreftaki c. Grecia, *ibidem*, 2012, 389; C. eur. dir. umani, Sez. I, 27 settembre 2011, Beksultanova c. Russia, *ivi*, 2011, 1417; C. eur. dir. umani, Sez. I, 19 luglio 2011, Khashuyeva c. Russia, *ibidem*, 1289; C. eur. dir. umani, Sez. II, 26 aprile 2011, Enukidze 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. V, 27 gennaio 2011, Iordanovi c. Bulgaria, *ibidem*, 381; C. eur. dir. umani, Sez. I, 21 dicembre 2010, Malika Dzhamayeva e C. c. Russia, *ibidem*, 250; C. eur. dir. umani, Sez. V, 25 novembre 2010, Efimenko c. Ucraina, *ibidem*, 127; C. eur. dir. umani, Sez. I, 21 ottobre 2010, Gaforov c. Russia, *ivi*, 2010, 1515; C. eur. dir. umani, Sez. III, 13 luglio 2010, Carabulea c. Romania, *ibidem*, 1125; C. eur. dir. umani, Sez. I, 3 giugno 2010, Alapayevy c. Russia, *ibidem*, 1015; C. eur. dir. umani, Sez. V, 10 dicembre 2009, Dudnyk c. Ucraina, *ibidem*, 257; C. eur. dir. umani, Sez. III, 20 ottobre 2009, Agache e altri c. Romania, *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; C. eur. dir. umani, 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.
Circa il divieto della tortura, cfr. C. eur. dir. umani, Sez. II, 31 luglio 2012, M. e altri c. Italia e Bulgaria, in questa *Rivista*, 2012, 1162; cfr. C. eur. dir. umani, Grande Camera, 22 maggio 2012, Idalov c. Russia, *ibidem*, 2012, 903; C. eur. dir. umani, Sez. III, 17 aprile 2012, J.L. c. Lettonia, *ibidem*, 2012, 781; C. eur. dir. umani, Sez. II, 27 marzo 2012, Mannai c. Italia, *ibidem*, 2012, 645; C. eur. dir. umani, Sez. II, 31 gennaio 2012, M.S. c. Belgio, *ibidem*, 2012, 519; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 17 gennaio 2012, Harkins and Edwards c. Regno Unito, *ibidem*, 2012, 390; C. eur. dir. umani, Sez. III, 20 dicembre 2011, Pascari c. Moldavia, *ibidem*, 2012, 258; C. eur. dir. umani, Sez. I, 8 novembre 2011, Filatov c. Russia, *ibidem*, 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.

Diritto alla vita privata

Intercettazioni telefoniche e politica in Lituania

Corte europea dei diritti umani, Sez. II, 31 luglio 2012, Pres. Tulkens, Drakšas c. Lituania

Pubblicate le conversazioni tra un politico e il Presidente della Lituania.

Il caso

Algirdas Drakšas è uno dei membri fondatori del partito liberal-democratico lituano, guidato dall'*ex* Presidente Rolandas Paksas.
Il 16 marzo 2003, il ricorrente fu intercettato dal Dipartimento di sicurezza di Stato (SSD), mentre conversava telefonicamente con Jurij Borisov, uno dei maggiori contribuenti alla campagna elettorale del Presidente Paksas. Sebbene le intercettazioni fossero state mandate in onda dalla televisione nazionale nel novembre dello stesso anno, il Dipartimento di sicurezza aveva negato ogni coinvolgimento nella fuga di notizie.
In seguito a un'ordinanza del 17 settembre 2003 che autorizzava ad intercettare telefonicamente il Sig. Drakšas, in quanto sospettato di aver commesso numerosi reati, in più occasioni furono registrate conversazioni tra quest'ultimo e il Presidente Paksas o i suoi collaboratori.
Adita dal ricorrente, il quale affermava l'illegittimità dell'intercettazione subita, la Corte di appello affermò che l'art. 8 della Convenzione europea non vieta l'intercettazione di conversazioni, a patto che l'ingerenza nella vita privata sia prevista dalla legge e costituisca una misura necessaria, tra le altre cose, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati.
Il ricorrente chiese anche di poter ascoltare il materiale raccolto contro di lui e di avere informazioni circa le indagini sulla fuga di notizie, ma gli fu negato l'accesso al prefato materiale, giacché era già stato trasmesso al pubblico ministero.
Il 19 marzo 2004 fu tenuta udienza dinanzi alla Corte costituzionale in seguito all'*impeachment* del Presidente Paksas. In quella occasione furono riprodotte alcune delle conversazioni intercettate, le quali, dato che l'udienza in questione era trasmessa in diretta televisiva, divennero di pubblico dominio.

