

PAROLA alla DIFESA

rivista bimestrale diretta da
Beniamino Migliucci, Giorgio Spangher, Giovanni Flora



www.parolaalladifesa.it

1
DUEMILASEDICI
settembre-ottobre

Comitato scientifico:

A. De Caro, F. Dinacci, O. Dominioni, G. Fiandaca, L. Filippi, A. Gaito,
M. Gallo, A. Gargani, G. Garuti, A. Giarda, F. Giunta, G. Insolera,
A. Lanzi, V. Maiello, V. Manes, A. Marandola, N. Mazzacuva,
G. Pecorella, D. Siracusano, L. Stortoni

**Pacini
Giuridica**

Indice

BENIAMINO MIGLIUCCI, <i>Presentazione</i>	p.	3
<i>Ricordo di Paola Rebecchi</i>	»	5
Editoriale		
MARCELLO GALLO, <i>L'avvocato forse scartato, sicuramente pietra angolare</i>	»	7
Opinioni		
GIOVANNI FLORA, <i>Impresa "lecita" e associazione per delinquere</i>	»	9
ANTONELLA MARANDOLA, <i>A proposito della specificità dei motivi d'appello</i>	»	17
GIORGIO SPANGHER, <i>Giurisdizione. Accusa. Separazione. Difesa. Giusto processo</i>	»	25
ALESSANDRO DIDDI, <i>Le nuove geometrie variabili delle sentenze della Corte di cassazione: quale futuro per la funzione nomofilattica? Osservazioni a margine delle recenti disposizioni del Primo presidente sulla motivazione semplificata delle decisioni</i>	»	33
Dal Parlamento / Al Parlamento		
LUIGI STORTONI, <i>Il progetto di riforma della prescrizione: un'erosione compiacente</i> ..	»	53
GAETANO INSOLERA, <i>Punire il depistaggio. Prime incomplete riflessioni: la situazione è disperata e seria</i>	»	57
EMANUELA FRONZA, <i>Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo</i>	»	63
Dalle Corti		
Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 22 maggio 2015, C-241/15, con nota di GUIDO COLAIACOVO, <i>Esercizio del potere coercitivo ed emissione del mandato d'arresto europeo: la legge italiana e la giurisprudenza della Suprema Corte alla luce della sentenza della Corte di Giustizia</i>	»	73
Corte cost., 6 aprile 2016, n. 114, con nota di FABRIZIO GALLUZZO, <i>La Corte non si pronuncia sull'automatica esclusione del responsabile civile dal giudizio abbreviato</i> ...	»	87
Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, con nota di MARCO MARIA MONACO, <i>Appello della sentenza di assoluzione e divieto di reformatio in peius. In attesa dell'entrata in vigore del nuovo comma 4-bis dell'art. 603 c.p.p. le Sezioni Unite delineano i principi di riferimento</i>	»	91

Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 20769, con nota di IRMA CONTI, <i>Indisponibilità del braccialetto elettronico: il Giudice non deve automaticamente applicare la misura della custodia cautelare in carcere</i>	115
Cass., Sez. Un., 31 marzo 2016, n. 18954, con nota di GIORGIO SPANGHER, <i>Termini per il deposito della motivazione della decisione del procedimento di riesame reale (art. 324, comma 7, c.p.p.): le riserve aumentano</i>	119
Cass., Sez. VI, 22 aprile 2016, n. 23013, con nota di DAVIDE BIANCHI, <i>Persiste l'incerto criterio della detraibilità dal profitto confiscabile dell'utilità conseguita dal danneggiato</i> »	123
Trib. Prato, Sez. Penale, 5 aprile 2016, n. 1093, con nota di GHERARDO MINICUCCI, <i>Note sparse su pericolo, dolo e particolare tenuità della bancarotta semplice documentale</i>	133
Trib. Firenze, giudice per le indagini preliminari, 27 gennaio 2015, n. 163, con nota di RAFFAELLA BARONI, <i>Brevi riflessioni sul sexting, sul concetto di "utilizzo del minore" e sulla diffusione di materiale pedopornografico consensualmente prodotto</i>	145
 Focus / Dibattiti	
<i>Trojan Horse: tecnologia, indagini e garanzie di libertà</i>	
a cura di RINALDO ROMANELLI	
<i>Intercettazioni a mezzo captatore informatico: applicazioni pratiche e spunti di riflessione alla luce della recente decisione delle Sezioni Unite</i> , di Edmondo Pio – <i>Il Trojan: aspetti tecnici e operativi per l'utilizzo di un innovativo strumento d'intercettazione</i> , di Marco Zonaro – <i>"Captatori informatici": per un ponte tra diritto e informatica</i> , di Daniele Minotti – <i>Il captatore informatico nell'attuale panorama investigativo: riflessi operativi</i> , di Fabrizio Perna – <i>Trojan horse, strumenti investigativi e diritti fondamentali: alla ricerca di un difficile equilibrio</i> , di Luigi Gino Velani – <i>L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni Unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia</i> , di Leonardo Filippi – <i>Il regime della captazione dei dati informatici nel diritto francese</i> , di Paul Le Fèvre – <i>L'utilizzo del captatore informatico "Trojan Horse" nella procedura penale portoghese</i> , di Paulo de Sá e Cunha Leonor Chastre – <i>Una prima analisi generale sul decreto ministeriale previsto dall'emendamento Casson-Cucca</i> , di Stefano Aterno, Fabio Pietrosanti e Andrea Ghirardini – <i>Trojan: urge la legge</i> , di Giorgio Spangher – <i>"Trojan di Stato": l'intervento delle Sezioni Unite non risolve le problematiche applicative connesse alla natura del captatore informatico</i> , di Luigi Annunziata – <i>Rilievi conclusivi rispetto alla delega in discussione al Senato</i> , di Rinaldo Romanelli.....	159
 Stanza di Gaetano	195
di GAETANO PECORELLA	

Presentazione

Quando, non molto tempo fa, Gaetano Pecorella mi ha rappresentato il rammarico per la interruzione della storica rivista delle Camere Penali “Difesa Penale”, suggerendo di considerare l’opportunità di dotare nuovamente i penalisti italiani di uno strumento scientifico che tenesse conto delle sensibilità e del punto di vista dell’avvocatura penale, ho accolto, insieme alla Giunta, con entusiasmo, l’invito. L’intenzione di coltivare un progetto difficile quanto ambizioso va ricercato anche nella circostanza che nel programma per la guida dell’Unione presentato al XV Congresso ordinario di Venezia, nel 2014, si prevedeva di dar vita alla pubblicazione di un “massimario alternativo” che diffondesse “i principi di diritto non in linea con quelli cari alla politica criminale giudiziaria” procedendo ad una “più corretta massimazione delle sentenze della Cassazione”. Si aggiungeva, nel programma, che spesso le sentenze più significative, in materia penale vengono commentate sulle riviste, per lo più in senso adesivo, da prestigiosi magistrati, indubbiamente autorevoli e dotati di ottima preparazione” il che chiudeva “un ideale cerchio che va dalla produzione formale delle disposizioni, alla creazione della regola da applicare nel caso concreto, al condizionamento di una cultura giuridica che ormai attinge bulimicamente al supermercato delle massime”.

L’idea di Gaetano Pecorella, dunque, si coniugava perfettamente con gli intendimenti della Giunta che nel programma aveva ancora avvertito l’esigenza di un “controllo sulla legalità delle decisioni giudiziarie”. Al successivo Congresso straordinario di Cagliari abbiamo dunque voluto rendere partecipi i penalisti della volontà di dotare l’Unione di una rivista che, oltre alla consueta possibilità di aggiornamento, di studio e consultazione, fornisse un elemento di dibattito e di elaborazione su contenuti dottrinari e, soprattutto, giurisprudenziali “sommersi” perché non in linea con la massimazione ufficiale o con commenti “politicamente corretti”. La straordinaria occasione di far rivivere, non per ragioni solo sentimentali, la rivista dell’Unione è stata resa possibile dalla generosità e disponibilità di Giorgio Spangher, degli amici del Comitato scientifico e di quello di Redazione. Il lavoro è stato preceduto da una proficua “prova” costituita dall’esperienza assai apprezzata della *news-letter* giurisprudenziale curata da un gruppo di giovani valorosi, che pure collaboreranno con la redazione della Rivista.

Non credo serva dilungarsi troppo a illustrare il livello del Comitato scientifico che può vantare autorevolissimi esponenti dell’Accademia e dell’Avvocatura che hanno deciso di offrire il loro contributo per quell’incontro di saperi e di culture che l’Unione intende perseguire. Abbiamo, dunque, una nuova rivista che si occuperà naturalmente anche del diritto e della giurisprudenza europea e che avrà un angolo riservato alla “Stanza di Gaetano”, nel quale troveranno spazio pagine storiche dell’avvocatura e contributi attuali che pongano in evidenza il ruolo e la funzione sociale del difensore e della difesa. Un ultimo ringraziamento va all’Editore Pacini che da sempre è a fianco dell’Unione nella diffusione

delle iniziative e delle pubblicazioni, il quale ha consentito di poter raggiungere un altro ambizioso risultato con la distribuzione gratuita della rivista *on-line* a tutti gli iscritti delle Camere Penali italiane.

Nel sottolineare la funzione della rivista, piace rammentare il pensiero rivolto da Giorgio Spangher all'avvocatura nel suo ultimo libro: "il giurista non ha certezze; ha dubbi, legge tra gli interstizi delle norme, negli spazi bianchi dei commi, ricompone i dati normativi, elabora dove si pensa che tutto sia già stato detto. In questo stesso modo, l'avvocato inizia il suo lavoro (e lo riversa nel processo), quanto per gli altri non c'è più niente da fare, anche perché spesso – sempre più spesso – i legittimi diritti si smarriscono nel labirintoso percorso di una giustizia che risulta ostile".

BENIAMINO MIGLIUCCI

Ricordo di Paola Rebecchi

Vogliamo in questa occasione ricordare Paola Rebecchi con la quale abbiamo perso, non solo un'amica intelligente, leale e generosa, ed una collega competente, attenta, orgogliosa della propria professione e della propria appartenenza, ma anche un esempio di come debba essere un avvocato penalista ed una impareggiabile guida per i più giovani colleghi nel Foro e nell'Unione.

Vogliamo ricordarla qui, ancora una volta, proprio perché Paola ha dedicato tutte le sue energie e tutto il suo instancabile impegno, nel suo lavoro di avvocato e nell'Unione, per la tutela e la promozione delle garanzie e dei diritti degli imputati, e per la effettività della difesa degli ultimi, facendosi apprezzare da tutti gli interlocutori istituzionali, dai colleghi e dagli accademici che hanno avuto la fortuna di conoscerla e di lavorare con lei.

Nel ringraziarla per quanto ha fatto per tutti noi e per l'avvocatura intera, le promettiamo, anche attraverso questa importante iniziativa editoriale, che porteremo avanti il suo lavoro con la sua stessa inestinguibile passione, continuando a lavorare per una giustizia penale migliore, che coltivi la libertà e la dignità della persona come valori indeclinabili.

Gli amici dell'Unione delle Camere Penali italiane.

L'avvocato forse scartato, sicuramente pietra angolare

Editoriale

MARCELLO GALLO

Quando Giorgio Spanger mi invitò a scrivere l'articolo inaugurale del giornale dell'Unione delle camere penali, sentii subito la responsabilità di un avvio al foglio che si propone quale voce di tutti noi penalisti. E, dati i tempi, mi venne un titolo: elogio dell'avvocato fatto da un avvocato. Dati i tempi: non dobbiamo nasconderci che oggi come oggi non siamo troppo simpatici ai nostri concittadini. L'avvocato, e forse in modo particolare, il penalista è visto come una sorta di Azzecagarbugli, connivente, se non addirittura complice, di malfattori.

Quante volte ce lo siamo sentiti dire: spesso, per sottintesi, non di rado a lettere più chiare. Naturalmente, non ne siamo troppo felici – anche se, a ben rifletterci – quella di Azzecagarbugli è una taccia che non mi dispiace. Il personaggio, il collega è, quanto meno, piuttosto civile. L'esortazione a imparare a parlare, a impadronirsi del linguaggio, è sempre attuale e feconda. Ma lasciamo andare. Consoliamoci al pensiero che la persona che non apprezza l'avvocato non apprezza la difesa di precise facoltà. Sottovaluta l'argine al potere, non si preoccupa delle minoranze. Ma tutto questo è affare degli avvocati. Quale ne sia il pensiero, l'ideologia che, dentro o fuori dell'esercizio professionale li anima, gli avvocati, perfino quando si muovono in un ordine tirannico, sono al servizio della regola, cioè di un limite al comando altrimenti esercitato senza freni. Non esageriamo, insomma, se diciamo che dove batte male per gli avvocati, batte male per l'individuo rispetto a forze che, pur se non lo vogliono, finiscono con lo schiacciarlo.

Non mi sembra, però, il caso di insistere sulla rivendicazione di qualità e meriti che, bisogna dirlo, vanno oltre le intenzioni dei singoli, per abbracciare un insieme culturale e professionale.

Più importante, in questi giorni, ribadire alcune delle cose che proprio noi avvocati riteniamo di dover perseguire. Perché, avvocati: non per interessi cosiddetti di casta, ma in virtù del mestiere che, giorno dopo giorno, ci fa sentire quanto ciò a cui aspiriamo sia essenziale al vivere onesto, in rapporti bene ordinati. Come sempre ci sono delle priorità. Ed è di queste che intendo far cenno.

In primo luogo, la separazione delle carriere e della posizione istituzionale dei giudici

rispetto ai pubblici ministeri. A riguardo si è detto, pro e contro, tutto quanto poteva essere detto. Alla resa dei conti ritengo che non sia superabile l'argomento secondo il quale non ci sarà mai il giudice terzo, voluto dalla Carta, se questo giudice non è in condizione di guardare con lo stesso distacco chi accusa e chi difende. Senza contare, poi, che la separazione è già implicita negli artt. 101 e 107.

Una riflessione sul secondo comma dell'articolo 101 "i giudici sono soggetti soltanto alla legge". L'attenzione è stata fin'ora posta, soprattutto, sul "soltanto". Altrettanto importante, però, farsi carico della proclamata soggezione alla legge. Grandi sono gli spazi di libertà necessariamente lasciati ai giudici. Ugualmente significativa, però, la dipendenza dalla legge. Specie se, come è doveroso, viene letta nel senso di legge scritta. Con il corollario: di norma, la legge non è retroattiva. Senza acrobazie verbali, questo significa che nella legge non debbono trovarsi elementi che il destinatario della legge stessa non può tener presenti, calcolare, al momento del suo fare o non fare.

Dalla regola si arriva al giudizio, dalla regola stessa ordinato. Il giudizio, di cui bisogna dar ragione. Dunque, motivazione, effettiva, reale non cortina fumogena. Occorre, insomma, che tutti i passaggi dell'argomentare che regge la conclusione finale, siano esplicitati. Al posto di espressioni spesso viziate da vuota autoreferenzialità, il racconto chiaro e preciso di come e perché si addivenga a un certo asserto. I generi, in largo senso "letterari", vanno rispettati, anche il genere "sentenza". A dissertazioni, assai spesso approfondite e dense di cultura, ma non indispensabili, va preferita quella motivazione trasparente che assieme ai necessari requisiti formali costituisce la più convincente legittimazione della funzione del giudice.

Tema all'ordine del giorno quello della prescrizione. Che può essere rivisitata, a patto, però, che una cosa rimanga certa. I termini di estinzione del reato e della pena non vanno dilatati fino a tenere un soggetto sotto minaccia anche per tutta la vita. Si è molto insistito sul fatto che la prescrizione favorisce un processo veloce. Verissimo, anche se non va dimenticato che il processo deve essere soprattutto giusto. Detto questo, altrettanto importante la dimensione sostanziale dell'istituto. Saggiamente utilizzato, il fattore tempo permette di non punire la persona che per inesorabile calendario ha poco in comune con l'autore del reato. Saggiamente utilizzato. Per un certo numero di anni, ma non tanti: tre mi sembrerebbero sufficienti, la prescrizione potrebbe iniziare dal momento in cui il procedimento è instaurato.

Parecchio c'è ancora da dire. Ma siamo davanti a una pagina bianca, e la pagina bianca vuole chiarezza nelle prime righe.

Impresa “lecita” e associazione per delinquere

Opinioni

GIOVANNI FLORA

SOMMARIO: 1. Associazione per delinquere e politica criminale giudiziaria. – 2. I problematici criteri distintivi tra associazione e concorso nel reato continuato. – 3. Lo “sfruttamento” della struttura imprenditoriale come criterio per la configurabilità del delitto associativo? – 4. Punti fermi per la soluzione del problema. – 5. Ulteriori dati normativi da valorizzare. – 6. La fondamentale distinzione tra “imprese societarie illecite” ed “illeciti delle imprese societarie”.

1. Associazione per delinquere e politica criminale giudiziaria.

Costituisce un dato incontestabile della quotidiana prassi giudiziaria l'utilizzazione “strumentale” della contestazione del delitto di associazione per delinquere per una duplice finalità: rendere più severa la risposta sanzionatoria allorché i reati fine programmati (e realizzati) appaiono alla magistratura troppo blandamente puniti (classici i casi dell'associazione a fini di truffa e/o di appropriazione indebita); consentire la custodia cautelare in carcere e le intercettazioni telefoniche ed ambientali (quando i livelli edittali dei reati fine non lo permetterebbero) e l'affievolimento di tutte le garanzie processuali (ora anche il ricorso al “trojan”) che l'ordinamento contempla allorché si tratta di “reati di criminalità organizzata”. Reati tra i quali (sorprendentemente perché ingenuamente ritiene che quello della ragionevolezza sia il criterio principe di interpretazione delle norme) la giurisprudenza di legittimità fa notoriamente rientrare anche l'associazione per delinquere “comune” (Cass., S.U., 11.05.2005 n. 17706).

Insomma, si ha l'impressione che basti contestare una pluralità di delitti ad almeno tre persone ed il gioco è fatto. Senza contare che la prassi ha conosciuto anche la contestazione di associazione per delinquere a carico di un unico “responsabile” identificato; dietro la considerazione che non avrebbe potuto da solo realizzare una pluralità di fatti a danno di più persone ... se non in associazione con altri da compiutamente individuare.

2. I problematici criteri distintivi tra associazione e concorso nel reato continuato.

A ciò si aggiunga che la giurisprudenza, anche di legittimità, a dispetto della apparente linearità dei principi di diritto espressi tralaticciamente condensati nelle massime di cui bulemicamente gli “operatori” del diritto penale si cibano, non è mai riuscita in modo convincente ad indicare una costante, univoca, chiara e “commestibile” linea di demarcazione tra reato associativo e concorso di persone nel reato continuato.

Una pur meticolosa ricerca che frughi anche i più inesplorati canali di approvvigionamento delle massime della Suprema Corte non riesce a reperire se non due sole sentenze (su casi del tutto peculiari) e delle quali si dirà nel prosieguo che affermano l’insussistenza del reato associativo “a favore” dell’ipotesi della continuazione. Insomma: quasi tutte le volte che ci si imbatte in una massima che ripete la stanca litania del criterio delimitativo tra le due figure (indeterminatezza del programma delittuoso, organizzazione, ancorché “rudimentale”, destinata a sopravvivere anche oltre la commissione dei reati-fine = art. 416 c.p.; accordo, pur se strutturato, destinato a cessare dopo la commissione dei delitti programmati nell’ambito del “medesimo disegno criminoso” = art. 81, comma 2 c.p.), ben difficilmente si riesce poi a comprenderne appieno l’utilizzazione in funzione della soluzione della singola vicenda processuale.

Eh sì, perché la stessa Suprema Corte si premura di precisare che può configurarsi associazione per delinquere anche se il sodalizio è finalizzato alla commissione, non di un numero indeterminato di delitti, ma anche un numero previamente determinato di illeciti (ma allora dove sta il confine con il concorso di persone nel reato continuato?). Non solo, ma spesso (e qui per vero a “peccare” è per lo più la giurisprudenza di merito) nella prassi applicativa si confonde l’estremo organizzativo, caratteristica strutturale implicita del delitto associativo, con l’aggravante dell’organizzazione/direzione dell’opera dei concorrenti contemplata, come aggravante, nell’art. 112, n. 2) c.p.

Vero è che l’indeterminatezza della fattispecie associativa in unione con l’indeterminatezza della condotta di partecipazione costituisce formidabile terreno di coltura dei batteri di cui si alimenta il diritto penale giurisprudenziale. Come dimostrano le vicende del c.d. “concorso esterno” che – com’è noto – si sono arricchite di un nuovo capitolo con l’invio della questione della sua configurabilità, proprio in relazione all’associazione comune, alle Sezioni Unite della Cassazione (Cass., Sez. I, 3/05/2016, Addeo).

3. Lo “sfruttamento” della struttura imprenditoriale come criterio per la configurabilità del delitto associativo?

In questo contesto si inserisce la problematica che si presenta sempre più frequentemente nella prassi applicativa, della configurabilità del reato associativo, quando siano commessi una pluralità di delitti nell’esercizio di una attività imprenditoriale lecita.