La decisione

Art. 8.
Sebbene l'intercettazione di conversazioni telefoniche costituisse indubbiamente una interferenza nella vita privata e alla segretezza e libertà della corrispondenza, tale ingerenza era consentita dalla legge lituana ed era stata autorizzata da un giudice al fine di accertare l'eventuale ruolo del ricorrente nella commissione di un reato.
La Corte europea, in prima battuta, giudicò ammissibile l'intercettazione di telefonate del Presidente. Infatti, la legisla-

zione nazionale negava la possibilità di intercettare le telefonate del Capo di Stato, non anche le conversazioni in cui lo stesso si trovava ad essere l'interlocutore dell'intercettato. Di conseguenza, le captazioni restavano quindi valide e utilizzabili nei confronti di quest'ultimo.
Per quanto concerne invece la pubblicazione della conversazione avuta con Borisov, non era stata garantita la *privacy* del ricorrente intercettato, in violazione della normativa lituana, e, inoltre, le indagini delle autorità in merito alla fuga di notizie non avevano prodotto risultati apprezzabili.
I giudici hanno quindi riscontrato una violazione dell'art. 8 della Convenzione.
Per quanto riguarda invece le altre conversazioni, le stesse erano state rese pubbliche nel corso di un procedimento della Corte costituzionale, riguardante il Capo di Stato, e trasmesso in diretta televisiva, proprio a causa del grande interesse dell'opinione pubblica in merito allo stesso. La Corte europea ha poi evidenziato che le figure politiche di spicco sono inevitabilmente soggette al controllo dei *media*, il cui ruolo è necessario per garantire il diritto all'informazione della collettività. Pertanto, la pubblicazione di queste conversazioni non è stata considerata lesiva dei diritti contenuti nella Convenzione.

Art. 13.
Se è evidente che l'intercettazione debba avvenire all'insaputa del soggetto interessato, le garanzie predisposte dal legislatore, nel momento in cui ha individuato i requisiti per l'applicabilità della misura e ha dettato le regole per l'uso del materiale acquisito, vanno a bilanciare questa, ontologica, mancanza di informazione.
Invece, vi è stata violazione dell'art. 13, dal momento che, all'indomani dell'ordinanza del 17 settembre, al Sig. Drakšas non è stato garantito un ricorso effettivo contro la decisione.
Infine, il rifiuto del SSD di fornire informazioni circa il materiale raccolto contro il ricorrente era volto a tutelare la segretezza e l'effettività delle indagini preliminari, soprattutto considerata la serietà delle accuse, e pertanto, secondo i giudici europei, non vi è stata violazione dell'art. 13 sotto tale profilo.
La Lituania è stata quindi condannata a pagare 4.000 euro per i danni, oltre a 2.000 euro per le spese legali.

I precedenti

Sul diritto al rispetto della vita privata e familiare, cfr. C. eur. dir. umani, Sez. IV, 3 luglio 2012, X. c. Finlandia, in questa *Rivista*, 2012, 1160; C. eur. dir. umani, Sez. III, 5 giugno 2012, Colon c. Olanda, *ibidem*, 2012, 1040; C. eur. dir. umani, Sez. V, 19 gennaio 2012, Popov c. Francia, *ibidem*, 2012, 388; C. eur. dir. umani, Sez. I, 19 luglio 2011, Khashuyeva c. Russia, *ivi*, 2011, 1289; C. eur. dir. umani, Sez. V, 28 gennaio 2010, Simeonov c. Bulgaria, *ivi*, 2010, 512; C. eur. dir. umani, Grande Camera, 17 settembre 2009, Enea c. Italia, *ivi*, 2009, 1425; C. eur. dir. umani, Sez. III, 30 luglio 2009, Burzo c. Romania, *ibidem*, 1305; C. eur. dir. umani, Sez. I, 28 maggio 2009, Bigaeva c. Grecia, *ibidem*, 924; C. eur. dir. umani, Sez. II, 20 gennaio 2009, Zara c. Italia, in questa *Rivista*, 2009, 390; C. eur. dir. umani, Sez. II, 17 luglio 2008, De Pace c. Italia, *ivi*, 2008, 1185; C. eur. dir. umani, Sez. V, 22 maggio 2008, Alexov c. Bulgaria, *ibidem*, 921; C. eur. dir. umani, Sez. II, 12 giugno 2007, Frèrot c. Francia, *ivi*, 2007, 1111; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 26 settembre 2006, Wainwright c. Regno Unito, *ivi*, 2006, 1440; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 8 agosto 2006, H.M. c. Turchia, *ibidem*, 1309; C. eur. dir. umani, Sez. I, 19 gennaio 2006, R.H. c. Austria, *ibidem*, 387; C. eur. dir. umani, Sez. III, 9 giugno 2005, Storck c. Germania, *ivi*, 2005, 1045.
Sul diritto a un ricorso effettivo, cfr. C. eur. dir. umani, Sez. IV, 31 luglio 2011, M. e altri c. Bulgaria, in questa *Rivista*, 2011, 1162; C. eur. dir. umani, Sez. I, 24 maggio 2011, Konstas c. Grecia, *ibidem*, 2011, 908; C. eur. dir. umani, Grande Camera, 24 marzo 2011, Giuliani e Gaggio c. Italia, *ibidem*, 643; C. eur. dir. umani, Sez. I, 21 dicembre 2010, Malika Dzhamayeva e C. c. Russia, *ibidem*, 2011, 250; C. eur. dir. umani, Grande Camera, 10 settembre 2010, Mc Farlane c. Irlanda, *ivi*, 2010, 1373; C. eur. dir. umani, Sez. I, 20 maggio 2010, Dzhabrailovy c. Russia, *ibidem*, 899; C. eur. dir. umani, Sez. V, 10 dicembre 2009, Koktysh c. Ucraina, *ibidem*, 259.