Gli orientamenti giurisprudenziali, infatti, sono sufficientemente attestati su una posi-

zione francamente non condivisibile, nonostante qualche "apertura" di sentenze rese su vicende giudiziarie del tutto peculiari; ma i cui principi giuridici potrebbero essere adeguatamente ripresi e "generalizzati".

Secondo indirizzi assai consolidati non necessariamente la struttura idonea a perseguire i reati-fine deve essere creata ad hoc, ma può anche consistere nell' "adattamento" a finalità delittuose di una preesistente organizzazione lecita (come ad esempio quella tipica di una società di capitali) (v. ad esempio: Cass., Sez. I, 3.10.1989, n. 134, Pintacuda, rv. 182999). Cosicché la commissione di una pluralità di delitti, "supportata", vorrei dire inevitabilmente, dai meccanismi organizzativi tipici dell'impresa societaria integrerebbe pienamente gli estremi dell'associazione per delinquere.

Per vero - come si diceva - è rintracciabile anche qualche decisione la quale richiede che alla struttura societaria lecita si sovrapponga una "autonoma" struttura dedita alla commissione di delitti. Anche se le vicende dei casi concreti cui si riferiscono sono - come si diceva - del tutto peculiari.

La prima sentenza (Cass., Sez. VI, 8.08.1997, n. 1329) si riferisce al noto caso di Scientology, alla quale viene riconosciuta la natura di confessione religiosa con la conseguente implicazione che sarebbe configurabile come associazione per delinquere solo nel caso in cui vi fosse una sorta di mutamento genetico determinato da una dedizione al delitto da parte dei propri seguaci (il che viene escluso nel caso concreto).

La seconda sentenza (Cass., Sez. VI, 30.01.2013, n. 34489) riguarda invece le vicende di alcuni funzionari dell'Ufficio Prevenzione Generale della Questura di Milano che non furono ritenuti responsabili di associazione per delinquere, mancando la prova della creazione di un autonomo organismo associato destinato in via permanente ad attività delinquenziali, né che la comune struttura di appartenenza (Uffici di Polizia Giudiziaria Questura Milano) fosse stata piegata a finalità delinquenziali.

Entrambe le sentenze, ed in particolare l'ultima, sembrano riprendere il principio stabilito dalla Seconda Sezione della stessa Suprema Corte di Cassazione (n. 5838 del 9 febbraio 1995, Avanzini ed altri rv. 201516) secondo la quale non può configurarsi l'associazione se manca la prova del collegamento tra i fatti illeciti e le "linee guida" dell'organizzazione stessa.

Rimane un dubbio di fondo: come è possibile che "delitti di impresa" (perché solo questo è il caso problematico) possano essere commessi da una struttura sovrapposta a quella dei "responsabili" della politica di impresa?

E ancora: se la struttura organizzativa tipica della fattispecie associativa ha da essere destinata a protrarsi anche oltre la commissione dei delitti fine e se è connaturata alla attività imprenditoriale la vocazione a "durare" anche oltre i limiti temporali delle singole condotte che ne costituiscono esecuzione; come possono ancora "funzionare" i classici criteri di delimitazione tra delitto associativo e concorso di persone nel reato continuato, anche a voler considerare i principi espressi nelle sentenze "favorevoli" che abbiamo appena ricordato?

Se, ad esempio, i dirigenti in un'impresa societaria, per superare un momento di crisi, decidono di abbattere i costi di alcuni periodi di imposta, ricorrendo a fatture per ope-

razioni inesistenti, davvero dovranno ritenersi integrati gli estremi della associazione per delinquere, per il solo fatto che ciò presuppone un accordo con i dirigenti della società emittente la falsa fattura?

E dovranno rispondere di associazione per delinquere i dirigenti di una società che fabbrica e commercializza automobili, mette in circolazione vetture che non corrispondono alle caratteristiche di conformità antinquinamento degli scarichi falsamente dichiarate ai consumatori, per il solo fatto che si avvalgono “naturalmente” della struttura imprenditoriale lecitamente finalizzata alla produzione e vendita?

4. Punti fermi per la soluzione del problema.

Per risolvere correttamente il problema è necessario fissare alcuni punti fermi, anche previa ricognizione di dati normativi “sparsi” nel sistema che possono essere adeguatamente valorizzati.

Una constatazione banale, ma fondamentale, da cui muovere: l'associazione per delinquere è delitto contro l'ordine pubblico, categoria cara ai compilatori del codice, un po' meno ai padri costituenti.

Una nozione di ordine pubblico costituzionalmente accettabile, non può che connotarsi in senso materiale di sicurezza pubblica, compromessa dall'insediamento nel territorio di organizzazioni dedite alla commissione di delitti, poiché ne consegue l'accrescimento del pericolo di un numero potenzialmente indeterminato di delitti.

Già in base a questa semplice considerazione dovrebbe convenirsi che l'attuale dilatazione della portata applicativa dell'art. 416 c.p. non trova alcun fondamento nella configurazione tipica della fattispecie forgiata al fuoco dell'oggettività giuridica che ne costituisce l'anima. Anima che in un sistema a legalità formale dovrebbe essere di acciaio inossidabile e che nella prassi ha assunto invece la consistenza dell'argilla modellata a seconda delle contingenti finalità di politica criminale giudiziaria che si intendono perseguire.

Seconda osservazione. L'art. 16 del d.lgs. 231 del 2001, contiene due previsioni di estremo interesse. Dopo avere stabilito nel primo comma che l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività “può” essere discrezionalmente disposta se l'ente ha tratto dall'illecito un profilo di rilevante entità ed è già stata condannata negli ultimi sette anni per almeno tre volte all'interdizione temporanea dall'esercizio dell'attività; nel terzo comma contempla la indefettibile sanzione della definitiva interdizione dall'esercizio dell'attività “se l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzata allo scopo unico o prevalente di consentire o agevolare la commissione di reati in relazione ai quali è prevista la sua responsabilità”.

Se ne può fondatamente dedurre che il sistema (complessivamente considerato) distingue e tratta diversamente le ipotesi di “criminalità societaria” a seconda che la struttura organizzativa imprenditoriale si connoti per una sua vocazione esclusiva (o semi-esclusiva) alla commissione di illeciti penali oppure venga per così dire a tali fini “sfruttata”, ancorché ripetutamente e con una frequenza non certo sporadica.

E ciò vale anche ai fini di individuare le caratteristiche connotative di una associazione

per delinquere, allorché la trama organizzativa coincida con la struttura imprenditoriale allestita per finalità "istituzionali lecite".

Quindi, solo allorché si possa fondatamente ritenere che l'impresa societaria "lecita" abbia per così dire subito una degenerazione dei suoi connotati che non la identificano più nella realtà socio-economica come "società commerciale", ma come organismo dedito alla commissione di delitti caratteristici della criminalità del profitto, potrà configurarsi nei confronti di "tre o più" soggetti cui si deve la trasformazione genetica della compagine sociale, il delitto di associazione per delinquere.

Lo stesso, e a maggior ragione, è a dirsi allorché la forma "societaria" non sia che lo schermo di un'impresa ab origine "illecita".

Ancora una notazione critica sugli orientamenti giurisprudenziali in materia. Di solito, ancorché gli "associati" tengano condotte perfettamente in linea con le attribuzioni loro proprie alla stregua dell'organigramma societario, si sentono tutti quanti attribuire la qualifica di promotori (o di organizzatori). Emblematico il caso di una società esercente il commercio di auto nuove ed usate alcune delle quali (in percentuale minima rispetto al totale delle vetture usate rivendute), prima di essere di nuovo immesse sul mercato, venivano fatte oggetto di un trattamento di "ringiovanimento" che comprendeva anche un intervento dell'abbassamento del chilometraggio attestato nel relativo "contachilometri".

Ebbene, ai tre soci che ricoprivano anche ruoli operativi, è stata riconosciuta la qualifica di "promotori"/"organizzatori".

Orbene, a prescindere dalla circostanza che qui non ricorrono i connotati che consentono, in base a quanto siamo andati fino ad ora sostenendo, di ritenere integrata la fattispecie associativa, perché mai imputare la condotta di promozione/organizzazione?

Se le condotte di ciascuno sono né più né meno quelle "tipiche" dell'esercizio imprenditoriale lecito (acquisizione/valutazione dell'usato ritirato in parziale permuta del nuovo, "risistemazione" dell'usato ritirato su parte del quale si "abbassa il chilometraggio"; rivendita dell'usato così ricondizionato assieme a quello con chilometraggio "reale") dov'è l'attività di costituzione ed organizzazione? A meno che non si confonda la funzione di organizzazione dell'associazione con la promozione/direzione/organizzazione dell'attività dei concorrenti che è tutt'altra cosa (art. 112, n. 2) c.p.).

5. Ulteriori dati normativi da valorizzare.

Due considerazioni finali con riguardo ad ipotesi di frequente riconoscimento dell'ipotesi associativa in relazione a fatti commessi nell'ambito di attività imprenditoriale di per sé lecita: l'utilizzazione "continuata" di fatture per operazioni inesistenti; il contrabbando "continuato" di prodotti petroliferi.

Si tratta a mio modo di vedere di ipotesi problematiche perché tanto l'utilizzazione di false fatture (che presuppone l'accordo con l'emittente) che il ricorso all'importazione di prodotti petroliferi senza il pagamento delle accise (o con pagamento di importi inferiori a quelli corretti) presuppongono, nella fenomenologia socio-criminale corrispondente, la partecipazione di una pluralità di soggetti e un minimo di strutturazione "organizzativa" dell'attività.

Non solo ma, nonostante che la giurisprudenza ragioni in termini esattamente rovesciati, il legislatore mostra di averne tenuto conto, sia quando ha escluso la punibilità del concorso c.d. “incrociato” tra chi emette (e concorre ad emettere) e chi utilizza (e chi concorre ad utilizzare) false fatture (art. 9 d.lgs. n. 74 del 2000); sia quando, nel sottosistema dei delitti di contrabbando, ha voluto incriminare espressamente l’associazione dedita al traffico illecito di tabacchi lavorati esteri (art. 291-quater d.P.R. n. 473 del 1973). Che conclusioni se ne possono trarre?

Per quanto concerne l’esclusione della punibilità del concorso reciproco tra emittente ed utilizzatore delle false fatture e che esplicitamente si estende anche ai rispettivi concorrenti nell’emissione e/o utilizzazione, non ci si può certo limitare a coglierne la *ratio* nella semplice volontà di non punire più volte un soggetto per il medesimo fatto, come fa la giurisprudenza, senza neanche domandarsi perché. Quasi che il legislatore penal-tributario, còlto da un raptus di benevolenza, abbia voluto creare una eccezionale deroga alla regola dell’art. 110 c.p. Quando si afferma che non si intende punire “due volte per lo stesso fatto” si dice solo una mezza verità, perché non se ne approfondiscono le ragioni fondative.

Esse sono da rintracciarsi nelle regole logico-razionali che presiedono l’attività di tipizzazione dei comportamenti che il legislatore ha il dovere costituzionale (principio di tassatività/determinatezza, materialità, ragionevolezza) di forgiare e valutare (attraverso la comminatoria edittale) così come (con le caratteristiche fattuali con le quali) si presentano nella realtà sociale, secondo l’*id quod plerumque accidit* (nella maggior parte dei casi). Orbene, è del tutto ovvio che, nella realtà sociale, i fenomeni della utilizzazione ed emissione di fatture false sono solitamente complementari e presuppongono un accordo, supportato dalle strutture organizzative dell’impresa emittente e di quella utilizzatrice. Cosicché si deve ragionevolmente ritenere che il legislatore, nel misurare il disvalore dei fatti di ciascuna delle due fasi complementari (emissione/utilizzazione) abbia già considerato anche la quota da attribuirsi all’attività di “collaborazione” alla realizzazione del delitto “complementare”. Come pure abbia già tenuto conto che la fenomenologia criminale in questione è, nei fatti, “necessariamente plurisoggettiva” e non può che essere “sostenuta” da una “sia pur rudimentale” struttura organizzativa. Con il che si determina una incompatibilità logica tra questa tipologia di delitti e l’associazione per delinquere finalizzata alla loro realizzazione. A meno che – naturalmente – non ci si trovi in presenza di imprese dedite prevalentemente o esclusivamente alla “produzione” di false fatture e/o ad imprese che svolgono attività finalizzata esclusivamente o prevalentemente all’ottenimento di indebiti rimborsi mediante l’utilizzo di false fatture. Imprese, dunque, che in realtà non svolgono alcuna attività lecita ma sono solo schermi, costruzioni cartacee tesi a nascondere un’attività intrinsecamente delittuosa.

Anche muovendo da questo specifico dato normativo, che non costituisce dunque una “eccezione” alla “regola” della punibilità del concorso di persone, ma risponde ad un più generale principio fondativo del diritto penale liberal-democratico, possono trovare conferma le conclusioni che mi sono permesso di avanzare in questo breve scritto.

Venendo poi all’ipotesi della associazione a fini di contrabbando si possono svolgere le seguenti considerazioni.

Certamente non può tout court ritenersi che una simile previsione inibisca la configurabilità dell'associazione finalizzata ad un qualsiasi altro delitto fiscale. Ma quando si tratta di delitti fiscali, la cui concreta realizzazione, secondo quanto emerge dalla esperienza socio-criminale, richiede la predisposizione di una idonea struttura organizzativa (e a maggior ragione quando venga "sfruttata" la intelaiatura tipica dell'assetto societario) ritengo si possa fondatamente escludere la compatibilità della realizzazione plurisoggettiva continuativa di simili figure delittuose con l'associazione per delinquere.

Proprio perché il legislatore non può non aver tenuto conto nello stabilire i limiti editali, della sottostante fenomenologia concreta. È il caso, ad esempio, del contrabbando di notevoli quantitativi di prodotti petroliferi. A ben diversa conclusione si dovrebbe invece pervenire, ancora una volta, in caso di impresa societaria dedita esclusivamente o prevalentemente al contrabbando. E la specifica previsione del delitto di associazione finalizzata all'illecita importazione di tabacchi lavorati esteri costituisce a mio parere una conferma del ragionamento che sono andato sviluppando.

Deve infatti ritenersi dato incontestabile dell'esperienza socio-criminale che il contrabbando di tabacchi lavorati esteri è appannaggio di pericolose organizzazioni criminali, spesso di carattere trans-nazionale e assolutamente sporadici sono i casi che coinvolgono imprese "lecite".

6. La fondamentale distinzione tra "imprese societarie illecite" ed "illeciti delle imprese societarie".

Non pare dunque insensato concludere per una tendenziale incompatibilità tra figure associative e commissione di illeciti penali nell'ambito dell'attività di struttura imprenditoriale organizzata in forma societaria che svolgano, in via assolutamente prevalente, attività economica di per sé lecita.

A proposito della specificità dei motivi d'appello

Opinioni

ANTONELLA MARANDOLA

SOMMARIO: 1. Il contrasto. – 2. Motivi e riforma Orlando. – 3. Specificità e indeterminatezza. – 4. Soglie e limiti. – 5. Il più e il meno. – 6. Verso una prossima soluzione.

1. Il contrasto.

In linea con le indicazioni evidenziate dal Cons. Santalucia (*Cass. pen.*, 2016, p. 2690) in punto di contrasti in materia di specificità dei motivi d'appello, il Primo Presidente della Cassazione Canzio ha rimesso la questione alle Sezioni Unite in relazione a quanto disposto in termini generali nella disciplina delle impugnazioni (art. 581 c.p.p.). Va subito sottolineato che si tratta di un profilo di alto contenuto teorico e di rilevante significato pratico.

Sotto il primo profilo, va sottolineato come le impugnazioni – rimettendo il procedimento nella disponibilità delle parti – imponga la determinazione di presupposti e di condizioni che richiedono una puntuale osservanza. Legittimazione soggettiva, oggettiva, forma, contenuti, termini sono fissati dal legislatore e richiedono di essere osservati a pena di inammissibilità, come previsto in termini generali dall'art. 591 c.p.p., restando affidati ai singoli rimedi specificazioni maggiormente puntuali.

Invero, non può non sottolinearsi non solo la specificità dei casi di revisione, di ricorso straordinario per errore di fatto ovvero di rescissione del giudicato, ma anche, senza voler tener conto della disciplina del riesame e dell'opposizione al decreto penale di condanna, di una qualche significativa differenza che emerge nel codice in relazione all'appello, di cui al contrasto che dovrà essere affrontato dal Collegio riunito. Nel caso del giudizio di secondo grado, i motivi rilevano (anche) in relazione ai punti che definiscono i poteri di cognizione del giudice di secondo grado; nel ricorso per Cassazione la cognizione del giudice è limitata ai motivi proposti; nel caso del ricorso l'inammissibilità è conseguente anche ad una impugnazione per motivi diversi da quelli consentiti dalla legge o manifestamente infondati. Nel giudizio d'appello non c'è tipizzazione dei motivi.

Come anticipato, le conseguenze di una declaratoria di inammissibilità sono significative: non è possibile l'applicazione dell'art. 129 c.p.p. (fatta salva l'eventualità di una inammissibilità sopravvenuta); non è consentita la presentazione di motivi aggiunti; in mancanza di impugnazione dell'ordinanza di inammissibilità la decisione diventa esecutiva; non è possibile la conversione del ricorso in appello *ex art.* 580 c.p.p.; non sarà possibile l'esercizio da parte del giudice dei poteri d'ufficio di cui all'ultimo comma dell'art. 597 c.p.p.. Sarà invece possibile per il non impugnante essere citato ai sensi dell'art. 601 c.p.p. ed avvalersi dell'effetto estensivo in sede esecutiva.

2. Motivi e riforma Orlando.

Converrà prendere le mosse dalla formulazione dell'art. 581 c.p.p. in cui si stabilisce che l'impugnazione si propone con atto scritto (redatto in lingua italiana) e che devono essere proposte le richieste e i motivi con l'indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta.

Va, altresì, sottolineato come nell'art. 591 c.p.p. la sanzione dell'inammissibilità sia genericamente ricollegata alla violazione, fra gli altri, dell'art. 581 c.p.p.. Il dato appare significativo se collegato alla modifica che si vuole introdurre con la riforma attualmente in discussione davanti al Parlamento, tenendo conto del testo proposto dalla Commissione giustizia del Senato, dopo che è venuta meno la possibilità di tipizzare i motivi d'appello, sullo schema di quello operante per la Cassazione.

Il "nuovo" art. 581 c.p.p., infatti, rafforza i profili sanzionatori. È agevole evidenziare come in questa previsione la sanzione di inammissibilità sia espressamente prevista in relazione alla necessità dell'enunciazione: a) dei capi e dei punti; b) delle prove c) delle richieste anche istruttorie; d) dei motivi, con indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta.

Appare evidente la diversità delle due previsioni, a parte la considerazione che questa disposizione si correla molto strettamente alla ridefinita struttura della sentenza. All'art. 546 c.p.p., di cui alla riforma, infatti, si prevede che la sentenza debba contenere una concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione dei risultati acquisiti e dei criteri di valutazione della prova adottati (*arg. ex art.* 192, comma 1, c.p.p.) e con l'enunciazione delle ragioni per le quali il giudice non ritiene attendibile le prove contrarie con riguardo ai seguenti punti: l'accertamento dei fatti e delle circostanze che si riferiscono all'imputazione e alla loro qualificazione giuridica; alla punibilità e alla determinazione della pena, ai sensi del cpv. dell'art. 533 c.p.p., e delle misure di sicurezza; alla responsabilità civile derivante da reato (da ritenersi, come detto, un capo della sentenza); l'accertamento dei fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali (*ex art.* 187, comma 2, c.p.p.); degli elementi di fatto che (sotto vari profili) sorreggono ogni richiesta.

Non è difficile sottolineare, sotto questa prospettiva, il maggior raccordo dell'impugnazione con i capi e i punti della sentenza, le prove a favore e quelle contrarie, l'esposizione dei motivi di fatto o di diritto della decisione.

Ciò posto, in materia di specificità dei motivi d'appello, le posizioni della Cassazione sono piuttosto articolate.

In primo luogo, è controverso se i motivi si configurino diversamente nel giudizio d'appello rispetto al ricorso per cassazione. Per le considerazioni svolte, l'assunto d'una differenziazione va condiviso: si insegna, che giudizio sui motivi e giudizio sui punti ai quali si riferiscono i motivi configurano due situazioni diverse, atte ad incidere sui poteri e sulla tipologia della decisione.

In tal senso si esprime diffusamente la Cassazione (pur non mancando opinioni contrarie: Cass. 18.12.2012, Lombardo, *CED* 254204; Cass. 23.11.2011, Spinelli, *CED* 250449; Cass. 9.1.2013, Delle Grottaglie, *CED* 254243) motivando le proprie conclusioni, anche alla luce del *favor impugnationis* (Cass. 7.12.2011, El Ratib, *CED* 251934; Cass. 14.10.2013, Spada, *CED* 258357; Cass. 23.11.2013, Pierannuzio, *CED* 258529; Cass. 26.5.2014, Tarasconi, *CED* 262183; Cass. 19.9.2014, Sforzato, *CED* 260766; Cass. 24.11.2014, Stankovic, *CED* 262814; Cass. 24.1.2014, Ravani, *CED* 261094; Cass. 18.6.2014, *CED* 259907; v. anche Cass. 27.6.12, Livrieri, *CED* 253893; Cass. 20.11.2012, Labzaoni, *CED* 254259; Cass. 12.2.2014, Kasen, *CED* 259456; Cass. 14.3.2013, Vathie, *Guida dir.* 2013, 17, 81; Cass. 4.12.2012, Abbruzzese, *CED* 254090; Cass. 6.4.2004, Maviglia, *CED* 228926).

3. Specificità e indeterminatezza.

L'elemento prioritario nel giudizio d'appello è la capacità del motivo di indicare il punto, oltre al capo naturalmente. Sotto quest'ultimo profilo, si tratterà dei reati contenuti nel dispositivo, nonché nel solo contenuto della pretesa civilistica, nella misura in cui seguendo gli orientamenti dottrinali, si ritenga che quest'ultimo configuri un capo e non un punto della sentenza. Si ritiene, peraltro, che, se comprensibile, l'errore sul capo non rileverebbe al fine di dichiarare l'inammissibilità dell'impugnazione. Per quanto attiene al punto, a prescindere da una visione atomistica della sentenza e ritenendo corretta la configurazione della futura riforma dell'art. 546 c.p.p., potrà ritenersi "punto" la parte relativa alla responsabilità, all'accertamento dei fatti relativi all'imputazione, alla loro qualificazione giuridica, alla punibilità e alla determinazione della pena confermando quanto ritenuto unanimemente in dottrina, salvo poi vedere questa dividersi nella sua individuazione tra una visione frazionata ed una più concentrata. L'individuazione di uno di questi "punti" emergerà dal contenuto del motivo a seconda di che cosa si evidenzierà - anche indirettamente - in relazione alle richieste formulate.

Superata dall'esposizione dell'atto di appello - per il quale non nuocerebbe una strutturazione che ne renda maggiormente comprensibile il contenuto, peraltro allo stato non richiesto, ancorché non inopportuno, da prefigurare sul modello di quanto s'è cercato di realizzare attraverso uno "schema-tipo" per il ricorso in cassazione - l'individuazione del "punto" toccato dall'oggetto del motivo, in relazione alle richieste (Cass. 6.4.2004, Maviglia, *CED* 228926), resta da definire la soglia di determinatezza di cui debba connotarsi il motivo.

Va peraltro sottolineato che non è viziata da inammissibilità la riproposizione in appello degli stessi argomenti sulla ricostruzione dei fatti già esposti (Cass. 13.3.2016,

C.M.), dovendosi però sviluppare una critica alle argomentazioni dei giudici di primo grado e quanto alle questioni di diritto di cui si prospetti un diverso inquadramento dei fatti sostanziali o processuali, non c'è preclusione a che siano identici, ma è necessario che si dia ragione delle opinioni in diritto in relazione alla questione di cui al processo, come ricostruita dal giudice o sostenuto in primo grado (Cass. 6.12.2013, Kalboussi, *CED* 258508).

Comunque non dovrebbe essere necessaria l'indicazione della giurisprudenza e degli articoli di legge violati (Cass. 14.7.1993, Strangio, *CED* 196152), la cui sola indicazione, tuttavia, non sarebbe suscettibile di superare il vaglio di determinatezza (Cass. 3.3.2011, Pudaù, *CED* 250246).

4. Soglie e limiti.

Se alla specificità non c'è limite, il problema, invero, appare rovesciato dovendosi chiedere in qualche modo all'opposto, a quale livello possa collocarsi l'asticella della determinatezza/indeterminatezza, Qual è il grado o il tasso di determinatezza, adeguato a superare il vaglio di ammissibilità, ritenendosi spesso sufficiente una esposizione sintetica, essenziale, succinta, sommaria (Cass. 28.10.2008, Falcioni, *Riv.pen.* 2009, 1007; Cass. 15.2.1993, Barlow, *CED* 194536; Cass. VI 19.11.1992, De Michelis, *CED* 293446; Cass. 13.6.1990, Rizzi, *CED* 184632), non generica, non attinente all'impugnazione di qualsiasi sentenza (Cass. 15.11.2003, Speravano, *Guida dir.*, 2004, 9, 72; Cass. 8.7.2009, Maritan, *Guida dir.*, 2009, 44, 66; Cass. 16.10.2008, A.I., *CED* 242248; Cass. 3.7.2007, *CED* 236945; Cass. 16.1.2003, Salerno, *Guida dir.*, 2003, 25, 83; Cass. 22.6.2002, Ainoni, *Guida dir.*, 2003, 5, 49).

Si tratterebbe, in altri termini, di effettuare una prova di "resistenza" delle situazioni suscettibili di non consentire la determinazione del motivo e della conseguente richiesta, determinando in tal modo la decisione di inammissibilità.

In termini ulteriori, fermo restando che la generica affermazione d'una sentenza ingiusta e di una decisione errata, non è in grado di individuare l'oggetto (i punti) del giudizio d'appello, quale è l'elemento che consente di ritenere specificato il rapporto tra il motivo e la richiesta?

Va considerato che con riferimento al giudizio d'appello, la devoluzione di un punto al giudice d'appello apre lo scenario decisorio ad una pluralità di soluzioni non necessariamente – salvo l'operatività del divieto della *reformatio in peius* – dirette all'accoglimento di quanto oggetto della "specifica" richiesta. (Cass. 5.3.2014, Lori, *CED* 262901; Cass. 2.10.2012, Lomio, *CED* 254150, certamente non è sufficiente la mera impugnazione della sentenza: Cass. 24.2.1992, Vignoli, *Cass.pen.* 93, 354).

Si considerino i seguenti esempi proponibili in relazione alle pene, anche se si afferma che il riferimento alla pena appare quello più friabile, considerati gli ampi poteri discrezionali del giudice nell'operare secondo le indicazioni dell'art. 133 c.p. La pena è eccessiva per una errata applicazione dei criteri di commisurazione. Si chiede un nuovo giudizio di comparazione tra le circostanze. Si chiede di riconoscere la prevalenza delle attenuanti sulle aggravanti. Si chiede di escludere l'aggravante perché riconosciuta in violazione di

quanto previsto dall'art. xy perché il fatto non risulta accertato. E così di seguito, con successive e più articolate specificazioni.

Il discorso, in termini esemplificativi, può essere sviluppato pure in relazione alla concessione delle circostanze attenuanti generiche, anche perché sul punto si afferma che non possono essere rilevate d'ufficio (Cass. 3.11.2004, Compierchio, *Guida dir. Dossier*, 2005, 2, 66; Cass. 19.9.2014, Sforzato, *CED* 260766; *adde* in relazione al solo riferimento all'avvenuto risarcimento del danno: Cass. 3.7.2014, G, *CED* 260981).

Si possono ipotizzare tre situazioni. Un appello con il quale si chiede di rideterminare la pena perché ritenuta eccessiva. Uno in cui si chiede di rideterminare la pena perché l'imputato è una brava persona. Uno con cui si chiede di ridefinire la pena perché il soggetto è incensurato. Uno con cui si chiede un abbattimento della pena per l'applicazione delle attenuanti generiche perché l'imputato non ha precedenti penali. Uno con cui si chiede la riduzione della pena richiesta in primo grado, in quanto l'imputato non ha precedenti penali e l'attenuante non è stata concessa. Ovviamente ognuna di queste affermazioni può essere variamente integrata.

Soprattutto nel caso delle attenuanti generiche, va riconosciuto un potere del giudice capace di favorire anche un nuovo e più favorevole giudizio che supera la richiesta.

Va, peraltro, detto che sia l'effetto devolutivo del giudizio d'appello, sia i poteri officiosi – per la giurisprudenza – non sono sufficienti per evitare la “specificità” dei motivi, cioè, il superamento della soglia di “determinatezza”.

Cercando di fissare la soglia di indeterminatezza si dovrebbe ritenere che il gravame sia inammissibile, quando la deduzione che lo sorregge, in se considerata, non è pertinente al caso concreto e non è formulata in termini tali da indicare al giudice di secondo grado la direzione verso la quale deve indirizzarsi la sua verifica autonoma e da consentire al medesimo sulla base di quanto detto, un apprezzamento tendenzialmente idoneo ad orientare la decisione del punto devoluto (Cass. 19.2.2014, Mieli, *CED* 261830).

Il contrario di specifico o determinato è generico o generale.

In altri termini, la specificità o la determinatezza deve connotarsi di quelle caratteristiche che escludono la genericità o la generalità, configurandosi in relazione alla situazione di cui al processo. Cioè aspecifica è quella situazione adattabile ad un numero indeterminato di situazioni e quella che non riesce a chiarire il suo oggetto aprendosi ad una pluralità di possibilità. In altri termini, si è ritenuta inammissibile, l'esposizione caotica, confusa o scarsamente perspicua, di disagiata lettura, perplessa e alternativa, non pertinente, con considerazioni astratte.

Si è ritenuto ammissibile un gravame sorretto da un'autonoma individuazione, da una ragionevole censura, di una sintetica esposizione di elementi obiettivamente apprezzabili, di accettabile precisione (Cass. 21.1.2014, Raiani, *CED* 261094).

Nel caso delle invalidità non potrà essere sufficiente l'affermazione dell'esistenza d'una invalidità, rendendosi necessario chiarire in relazione a quale atto o sotto quale profilo si sia determinata l'invalidità (Cass. 19.10.2012, Muia, 254108; Cass. 24.11.2012, Spinaci, *Guida dir.* 2012, 21,92; Cass. 16.2.2005, Graziani, *Cass. pen.*, 2006, 2896 e Cass. 29.4.1998, Lucchetti, *Cass. Pen.*, 1999, 2885). Anche in questo caso, dovrebbe escludersi che la inam-

missibilità consegua alla mancata indicazione delle norme violate, nonché di precedenti giurisprudenziali, mentre appare necessario indicare l'elemento fattuale che ha determinato l'invalidità. Così, potrebbe raggiungere la soglia di ammissibilità l'affermazione con la quale si sostiene la violazione del diritto di difesa per omesso avviso al difensore ovvero l'invalido avviso perché carente di un presupposto (di cui si fa riferimento tra quelli previsti dalla legge).

Resterebbe da chiarire se sia corretta quella giurisprudenza per la quale la dedotta incompetenza per territorio, di cui vanno indicate le ragioni, richieda anche l'indicazione del giudice territorialmente competente (Cass. 19.12.2014, Carbone, *CED* 262769). Il dato sembrerebbe smentito dal fatto che, eccipita l'incompetenza per territorio (non sanata), l'errata indicazione del giudice territorialmente competente non dovrebbe escludere il potere della Corte d'appello di rimettere gli atti al p.m. presso un terzo giudice.

5. Il più e il meno.

È maggioritaria la giurisprudenza per la quale deve escludersi che l'impugnazione della sentenza in punto di responsabilità possa ritenersi implicitamente comprensiva anche della doglianza concernente il trattamento sanzionatorio (Cass. 6.10.2004, Vannicola, *Cass. pen.*, 2006, 181; Cass. 12.10.1994, Silvestri, *Cass. pen.* 1996, 530; Cass. 17.6.2014, Rioadino, *CED* 262455; Cass. 15.2.1995, Portoghese, *Cass. Pen.*, 1996, 1845: *contra*, Cass. 13.10.2004,, De Siena, *Arch. Nuova proc. pen.* 2005, 730).

Anche con riferimento al p.m. si afferma che, in caso di richiesta di impugnazione contro l'esclusione di una aggravante, l'accusa deve chiedere la rideterminazione della pena (Cass. 29.1.2008, Brutti, *CED* 238939: *contra*, nel caso in cui chiede solo la condanna e non anche la nuova pena, Cass. 6.5.2003, Carattasidis, *CED* 224932; Cass. 13.10.2004, De Siena, *Arch. Nuova proc. pen.* 2005, 730). Non si manca, tuttavia, di evidenziare che le richieste non devono avere necessariamente carattere espresso potendo desumersi, implicitamente, dai motivi (Cass. 23.9.2009, L.P., *CED* 245392).

La tesi suscita non poche riserve. Invero, nel giudizio d'appello il giudizio sulla responsabilità determina l'effetto devolutivo dell'intero giudizio.

Appare difficile sostenere che, in caso di una richiesta della derubricazione del reato e del suo accoglimento la Corte d'appello, esclusa l'operatività del divieto della *reformatius in peius* – anche senza richiesta di rideterminazione della pena – lasci la stessa invariata non per una nuova rivalutazione della stessa ritenuta congrua anche per il fatto diversamente qualificato, ma perché è mancata la richiesta.

Parimenti, appare difficile ritenere che a seguito di una richiesta di proscioglimento, la Corte d'appello ritenendo di qualificare diversamente il fatto possa lasciare la pena invariata.

La questione riguarderebbe, pertanto, la possibilità di rideterminare la pena in caso di una richiesta di proscioglimento a fronte d'una condanna che la Corte d'appello ritenesse di confermare in ordine alla sussistenza del fatto ed alla responsabilità ritenendo, peraltro, la pena incongrua.

Ora, se non può escludersi che – alla luce dell'effetto pienamente devolutivo – la corte d'appello possa – se non opera il divieto della *reformatio in peius* – applicare una pena più grave, non si vede perché non possa applicare una pena più leggera.

Si consideri, sotto questo aspetto, quanto affermato dal cpv dell'art. 597 c.p.p. in tema di divieto della *reformatio in peius* ove si afferma – fra gli altri limiti – che il giudice d'appello non può applicare una pena più grave, anche se qualifica più gravemente il fatto. Naturalmente – fra gli altri limiti – la situazione processuale *de qua* origina da una richiesta più favorevole per la difesa. Per l'ipotesi contraria difetterebbe l'interesse. Ora, se a fronte di una richiesta di riforma *in bonam partem* si esclude il peggioramento della pena, per l'imputato solo appellante, ciò significa che nelle altre ipotesi, cioè, in presenza di una impugnazione del p.m. per un altro punto la conclusione sulla pena e sulla qualificazione non è scontata e non necessariamente deve corrispondere alla domanda della difesa. Si tratta del giudizio sui punti ovvero, nel caso della responsabilità, sull'intero capo della sentenza.

Se la richiesta di proscioglimento o di una decisione più favorevole (di condanna) a fronte di una sentenza di condanna di primo grado preclude al giudice – che ne avrebbe il potere – di peggiorare, comunque, la condizione del condannato – sia in caso di aggravamento del giudizio di responsabilità, sia in caso di conferma della stessa – non è chiaro perché la Corte d'appello non potrebbe – non prosciogliendo, e non derubricando il fatto – rideterminare la pena.

La norma sta sicuramente a significare che, se non ci fosse il divieto, sarebbe possibile in caso di richiesta di proscioglimento contro una sentenza di condanna o di condanna che si vuole derubricare, che il giudice possa aumentare la pena e la qualificazione del fatto: ciò sta a significare, rovesciando la situazione, che deve riconoscersi che analogo potere sia conferito in caso di appello del p.m.

6. Verso una prossima soluzione.

Invero, dopo aver ampliato – attraverso la giurisprudenza a Sezioni Unite - le implicazioni dell'inammissibilità, dopo la codificazione del filtro ai ricorsi, dopo aver spesso usato l'inammissibilità in modo "forzato", soprattutto per precludere la prescrizione davanti al Supremo Collegio, dopo aver tentato la via della riforma dei motivi d'appello seguendo un percorso già avviato in alcune corti d'appello (il punto non richiede ulteriori indicazioni), in attesa delle modifiche alle quali si è fatto riferimento, ci si orienta ad operare per via giurisprudenziale.

Si parte sempre dal presupposto del pregiudizio sotteso all'uso strumentale del mezzo di gravame impegnativo, che neppure l'allungamento dei termini prescrizionali riuscirà a dissolvere.

In realtà, come detto in esordio, le impugnazioni – condivise a parole – non lo sono nei fatti, perché trasferiscono – per la prima volta – il potere nelle mani delle parti, mettendo in discussione, sotto tutti i profili, il potere del giudice. Lo sapeva bene Alfredo Rocco che osteggiò in tutti i modi possibili il giudizio di secondo grado.

Deve riconoscersi che si deve alla giurisprudenza europea la rivitalizzazione di un giudizio d'appello che si voleva incompatibile con il rito, se non accusatorio, almeno a valenza orale, come il nostro.

L'esito del giudizio delle sezioni unite della cassazione – per tante ragioni e per tanti segnali – è scontato.

Sarà necessario che l'avvocatura si attrezzi da subito anche in vista dell'approvazione del citato articolo 581 c.p.p. che in qualche modo le Sezioni Unite anticiperanno.

Potrebbe essere utile una sorta di “schema” di motivo specifico, da integrare in relazione alle diverse particolari situazioni processuali, ma da inserire comunque nell'atto di gravame alla conclusione di quanto affermato.

Resta in ogni caso confermato che bisogna concepire la prospettazione dei motivi d'appello nella duplice dimensione della critica alla decisione di primo grado, se relativa ad una questione decisa, ma anche in vista del successivo ricorso nei confronti della decisione di seconda istanza.

Giurisdizione. Accusa. Separazione. Difesa. Giusto processo

Opinioni

GIORGIO SPANGHER

SOMMARIO: 1. Il processo, i processi. – 2. Sviluppi storici. – 3. La giurisdizione unitaria. – 4. Il giusto processo. – 5. Separazione. – 6. Ordinamento e processo.

1. Il processo, i processi.

Il processo penale è un fatto politico, nella misura in cui regola i rapporti di autorità tra lo Stato ed i suoi cittadini. Lo è anche la distribuzione del potere delle parti e del giudice dentro il processo: dare ad uno vuol dire limitare il potere degli altri.

La presenza della giuria riduce il potere del giudice. Le garanzie sono divisive: una diversa loro distribuzione ha significative ricadute perché, nel sistema processuale, tutto si tiene.

Il processo penale appartiene alla storia, alla cultura, alle tradizioni giuridiche di un Paese. Il processo anglosassone è figlio della Magna Carta; il processo continentale è legato alla tradizione del processo criminale canonico, purificato dall'Illuminismo e dalla Rivoluzione francese.

La Convenzione europea che tante ricadute positive ha avuto nel trasformare il nostro processo penale ha sicuramente una matrice di segno accusatorio ispirata dal modello anglosassone. Basterebbe considerare il riferimento alla cauzione ed alla presenza dell'imputato di cui alla Cedu, perfettamente integrato in quel sistema e di complessa esportazione nel nostro modello, connotato – per lungo tempo – dal processo *in absentia*.

Processo e ordinamento, nonché ordinamento e processo si reggono reciprocamente.

Nel codice di procedura penale del 1988, l'art. 1 recita: la giurisdizione penale è esercitata dai giudici previsti dalle leggi di ordinamento giudiziario, secondo le norme di questo codice.

Nel codice del 1930, mentre le sentenze di condanna per le contravvenzioni erano appellabili, le decisioni dei reati di competenza della Corte d'assise, cioè, quelli più gravi, erano inappellabili. Motivo: mancavano le Corti d'assise d'appello.

2. Sviluppi storici.

Per comprendere più nel profondo come queste riflessioni incidano sul tema qui analizzato sarà necessario considerare gli sviluppi storici che il rapporto tra processo e ordinamento e tra ordinamento e processo è venuto assumendo.

La considerazione della natura strutturalmente inquisitoria del nostro processo emerge con chiarezza dal processo pretorile. Si consideri, a questo proposito, che questo rito anche in ragione di alcune sentenze della Corte costituzionale (C. cost. n. 61 del 1967 e n. 123 del 1970) è sopravvissuto nel nostro sistema processuale – con le implicazioni, come si dirà, che qui se ne vogliono trarre nei rapporti tra giudice e pubblico ministero – fino all'entrata in vigore del nuovo codice con il quale si è ritenuto non più sostenibile – a fronte della competenza pretorile per delitti puniti ormai con la pena non superiore nel massimo a quattro anni - la mancata previsione di un ufficio del pubblico ministero presso la pretura.

Con l'art. 2 direttiva 103 della legge delega, si è prevista – nel regolare il nuovo processo pretorile – la distinzione delle funzioni di pubblico ministero e di giudice, nonché la modifica dell'ordinamento giudiziario al fine di garantire tale distinta attribuzione di funzioni. Il dato, oltre alle modifiche della normativa dell'ordinamento giudiziario ha trovato riscontro nell'originario art. 550 c.p.p. (1988).

Il pretore, come correttamente affermato da Cordero, costituisce il “fossile” del sistema inquisitorio, quello nel quale giudice e p.m. si identificano, anche fisicamente, in un unico soggetto. Una specie di Giano bifronte. A conferma della criticità che la situazione evidenziava, a livello dibattimentale si assisteva ad un simulacro di dialettica (solo formale), con l'accusa sostenuta e connotata da occasionalità e precarietà.