Divieto di trattamenti inumani e degradanti

Maltrattamenti da parte della polizia ucraina

Corte europea dei diritti umani, Sez. V, 26 luglio 2012, Pres. Spielmann, Vasiliy Ivashchenko c. Ucraina

Le autorità ucraine rifiutano di consegnare copia dei documenti del fascicolo processuale, necessari al fine del ricorso alla Corte europea, a un detenuto che afferma di aver subito maltrattamenti da parte della polizia.

Il caso

Vasiliy Ivashchenko, è un cittadino ucraino attualmente detenuto. Nel aprile del 1998 fu arrestato, in quanto era sospettato di rapina aggravata e omicidio. Secondo quanto da questi affermato, lo stesso sarebbe stato torturato dalla polizia al momento dell'arresto. In particolare, sostiene di essere stato colpito alla testa, al torace e ai reni, fino a svenire, e che gli agenti gli avrebbero bruciato una mano con un accendino e bucato una guancia con un ago. Dopo diverse ore si svegliò nell'infermeria del carcere. Il medico della struttura constatò la presenza di un gran numero di ferite su tutto il corpo, oltre a vesciche sulle dita compatibili con la bruciatura. In quella occasione non furono eseguite le lastre e pertanto non risultava agli atti la prova della frattura alle costole e alle dita.
Nel corso delle indagini preliminari a suo carico, il ricorrente si lamentò più volte dei maltrattamenti subiti, sia con la polizia che con il pubblico ministero. Nell'agosto del 1998 e nel gennaio del 1999, gli inquirenti affermarono che gli agenti si erano comportati secondo la legge e decisero pertanto, basandosi unicamente sulle deposizioni degli agenti e sulla documentazione medica, di non procedere contro di loro.
In udienza il ricorrente negò le accuse a suo carico e affermò che la confessione dei co-imputati circa il coinvolgimento loro e suo nell'omicidio e nella rapina era stata estorta dalla polizia.
Nel gennaio del 2002 i giudici lo condannarono all'ergastolo, dopo aver valutato la testimonianza di circa trenta testimoni, l'esame dei co-imputati e la documentazione raccolta nel giudizio.
Per quanto riguarda l'esame dei co-imputati, le confessioni erano state rese alla presenza dei difensori degli stessi e, pertanto, il tribunale non ha ritenuto di considerarle inutilizzabili.
Inoltre, pur avendo notato che il ricorrente era stato ferito durante l'arresto, mancava la prova delle circostanze in cui tali ferite erano state provocate, e in particolare, secondo il pare-

re dei giudici nazionali, mancava la prova del maltrattamento subito durante la detenzione.
Dopo aver adito la Corte europea dei diritti dell'uomo, il ricorrente aveva chiesto al tribunale la copia dei referti medici stilati dall'infermeria del carcere oltre alla documentazione del procedimento, ma lo stesso aveva risposto che rilasciare copie dei documenti non rientrava tra le sue funzioni e che non disponeva dei mezzi per farlo.

La decisione

La Corte ha deciso a maggioranza di considerare inammissibile il ricorso ai sensi dell'art. 6, in quanto il ricorrente aveva avuto il tempo e i mezzi necessari per preparare la sua difesa.

Art. 3.
Sebbene la mancanza delle lastre avesse comportato l'impossibilità di dimostrare la frattura alle costole e alle dita, numerose altre ferite erano evidenziate in seno al referto medico stilato nel giorno dell'arresto del ricorrente. In base a tale atto, la Corte ha concluso che la polizia aveva fatto un uso sproporzionato della forza per arrestare il Sig. Ivashchenko, in violazione dell'art. 3. Tuttavia, mancando la prova della intenzionalità intimidatoria o punitiva da parte della polizia, il comportamento serbato è stato considerato trattamento inumano e degradante e non tortura.