Anche al di fuori della pur significativa presenza del processo pretorile, la fase dell'istruzione evidenziava una sostanziale omogeneità di funzioni tra p.m. e giudice (istruttore), titolari dell'istruzione sommaria e dell'istruzione formale. Di fatto, l'istruzione sommaria, pur ancorata formalmente a presupposti di celerità, vedeva il pubblico ministero raccogliere tutto il materiale d'accusa da versare in un dibattimento chiamato a registrarne gli esiti. Lo stesso poteva dirsi per l'istruzione formale condotta dal giudice istruttore. Il tutto a seguito dell'istruzione – anch'essa completa – della polizia giudiziaria, che si concludeva con il rapporto. Ben tre istruzioni. Segrete e senza garanzie difensive. Paradossalmente, le garanzie difensive introdotte dalla riforma del 1995 (artt. 304-*bis*, *ter*, *quater* c.p.p. 1930) avevano riguardato dapprima il giudice istruttore e l'istruzione formale e solo a seguito della decisione della Corte costituzionale n. 52 del 1965 anche l'istruzione sommaria.

La sostanziale fungibilità di p.m. e giudice istruttore trovava riscontro anche nei poteri restrittivi della libertà personale: ordine e mandato di cattura obbligatorio o facoltativo.

Dall'unità fisica del modello inquisitorio e del pretore, alla omogeneità funzionale, dunque.

La riforma dell'ordinamento giudiziario del 1941 confermava questa impostazione, né più né meno come il codice di rito penale aveva recepito l'impostazione legata all'unità della cultura giudiziaria tra p.m. e giudice.

3. La giurisdizione unitaria.

Anche la Carta costituzionale del 1948, che ancora oggi mantiene il riferimento alla carcerazione preventiva, recepisce l'impostazione legata all'unità dell'autorità giudiziaria, anch'essa ancora presente – ad esempio - nella formulazione degli artt. 13, 15, 21 Cost.

Seppure qualche timido segnale nella prospettiva di una distinzione di ruoli e di funzioni tra p.m. e giudice può essere segnalato (artt. 101 e 112 Cost.), il tema dell'ordinamento giudiziario, cioè, della sua riforma, attraverso la VII disposizione transitoria, veniva affidato ad una successiva legge osservandosi – *medio tempore* – quella vigente.

Anche se non sono mancati gli aggiustamenti della legge Grandi, l'impostazione dell'ordinamento giudiziario italiano è rimasta quella d'una giurisdizione unitaria.

È stato necessario attendere lo scollinamento del Millennio, per vedere una significativa riforma dell'ordinamento giudiziario, occasionata da contingenze politiche, che, infatti, ha subito, poco dopo, una non marginale correzione ed involuzione. Comunque l'impianto impostato sull'unità della funzione giudiziaria e dei percorsi professionali è rimasta sostanzialmente ferma, come si dirà.

Nel 1988, nel contesto di una decisa azione riformatrice, tesa alla modifica dell'assetto processuale, contrassegnato dalla volontà di recepire i principi del sistema accusatorio e delle Convenzioni ratificate dall'Italia, pur mantenendosi la presenza del giudizio pretorile, si opera una più decisa separazione tra p.m. e giudice: al p.m., viene affidata la funzione di sviluppare le indagini (preliminari), di richiedere (e non più di disporre) le misure cautelari.

Significativo il riconoscimento – a differenza di quanto esisteva in precedenza – di nominare consulenti, al pari della difesa, risultando conferita solo al giudice la nomina del perito.

Al giudice titolare della fase, subentrava il giudice (non più istruttore) garante di atti: giudice per le indagini preliminari. Al giudice, cioè, è assegnato il ruolo di garante dei diritti costituzionali di cui l'indagato è titolare.

Il giudice è un soggetto processuale; il p.m. accentua il suo ruolo di parte, come emerge con chiarezza da quanto previsto, senza pretesa di completezza, fra gli altri, dagli artt. 190, 496, 497, 498 c.p.p.

In rapida sintesi, vanno indicati, a sottolineare il mutato quadro di riferimento strutturale e processuale del nuovo processo, il sistema bifasico e l'eccezionalità del recupero investigativo, le indagini a tempo, la distinzione tra processo e procedimento, la differenza tra prove e fonti di prova, il diritto alla prova delle parti e i residuali poteri probatori del giudice, la diversa collocazione dell'archiviazione e del suo contenuto (l'impossibilità di sostenere l'accusa in giudizio, al di là della manifesta infondatezza della notizia di reato), il principio di oralità del processo.

Se si volessero individuare due elementi fondamentali del nuovo rito si potrebbe far riferimento all'art. 525 cpv. c.p.p. ed al giudizio immediato a richiesta dell'imputato ai sensi dell'art. 419, comma 5, c.p.p.

Con la prima previsione, integrata dall'art. 526 c.p.p. – ove si dispone che il giudice non può utilizzare ai fini della decisione prove diverse da quelle legittimamente acquisite nel dibattimento – si afferma che “alla deliberazione concorrono, a pena di nullità assoluta, gli stessi giudici che hanno partecipato al dibattimento”. Al riguardo, va sottolineato che la riferita previsione processuale costituisce l'unica nullità assoluta – speciale – di tutto il codice di procedura penale. Non si tratta, infatti, di violazione del contraddittorio sanzionato con la nullità a regime intermedio, ma di violazione di una competenza funzionale esclusiva.

Con la seconda disposizione si prevede che l'imputato possa rinunciare all'udienza preliminare e chiedere il giudizio immediato con dichiarazione presentata in cancelleria personalmente o a mezzo di procuratore speciale almeno tre giorni prima della data dell'udienza. La previsione trovava, infatti, il suo fondamento proprio nel sistema bifasico. La consapevolezza della non trasferibilità nel dibattimento del materiale delle indagini dell'accusa induceva la difesa alla verifica probatoria nell'esame incrociato, non pregiudicata da “recuperi”, se non nei casi di atti di irripetibilità sopravvenuta.

Ulteriore indice sintomatico di questo dato, fra gli altri moltissimi elementi caratterizzanti il nuovo modello, le novità della giustizia negoziale e consensuale, la presenza dei fascicoli dell'accusa e della difesa, il passaggio dall'azione alla giurisdizione nell'*incipit* dei due codici (quello del 1930 e quello del 1988).

Significativamente plastica la rappresentazione dell'aula di udienza contenuta nell'art. 146 disp. att. ove si prevede che “nelle aule di udienza per il dibattimento, i banchi riservati al pubblico ministero e ai difensori sono posti allo stesso livello di fronte all'organo giudicante. Le parti private siedono a fianco ai propri difensori, salvo che sussistano esigenze di cautela. Il seggio della persona da sottoporre ad esame è collocato in modo da consentire che le persone stesse siano agevolmente visibili sia dal giudice che dalle parti”.

C'è tutta l'essenza della riforma del codice in questa previsione: una norma di arredamento diventa una disposizione rappresentativa delle nuove dinamiche processuali.

Del passaggio di modello dimostra di essere consapevole il legislatore che nella legge delega all'art. 5 dispone che “il governo della Repubblica è delegato ad emanare le norme necessarie per l'adeguamento dell'ordinamento giudiziario al nuovo processo penale ed a quello a carico degli imputati minorenni”.

Il tutto si traduce nell'art. 190 della legge di ordinamento giudiziario ove si prevede che il passaggio dei magistrati dalle funzioni giudicanti alle inquirenti e da queste a quelle può essere disposto a domanda dell'interessato, solo quando il consiglio superiore della Magistratura, previo parere del Consiglio giudiziario, abbia accertato la sussistenza di attitudini alla nuova funzione”.

Pur restando funzionalmente uniti, p.m. e giudici si differenziano per specifici connotati di ruolo e di professionalità.

Corre l'obbligo di segnalare come quest'indicazione (“solo quando”) non abbia costituito un significativo punto di riferimento nelle valutazioni del CSM in caso di trasferimento di funzioni.

La necessità di tener conto della radicalmente mutata situazione strutturale aveva in-

dotto a prospettare una questione referendaria, ammessa con la sentenza n. 37 del 2000 della Corte costituzionale, e con le proposte tese a differenziare i percorsi professionali dei giudici e dei pubblici ministeri, attraverso un'articolata serie di barriere contenute nel testo elaborato dalla Commissione Bicamerale.

In questo quadro si inserisce anche la riforma della composizione del Consiglio Superiore della Magistratura con la previsione della presenza differenziata nel numero, dei giudici e dei pubblici ministeri.

4. Il giusto processo

Com'è noto, nel tentativo di riequilibrare il sistema processuale, scosso dalle famose e famigerate sentenze della Corte costituzionale del 1992 (il dato dovrebbe far riflettere sulla cultura di cui era interprete quella Corte e sugli elementi ritenuti insiti nell'impianto costituzionale), il legislatore ha provveduto a modificare l'art. 111 Cost. recependo in larga parte le indicazioni contenute nell'art. 6 della Cedu. Significativamente, si faceva riferimento a giudice terzo e imparziale (sin noti il linguaggio non perfetto legato alla mancanza di articolo: un giudice; al giudice). Alla disposizione costituzionale, è altrettanto noto, è stata data attuazione con la l. n. 63 del 2001. Si è accentuata la centralità del giudice, come emerge sia dai riferimenti al contraddittorio, sia dal significato del consenso delle parti, portatrici di interessi dialettici componibili. Certamente il nuovo testo dell'art. 111 Cost. allontana il giudice dalle parti – da entrambe le parti – sottolineandone l'estraneità rispetto alla prova ed alla decisione. La disciplina, posta al vertice della gerarchia delle fonti, nel contesto delle norme sulla "giurisdizione", all'interno della parte dedicata alla "magistratura", rafforza il ruolo di parte del p.m.

Peraltro, il sistema non è ritornato alla sua impostazione originaria: significativo lo spostamento dall'oralità al contraddittorio che non figurava, a differenza della prima nozione, nella legge delega.

Anche in questo caso la riforma processuale non è stata accompagnata da una contestuale riforma ordinamentale.

L'adeguamento ordinamentale è stato caratterizzato quasi esclusivamente da un allontanamento territoriale dei p.m. e dei giudici, rendendo "spazialmente" meno contiguo il passaggio di funzioni.

Sicuramente qualcosa è cambiato, come emerge dalle statistiche.

Tuttavia, il dato fondamentale sul quale è mancata una attenta riflessione è legato alle profonde modifiche strutturali dell'ufficio del pubblico ministero: procura unificata, procura distrettuale, procura nazionale antimafia ed ora anche terrorismo, modifica dell'organizzazione interna dell'ufficio.

Vanno tenute in considerazione le capacità di coordinamento tra le 26 procure generali al fine di svolgere indagini collegate, attraverso lo scambio di informazioni e di atti comuni; nate come atto spontaneo al tempo del terrorismo stragista, normativizzate per i reati di criminalità organizzata, rideterminatasi attraverso l'attività spontanea nei confronti del terrorismo internazionale, sono ora normativamente estese anche a questo ambito.

Il rafforzamento dell'ufficio della procura, attraverso una forte gerarchizzazione ed un incremento dei poteri di direzione da parte del procuratore capo, è a fondamento della proposta di riforma di ordinamento giudiziario, inserita dal Ministro di giustizia nel programma del Ministro, che dedica solo un accenno al giudice prevedendo che i magistrati al termine del tirocinio non possano svolgere funzioni di gip o di gup anteriormente alla prima valutazione di professionalità.

Va altresì tenuto conto che è fallito il tentativo di una comune cultura tra gli operatori di giustizia (ognuno tende a formare la propria categoria professionale), che si intende riformare le modalità di reclutamento dei magistrati, che già operano gli *stages* presso gli uffici giudiziari; che non si parla più di concorso di secondo grado.

5. Separazione

Di fronte a tutti questi dati, basta quanto attualmente previsto dalla legge di ordinamento giudiziario?

All'unicità dell'accesso, si accompagna la comune partecipazione all'Associazione nazionale magistrati ed al Consiglio Superiore della Magistratura, nel contesto d'un'accentuazione della sindacalizzazione (stipendi e ferie) e del contributo che l'unità assegna al peso "politico" della categoria.

Il problema è costituito dalla cultura dell'accusa. Anche pochi richiami, fra i tanti prospettabili, possono essere sufficienti. Il dato, infatti, è emerso dalla ideologia sottesa alla motivazione di C. cost. n. 26 del 2007, in tema di incostituzionalità della legge Pecorella, sui limiti all'appello del p.m. ove si è parlato di "totale soccombenza" dell'accusa in caso di proscioglimento dell'imputato in primo grado; da un recente ampio progetto di riforma processuale, connotato da una forte matrice autoritaria; dalle ricadute emerse dalla presidenza (di un *ex p.m.*) di una sezione della Cassazione che ha visto crescere in maniera esponenziale le declaratorie di inammissibilità, (spesso) tese solo ad impedire la maturata prescrizione.

Non pare, del resto, che i paventati gravi pericoli di una riforma ordinamentale possano ritenersi concreti.

Al di là delle ricadute – ora difficilmente valutabili dalle possibili implicazioni della ipotizzata riforma costituzionale – non paiono significative le considerazioni svolte sia in relazione all'indebolimento del p.m., sia all'opposto quelle che ne temono un rafforzamento. Inoltre, non colgono nel segno neppure le considerazioni sulla possibile perdita da parte del p.m. della cultura della giurisdizione e quella legata al depauperamento culturale per la mancanza di circolazione delle esperienze diverse.

La separazione, comunque attuata, si impone sia se il p.m. involge il suo ruolo in senso inquisitorio, risultando necessario allontanare il giudice – garante della giurisdizione – dal *background* culturale dell'accusa, sia nel caso in cui il ruolo del p.m. dovesse evolversi, dovendo comunque differenziarsi e non identificarsi nel giudice.

6. Ordinamento e processo

Il problema del processo penale è il giudice. Appare oltremodo significativo che con la recente riforma delle misure cautelari (l. n. 47 del 2015) il legislatore sia stato “costretto” a scrivere nel codice di procedura penale all’art. 292 c.p.p. che il giudice debba fare oggetto di “autonoma” valutazione alcuni elementi posti a fondamento della richiesta delle misure cautelari da parte del pubblico ministero (e fors’anche della polizia giudiziaria).

Siamo arrivati al punto di chiedere al giudice di svolgere il suo compito, cioè di essere giudice.

In realtà, al di là dei ruoli, giudici e p.m. hanno oggi una comune visione del processo. Al di là dei ruoli, che una separazione potrebbe contribuire a differenziare, allontanando il giudice dalla cultura dell’accusa, i crittotipi sottesi alla loro cultura giuridica ed alla loro visione del processo sono orientati secondo una visione diversa da quella d’un processo pienamente ispirato ai valori costituzionali, profondamente interpretati e interiormente vissuti.

Nessuno dimentica il forte tasso di illegalità – con le negative conseguenze anche in tema di tenuta della coesione sociale - che il Paese giornalmente manifesta.

Tuttavia, non sembra essere compito del processo – o solo del processo – arginare queste derive.

Ordinamento e processo. Processo e ordinamento.

Resta, cioè, ineludibile ribadire con forza la richiesta d’una riforma processuale che si faccia carico di ripristinare quel modello processuale che la giurisprudenza costituzionale ha affossato. Il giusto processo non basta, perché non ha riportato le lancette a quel processo che dovrebbe essere possibile veder realizzato nel nostro Paese.

È necessaria una profonda opera culturale, perché le riforme non si possono calare dall’alto, dentro una società che non sia disposta a dividerle.

Le nuove geometrie variabili delle sentenze della Corte di cassazione: quale futuro per la funzione nomofilattica?

Osservazioni a margine delle recenti disposizioni del Primo presidente sulla motivazione semplificata delle decisioni.

ALESSANDRO DIDI

SOMMARIO: 1. Il decreto del Primo Presidente. – 2. Le ripercussioni pratiche sullo stile delle sentenze con motivazione semplificata. – 3. L'ambito di applicazione. – 4. La motivazione semplificata. Premessa di metodo. – 5. La struttura della motivazione. – 6. (*Segue*). Le parti della sentenza ineliminabili. – 7. Motivazione contratta e crisi della garanzia. – 8. Fatto e diritto: due entità inscindibili.

1. Il decreto del Primo Presidente.

Il 28 aprile 2015 il Primo Presidente della Corte di cassazione ha diramato una circolare con la quale dispone che i collegi delle sezioni penali, in determinati casi, redigano la motivazione in forma “semplificata”. Ciò dovrà avvenire ogni volta che si tratti di ricorsi che non richiedono l'esercizio della funzione di nomofilachia o che sollevano questioni giuridiche la cui soluzione comporta l'applicazione di principi giuridici già affermati dalla Corte e condivisi dal collegio; quando le questioni siano semplici ovvero qualora i motivi siano manifestamente fondati, infondati o non consentiti.

La motivazione semplificata, secondo quanto contenuto nella citata circolare, da un lato, in caso di prospettazione di questioni giuridiche già risolte dalla giurisprudenza della Corte, si dovrebbe limitare a richiamare i precedenti conformi e, dall'altro, a fornire una spiegazione della *ratio decidendi*, riferita alla fattispecie decisa, pure se espressa in estrema sintesi e senza le argomentazioni richieste dalla motivazione di una decisione costituente esercizio della funzione di nomofilachia.

La decisione di adottare una motivazione semplificata va assunta dal collegio che deci-

de il ricorso e di essa deve darsi atto sia nel dispositivo annotato nel ruolo, sia nell'epigrafe della sentenza, sia nel margine destro della prima pagina della sentenza, nello spazio riservato all'indicazione dell'oggetto della causa.

La ragione ispiratrice di tale iniziativa, per certi versi *praeter legem*, come si avrà modo di osservare, va ricercata nella esigenza di ridurre i tempi di trattazione dei ricorsi.

Da anni, soprattutto in occasione delle relazioni di inaugurazione degli anni giudiziari, gli organi della cassazione non mancano di denunciare l'enorme carico di lavoro al quale sono sottoposti i magistrati e tra le tante soluzioni prospettate al fine quantomeno di attenuare il problema¹, si è pensato di ridurre l'impegno dei magistrati nel lavoro di redazione delle sentenze².

L'idea non è nuova essendo stata in un certo modo già sperimentata – ma per via legislativa – in altri settori.

Come noto, l'art. 47, comma 1, lett a) della l. 18 giugno 2009, n. 69 (*Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*) ha introdotto l'art. 360-bis c.p.c. a norma del quale il ricorso è inammissibile, tra l'altro, quando il provvedimento impugnato «ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare o mutare l'orientamento della stessa»³.

Sebbene la disposizione testè richiamata riguardi apparentemente l'atto introduttivo del giudizio di legittimità, è ovvio come essa abbia indubbe ricadute sull'attività del giudice, il quale potrà, *prima facie*, rilevare l'inammissibilità omettendo qualunque considerazione sui *merita causae*.

Non solo, infatti, ai sensi dell'art. 375 c.p.c. la corte, nel caso in cui ritiene di dichiarare l'inammissibilità del ricorso principale e di quello incidentale eventualmente proposto, la rileva pronunciando ordinanza in camera di consiglio, ma, in base all'art. 380-bis c.p.c. (come modificato dall'art. 40 d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40), il relatore della sezione è tenuto a depositare in cancelleria una relazione con la *concisa esposizione delle ragioni che possono giustificare la relativa pronuncia*.

Anche l'art. 132, comma 2, c.p.c. (come modificato dall'art. 58, comma 2, della l. 18 giugno 2009, n. 69) e gli artt. 3 e 120 del codice del processo amministrativo si ispirano alle medesime esigenze di semplificazione, prescrivendo, rispettivamente, che la sentenza debba contenere la “*concisa*” esposizione dei motivi in fatto ed in diritto e che i provvedimenti adottati dal giudice debbano essere “*sintetici*”.

¹ Nella premessa della circolare si legge che « le modalità di redazione dei provvedimenti possono costituire uno degli strumenti per ridurre i tempi di definizione dei procedimenti, soprattutto se si considera l'elevatissimo numero di sentenze ed ordinanze che ogni consigliere è chiamato annualmente ad estendere».

² Cfr. relazione di inaugurazione dell'anno giudiziario 2016 del primo Presidente Giovanni Canzio.

³ Con riferimento a tale disposizione, anche per le possibili ricadute sul piano costituzionale, cfr. V. CARNEVALE, *La Corte di cassazione ridimensiona il “filtro” dell'art. 360-bis cod.proc.civ.*, (nota a Cass. civ., Sez. Un., 6 settembre 2010, n. 19051), in *Nuova giuris.civ. comm.*, 2011, n. 2, p.172.

L'art. 118 disp. att. c.p.c., a tale riguardo, specifica che la “*concisa esposizione*” consiste nella *succinta esposizione* dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione, anche con riferimento a precedenti conformi e che nel testo del provvedimento devono essere esposte concisamente e in ordine le questioni discusse e decise dal collegio ed indicati le norme di legge e i principi di diritto applicati.