Art. 34.
Il ricorrente ha affermato che le autorità ucraine avevano ostacolato la sua corrispondenza con la Corte europea, violando l'art. 34 che garantisce l'effettivo esercizio del diritto al ricorso individuale. Secondo i giudici però, non vi erano prove del fatto che le autorità avessero deliberatamente bloccato la corrispondenza, impedendone la consegna.
Invece, per quanto riguarda il rifiuto di consegnare al ricorrente le copie della documentazione processuale, la violazione era già stata riscontrata dalla stessa Corte in numerosi procedimenti contro l'Ucraina, in particolare nel caso Naydyon c. Ucraina. La Corte non ha ritenuto vi fossero differenze sostanziali tra quest'ultimo caso e quello del Sig. Ivashchenko. Infatti, anche se il ricorrente avrebbe potuto ottenere le copie richieste tramite i propri parenti, come sostenuto dai giudici nazionali, questi non avevano indicato la procedura da seguire a tal fine.

Art. 46.
Per la seconda volta era stata riscontrata una violazione all'art. 34 della Convenzione, dovuta al rifiuto di consegnare la documentazione al ricorrente. In altri ventitre casi l'Ucraina era stata informata della possibile violazione in casi ancora *sub judice*. Si era quindi dinanzi a un problema sistematico in Ucraina. In particolare, mancava una procedura chiara che definisse le modalità per ottenere la documentazione richiesta, specificando chi avesse l'onere di fare le copie tra le autorità, le quali non si consideravano in dovere di farlo, e il ricorrente.
Vero ciò, la Corte ha concluso che l'Ucraina dovesse intraprendere misure, vuoi di natura legislativa, vuoi di natura amministrativa, in modo da assicurare l'effettivo accesso alla documentazione necessaria per supportare il ricorso alla Corte europea a coloro che si trovavano ristretti in carcere.
L'Ucraina è stata condannata al pagamento di 12.000 euro per danni non patrimoniali.

I precedenti

Di recente, circa il divieto della tortura, cfr. C. eur. dir. umani, Sez. II, 31 luglio 2012, M. e altri c. Italia e Bulgaria, in questa *Rivista*, 2012, 1162; cfr. C. eur. dir. umani, Grande Camera, 22 maggio 2012, Idalov c. Russia, *ibidem*, 2012, 903; C. eur. dir. umani, Sez. III, 17 aprile 2012, J.L. c. Lettonia, *ibidem*, 2012, 781; C. eur. dir. umani, Sez. II, 27 marzo 2012, Mannai c. Italia, *ibidem*, 2012, 645; C. eur. dir. umani, Sez. II, 31 gennaio 2012, M.S. c. Belgio, *ibidem*, 2012, 519; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 17 gennaio 2012, Harkins and Edwards c. Regno Unito, *ibidem*, 2012, 390; C. eur. dir. umani, Sez. III, 20 dicembre 2011, Pascari c. Moldavia, *ibidem*, 2012, 258; C. eur. dir. umani, Sez. I, 8 novembre 2011, Filatov c. Russia, *ibidem*, 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 la violazione dell'art. 46 da parte dell'Ucraina, cfr. C. eur. dir. umani, Sez. V, 15 maggio 2012, Kaverzin c. Ucraina, in questa *Rivista*, 2012, 906; C. eur. dir. umani, Sez. V, 14 ottobre 2010, Naydyon c. Ucraina, *www.echr.coe.int.*

Maltrattamenti da parte della polizia e discriminazione in Russia

Corte europea dei diritti umani, Sez. I, 31 luglio 2012, Pres. Vajić, Makhashevy c. Russia

Aggrediti dagli agenti di polizia tre fratelli di etnia cecena, arrestati in seguito ad una rissa.

Il caso

I ricorrenti sono Ibragim, Adam e Islam Makhashev, tre fratelli russi di etnia cecena. I tre si erano trasferiti a Grozny, nell'ottobre del 1996, dopo che la loro casa era stata distrutta durante le ostilità.
I due fratelli ancora in vita (Ibragim e Adam) sostengono di essere stati brutalmente aggrediti dalla polizia il 14 novembre del 2004 presso la locale stazione di polizia, dove erano stati ristretti per qualche ora in seguito a una segnalazione secondo la quale sarebbero stati coinvolti in una rissa in un night club la notte precedente. A dire dei ricorrenti, gli agenti li avrebbero ripetutamente insultati, a causa della loro origine cecena, e minacciati di morte, nel caso in cui avessero rivelato l'accaduto.
Anche Islam ha sostenuto di essere stato picchiato ferocemente dopo essersi recato alla stazione di polizia quella stessa notte per chiedere notizie sullo status dei propri fratelli.
Subito dopo essere stati rilasciati, i fratelli si rivolsero alla procura per denunciare il maltrattamento. Furono sottoposti più volte a esami medici e furono riscontrate numerose ferite. Nel novembre del 2004 il pubblico ministero del luogo iniziò a indagare sul loro caso, ma, a dire dei ricorrenti, che per ta-

le motivo nel febbraio del 2005 si rivolsero al procuratore generale, le indagini compiute furono inefficaci. Le stesse vennero interrotte nel giugno del 2005 poiché, anche a seguito dell'audizione degli agenti presenti quella sera, era ancora ignoto l'autore del reato. In seguito all'interrogatorio di altre persone informate, le autorità decisero di non processare gli agenti, ritenendo che le ferite evidenziate nei referti medici erano state cagionate durante la rissa.
Il governo russo nega che i Makhashev abbiano subito maltrattamenti.
Per quattro volte i ricorrenti si erano rivolti alle autorità locali per lamentare l'ineffettività delle indagini. Adam in aggiunta è stato multato per aver cagionato lesioni personali a un agente la sera della rissa nel night-club.

La decisione

Art. 3: le indagini.
I ricorrenti si erano rivolti alle autorità per denunciare i maltrattamenti subiti, immediatamente dopo la loro scarcerazione, tuttavia per oltre tre mesi non furono compiuti fondamentali atti di indagine, quali l'interrogatorio dei testimoni oculari. Dopo diversi mesi le indagini erano state sospese, nonostante ancora non fossero stati compiuti gli opportuni atti investigativi.
Le istanze proposte dai ricorrenti in merito ai maltrattamenti e i relativi elementi di prova non erano stati esaminati. In aggiunta, gli inquirenti avevano ignorato le eventuali implicazioni razziste del caso.
L'incapacità di condurre indagini effettive circa i casi di maltrattamento ha quindi comportato, a parere della Corte europea, una violazione dell'art. 3 e dell'art. 14 della Convenzione.

I maltrattamenti.
Al suo arrivo presso la stazione di polizia, Islam era in buona salute e non presentava alcuna ferita visibile. Per quanto concerne Ibragim e Adam, questi non erano stati visti da un medico al momento dell'arresto. Quando furono rilasciati, tutti e tre avevano vistosi lividi e altre ferite che erano state refertate da un medico legale.
In mancanza di una spiegazione logica da parte del Governo russo e dato che i ricorrenti avevano fornito una descrizione dei fatti dettagliata e consistente, supportata anche dalla relazione medica e da testimonianze, la Corte europea ha concluso che i ricorrenti erano stati feriti dai poliziotti in seguito al loro arresto. Oltre ai seri danni fisici, le minacce subite avevano comportato paura, stato d'ansia e senso di inferiorità. Vero ciò, la Corte ha concluso che i ricorrenti erano stati torturati.
Inoltre, i giudici hanno riscontrato che gli unici a essere stati condotti in arresto erano stati i fratelli Makhashev, nonostante le persone coinvolte nella rissa nel night-club fossero state molteplici, senza che la polizia ne avesse spiegato il motivo. La polizia non è riuscita neppure a spiegare il perché è stata usata la forza contro di loro.

Artt. 5 e 13.
Il ricorso *ex* art. 5 è stato rigettato, in quanto tardivo, invece la Corte ha ritenuto di non esaminare il ricorso ai sensi dell'art. 13.

I precedenti

Di recente, circa il divieto della tortura, cfr. C. eur. dir. umani, Sez. II, 31 luglio 2012, M. e altri c. Italia e Bulgaria, in questa *Rivista*, 2012, 1162; cfr. C. eur. dir. umani, Grande Camera, 22 maggio 2012, Idalov c. Russia, *ibidem*, 2012, 903; C. eur. dir. umani, Sez. III, 17 aprile 2012, J.L. c. Lettonia, *ibidem*, 2012, 781; C. eur. dir. umani, Sez. II, 27 marzo 2012, Mannai c. Italia, *ibidem*, 2012, 645; C. eur. dir. umani, Sez. II, 31 gennaio 2012, M.S. c. Belgio, *ibidem*, 2012, 519; C. eur. dir. umani, Sez. IV, 17 gennaio 2012, Harkins and Edwards c. Regno Unito, *ibidem*, 2012, 390; C. eur. dir. umani, Sez. III, 20 dicembre 2011, Pascari c. Moldavia, *ibidem*, 2012, 258; C. eur. dir. umani, Sez. I, 8 novembre 2011, Filatov c. Russia, *ibidem*, 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.
Sul divieto di discriminazione, cfr. C. eur. dir. umani, Sez. II, 31 luglio 2012, M. e altri c. Italia e Bulgaria, in questa *Rivista*, 2012, 1162; C. eur. dir. umani, Sez. I, 3 aprile 2012, Van der Heijden c. Olanda, *ibidem*, 2012, 649; cfr. C. eur. dir. umani, Sez. IV, 13 luglio 2010, Clift c. Regno Unito, *ivi*, 2010, 1127; C. eur. dir. umani, Sez. V, 25 marzo 2010, Todorova c. Bulgaria, *ibidem*, 2010, 634; C. eur. dir. umani, Sez. I, 28 maggio 2009, Bigaeva c. Grecia, *ivi*, 2009, 924.