In base, poi, all'art. 74 del codice del processo amministrativo, è possibile, qualora il giudice ravvisi la manifesta infondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, che lo stesso decida con sentenza in forma semplificata, la quale si caratterizza per il “*sintetico riferimento*” al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, ovvero, se del caso, ad un precedente conforme.

Allargando maggiormente l'orizzonte del campo di indagine, si può notare che effettivamente in più occasioni l'ordinamento, a determinate condizioni, esige o impone uno stile della motivazione diverso da quello ordinario.

Per le decisioni della Corte costituzionale, ad esempio, nell'art. 18 della legge 11 marzo 1953, n. 87, accanto alla previsione per la quale le sentenze debbono contenere, oltre al dispositivo, la data e la sottoscrizione del giudice e del cancelliere, l'indicazione dei motivi di fatto e diritto, convive quella che statuisce che le ordinanze siano *succintamente* motivate.

Nella pratica, come noto, le ordinanze sono caratterizzate da uno sviluppo del ragionamento stringato, il più delle volte con la forma del “premessato che”, ma sempre estremamente logico e completo di tutti i suoi passaggi.

Alle medesime esigenze di celerità e semplificazione si ispirano le disposizioni recentemente adottate con decreto 25 maggio 2015 dal Segretario Generale della Giustizia amministrativa con la quale sono state adottate regole per disciplinare la dimensione dei ricorsi e degli atti difensivi nel rito degli appalti⁴.

Tale documento, emanato sulla base di una espressa previsione normativa⁵, prescrive che le dimensioni dei ricorsi e degli altri atti difensivi siano contenute entro termini stabiliti. In pratica, è stato costruito un catalogo di tipologie di atti (ricorsi, ricorsi incidentali, motivi aggiunti, domande di misure cautelari, etc.) in relazione ai quali è stato previsto il numero massimo di pagine consentito nonché le specifiche tecniche riguardanti il formato del foglio, il tipo di carattere da utilizzare e la sua dimensione.

⁴ In *Gazzetta ufficiale – serie gen.*, 5 giugno 2015 n. 128.

⁵ L'art. 120, comma 6, del codice del processo amministrativo, prevede che «Al fine di consentire lo spedito svolgimento del giudizio in coerenza con il principio di sinteticità di cui all'articolo 3, comma 2, le parti contengono le dimensioni del ricorso e degli altri atti difensivi nei termini stabiliti con decreto del Presidente del Consiglio di Stato, sentiti il Consiglio nazionale forense e l'Avvocato generale dello Stato, nonché le associazioni di categoria riconosciute degli avvocati amministrativisti. Con il medesimo decreto sono stabiliti i casi per i quali, per specifiche ragioni, può essere consentito superare i relativi limiti. Il medesimo decreto, nella fissazione dei limiti dimensionali del ricorso e degli atti difensivi, tiene conto del valore effettivo della controversia, della sua natura tecnica e del valore dei diversi interessi sostanzialmente perseguiti dalle parti. Dai suddetti limiti sono escluse le intestazioni e le altre indicazioni formali dell'atto. Il giudice è tenuto a esaminare tutte le questioni trattate nelle pagine rientranti nei suddetti limiti; il mancato esame delle suddette questioni costituisce motivo di appello avverso la sentenza di primo grado e di revocazione della sentenza di appello».

Un diverso modo per risolvere, dunque, un problema che sembra occupare orizzontalmente e verticalmente le diverse giurisdizioni assediate dal carico di lavoro.

La circolare del Primo Presidente della cassazione si è inserita nel solco della prima soluzione, sollecitando i magistrati della Corte a ridurre l'ampiezza delle motivazioni.

Da tempo anche la dottrina non ha mancato di evidenziare come alla base della crisi della cassazione e dello snaturamento della sua funzione di garante dell'unità dell'ordinamento e dell'esatta interpretazione della legge, vi sia l'elevato numero e l'eterogeneità delle questioni che sono sottoposte alla Corte⁶.

V'è da chiedersi, però, non solo quanto tale provvedimento possa essere ritenuto supportato da una legittimazione, vista la mancanza di una qualsiasi base normativa che lo possa giustificare, ma, soprattutto, quale sia il suo effettivo ambito di applicazione.

Va notato come la circolare rivendichi una propria cogenza in quanto essa raccomanda espressamente i presidenti di sezione ad indicare, nell'ambito dei rapporti informativi per la valutazione di professionalità del magistrato, tra i dati che assumono rilievo positivo, la sua attitudine a redigere sentenze in forma semplificata⁷.

2. Le ripercussioni pratiche sullo stile della sentenze con motivazione semplificata.

Per verificare la portata pratica della circolare e valutarne la compatibilità con il sistema, si deve anzitutto osservare in che termini essa potrà effettivamente incidere sulla struttura della motivazione delle sentenze.

Si deve, infatti, rammentare che le modalità di redazione delle sentenze pronunciate dalla Corte di cassazione, a stretto rigore, non si dovrebbero discostare da quelle emesse dagli altri organi giudicanti.

Ai sensi dell'art. 615 c.p.p., infatti, anche nel giudizio in cassazione si deve applicare lo schema previsto dall'art. 546 c.p.p., per cui essa deve contenere, *inter alia*, «la concisa esposizione dei motivi di fatto e diritto su cui la decisione è fondata, con l'indicazione delle prove poste a base della decisione stessa e l'uniciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie»⁸.

È verosimile che tale rinvio debba essere adattato al giudizio che si svolge in cassazione per la elementare ragione che in tale sede il giudice non valuta prove né è chiamato ad ap-

⁶ Sul punto, cfr. V. DENTI, sub *art. 111*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, *La magistratura*, tomo IV, Bologna, 1987, 2.

⁷ Nelle premesse, la circolare precisa che siccome la tecnica di redazione di sentenze in forma semplificata, costituisce uno degli indici della capacità di sintesi del magistrato nella redazione dei provvedimenti giudiziari, dovrà essere specificatamente scrutinata nel rapporto informativo del Presidente di sezione (ai sensi del capo V punto 2 della circolare C.S.M. n. 20691 in materia di *Nuovi criteri per la valutazione di professionalità dei magistrati a seguito della legge 30 luglio 2007, n. 111, recante Modifiche alle norme sull'Ordinamento Giudiziario*).

⁸ Sulla portata della disposizione, si v. A. NAPPI, *Mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione: dal vizio testuale all'accesso agli atti*, in *La corte assediata. Per una ragionevole deflazione dei giudizi penali di legittimità*, Milano 2014, 113.

plicare alcun criterio di valutazione delle stesse. La Corte, infatti, è chiamata ad esaminare i motivi e ad analizzare il testo di un provvedimento sul quale si sono incentrate le critiche contenute nei motivi, laddove l'art. 546 c.p.p. è ritenuto espressione del metodo dialettico che si sviluppa in un sistema incentrato sul contraddittorio quale metodo di ricostruzione del fatto nel grado di merito⁹.

Nel giudizio di cassazione quello che costituisce l'oggetto del giudizio – il materiale sul quale, cioè, si sviluppa il contraddittorio – è costituito dai motivi di chi impugna il quale, attraverso la redazione dell'atto con il quale introduce il giudizio di appello o quello di cassazione, è chiamato ad instaurare una sorta di dialogo con la decisione impugnata, essendo onerato, a pena di inammissibilità, di indicare «specificamente il punto della sentenza che (si) intende sottoporre a nuovo scrutinio»¹⁰.

Quello che, dunque, nella sentenza pronunciata dal giudice di cognizione svolgono le prove, nel giudizio di impugnazione è svolto dai motivi adottati dalla parte impugnante, motivi che, come prescrive l'art. 173 disp.att. c.p.p. ad integrazione della disposizione di carattere generale, nella sentenza della Corte di cassazione devono essere enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione.

Ciò chiarito in via generale, si può cercare di comprendere cosa intenda effettivamente realizzare la circolare sulla motivazione semplificata.

Poiché l'ordinamento già prescrive che la motivazione delle sentenze penali – e non solo, come si è visto – debba essere redatta con uno stile conciso (art. 546 c.p.p. e art.173 disp.att. c.p.p.) la domanda che si impone è: in cosa la motivazione semplificata dovrebbe caratterizzarsi rispetto alla motivazione complessa?

3. L'ambito di applicazione.

Nel tentare di dare risposta al quesito, occorre, in primo luogo, delimitare l'ambito oggettivo della circolare.

Secondo tale provvedimento, come si è evidenziato, la portata applicativa della motivazione semplificata dovrebbe riguardare principalmente quelle decisioni che non provocano la funzione nomofilattica della Corte di cassazione.

Viene, anzitutto, evidenziato dalla circolare che poiché molti ricorsi non sono rilevanti ai fini dell'esercizio di tale funzione, in quanto attraverso di essi sono sollevate questioni la cui soluzione comporta l'applicazione di principi già consolidati, qualora il collegio non ritenga di discostarsi da essi, «la sentenza può limitarsi a richiamare i precedenti».

In secondo luogo, la circolare sembra fare riferimento anche ad altre ipotesi nelle quali pure non si esplica alcuna funzione nomofilattica. Si tratta, più in particolare, dei ricorsi

⁹ G. GARUTI, *Il giudizio ordinario*, in O. DOMINIONI, P. CORSO, A. GAITO, G. SPANGHER, G. DEAN, G. GARUTI, O. MAZZA, *Procedura penale*, II ed., Torino, 2012, 634.

¹⁰ Cass., sez.VI, 12 gennaio 2016, n. 7773.

che introducono questioni semplici o prospettano motivi manifestamente fondati o infondati o non consentiti.

A ben vedere, selezionando i casi di ricorso per cassazione, si può prevedere con buona approssimazione quali saranno i casi nei quali la motivazione semplificata avrà maggiormente modo di operare.

È noto che il ricorso per cassazione è un giudizio a motivi vincolati.

L'art. 581 c.p.p. statuisce che l'impugnazione deve, a pena di inammissibilità, tra l'altro, indicare i motivi e le richieste.

Orbene, nel panorama dei mezzi di impugnazione, può dirsi che, mentre l'appello è un giudizio tendenzialmente libero quanto ai motivi che alle richieste, sia la revisione che il ricorso per cassazione sono giudizi vincolati sia per quanto concerne i motivi che le richieste. La revisione, in particolare, è ammissibile solo se i motivi addotti sono riconducibili alle categorie descritte dall'art. 630 c.p.p. e si domandi il proscioglimento ai sensi degli artt. 529, 530 o 531 c.p.p.

Il ricorso per cassazione, a sua volta, può essere proposto solo per i motivi indicati nell'art. 606 c.p.p. ed attraverso di esso si può domandare solo l'annullamento (con o senza rinvio) del provvedimento impugnato.

La funzione nomofilattica, quella cioè attraverso la quale la Corte di cassazione cura, ai sensi dell'art. 65 ord.giud., l'unitarietà del diritto oggettivo, viene in evidenza prevalentemente in relazione ai ricorsi che introducono motivi con i quali si denunciano violazioni di legge sostanziale (art. 606, comma 1, lett.b) e violazione di legge processuale (art. 606, comma 1, lett.c).

Quella nomofilattica è, infatti, prima di ogni cosa la funzione con la quale la Corte contribuisce alla creazione del diritto, quella attraverso la quale, cioè, la Corte delimita o amplia la portata applicativa delle fattispecie con statuizioni che non solo sono dirette a risolvere questioni singole del caso sottoposto alla attenzione dello specifico giudizio, ma sono suscettibili di condizionare gli orientamenti futuri della prassi¹¹.

Quando la Corte, ad esempio, decide che nel caso concreto un quotidiano *on line* deve essere considerato una testata e che ad esso pertanto si applicano le norme contenute nella legge 8 febbraio 1948 n. 47¹² la Corte non ha semplicemente risolto il caso concreto, ma ha introdotto una nuova norma che regola i casi futuri che si presenteranno.

Analogamente, quando per la soluzione del caso concreto la Corte afferma che la notifica ad un domicilio diverso da quello eletto dall'imputato non costituisce una nullità assoluta e che, dunque, essa può essere sanata, non ha disposto che una determinata re-

¹¹ Sul punto cfr. M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile*, Bologna, 1991, 11s. il quale, nell'evidenziare il diverso modo di intendere il concetto di giudice di legittimità, sottolinea come anche allorché la corte di cassazione muova dalla decisione su di un caso singolo per verificarne la legittimità «l'interpretazione della norma effettuata in occasione di quel caso particolare è rivolta prevalentemente *al futuro*, ossia ai futuri casi identici o analoghi, e il suo scopo principale consiste allora nello stabilire un criterio valido per la decisione dei casi futuri» (corsivo dell'A.). Sull'argomento, A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, Milano, 1995, 91 ss.

¹² Cass. Sez.un., 29 gennaio 2015, n. 31022, in *Cass.pen.*, 2015, 10, 3437.

gola si applichi nel solo processo oggetto della sua decisione, ma ha fissato un principio tendenzialmente vincolante in altri giudizi¹³.

In forza dell'art. 173, comma 2, nel caso di annullamento con rinvio la sentenza enuncia specificamente il principio di diritto al quale il giudice di rinvio deve uniformarsi stabilendo in tal modo l'ambito di valutazione al quale quest'ultimo si deve attenere. In queste ipotesi, la funzione nomofilattica è fissata nel principio di diritto. Analogamente anche quando il ricorso è stato rimesso alle sezioni unite la sentenza enuncia il principio di diritto sul quale si basa la decisione.

Sarebbe un errore, tuttavia, credere che solo in tali ipotesi si esercita la funzione nomofilattica della Corte. L'unitarietà dell'ordinamento, infatti, è assicurata anche attraverso le decisioni che, pur non concludendosi con l'enunciazione espressa di un principio di diritto, cionondimeno decidono questioni di diritto.

Persino nel caso in cui sia chiamata decidere su ricorsi per violazione dell'art. 606, comma 1, lett. d), c.p.p. la Corte svolge una funzione nomofilattica anche se, a ben vedere, meno incisiva di quella che emerge negli altri casi.

In questa ipotesi, infatti, la Corte esercita una valutazione che implica un giudizio di fatto del tipo di quello svolto in riferimento alla corretta applicazione della norma sostanziale ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. b)¹⁴.

Per verificare, ad esempio, che nel caso esaminato l'acquisizione della prova sia o meno stata esclusa legittimamente, i giudici di legittimità devono necessariamente definire il concetto di «prova decisiva», di «prova a discarico» e quella di «prova a carico», riformulando la disposizione normativa con una sua ri-lettura che condiziona anche i casi futuri.

L'uniforme interpretazione del diritto è assicurata anche quando il motivo di ricorso sia l'art. 606, comma 1, lett. e).

In relazione a tali casi la funzione regolatrice svolta dalla Corte, riguarda i limiti del sindacato di legittimità attraverso la produzione di metaregole.

Quando, ad esempio, afferma che non si può denunciare la illogicità della motivazione della sentenza impugnata prospettando ricostruzioni alternative altrettanto plausibili a quelle seguite dalla decisione impugnata ovvero, per contrario, che tale modalità di critica della decisione è possibile in omaggio al principio contenuto nell'art. 533 c.p.p. per cui la condanna richiede che la certezza sia raggiunta oltre ogni ragionevole dubbio, la cassazione introduce una norma di comportamento che serve a regolamentare le modalità di redazione dei ricorsi futuri¹⁵.

¹³ Cass.sez.un. 17 ottobre 2006, n. 41280, in *Cass.pen.*, 2007, 6, 2545.

¹⁴ Sul punto, cfr. F.M. IACOVIELLO, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, 103 il quale ha chiaramente evidenziato che mentre «l'inosservanza della legge penale non ha a che fare con il fatto: è interpretazione delle parole della legge per estrarne il senso», «le cose cambiano – e si molto – con l'erronea applicazione. Qui si tratta di applicare una norma ad un fatto: per esempio, qualificare come omicidio la morte di un uomo, come atto pubblico un pezzo di carta. Non si può *applicare il diritto* se non ha un *fatto*» (corsivi dell'A.).

¹⁵ Sulla problematica, cfr. P. Dell'Anno, *Vizio di motivazione e controllo della cassazione penale*, Padova, 2015, 53 ss.

4. La motivazione semplificata. Premessa di metodo.

Fissato l'ambito di applicazione del provvedimento in esame, si può tentare di fornire una risposta alla domanda precedentemente posta: in cosa consiste la motivazione semplificata?

Per comprendere il significato della indicazione del Primo Presidente, è necessario supporre che si siano voluti ulteriormente restringere i limiti (“concisione” e “sinteticità”) già normativamente imposti al giudice per la redazione della motivazione.

Prima di tentare di capire in che modo ciò possa avvenire, e tenendo a mente che la circolare invita i giudici a fornire spiegazioni semplificate nei casi in cui non vi siano ragioni di scostamento rispetto all'orientamento consolidato, occorre premettere una considerazione.

Si è poc'anzi accennato che la giurisprudenza della Corte di cassazione, all'esito di un dibattito giurisprudenziale, è giunta recentemente ad affermare che anche le testate *on line* devono essere ricondotte nell'alveo della disciplina sulla stampa. A tale conclusione la Corte di cassazione è pervenuta sviluppando una serie di argomenti che, facendo leva sulla *ratio legis*, sono giunti ad ampliare i confini applicativi di una legge che, emanata circa 70 anni fa, presupponeva la diffusione del pensiero attraverso supporti materiali.

Ora, è evidente che quando dovranno occuparsi di fatti in relazione ai quali si deve stabilire se ci si trovi o meno al cospetto di una stampa regolamentata dalla l. 47 del 1948, i giudici potranno muovere dall'accennato approdo interpretativo, senza dover necessariamente ripercorre l'intero dibattito che l'ha preceduta. Si tratta di quel fenomeno definito in dottrina dell'«autoreferenzialità», vale a dire «(del)la prassi o (del)lo stile di fare riferimento ai propri precedenti»¹⁶.

È fatale, infatti, che, una volta raggiunto un certo risultato interpretativo attorno ad una data questione, la funzione creativa del giudice si esaurisca con la decisione di quel caso e che quel risultato – ove accettato dai giudici che si dovranno occupare della medesima questione – fungerà da premessa maggiore per le successive decisioni sui casi nuovi che dovranno essere affrontati nei successivi giudizi.

Recentemente, ad esempio, la Corte di cassazione, nell'annullare, all'esito di un importante processo, la decisione impugnata riguardo al solo trattamento sanzionatorio, ha affermato con un *obiter dictum*, che poteva passare quasi inosservato, non corredato da alcun richiamo a precedenti o altro, che tale decisione non avrebbe comunque inciso sul decorso della prescrizione¹⁷.

Eppure, quello applicato costituisce la riaffermazione di un principio assunto oggi a

¹⁶ G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, 1996, 16.

¹⁷ Così, a p. 197 della motivazione ufficiale di Cass.sez. un., 24 aprile 2014, n. 38343, pronunciata sul noto caso c.d. *Thyssenkrupp*. Sull'argomento, volendo, A. DIDDÌ, *La vexata quaestio relativa alla pronuncia di prescrizione dopo l'annullamento parziale della sentenza: le Sezioni Unite fanno buona guardia*, in *Diz. pen. proc.*, 2015, n. 5, 127.

diritto vivente, pur a seguito di una travagliato percorso segnato da una serie di pronunce delle sezioni unite¹⁸.

Nel caso di specie, i giudici di legittimità hanno affermato il principio senza neppure sentire la necessità (tanto ormai esso è considerato scontato) di richiamare i numerosi precedenti a sostegno dello stesso.

In evenienze del genere, il ragionamento è fisiologicamente conciso tanto che, in pratica, si potrebbe pensare ad una motivazione strutturalmente sovrapponibile allo schema delle ordinanze della Corte costituzionale, la quale, come accennato, da anni utilizza la forma del “premessato che”, sicuramente poco elegante, ma estremamente efficace oltre che pienamente attuativa della prescrizione che demanda al giudice di attenersi ad una forma discorsiva succinta (art. 18, l. n. 87 del 1953).

È dunque possibile affermare che il rispetto della prescrizione normativa della motivazione concisa, oltre ad implicare uno stile redazionale asciutto e stringato, legittima altresì il giudice successivo non solo ad evitare i singoli passaggi che avevano condotto le precedenti decisioni ad un certo risultato interpretativo, ma addirittura a non citare il precedente giurisprudenziale.

Sotto tale angolo visuale, un magistrato che, al cospetto di una giurisprudenza consolidata e risalente, non si attenesse a tale regola, sarebbe sicuramente censurabile.

Alla luce di quanto premesso, sembra allora che il vero significato della circolare del Primo Presidente della Corte di cassazione debba essere ricercato altrove, non potendo ammettersi che essa sia stata adottata per riaffermare quanto nell'ordinamento appare già pacifico.

5. La struttura della motivazione.

È noto come sia illusorio credere che il giudice esponga nella motivazione i reali percorsi mentali che lo hanno condotto alla decisione¹⁹.

Come il giudice decide non è facile sapere²⁰ e, a ben vedere, non è nemmeno regolamentabile²¹. Sebbene il legislatore, ad esempio, all'art. 527 c.p.p. (applicabile al giudizio in cassazione in forza dell'art. 615 c.p.p.) abbia introdotto regole per guidare gli organi collegiali nell'adozione della decisione, i passaggi logico-ricostruttivi seguiti per pervenire alla decisione rappresentano un'attività per lo più insondabile.