INDICE DEGLI AUTORI

Bene Teresa
Mandato d'arresto europeo: le Sezioni Unite non decidono **1286**

Bianchi Davide
La cd. "successione impropria": una questione di garanzie **1212**

Corbetta Stefano
Osservatorio Corte di cassazione - Diritto penale **1186**

Di Chiara Giuseppe
Osservatorio Corte costituzionale **1179**

Gaito Alfredo
Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile **1202**

Garuti Giulio
Osservatorio Corte europea dei diritti dell'uomo **1291**

Leo Guglielmo
Osservatorio Contrasti giurisprudenziali **1198**

Montagna Alfredo
Osservatorio Corte di cassazione - Sezioni Unite **1182**

Palazzo Francesco
Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole) **1173**

Peroni Francesco
Osservatorio Corte di cassazione - Processo penale **1192**

Rotolo Giuseppe
"Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: alcuni cenni a proposito di un rapporto controverso **1259**

Santoriello Ciro
Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile **1202**

Sau Silvio
Della "trascrizione integrale" *ex* art. 268 c.p.p.: tra esegesi riduttive e miraggi acustici **1247**

Scudiero Francesca
La confisca allargata. caratteristiche e limiti di configurabilità **1272**

Seminara Sergio
La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale **1235**

Tonini Paolo
L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale **1225**

INDICE CRONOLOGICO DEI PROVVEDIMENTI

Giurisprudenza

Corte costituzionale
20 luglio 2012 (17 luglio 2012), n. 204 ..... **1179**

Corte di cassazione (Sezioni semplici)
24 febbraio 2012 (c.c. 12 gennaio 2012), n. 7832 .... **1199**
6 marzo 2012 (c.c. 2 dicembre 2011), n. 8689 ..... **1201**
22 maggio 2012 (u.p. 19 aprile 2012), n. 19419..... **1198**
26 giugno 2012 (c.c. 10 gennaio 2012), n. 25227 .... **1201**
23 luglio 2012 (17 luglio 2012), n. 29911 ..... **1193**
24 luglio 2012 (16 maggio 2012), n. 30140 ..... **1194**
30 luglio 2012 (11 luglio 2012), n. 30984 ..... **1193**
21 agosto 2012 (u.p. 2 marzo 2012), n. 32820 ..... **1187**
22 agosto 2012 (7 giugno 2012), n. 32949 ..... **1192**
31 agosto 2012 (u.p. 20 giugno 2012), n. 33546..... **1190**
3 settembre 2012 (14 giugno 2012), n. 33593 ..... **1196**
4 settembre 2012 (u.p. 8 marzo 2012), n. 33627..... **1186**
6 settembre 2012 (u.p. 6 giugno 2012), n. 33907 .... **1187**
7 settembre 2012 (u.p. 14 giugno 2012), n. 34280... **1190**
10 settembre 2012 (u.p. 14 giugno 2012), n. 34492 **1188**

Corte di cassazione (Sezioni Unite)
19 aprile 2012, n. 43905 ..... **1201**
28 giugno 2012 (ud. 29 marzo 2012), n. 25457 **1211**
17 luglio 2012 (c.c. 21 giugno 2012), n. 28717 ..... **1183**
17 luglio 2012 (c.c. 21 giugno 2012), n. 28718 ..... **1184**
17 luglio 2012 (c.c. 21 giugno 2012), n. 28719 ..... **1184**
18 luglio 2012 (c.c. 19 aprile 2012), n. 28997..... **1182**

Corte europea dei diritti dell'uomo
19 luglio 2012, Pres. Spielmann, Ketreb c. Francia ... **1291**
26 luglio 2012, Pres. Spielmann, Vasiliy Ivashchenko c. Ucraina **1293**
31 luglio 2012, Pres. Tulkens, Drakšas c. Lituania..... **1292**
31 luglio 2012, Pres. Vajić, Makhashevy c. Russia **1294**

Legislazione
D.lgs. 16 luglio 2012, n. 109 - «Attuazione della direttiva 2009/52/CE che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare» **1177**
D.lgs. 7 settembre 2012, n. 155 - «Nuova organizzazione dei tribunali ordinari e degli uffici del pubblico ministero, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 14 settembre 2011, n. 148» **1178**

INDICE ANALITICO

Diritto penale

Delitti contro l'amministrazione della giustizia

Falsa denuncia di furto: simulazione di reato o calunnia? *(Cass. pen., Sez. VI, 4 settembre 2012 (u.p. 8 marzo 2012), n. 33627)* **1186**

Inottemperanza di provvedimenti del giudice del lavoro *(Cass. pen., Sez. VI, 6 settembre 2012 (u.p. 6 giugno 2012), n. 33907)* **1187**

Delitti contro l'ordine pubblico

Il momento consumativo del delitto di scambio elettorale politico-mafioso *(Cass. pen., Sez. I, 21 agosto 2012 (u.p. 2 marzo 2012), n. 32820)* **1187**

Delitti contro la famiglia

violenza psicologica a fini educativi: quando integra l'abuso di mezzi di correzione *(Cass. pen., Sez. VI, 10 settmbre 2012 (u.p. 14 giugno 2012), n. 34492)*.. **1188**

Delitti contro la p.a.