A ciò si aggiunga che la camera di consiglio, ai sensi dell'art. 125, comma 4, c.p.p. è segreta e, dunque, ciò che avviene al suo interno, è imperscrutabile.

¹⁸ Per la ricostruzione della genesi del principio, si rinvia ad A. DIDDÌ, *La vexata quaestio*, cit., 127 ss.

¹⁹ Cfr. E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc.del dir.*, vol XXVII, Milano 1977, 200 ss.; P. DELL'ANNO, *Vizio di motivazione*, cit., 8.

²⁰ Sui possibili percorsi mentali seguiti dal giudice all'atto del decidere, si v. l'interessante saggio di F. GIUSBERTI, L. BENSI, R. NORI, *Oltre ogni ragionevole dubbio. Decidere in tribunale*, Roma-Bari, 2013, 33 ss.

²¹ P. FERRUA, *La valutazione delle prove: un giardino vietato per il legislatore*, in *Quest.giust.*, 1998.

Escluso che la motivazione possa costituire il resoconto della decisione del giudice, occorre chiedersi se esista una forma astratta della motivazione ovvero se il discorso attraverso il quale il giudice esprime all'esterno le ragioni del suo convincimento possa essere arbitrariamente scelto dallo stesso giudicante.

Apparentemente non vi sono prescrizioni in tal senso. L'art. 546 c.p.p., come visto, prescrive al giudice di rispettare determinati parametri, però non dice quale sia la struttura formale all'interno della quale esse devono essere collocate.

Nonostante il disinteresse del legislatore per tale profilo, lo stile della sentenza può essere definito un genere letterario perché, se si ripercorre il modo attraverso il quale il ragionamento del giudice viene presentato all'esterno, ci si avvede che esso ricalca la forma del sillogismo²². Del resto, quando l'art. 606, comma 1, lett. e) c.p.p. prescrive che in sede di legittimità la motivazione può essere censurata, tra l'altro, per *illogicità*, sembra proprio alludere a tale schema di ragionamento ancorché sia inconfutabile che, rispetto a quello classico, esso si manifesti con proprie caratteristiche²³.

Ogni ragionamento giudiziale, infatti, solo apparentemente gode della validità e stringenza dei ragionamenti analitici²⁴.

Cionondimeno, come spiega la filosofia del diritto, poichè il giudice è chiamato a fornire due tipi di giustificazioni alla sua decisione, una interna ed una esterna, egli in sostanza, per dare costrutto logico al suo ragionamento, è costretto ad avvalersi dello schema sillogistico. Mentre con la giustificazione esterna il giudice fonda la proposizione che, poi acquisirà quali premesse della giustificazione interna²⁵, il ragionamento attraverso il quale si sviluppa la giustificazione interna si ramifica in tanti ragionamenti strutturati sullo schema sillogistico quante solo le premesse adottate per argomentare in favore della decisione.

Con riferimento al giudizio di legittimità, lo schema astratto attraverso il quale si sviluppa il ragionamento giudiziale è più semplice perché, a ben vedere, esso consente di individuare la premessa in fatto, che funge da contenitore all'interno del quale confluisco-

²² Così G. KALINOWSKI, *Introduzione alla logica giuridica*, Milano, 1971, 240 ss.; J. WROBLEWSKI, *Il ragionamento giuridico nell'interpretazione del diritto*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 1988, 270.

Per la verità, l'idea che il ragionamento giudiziale possa essere configurato come un sillogismo è oggi messo in dubbio. Sul punto, F. M. IACOVIELLO, *La cassazione penale*, cit., 31 ss. e C. SANTORIELLO *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giudizio di fatto*, Torino, 2008, 67. Sostiene, invece, la validità dello schema sillogistico, A.A. SAMMARCO, *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*, Milano, 2001, 15 ss.

In dottrina, sono ancora attuali le considerazioni di M. MASSA, *Contributo all'analisi del giudizio di primo grado*, Milano, rist.inalt., 1976, *passim* e spec. 21 ss. il quale, già nel vigore del codice abrogato, aveva messo in evidenza come la configurazione sillogistica del ragionamento ben potesse connotare il giudizio della corte di cassazione e quello del giudice di appello e non anche quello di primo grado. Su un piano diverso, si collocano, invece, le argomentazioni critiche di G. CALOGERO, *La logica del giudice e il suo controllo in cassazione*, II ed., Padova, 1964, 46 ss. nel pensiero del quale sebbene il sillogismo svolga una funzione marginale per descrivere il complesso fenomeno del ragionamento giudiziale (perché «la vera e grande opera del giudice non sta già nel ricavare dalle premesse le conclusioni, ma proprio nel trovare e formulare le premesse») non nega il fondamento teorico dello schema sillogistico.

²³ Sul concetto di "logica" cfr. G. KALINOWSKI, *Introduzione alla logica giuridica*, cit., 29-30.

²⁴ Così, R. GUASTINI, *Osservazioni a margine*, in *L'analisi del ragionamento giuridico*, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, 1987, 198.

²⁵ R. GUASTINI, *Osservazioni a margine* cit., 198.

no le questioni da esaminare selezionate attraverso la disamina dei motivi; un enunciato deontico, che costituisce la riformulazione, eventualmente re-interpretata, della norma generale ed astratta da applicare nel caso concreto, ed infine un enunciato fattuale, che contiene la decisione effettivamente assunta in relazione alla fattispecie concreta del caso portato in giudizio²⁶.

Ciò posto, può essere a questo punto più chiaro non solo cosa potrebbe intendersi per motivazione semplificata ed in che termini essa possa essere concettualmente distinta dalla concisione cui si è sopra fatto riferimento; ma anche su quale segmento dello schema descritto essa è destinata ad incidere.

Dalle considerazioni che precedono, dovrebbe essere chiaro che la motivazione *con-cisa* – minimo comune denominatore di tutte le sentenze – è quella che attua lo schema del sillogismo nella sua interezza. Ad essere ispirati ad una criterio di sintesi e stringatezza sono, al limite, i singoli snodi del ragionamento che caratterizzano i vari passaggi.

Se si muove da tali considerazioni, è evidente come attraverso la motivazione semplificata si voglia autorizzare il redattore della sentenza ad omettere completamente taluni dei passaggi che di regola contraddistinguono la rappresentazione all'esterno del ragionamento sotteso alla decisione.

6. (Segue). Le parti della sentenza ineliminabili.

Si è visto che la circolare invita i giudici ad estendere la motivazione in forma semplificata allorché si prospettano «questioni giuridiche già risolte dalla giurisprudenza della corte»: in tal caso la sentenza potrà limitarsi a richiamare il precedente giurisprudenziale e fornire una spiegazione della *ratio decidendi* in maniera estremamente sintetica e senza le argomentazioni richieste dalla motivazione di una decisione costituente esercizio della funzione di nomofilachia.

Vi sarà dunque una motivazione completa, ma “concisa” (art. 546, lett. e), c.p.p.), quando la Corte svolga appieno la sua funzione nomofilattica, ed una contratta che potrà essere adottata in tutti gli altri casi.

Se si vuole attribuire una reale portata applicativa alla circolare, si può prevedere che la motivazione contratta inciderà sul secondo segmento del ragionamento sillogistico quello cioè nel quale normalmente vengono sviluppate le argomentazioni attraverso le quali si estrinseca la funzione nomofilattica.

Si rammenta che, in base all'art. 65 ord. giud., la corte di cassazione «assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale»²⁷.

Molto spesso il ragionamento riportato nella motivazione è particolarmente complesso

²⁶ R. GUASTINI, *Osservazioni a margine*, cit., 198.

²⁷ Sull'interpretazione dell'art. 65 ord.giud., cfr. M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, cit., 64 ss.; F.M. IACOVIELLO, *La cassazione penale*, cit., 68 ss.

perché, a causa di vari fattori (il linguaggio non sempre preciso del legislatore ma soprattutto la presenza di casi sempre nuovi che non automaticamente possono essere riportati all'interno della norma), il giudice viene chiamato ad arricchire di nuovi significati la norma²⁸.

Proprio in questa fase risiede l'attività creativa del giudice e si è già detto che, rispetto a casi semplici, già oggi, il giudice, nello sviluppo del suo ragionamento, potrà delineare la premessa maggiore del suo ragionamento, in forza del principio contenuto nell'art. 546 c.p.p., limitandosi ad iterare, riformulandola in un differente linguaggio, la norma preesistente già formulata dal legislatore²⁹. Sempre in casi semplici, il giudice potrà ri-applicare la norma già interpretata dalla giurisprudenza in precedenti casi invocando, in relazione a quel significato, il diritto vivente.

In questi casi, le esigenze di concisione esimeranno il giudice dal ripercorrere le ragioni per le quali, ad esempio, oggi, nel concetto di stampa può essere fatto rientrare anche una testata *on line*³⁰. Le sentenze che dovranno occuparsi di una diffamazione perpetuata attraverso una testata *web*, dopo l'intervento delle sezioni unite, potranno optare per una motivazione *de relato* al precedente o, addirittura, come avvenuto per il caso della prescrizione per il caso di annullamento della sentenza sul trattamento sanzionatorio, affermare il principio senza alcuna ulteriore indicazione.

Quel che, però, qui preme considerare è che, a prescindere dallo stile, più o meno sintetico e schematico, la premessa maggiore del sillogismo non potrà mai mancare nella motivazione (quantomeno per testimoniare il fatto che la corte nello specifico caso non reputa opportuno discostarsi dalla precedente interpretazione del dato normativo), pena l'inesistenza stessa del ragionamento.

Anche la conclusione del percorso logico- argomentativo non potrà essere eliminata. La corte, in qualunque modo abbia inteso esporre le premesse, non potrà non esprimere le proprie conclusioni perché esse rappresentano esattamente l'atto del decidere nel quale, appunto, si esplica la funzione giurisdizionale sul caso concreto.

Sarà dunque nella premessa intermedia, quella nella quale il giudice procede a constatare che la fattispecie concreta che si è presentata al suo giudizio è sussumibile nella norma, magari perché già esaminata in un precedente giurisprudenziale dal quale ritiene non avere ragione per discostarsi, che la motivazione contratta avrà maggiore terreno fertile per la sua applicazione.

Ferma, dunque, la distinzione tra esposizione sintetica e motivazione semplificata, è evidente che ci si troverà al cospetto della prima ogni volta che il giudice, dopo aver ricostruito il fatto ed averlo raffrontato con la previsione della norma ovvero con quello esaminato da una precedente decisione, ne constaterà o meno la concidenza; si tratterà

²⁸ R. GUASTINI, *Osservazioni a margine*, cit., 202.

²⁹ R. GUASTINI, *Osservazioni a margine*, cit., 200.

³⁰ Cass.sez.un., 29 gennaio 2015, n. 31022, *cit.*

invece di motivazione semplificata, se la Corte ometterà la parte dedicata alla ricostruzione del fatto vale a dire quella sulla fattispecie sottoposta a scrutinio. In simili ipotesi, la Corte potrà limitarsi a non esporre alcuna considerazione in fatto ed attestare, senza alcuna ulteriore spiegazione (perché altrimenti la motivazione sarebbe esistente ed al limite sintetica), che il fatto corrisponde (o non corrisponde) alla previsione astratta.

Nella motivazione contratta, in altri termini, il fatto – che nella motivazione classica è ricostruito e funge da premessa intermedia – potrà essere dedotto dalla premessa generale nel quale è riformulata la portata della norma.

7. Motivazione contratta e crisi della garanzia.

Il risultato al quale si approda mettendo a sistema le disposizioni che governano la redazione della sentenza con quelle nuove di cui si auspica l'adozione, è quello di una soppressione della ricostruzione del fatto che, nella forma classica della motivazione, funge da premessa minore del sillogismo giudiziario.

Come accennato, quello di procedere a tale forma di esposizione del ragionamento costituisce frutto di una decisione ampiamente discrezionale, demandata al collegio il quale, preso atto del fatto che i quesiti dedotti con l'atto di ricorso non contengono elementi in grado di scalfire il significato della norma già recepito dal diritto vivente, ne attestano sostanzialmente la inidoneità a far rivedere la precedente interpretazione.

La motivazione, in questo modo, piuttosto che testimonianza scritta dei passaggi essenziali del ragionamento svolto, costituirà documentazione del fatto che un ragionamento vi è stato, che esso è identico a quello già sviluppato in precedenti decisioni e che da esso non vi sono ragioni per discostarsi.

Se queste sono le reali intenzioni della circolare, è da chiedersi se il modo di argomentare auspicato, corrisponda effettivamente alla funzione che l'art. 111, comma 7, Cost. assegna alla motivazione.

È noto che nel principio per il quale tutti i provvedimenti devono essere motivati si annida una grande garanzia, quella di contenere la discrezionalità del giudice³¹.

È noto, altresì, che l'attività del giudice, come ormai si afferma costantemente, non è un'operazione meccanica e che egli non può nemmeno essere considerato una *slot machine*. L'atto del giudicare non potrà mai essere sostituito da un computer e richiederà sempre un ampio margine di discrezionalità³².

³¹ Così, E. AMODIO, *La motivazione*, cit., 185 secondo il quale la motivazione costituisce uno strumento di controllo democratico sull'attività giurisdizionale. Sull'argomento, I. ANDOLINA, G. VIGNERA, *I fondamenti costituzionali della giustizia civile. Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, 1997, 191 ss.

³² E. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 116: «la tesi, un tempo assai diffusa, per cui ogni testo normativo ammetterebbe una interpretazione ed una soltanto, è oggi ampiamente superata a favore della constatazione che non vi sono praticamente controversie che ricadano nell'ambito di una e di una norma soltanto. La concezione illuministica, con la sua aspirazione alla perfetta trasparenza e alla razionalistica esaustività della legge, riteneva che *in claris*

Come è stato osservato, pur dovendosi auspicare che il giudice sia in grado di dissociare le emozioni personali da quelle fatte proprie dalla comunità di cittadini nel nome dei quali esercita il potere e che le sue decisioni siano ispirate dal massimo tasso di razionalità, egli è anzitutto un prodotto del suo tempo perché vive in un'epoca ed in una società determinata³³ dalla quale recepisce i codici per decifrare il significato di gran parte delle questioni che si presentano alla sua valutazione.

Proprio per evitare tensioni tra potere giudiziario ed ambiente circostante, ogni ordinamento giuridico si dota di istituzioni e procedure in grado di garantire che il giudice sia indipendente e possa esercitare la sua discrezionalità in maniera oggettiva senza condizionamenti provenienti da forze esogene. In quest'ottica, come, il contraddittorio si prefigge l'obiettivo di consentire che al giudice siano presentate varie possibilità alternative per la sua decisione e, dunque, siano stimulate le sue capacità critiche rispetto alle questioni controverse, così l'obbligo di formulare sentenze ragionate, da un lato accresce l'oggettività della decisione³⁴ e, dall'altro, rafforza il livello di fiducia che il pubblico accorda al potere giudiziario, perché consente la costante verifica dei percorsi decisionali³⁵.

Se tutto ciò può ormai considerarsi patrimonio acquisito, si deve osservare come vi sia una grande differenza tra la motivazione delle decisioni dei giudici di merito e quella che, invece, deve corredare le statuizioni della Corte di cassazione.

Ciò nonostante, mentre la motivazione del giudice del merito è stata oggetto di costanti approfondimenti anche grazie al controllo esercitato su di essa dal giudice di legittimità, tanto che si possono oggi ricostruire le caratteristiche che, pena la sua nullità, devono sussistere, poco, invece, si è scritto sulle regole di costruzione del ragionamento delle sentenze pronunciate dalla stessa Corte di cassazione³⁶.

Quest'ultima, bel diagnosticare la logicità e congruenza della motivazione dei giudici di merito, ha in un certo senso costruito delle metaregole che devono essere osservate nella redazione delle sentenze. Metaregole di contro del tutto assenti per la redazione delle sentenze della Corte di cassazione atteso che esse non sono a loro volta sottoposte ad un controllo che ne verifichi la corrispondenza ad un modello generale ed astratto né sono mai precedute da una illustrazione dei criteri ai quali si ispira la sua costruzione.

Tra l'altro, non può essere sottovalutato il differente ruolo che svolge la motivazione delle sentenze destinate ad essere sottoposte ad ulteriori controlli attraverso gli ordinari mezzi di impugnazione, rispetto a quella del giudice di legittimità.

non fit interpretatio, con le note conseguenze di una concezione meccanica e sollogistica dell'interpretare».

³³ A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, 128-129.

³⁴ A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, 129.

³⁵ A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, 232; E. AMODIO, voce *Motivazione della sentenza*, cit., 188 secondo il quale «il mezzo mediante il quale i soggetti investiti del potere giurisdizionale, membre dell'apparato strumentale della volontà popolare, rendono conto del proprio operato alla fonte da cui deriva la loro investitura». Secondo V. DENTI, sub *art. 111 Cost.*, cit., 7 tali interpretazioni peccerebbero per astrattezza e confonderebbero il piano politico da quello istituzionale.

³⁶ Sul punto, V. DENTI, sub *art. 111 Cost.*, cit., 9 rileva come l'obbligo di motivare le decisioni della Corte di cassazione è collocato su un piano diverso da quello proprio degli altri organi giurisdizionali.

Come visto, le sentenze che possono essere impugnate, esigono una completezza maggiore perché devono riprodurre uno schema dialettico. Esse, in altri termini, devono ripercorrere il ragionamento come se si trattasse di un dialogo – asincrono perché non contestuale – tra giudice, al quale la parte che poi impugna ha sottoposto alcune questioni durante la discussione, e la parte stessa la quale, a sua volta, in caso di soccombenza, allorquando impugnerà la decisione, dialogherà nuovamente con la sentenza sollecitando l'intervento del giudice superiore.

Tutto ciò, evidentemente, non caratterizza la decisione emessa in sede di legittimità ed è proprio in tale banale constatazione, a ben vedere, che vanno ricercate le basi per delinere il contenuto minimo della motivazione delle sentenze ivi pronunciate.

Si deve tenere conto che la corte di cassazione non esercita la funzione nomofilattica attraverso un «mero calcolo concettuale a struttura deduttiva fondato su un'idea dell'ordinamento come un sistema di norme chiuso, completo e gerarchizzato»³⁷, ma al contrario, proprio attraverso tale funzione essa sostanzialmente diviene un creatore del diritto. È stato efficacemente osservato, a tale proposito, non solo che anche quello giudiziario è un potere legislativo, sia pur ridotto perché si inserisce tra le righe del diritto da esso prodotto³⁸, ma che esso è ineliminabile alla sua funzione perché l'esercizio razionale della discrezionalità del giudizio è costituito dal «contenuto intellettuale consapevole fra parecchie possibilità legittime»³⁹.

Il ricorso per cassazione presentato dalle parti presenta sempre un'opzione alternativa a quella contenuta nella sentenza impugnata. Essa può riguardare il fatto o il diritto o entrambe le cose insieme, ma è pur sempre una lettura diversa e plausibile del medesimo “fatto” e della stessa “norma” e chi impugna sollecita la discrezionalità del giudice di legittimità nei limiti in cui le norme lo consentono.

Salvo casi di manifesta infondatezza, sulle letture alternative proposte si sviluppa una contraddittorio strumentale a guidare la discrezionalità del giudice ed in tale contesto non solo la Corte è sempre sollecitata a svolgere delle scelte (nel caso più semplice, di conformarsi o non conformarsi al precedente), ma l'obbligo per il giudice di motivare è particolarmente importante perché la esposizione delle ragioni del decidere «è una delle difficoltà maggiori che si prospettano al giudice che tenti di esercitare la discrezionalità»⁴⁰.

È ovvio, infatti, non solo che in tal modo si evita che l'atto del giudicare si trasformi in arbitrio, ma obbligando il giudice ad offrire la piena spiegazione delle ragioni del proprio convincimento, sul fatto o sul diritto, lo si costringe, se non a tenere a freno, quantomeno

³⁷ Così Taruffo, *Il vertice ambiguo*, cit., 68 e 74 ed ivi richiami bibliografici. L'idea che interpretare la legge si risolve in un'operazione di individuazione del significato oggettivo delle norme e che il compito del giudice sia quello di dichiarare tale significato è tipico del c.d. formalismo giuridico. Sul punto, N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1977, 93 ss.

³⁸ A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, cit., 92 e 232.

³⁹ A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, cit., 33. Sulla diversa concezione illuministica della supremazia del legislatore, si cfr. M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, 2002, 29 ss.

⁴⁰ BARAK, *La discrezionalità del giudice*, cit., 30.

a controllare le proprie pulsioni istintive ed irrazionalistiche e a far emergere le giustificazioni razionali della decisione.

Si potrebbe sostenere che, nel giudizio di legittimità, tali pulsioni, anche per la professionalità dei magistrati che compongono l'organo, dovrebbero essere più facilmente controllate ma è indubbio come, anche in quella sede, la motivazione espliciti una precisa funzione di autocontrollo del processo decisionale del giudice.

Soprattutto è indiscutibile che, con riferimento alle sentenze pronunciate in ultima istanza, la motivazione costituisca principalmente la necessaria documentazione della razionalità e oggettività della interpretazione seguita dall'organo nomofilattico.

Non si tratta più, in sostanza, di completare quel dialogo a distanza con il soggetto impugnante, ma di testimoniare la posizione assunta dalla Corte su una determinata decisione destinata a risolvere il caso sottoposto alla sua valutazione ed a fungere da norma per il futuro.

Ed è proprio qui, se non si erra, che si tocca il punto nevralgico della problematica relativa alla motivazione semplificata.

Poiché la motivazione delle sentenze pronunciate in sede di legittimità non è funzionale all'esercizio del diritto di impugnazione, ma rappresenta l'unico strumento attraverso il quale si esercita il controllo *ab extrinseco* sulla effettiva attuazione della funzione di assicurare l'uniforme interpretazione della legge, essa dovrebbe fornire sempre la spiegazione della decisione assunta affinché l'efficacia vincolante che essa pretende sia attribuita alle sue decisioni non costituisca un atto di mera autorità.

Le decisioni della Corte, infatti, attraverso l'ufficio del massimario ed il prezioso contributo offerto dalle riviste specializzate, non sono mai (o quasi mai) destinate ad incidere sul caso oggetto di decisione, ma, anche attraverso il contributo critico offerto dalla dottrina, costituiscono interpretazioni che circolano ed alimentano i dibattiti sulle problematiche giuridiche ad esse sottese e, per tale via, accrescono la loro condivisione nella comunità dei giuristi⁴¹. E poiché le decisioni, sono tanto più accettabili quanto più sono controllate e razionalmente giustificate, nei sistemi giuridici evoluti non solo «elaborazione e l'argomentazione delle decisioni giudiziali sono rese obbligatorie» tanto che «la comunicazione della decisione è ormai divenuta un aspetto irrinunciabile e intrinseco allo Stato di diritto», ma «comunicata e pubblicizzata, la decisione è infine inserita nel circolo della discussione sia della dottrina giuridica sia dell'opinione pubblica: la prima ha tra i suoi compiti fondamentali la critica e l'inquadramento teorico delle soluzioni date ai problemi giuridici concreti. La seconda può sottoporre a vaglio e verifica critica, naturalmente nei modi che le sono propri, le condizioni e la metodologia delle forme di lavoro dell'attività giurisdizionale, sempre con riferimento ai casi specifici»⁴².

⁴¹ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., 133: «il materiale giuridico oggetto di interpretazione non può mai venire interpretato al di fuori di un preciso riferimento ad una comunità di parlanti e di utenti influenzata sia dai presupposti culturali e assologici della società regolata, sia dalle caratteristiche e dagli sviluppi del linguaggio giuridico specialistico, cioè del linguaggio dei giuristi di professione».

⁴² Sul punto, F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., 203-204.

8. Fatto e diritto: due entità inscindibili.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si può osservare come la introduzione di forme di motivazione semplificate presti il fianco a non poche perplessità.

Nell'attuale giudizio di legittimità, le decisioni non sono assunte attraverso modelli di ragionamento astratti e teorici, quasi che si trattasse di un parere *pro-veritate*, sul modello del *référé législatif*⁴³ degli ordinamenti illuministici, richiesto ad un organo dotato di particolare competenza.

Sono note, a tale riguardo, le differenti ricostruzioni della natura del giudizio di cassazione divise tra tutela dello *ius constitutionis* o attuazione dello *ius litigatoris*, vale a dire tra modello puro del giudizio di legittimità, che si occupa solo dell'esistenza e del significato della legge in una visione totalmente astratta, formalistica ed indifferente al fatto, e mezzo di impugnazione con il quale la parte che si duole di una ingiustizia chiede sì alla cassazione di verificare la violazione e la falsa applicazione della legge ma sempre in una dimensione orientata «al merito, cioè al fatto, che sopravanza lo *ius constitutionis*»⁴⁴.

Sebbene il problema non sia sopito e mai come oggi, sotto il peso dei ricorsi, le istanze per un modello puro si facciano particolarmente insistenti⁴⁵, pare «difficile costruire un giudizio di impugnazione che declassi lo *ius litigatoris* a una specie di interesse legittimo, che riceve tutela solo e nella misura in cui coincida con lo *ius constitutionis*» e ciò per una ragione semplice e difficilmente controvertibile e cioè che «un giudice, per quanto voglia simulare indifferenza per il contenuto della decisione di merito, di fatto non è insensibile a esso ed è fatalmente spinto verso di esso dalla pressione dei ricorrenti»⁴⁶.

Del resto, non solo uno sguardo alla prassi giurisprudenziale fa emergere come la Corte di cassazione quasi mai interpreti le norme in una dimensione astratta, ricostruendone il significato attraverso procedimenti deduttivi movendo da premesse generali⁴⁷. Ammesso che simili modelli interpretativi possano essere concretamente attuati⁴⁸, è evidente come proprio le norme sul giudizio di cassazione inducano a ritenere che sia proprio il legislatore, attraverso l'art. 173 c.p.p. che prescrive la illustrazione dei motivi nella motivazione del ricorso, ad aver prediletto, tra i vari modelli possibili del giudizio di legittimità, quello che esige la

⁴³ Sull'istituto in questione, s v. M. AINIS, *La legge oscura*, cit., 31.

⁴⁴ Sul tema, attorno al quale si è sviluppata una letteratura significativa, ci si limita a ricordare F.M. IACOVIELLO, *Giudizio di cassazione*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. V, *Le impugnazioni*, a cura di G. Spangher, Torino, 2009, 637.

⁴⁵ Sul punto, si v. G. CIANI, *Relazione introduttiva alla 3ª sessione pomeridiana del convegno 27-29 ottobre 2012*, in *La corte assediata*, cit., 149 il quale sollecitava l'adozione di misure concrete «anche per restituire alla Corte di Cassazione la sua funzione istituzionale di garante dello *ius constitutionis* piuttosto che dello *ius litigatoris* [...]»; in particolare, dell'esatta osservanza dell'uniforme interpretazione della legge, come recita l'art. 65 dell'ordinamento giudiziario del 1941». Sull'argomento, M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, cit., 67 il quale ha rilevato che sebbene l'art. 65 ord.giud. si ispiri al concetto di nomofilachia come interpretazione generale ed astratta della legge che costituisce la chiave di volta del modello puro di cassazione elaborato da Calamandrei, tale ipotesi di lettura della norma appare meno rilevante nella prassi attuale.

⁴⁶ Così, ancora, F.M. IACOVIELLO, *Giudizio di cassazione*, cit., 637; Id., *La cassazione penale*, cit., 22 ss.

⁴⁷ M. AINIS, *La legge oscura*, cit., 43.

⁴⁸ F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., 104 ss.

intepretazione della norma giuridica in stretta connessione con il fatto. Alla Corte di cassazione, in altri termini, viene chiesta un'operazione di concretizzazione della norma sul fatto e non già un'operazione interpretativa che si sviluppa e si conclude sul testo di una norma.

È possibile, allora trarre le conclusioni sulla circolare con la quale il Primo Presidente della cassazione sollecita i magistrati ad adottare una motivazione classica solo in relazione alle sentenze che risolvono questioni di diritto ed una semplificata e contratta nei casi in cui non vi siano questioni nuove da affrontare.

Attraverso tale raccomandazione, si vorrebbe forse realizzare una omologazione delle soluzioni riguardanti i casi rispetto ai quali si è formato un diritto vivente.

La soluzione è espressamente destinata ad essere applicata ai casi semplici rievocando una distinzione – quella tra casi semplici e casi difficili, vale a dire tra casi rispetto ai quali non vi è esercizio di discrezionalità e quelli che invece la esigono⁴⁹ – che, tuttavia, sebbene suggestiva, calata nella pratica, non è di agevole applicazione.

Anzitutto deve essere evidenziato come l'idea che la motivazione serva solo per i casi difficili e per quelli nei quali la Corte crea in maniera più marcata il diritto, risponde in realtà ad una visione riduttiva, semplicistica e tutto sommato fuorviante e *praeter legem* perché, come visto, l'intepretazione non è un qualcosa di statico, né un risultato che si ottiene per via deduttiva da sistemi generali ed astratti. L'osservazione degli orientamenti giurisprudenziali dimostra come essi costituiscano un lento e progressivo movimento frutto della continua sollecitazione ad opera delle parti della discrezionalità del giudice di legittimità il quale viene chiamato ad esercitare continuamente il confronto delle soluzioni raggiunte con i fatti rispetto ai quali esse si applicano.

Ma anche a prescindere da tale considerazione ed a voler ritenere che, comunque, in fondo casi semplici esistono, l'idea che ciò possa accadere costituisce una finzione, perché, in effetti, essi possono essere considerati come tali solo all'esito del giudizio. La distinzione tra casi facili e casi difficili non solo «sembra funzionare come uno strumento di analisi *ex post* delle decisioni che si riferiscono ad una certa norma, più che come uno strumento da impiegare *ex ante* per conseguire decisioni»⁵⁰ ma, a sua volta, è frutto di un atto discrezionale che esige di essere dimostrato.

È stato giustamente evidenziato che «se i casi facili sono quelli già decisi, è agevole osservare che il giudice è libero di decidere se i fatti che ha sottomano sono identici, simili, similati, vicini o distanti da quelli che hanno costituito oggetto di precedenti giudizi; e nella ricerca del precedente può scegliere, spesso, tra più alternative»⁵¹.

Insomma, prima di poter affermare che il caso è semplice, occorre un'attività complessa che, in un ordinamento che attribuisce alla motivazione la funzione di garanzia contro l'arbitrio del giudice, è essenziale sia esplicitata all'esterno.

⁴⁹ Propugna una simile distinzione, A. BARAK, *La discrezionalità del giudice*, cit., 40 ss.

⁵⁰ COSÌ, M. TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, cit., 80.

⁵¹ Sul punto, G. ALPA, *L'arte di giudicare*, cit., 40.

È evidente, allora, che nello schema sillogistico che il giudice della cassazione deve seguire quale organo dell'impugnazione, poiché lo *ius litigatoris* non potrà mai essere obli-terato, il rispetto del dettato costituzionale esige che la motivazione sia sempre completa e fornisca la spiegazione dell'*iter* logico-giuridico attraverso il quale il giudice è pervenuto alla decisione⁵².

Sebbene in misura minore e talvolta non in maniera evidente, anche le sentenze che non innovano e ribadiscono il principio già altrove affermato, nella logica della impugnazione, non costituiscono una mera riproduzione di principi già elaborati, ma una verifica nuova ed originale, compiuta sempre attraverso lo stesso schema, della insussistenza delle condizioni per discostarsene.

Anche in queste ipotesi il giudice non solo non applica in maniera meccanica, quasi fosse bocca della legge, il principio enunciato in un precedente caso, ma non abdica all'esercizio del suo potere discrezionale perché il fatto, oltre che nella premessa minore, si fonde sempre, per la parte concernente l'applicazione della legge al caso concreto, con la premessa maggiore⁵³.

Amputare, allora, la parte della motivazione con la quale, appunto, la Corte verifica sul nuovo caso concreto la applicabilità del precedente, fa correre il rischio di generare un appiattimento dei percorsi argomentativi, una compressione del dibattito giuridico e un conformismo che, se può apparire utile a rafforzare l'oggettiva applicazione del diritto e ad assecondare le esigenze pratiche della Corte, è non solo contrario alla funzione ad essa demandata ma costituisce un *vulnus* della garanzia costituzionale⁵⁴.

Il timore è quello di una generalizzazione della prassi della settima sezione penale la quale, pur trattando, secondo le statistiche divulgate nelle relazioni inaugurali degli anni giudiziari, oltre il 40% dei ricorsi ogni anno, è completamente opaca nelle sue decisioni come si può constatare da una semplice disamina di un repertorio di giurisprudenza dal quale emerge come le sentenze massimate di quella sezione sono poco più di centocinquanta in 15 anni.

⁵² Cfr. V. DENTI, sub *art. 111 Cost.*, cit., 12.

⁵³ In tale senso, ancora, F.M. IACOVIELLO, *Giudizio di cassazione*, cit., 637.

⁵⁴ Sotto altro angolo visuale, si v. le considerazioni critiche espresse da L. MARAFIOTI, *Selezione dei ricorsi penali e verifica d'inammissibilità*, Torino, 2004, 186s. a proposito della inderogabilità delle garanzie costituzionali di cui all'art. 111 Cost. in favore delle esigenze di celerità ed efficienza.

Il progetto di riforma della prescrizione: un'erosione compiacente

LUIGI STORTONI

Il progetto di legge in tema di prescrizione è di nuovo sul tavolo del legislatore in una riedizione qua e là purgata dalle asperità più evidenti e financo con qualche disposizione – più o meno necessaria – di tono garantista.

Così la opportuna precisazione che “*la sospensione della prescrizione ha effetto limitatamente agli imputati nei cui confronti si sta procedendo*” (novellato art. 161 c.p.); resta, peraltro, da chiedersi perché ciò non valga per l’*“interruzione”*, il cui effetto rimane esteso a “*tutti coloro che hanno commesso il reato*”. La risposta va evidentemente ricercata in una concezione dell’istituto tutta incentrata su ragioni obbiettive, dimentica del suo rapporto con il diritto individuale del cittadino ad una giustizia sollecita. Ma su questo tornerò brevemente più oltre.

Sotto altro profilo, comprensibile l’estensione dell’effetto interruttivo dell’interrogatorio dell’indagato anche se reso “*avanti alla polizia giudiziaria, su delega del pubblico ministero*”; comprensibile più che condivisibile perché segno e ratifica di una sempre più diffusa prassi di uso della delega da parte dei pubblici ministeri che di fatto generalizza quella che dovrebbe essere l’eccezione, con rinuncia del magistrato alla personale apprensione delle ragioni dell’accusato attraverso un diretto contatto con lo stesso nell’ambito di un atto – l’interrogatorio – che – giova ricordarlo – ha (o dovrebbe avere) funzione difensiva.

Ma – è superfluo rilevarlo – il contenuto primo della prospettata riforma è costituito dalle disposizioni che, in diverso modo, allungano i termini di prescrizione e, quindi, la possibile durata del processo. Principalmente, se non esclusivamente, ciò riguarda i commi aggiunti all’art. 159 c.p. con i quali si concedono due prolungamenti, di un anno e mezzo ciascuno, in funzione dei gradi di giudizio successivi al primo.

Certo da non sottovalutare altri dati, e ciò sia per il loro diretto portato normativo, sia per i significati che esprimono: così l’inserimento tra i reati per i quali l’aumento massimo del termine per effetto della interruzione é della metà, dei delitti contro la Pubblica Amministrazione di *concussione, corruzione ed induzione*. Evidente il sovrapporsi di ragioni di allarme sociale – o più prosaicamente di risposta politica alle grida giustizialiste – a reali necessità processuali.

Ancora e *per incidens*: attenzione – sempre in tema di sospensione dei termini – alla non impedita possibilità di rogatorie frazionate e/o reiterate.

Ma il cuore della riforma – come dicevo – è nel novellato secondo comma dell’art. 159 c.p. che introduce un concreto e significativo allungamento della prescrizione.

Le ragioni che vengono addotte a giustificazione sono ben note: esse ruotano attorno al polo della obbiettiva (ed incolpevole) difficoltà di concludere tutti i gradi di giudizio in termini che si assumono angusti. Altrettanto conosciute – perché tante volte ribadite – le valide obiezioni di contrario segno.

Superfluo ripercorrerle: più utile forse ai fini di una prima – e come tale né definitiva né compiutamente articolata – valutazione del progetto, la sua considerazione in una prospettiva che si ampli al contesto più generale del sistema penale.

Tanti i dati con i quali rapportare il discorso; sia sostanziali che processuali. Mi limito ad enunciare alcuni che mi paiono tessere capaci di delineare un quadro complessivo di significativo rilievo.

Quanto al processo, non si può né si deve dimenticare il permanere nel nostro sistema – a seguito della bocciatura, ad opera della Consulta, della c.d. legge Pecorella – della impugnabilità delle sentenze assolutorie da parte del pubblico ministero con la conseguente possibilità di plurime assoluzioni seguite da condanne: sentenze tutte emesse in nome dello (stesso) popolo italiano.

Su quanto ciò urti con una concezione moderna e democratica della giustizia penale, così come quanto a dir poco discutibile fosse la collocazione del tema al di là della competenza del legislatore ordinario, nell'ambito di quella della Corte Costituzionale, più volte mi sono espresso e non è questa la sede per riaprire il discorso.

Incontestabile mi pare, però, essere l'omogeneità della direzione verso una dilatazione dei termini processuali in cui si orienta questo elemento con quella cui tende l'ampiamen- to dei termini di prescrizione.

Eguale vettorialità mi sembra possa intravedersi – spostandoci sul piano del diritto sostanziale – non solo nella costante e progressiva tendenza della legislazione penale all'aumento dei limiti edittali di pena, ma altresì in un dato strutturale della produzione normativa costituito dalle nuove forme che l'indeterminatezza dei reati assume.

La diretta incidenza dei livelli sanzionatori sui termini prescrizionali non abbisogna di spiegazioni: diversamente per il secondo fenomeno cui ho fatto cenno.

L'assunto è semplice: la incertezza normativa lascia spazio alla ipotetica sussunzione nella fattispecie astratta di fatti storici indeterminati o – parallelamente e in altri termini – di una serie indeterminata e/o indeterminabile a priori di accadimenti.

Di qui – in sede di indagini ed ad opera del pubblico ministero – lo spazio alla dilata- zione illimitata dei tempi processuali.

Il fenomeno non è certo nuovo: come i principi – di rilevanza costituzionale – di tassatività e/o determinatezza in materia penale abbiano avuto nel nostro (e non solo nel nostro) sistema ben poca attuazione e come la battaglia per la loro affermazione si sia infranta contro le scogliere apprestate dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale che ha – sostanzialmente sempre, pur con più o meno auliche motivazioni – di fatto salvato anche le formulazioni normative più imprecise, è cosa ben nota.

Ciò che di inedito, però, mi pare profilarsi all'orizzonte è una tecnica normativa in qualche modo nuova che in tema di certezza giuridica si manifesta vieppiù insidiosa.

Mi riferisco – ad esempio e in specie – alla recente legge sui c.d. eco-delitti, l.68/2015:

in essa le fattispecie sono coniate sul modello del reato causalmente orientato ad evento naturalistico; tipologia di per sé caratterizzata da indubbia certezza che, però, qui tradisce l'aspettativa. E' ben noto come siffatti reati ottengano determinatezza proprio dall'evento materiale cui le "indeterminate" condotte sono finalisticamente orientate ed eziologicamente collegate; effetto del tutto vanificato ove l'*evento* sia fumosamente descritto o addirittura sublimato nel *bene giuridico*.

Ed è ciò che lì accade: asserire che è punito (peraltro con gravi pene) chiunque compromette o deteriora "l'*ecosistema, o la biodiversità della flora e della fauna*" (art. 452-bis), o "cagiona un disastro ambientale", per esso dovendosi intendere "l'*alterazione dell'equilibrio di un ecosistema*" o "l'*offesa alla pubblica incolumità*" (art. 452-quater), equivale a contrabbandare per *evento materiale*, l'*oggetto giuridico* del reato.

L'incertezza che ne deriva è pari alla totale discrezionalità che si apre all'inquirente.

Megafattispecie di ardua se non impossibile accertabilità – si dirà – che difficilmente possono condurre a condanne: la scienza penale conosce da sempre questa fenomenologia, vengono alla mente certe fattispecie del codice contro l'economia nazionale e l'ampia dottrina al riguardo.

Si può concordare ma ciò acuisce, anziché mitigare, il pericolo; reati incapaci – forse? – di sfociare in condanne, ma perfettamente idonei a creare indagati e imputati... a tempo indeterminato.

La sintesi rafforza una prospettiva tutt'altro che rassicurante già intravista e sempre più chiaramente delineante: un uso del processo – e dei suoi connessi strumenti – sempre più generalizzato e incontrollabile a danno dei diritti e delle libertà del cittadino.

Di questo contesto l'ampliarsi dei termini di prescrizione costituisce un elemento di primaria rilevanza.

Il progetto di legge in esame si inserisce – allora – perfettamente in questa prospettiva: pur in modo per così dire pudico, con qualche timida concessione al garantismo e – sia consentito di rilevarlo – con faticose comprensibilità sintattiche (come mai deve leggersi il nuovo terzo comma dell'art. 159 c.p. in cui "i *periodi di sospensione*" paiono aggiungersi anziché annullarsi in caso di assoluzione?!), esso costituisce un ulteriore attacco alla prescrizione.

Concessione alle richieste di certa magistratura penale? Soddisfazione alle istanze populiste e giustizialiste di certa politica? In ogni caso un passo verso la vanificazione dell'istituto; una "*compiacente erosione*", appunto, della garanzia che la prescrizione incarna che non può che preludere a progressive ulteriori e più devastanti frane.