Abuso in atti d'ufficio: quando sorge l'obbligo di astensione *(Cass. pen., Sez. VI, 7 settembre 2012 (u.p. 14 giugno 2012), n. 34280)* **1190**

Delitti contro la persona

Sulla violenza sessuale mediante abuso di autorità *(Cass. pen., Sez. I, 22 maggio 2012 (u.p. 19 aprile 2012), n. 19419)* **1198**

Prostituzione

Telefonate a pagamento a contenuto erotico: è prostituzione? *(Cass. pen., Sez. III, 31 agosto 2012 (u.p. 20 giugno 2012), n. 33546)* **1190**

Reati contro la P.A.

La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale, di *Sergio Seminara* **1235**

Responsabilità medica

"Medicina difensiva" e giurisprudenza in campo penale: alcuni cenni a proposito di un rapporto controverso, di *Giuseppe Rotolo* **1259**

Successione di leggi penali

La cd. "successione impropria": una questione di garanzie *(Cass. pen., Sez. Un., 28 giugno 2012 (ud. 29 marzo 2012), n. 25457)*, con commento di *Davide Bianchi* **1212**

Giustizia sovranazionale

Diritto alla vita e divieto di trattamenti inumani e degradanti

Suicidio di un detenuto in Francia *(C. eur. dir. umani, Sez. V, 19 luglio 2012, Pres. Spielmann, Ketreb c. Francia)*..... **1291**

Diritto alla vita privata

Intercettazioni telefoniche e politica in Lituania *(C. eur. dir. umani, Sez. II, 31 luglio 2012, Pres. Tulkens, Drakšas c. Lituania)* **1292**

Divieto di trattamenti inumani e degradanti

Maltrattamenti da parte della polizia ucraina *(C. eur. dir. umani, Sez. V, 26 luglio 2012, Pres. Spielmann, Vasiliy Ivashchenko c. Ucraina)*..... **1293**

Maltrattamenti da parte della polizia e discriminazione in Russia *(C. eur. dir. umani, Sez. I, 31 luglio 2012, Pres. Vajić, Makhashevy c. Russia)* **1294**

Mandato d'arresto europeo

Mandato d'arresto europeo: le Sezioni Unite non decidono, di *Teresa Bene* **1286**

Processo penale

Diritto delle prove

L'influenza della sentenza Franzese sul volto attuale del processo penale, di *Paolo Tonini* **1225**

Giudizio

Legittimo impedimento per il difensore in caso di grave lutto familiare *(Cass. pen., Sez. VI, 22 agosto 2012 (7 giugno 2012), n. 32949)* **1192**

Giudizio abbreviato

Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile *(Cass. pen., Sez. I, 26 giugno 2012 (c.c. 10 gennaio 2012), n. 25227; Cass. pen., Sez. Un., 19 aprile 2012, n. 43905; Cass. pen., Sez. I, 6 marzo 2012 (c.c. 2 dicembre 2011), n. 8689)*, con commento di *Alfredo Gaito e Ciro Santoriello* **1202**

Indagini preliminari

Difensore avvisato via sms dell'udienza di convalida *(Cass. pen., Sez. IV, 30 luglio 2012 (11 luglio 2012), n. 30984)* **1193**

Fermo di indiziato di delitto e nuovo codice antimafia *(Cass. pen., Sez. IV, 23 luglio 2012 (17 luglio 2012), n. 29911)* **1193**

Intercettazioni telefoniche

Della "trascrizione integrale" *ex* art. 268 c.p.p.: tra esegesi riduttive e miraggi acustici, di *Silvio Sau*..... **1247**

Misure cautelari

Reati in materia fiscale, pagamento rateizzato e sequestro "per equivalente" *(Cass. pen., Sez. III, 24 luglio 2012 (16 maggio 2012), n. 30140)*..... **1194**

Sospensione dei termini di custodia cautelare, particolare complessità del dibattimento e spettro della discrezionalità del giudice *(Corte cost., sent., 20 luglio 2012 (17 luglio 2012), n. 204)* **1179**

Misure di sicurezza

La confisca allargata. caratteristiche e limiti di configurabilità, di *Francesca Scudiero*..... **1272**

Procedimenti speciali

Applicazione di pena su richiesta e sospensione della patente di guida *(Cass. pen., Sez. IV, 24 febbraio 2012 (c.c. 12 gennaio 2012), n. 7832)* **1199**

Prove

Video-riprese in un'aula scolastica: sufficiente (e necessario) il provvedimento del pubblico ministero *(Cass. pen., Sez. VI, 3 settembre 2012 (14 giugno 2012), n. 33593)* **1196**

Regime della prova

Sulla non equipazione del controllo della corrispondenza del detenuto al regime delle intercettazioni *(Cass. pen., Sez. Un., 18 luglio 2012 (c.c. 19 aprile 2012), n. 28997)* **1182**

Retroattività *in mitius*

Correnti superficiali e correnti profonde nel mare delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole), di *Francesco Palazzo* **1173**

Ricorso straordinario

Ambito di applicabilità del ricorso *ex* art. 625-*bis* c.p.p. *(Cass. pen., Sez. Un., 17 luglio 2012 (c.c. 21 giugno 2012), n. 28717)* **1183**

Statuizioni civili ed ammissibilità del ricorso straordinario per errore di fatto *(Cass. pen., Sez. Un., 17 luglio 2012 (c.c. 21 giugno 2012), n. 28718 e n. 28719)* **1184**

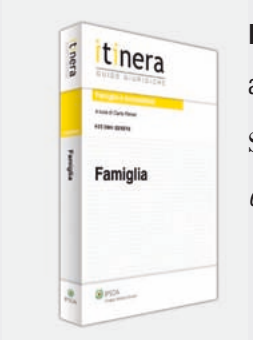
itinera

GUIDE GIURIDICHE

La nuova collana curata **dai professionisti per i professionisti** del diritto

La collana sviluppa, in chiave **multidisciplinare**, tutti gli ambiti settoriali del diritto con un approccio **pratico-operativo** di **alto livello qualitativo**. Ciascun titolo è affidato a **Studi e Professionisti** leader dei diversi settori del diritto.

Le Guide sono arricchite da **clausole contrattuali**, **case history**, **esempi**, **casistica giurisprudenziale**, **focus**, **adempimenti**, **quesiti**, **schemi riepilogativi**, **approfondimenti bibliografici** e da un **dettagliato indice analitico**.

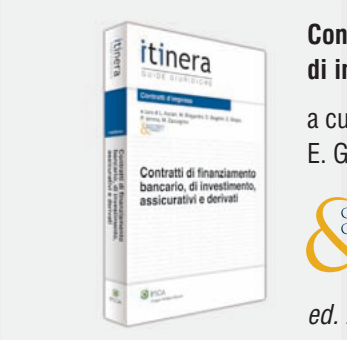


Famiglia

a cura di Carlo Rimini

STUDIO RIMINI

ed. 2012 - € 55,00



Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati

a cura di L. Acciari, M. Bragantini, D. Braghini, E. Grippo, P. Iemma, M. Zaccagnini

GIANNI-ORIGONI GRIPPO-CAPPELLI PARTNERS

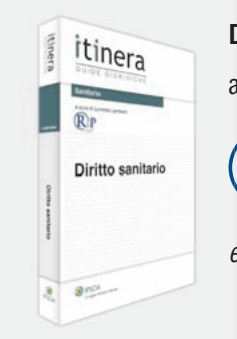
ed. 2012 - € 68,00

Arbitrato

a cura di L. Salvaneschi, L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris, V. Allavena, F. Cintioli, M. Iacoviello, D. Ielo, A. Negri, M. Olivieri, A. Villa

BONELLI EREDE PAPPALARDO
STUDIO LEGALE

ed. 2012 - € 57,00



Diritto sanitario

a cura di Lorenzo Lamberti

R&P Legal

ed. 2012 - € 57,00

Fallimento e altre procedure concorsuali

a cura di Paolo Pototschnig, Fabio Marelli, Maurizio Cimetti

NCTM
Studio Legale Associato

ed. 2010 - € 95,00

Compravendita immobiliare

a cura di Mariagrazia Monegat e Augusto Cirla

LEXJUS SINACTA

ed. 2010 - € 55,00

www.ipsoa.it/itinera

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

Y43DT LE

È nata una nuova specie di avvocati. Liberi.

Paolo e Claudia sono due avvocati di successo e da quando hanno scelto Kleos la loro professione è cambiata: possono esercitare ovunque e in qualsiasi momento.

Wolters Kluwer | Kleos

Kleos è il primo software italiano **on Cloud** per avvocati, che ti permette di lavorare ovunque in piena **libertà**.

- Consulti le scadenze e la tua agenda anche in mobilità, in qualsiasi momento, da smartphone o tablet;
- Gestisci posta elettronica e PEC dentro lo stesso ambiente;
- Sei sempre aggiornato sullo stato delle tue pratiche, sincronizzate con il Polisweb PCT, anche quando sei fuori studio;
- Lavori senza preoccuparti di hardware, server, back-up dei dati, aggiornamenti software e legislativi;
- Non sostieni investimenti per la sicurezza e la protezione dei dati;
- Consulti le banche dati Wolters Kluwer Italia, direttamente dal software.

L'applicazione mobile oggi è GRATUITA.

Kleos. Cambia la tua Professione.

Visita il sito **www.avvocatiliberi.it**

Distribuito da: CEDAM | UTET GIURIDICA | LEGGI D'ITALIA Gruppo Wolters Kluwer | IPSOA Gruppo Wolters Kluwer | OA SISTEMI Gruppo Wolters Kluwer

UTET Giuridica ® è un marchio registrato e concesso in licenza da UTET S.p.A. a Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Y47DV-LE