D'altro canto a questo sottile ma costante lavoro si accompagna il pericolo di un ben più duro colpo al metaforico argine che essa rappresenta per la tutela individuale: la possibile decisione di rigetto (in spregio al principio di legalità) della eccezione di illegittimità costituzionale da parte della Consulta nel ben noto caso "Taricco".

Al fondo – e con ciò mi riallaccio a quanto accennavo in esordio - la permanente insensibilità per il contenuto garantista dell'istituto della prescrizione e per il suo indubbio fondamento costituzionale, nell'art. 27 della Carta e non solo!

Se quanto sono andato dicendo ha un qualche fondamento, io credo che se ne debba

trarre, quale indicazione, la motivata diffidenza anche verso rimaneggiamenti della disciplina della prescrizione che – come quello ora in considerazione – possono apparire sorretti da sostenibili ragioni e, al tempo stesso, di contenuta incidenza rispetto alle garanzie che l'istituto è volto a tutelare e, quindi complessivamente accettabili o, quanto meno, tollerabili.

In realtà essi concorrono a creare un pericoloso piano inclinato sul quale è facile scivolare.

Dai dati empirici in tema di prescrizioni si evince che le stesse intervengono prevalentemente nella fase delle indagini preliminari, il che lascia intendere che il dilatarsi dei relativi termini, anziché incidere sul numero di processi destinati all'estinzione, non fa che incentivare il protrarsi nel tempo dei processi stessi.

Verrebbe, allora, da dire che aumentare i tempi della prescrizione è come dar più denaro al figliol prodigo.

Punire il depistaggio. Prime incomplete riflessioni: la situazione è disperata e seria

GAETANO INSOLERA

1. Le modifiche introdotte nel corpo dei delitti contro l'amministrazione della giustizia (la *vedette* è il nuovo reato di *frode in processo penale e depistaggio*) nel testo approvato definitivamente dalla Camera dei deputati il 5 luglio 2016, costituiscono un'ulteriore conferma delle caratteristiche ormai assunte dalla "produzione del penale" nell'attuale temperie politica¹.

Prima di analizzare sinteticamente la novella provo a dar conto di questa affermazione.

1.1. Rispetto alla proposta di legge n. 559-B, approvata dalla Camera il 14 settembre 2014, quanto licenziato in via definitiva recepisce le modifiche apportate dal Senato il 27 maggio 2016: tra queste spiccano scelte punitive improntate ad un estremo, generalizzato, rigore sanzionatorio: in un contesto irto di circostanze aggravanti ad effetto speciale, ad esempio, la *vedette* prevede una pena da 3 a 8 anni e, per condanne superiori al minimo, l'interdizione perpetua dai pubblici uffici. Solo premiali le attenuanti.

Altra materia dunque su cui riflettere. Penso al *forum* aperto di recente dall'Associazione italiana dei professori di diritto penale. Il tema è costituito dall'analisi critica di scelte di incriminazione, nelle quali la pena come tale o la sua misura sembrano rappresentare, per il ceto politico, un valore in sé o un valore aggiunto, di carattere eminentemente simbolico.

Queste scelte si esprimono prevalentemente sia con un innalzamento delle pene, sia attraverso l'introduzione di incriminazioni caratterizzate da livelli sanzionatori particolarmente elevati, sia attraverso il ricorso a circostanze aggravanti.

Per comprendere le ragioni del legislatore nei più recenti interventi di riforma, si sono individuate tre "cartine di tornasole", tre ambiti che si articolano in direzioni opposte: la mancata depenalizzazione del reato di immigrazione clandestina, l'introduzione di una disciplina ad hoc per l'omicidio stradale, che diviene fattispecie autonoma di reato, ed infine, una serie di inasprimenti sanzionatori in materia di criminalità organizzata – in

¹ Questo tema è stato oggetto di un recente convegno (*Partecipazione democratica alle scelte politico-criminali e garanzie individuali nell'epoca del diritto penale tecnocratico. Un bilancio di inizio secolo*, Università di Siena – 22 aprile 2016) i cui atti sono in corso di pubblicazione.

quest'ultimo ambito, si sono susseguite diverse modifiche normative, caratterizzato, in particolar modo, da un periodico innalzamento delle risposte punitive. Il nuovo reato di depistaggio e le altre norme di cui parliamo, a pieno titolo, si inseriscono in questa logica.

Già da tempo vado pensando: una codificazione con questa politica, Dio ce ne scampi!

1.2. Ancora, come funziona la produzione del penale in un contesto politico sinteticamente definibile come *democrazia del leader*?² Alla marginalizzazione o, addirittura, sempre incombente criminalizzazione di membri del governo, del Parlamento e della rappresentanza politica, si accompagna lo strapotere del fattore “M” [Media e Magistratura]. Il *Leader*, per stare in sella deve continuamente fare i conti con le istanze di quella che, con tutte le ambiguità del concetto, chiamiamo “antipolitica”³: il tratto comune, trasversale, sta nel dare voce assordante a quella che è stata definita una “società giudiziaria”⁴, animata da una inesauribile istanza punitiva e vendicativa. Una società intronata da un flusso continuo di notizie, di complotti⁵, di caste, di privilegi, di malaffare, che volge lo sguardo al *leader* e alla sua “recitazione”, cercando conferme su repliche pronte e dure.

Il rapporto con un “società punitiva” rancorosa, vendicativa anima in modo unanimistico quel che resta della rappresentanza politica: efficacemente si è parlato di olocrazia, di governo della folla oggi sempre più impaurita e smarrita⁶. E ciò potrebbe spiegare i numeri “bulgari” dell’approvazione della legge [325 sì, 1 no, 14 astenuti]. Ma anche i *tweet* delle cariche politiche più importanti⁷.

² M. CALISE, *La democrazia del leader*, BARI, 2016; G. INSOLERA, *Qualche riflessione sul diritto penale nella “democrazia del leader”*, in *Indice penale*, 2016, 379 ss.

³ Il concetto di antipolitica si presta ad esprimere significati diversi, via via assunti nell’evoluzione storica: ad esempio se, nel dopoguerra, Giannini giocava sulla esasperazione nei confronti della politica, riproponendo moduli tecnocratici di mera amministrazioni degli interessi dell’“uomo qualunque”, a cavaliere tra secoli XIX e XX, antipolitica si colora di una carica ostile verso il parlamentarismo dello stato liberale.

⁴ Efficace l’analisi di M. ANSELMINI, *Populismi e populismi*, in *Populismo penale: una prospettiva italiana*, Padova, 2015, 1 ss.; L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2015, 197 ss.; ID., *La crisi del giudice ‘bocca della legge’ e l’emergere di nuove concezioni del ruolo giudiziario* in AA.VV., *Anatomia del potere giudiziari*, a cura di Guarnieri, Insolera, Zilletti, Roma, 2016, 32 ss: «... comincia a trovare un proprio spazio tra la società civile e la società politica una società di mezzo, che possiamo chiamare società giudiziaria. Questa società si avvale di criteri di valutazione e di metodi di confronto basati essenzialmente sulla centralità del diritto penale nella vita economica, sociale e politica della nazione; conseguentemente ha come decisivo punto di riferimento la magistratura ordinaria, in particolare quella parte rappresentata dalle Procure della Repubblica. Della società giudiziaria fanno parte cittadini comuni, mezzi di comunicazione, forze sociali, parlamentari e interi partiti. Essa attinge tanto dalla società civile quanto dalla società politica, ma si presenta solo come rappresentante della società civile, disdegnando qualunque relazione con la società politica, anche se alcune sue componenti ne fanno parte a pieno titolo. La società giudiziaria non chiede il processo, chiede la punizione di chi considera colpevole perché imputato, non condannato, per qualsiasi tipo di reato, oppure perché appartenente a quelle classi dirigenti ritenute responsabili del malaffare o titolari di privilegi ingiustificabili. Ciò che punisce risana, sembra ritenere la società giudiziaria».

⁵ Vedi AA.VV., *Congiure e complotti. Da Machiavelli a Beppe Grillo*, a cura di Campi-Varasano, Rubattino, 2016; per una rivisitazione degli “anni di piombo”, con l’intento di rivedere le ipotesi complottiste, V. SATTA, *I nemici della Repubblica*, Milano, 2016, 11.

⁶ Interessanti le osservazioni di N. MASTROLIA, *Il governo della folla*, in *Il Foglio*, 15 luglio 2016, 1.

⁷ Renzi “*approvata oggi la legge su # depistaggio. Una scelta giusta, un atto dovuto, Un pensiero alle famiglie delle vittime delle stragi*”. Boldrini, “*Depistaggio è finalmente legge: sarà possibile punire ancora meglio (enfasi mia) chi ostacola la ricerca della verità*”; Grasso, “*Un contributo alla richiesta di verità dei familiari delle vittime delle stragi*”.

1.3. Il nuovo reato di depistaggio reca, netto, il marchio del pensiero “complotista”.

Ciò non solo per il primo firmatario della proposta di legge⁸: nel passaggio, tra Camera e Senato, nella scelta di andare da un reato comune ad uno proprio, del pubblico agente, si riflette l’ininterrotta ricerca di trame di Stato, di terzi livelli, di grandi vecchi. Dalle vicende della stagione terroristica a quelle di mafia, alla “trattativa”, agli *affaire* politico-amministrativi. Un compasso applicativo confermato dall’aggravante del 3° comma dell’art. 275 [reclusione da sei a dodici anni] con la previsione del fatto commesso “in relazione” all’art. 2 L. n. 17/82 (cd. legge Spadolini sulle associazioni segrete).

Il tipo d’autore è quello del poliziotto, del funzionario o del politico infedele asservito o manutengolo, protagonista o complice, di tutti i misteri della Repubblica.

1.4. Probabilmente frutto di una sorta di automatismo giustificativo il ritornello che evoca una inadeguatezza del nostro ordinamento per la mancata previsione di un reato specifico di depistaggio: la questione è posta in modo monco perché in questo caso non si può ricorrere al consueto “lo vuole l’Europa”. Come vedremo, il ritornello del “vuoto normativo” vuole piuttosto affiancare ad una già esistente, robusta e articolata strumentazione di tutela del processo, una incriminazione indeterminata plasmabile a piacere: ciò che spiace è, in definitiva, la fondamentale natura puntiforme del diritto penale liberale.

1.5. Lo spirito dei tempi affida alle Procure della Repubblica e alle indagini preliminari un ruolo determinante sia nell’irrogazione anticipata della penalità effettiva, sia nel predeterminare gli scenari processuali e di formazione della prova. Non è tanto l’epoca dei giudici, ma quella dei PM: e allora all’art. 2 si prevede il nuovo art. 384-*ter* c.p. Se le fattispecie di falso giudiziario (371-*bis*, 371-*ter*, 372, 374) e di favoreggiamento sono riferibili a quasi tutte le ipotesi citate al 3° comma dell’art. 375, a un’aggravante ad effetto speciale si affianca la deroga alla sospensione del procedimento prevista in via generale dagli art. 371-*bis* e 371-*ter*. È storia nota quella della sospensione introdotta dalla L. n. 332/95. Evoca una reazione alla stagione di Tangentopoli e alla reintroduzione surrettizia dell’arresto monitorio. Ora si torna indietro, sulla base di mere ipotesi dell’accusa.

1.6. La prescrizione, la malabestia. Ossessiva la campagna che, da ogni parte e questa volta con la benedizione dell’Europa, getta l’istituto tra le fauci della folla, come causa di tutti i mali della giustizia. Come è noto, quasi nessuno si sofferma ad analizzare le cause del prolungarsi dei procedimenti. È più semplice parlare sempre dell’abuso avvocatesco dei diritti di difesa. Messianica l’attesa di una riforma che dovrebbe consentire di tenere senza limiti temporali i cittadini secondo il piacere degli inquirenti. In attesa è ormai clausola di stile intervenire con regimi differenziati, per tipologia di reato: ed ecco raddoppiato

⁸ Ispirazione rintracciabile diffusamente nei *dossier* del partito di maggioranza, reperibili in rete, che hanno accompagnato i lavori parlamentari.

il termine prescrizionale del nuovo reato di depistaggio.

Concludo: una novella figlia di questi tempi calamitosi per un diritto penale liberale.

2. Osservazioni più specifiche.

Quella dei falsi giudiziari è materia veramente scottante, che occupò la prima linea al momento del passaggio ad una procedura che si voleva accusatoria.

Si pensò di raccordare le nuove regole con il diritto sostanziale con la previsione dell'art. 371-*bis*, posto che la falsa testimonianza non poteva trovare più applicazione a dichiarazioni che tali non potevano più definirsi. Contemporaneamente si vollero raddoppiate le pene dell'art. 372, considerata la sacrale centralità che la prova assunta in contraddittorio avrebbe assunto con il nuovo rito (D.L. n. 306/92, convertito dalla L. n. 356/92). Su quanto la realtà abbia corrisposto alle aspettative non spendo parole⁹.

2.1. Già ho fatto cenno all'ispirazione complottista alla base della creazione del reato proprio.

Forse qualcuno avrebbe dovuto ricordare ai parlamentari, che unanimi ed entusiasti, hanno votato la legge, come le qualifiche in questione non si adattino solo a servitori dello Stato annidati nei corpi separati (lessico *d'antan*), ma abbiano una connotazione oggettivo-funzionale che si irradia nelle più disparate attività. Gravare questa molteplicità di posizioni di un obbligo di fedeltà speciale, pesantemente sanzionato rispetto a quello che pesa su autori comuni, privi di qualifica, caratterizza semplicemente come insensato questo nuovo pezzo di legislazione. La via dovrebbe essere quella del sindacato di ragionevolezza, con particolare riferimento alla previsione della lettera b) 1° comma dell'art. 375. La fattispecie che accorpa in una norma speciale più gravemente sanzionata il favoreggiamento mendacio e l'art. 371-*bis*.

Esistono *rationes* che sostengano questa disparità punitiva nel caso di reticenza o mendacio dell'insegnante, del notaio, del conduttore di trasmissioni RAI etc.¹⁰

Forse senza pensare troppo alle vittime delle stragi, sarebbe stato utile leggere la graduazione delle responsabilità e la formulazione delle norme con le distinzioni in tema di obbligo di denuncia (art. 361 ss. c.p.).

Si badi, buoni esempi non solo e non tanto di tecnica normativa, quanto di legislazione ragionevole e ponderata: non piegata agli irrazionali impulsi della folla.

Le ipotesi dell'art. 375 lett. a) hanno la funzione di colmare tutti i possibili interstizi quanto a condotte non dichiarative: come detto la logica è quella del *continuum* di tutela dell'interesse protetto – antipodea rispetto al principio di determinatezza/tassatività e alla sua *ratio* di libertà. All'interprete l'arbitrio di colpire qualsiasi condotta metta in pericolo

⁹ Fu possibile cogliere subito quali sarebbero stati gli scenari futuri. G. INSOLERA, *Reati contro la giustizia e processo penale*, in Crit. Dir., 1995, 99 ss.

¹⁰ Si consulti un qualsiasi commentario del Codice penale alla voce casistica sub. artt. 357, 358.

l'interesse tutelato.

Riferibile alla sola ipotesi della lettera a) l'aggravante di cui al secondo comma, non certo riscontrabile a proposito di fonti di prova dichiarative.

La incriminazione, anche in questo caso, è imperniata sul dolo specifico del “*fine di impedire, ostacolare, o sviare un'indagine o un processo penale*”.

Ormai siamo abituati alla macelleria del lessico giuridico – infatti a che serve proprietà e precisione del linguaggio se il testo non conta più niente in sede applicativa? – e non dovremmo più farci caso: “impedire, ostacolare, sviare... un *processo penale*”, “stato dei luoghi, cose, persone *connessi* al reato”. In quanti e quali modi si può sviare un processo? Quando cose, luoghi o persone sono connessi al reato? Quali i limiti spazio-temporali del concetto? In questo caso si avverte l'ispirazione telefilmistica alla “scena del crimine”.

Nessun timore comunque. Ad impedire qualificazioni della condotta determinate dal solo profilo soggettivo del dolo specifico (*bye bye* materialità e offensività), dovrebbe stare la sua descrizione alla lettera a).

Ma così non è. Il compito non può essere svolto dall'avverbio *artificialmente* che accompagna la condotta *immuta*.

Vero è che il sostantivo (artifici) ha la consolidata tradizione della truffa: *mise in scène* funzionale ad un inganno che, in questa direzione di senso, troviamo nell'uso frequente dell'avverbio *fraudolentemente*.

L'immutazione artificiosa è invece un altro non senso: se si resta nel perimetro del dolo, non può che leggersi come superfetazione del dolo specifico già richiesto, consegnando l'incriminazione al solo disvalore di questo elemento estraneo al fatto tipico, con i problemi di costituzionalità già indicati.

Si potrà dare certamente un'immutazione della “scena del crimine” volontaria, illecita o anche non illecita, ma non animata dalla intenzionalità di “depistare” (mi impossesso di qualcosa, la distruggo, la nascondo etc.), necessariamente per configurare la nuova fattispecie dovrò attribuire all'avverbio lo stesso significato del profilo intenzionale richiesto dalla nuova norma.

Ma che quest'ultima costituisca un caso di incriminazione imperniata sulla punizione della mera finalità sulla base di una condotta neutra (immutare) trova conferma nell'aggravante del 2° comma.

La norma in questo caso precisa alcune condotte a cavaliere tra fattispecie a tutela del patrimonio e fattispecie di falso, consegnando definitivamente l'ipotesi base – immutare – ad uno spazio che si trova esclusivamente nelle intenzioni dell'autore.

Per concludere sul 2° comma, ancora insostenibili vaghezze: oggetti *comunque* utili alla *scoperta* del reato o al suo accertamento.

Ma con il fresco di settembre occorrerà ritornare sul tema e su altri aspetti qui trascurati: nel frattempo meditiamo.

Sui temi nostri che oggi occupano il discorso politico in modo martellante – prescrizione, intercettazioni, pene, confini del potere giudiziario – è pensabile una dialettica costruttiva con questo legislatore? O è preferibile un'Aventino della cultura giuridica?

Prime osservazioni critiche sulla nuova aggravante di negazionismo

EMANUELA FRONZA

1. Il legislatore italiano con la L. 115 del 16 luglio 2016 introduce una disposizione che punisce le condotte negazioniste¹ a titolo di circostanza aggravante della discriminazione razziale.

La soluzione prescelta colloca la nuova fattispecie nell'alveo della normativa già esistente contro la discriminazione razziale, prevedendo l'aggiunta di un nuovo comma 3-*bis* all'art. 3 della Legge del 13 ottobre 1975, n. 654 (così come modificata dapprima nel 1993 con la Legge Mancino² e da ultimo con la riforma in materia dei reati di opinione, L. 85 del 2006)³ in materia di "*contrasto e repressione dei crimini di genocidio, crimini contro l'umanità e crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6, 7 e 8 dello statuto della Corte penale internazionale*".

L'Italia, prima riconducibile alla minoranza dei Paesi europei che non avevano una disposizione incriminatrice apposita sul negazionismo, è ora parte della maggioranza che – seppure con significative differenziazioni – punisce, con la sanzione penale, il “pensiero” negazionista. In tale sede, per ovvie ragioni, si prescinderebbe dall'affrontare la questione, centrale, della necessità e meritevolezza di tutela penale delle condotte negazioniste; ci si limiterà invece a descrivere la soluzione italiana.

Il provvedimento costituisce l'esito di un dibattito durato quasi dieci anni, con proposte che ciclicamente (spesso in coincidenza con il ricorrere di giornate commemorative o in occasione di processi o eventi significativi) evidenziavano l'importanza di punire tali condotte, pur nel variare delle soluzioni formulate (cioè se punire il negazionismo come fattispecie autonoma o circostanziata, se inserire la nuova disposizione nel codice penale – in particolare nell'art. 414 c.p. – o nella legislazione complementare)⁴. La Camera dei de-

¹ La Legge che qui si commenta è in vigore dal 13 luglio 2016 ed è stata pubblicata nel n. 149 della Gazzetta Ufficiale del 28 giugno 2016.

² Decreto Legge 122, convertito nella Legge 205/1993.

³ Cfr. gli artt. 3, comma 1, lettere a) e b) e comma 3 della l. 13 ottobre 1975, 654. Tale disposizione incrimina chi «propaganda idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale» o «istiga a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi» e chi «incita al compimento di atti per motivi razziali, religiosi, nazionali ed etnici».

⁴ Il dibattito politico oltre ai profili segnalati nel testo interessava anche gli elementi costitutivi della fattispecie, in particolare quali condotte punire e la previsione dell'elemento della pubblicità. Le iniziative e le successive modifiche sono consultabili sul sito della Camera: <http://www.camera.it/leg17/522?tema=negazionismo#contenuto-7>. Su tale *iter* e sul diritto vigente prima dell'introduzione

putati (con 237 voti a favore, 5 contrari e 102 astenuti) ha posto fine a tale percorso lungo e travagliato, approvando in via definitiva l'8 giugno 2016 la proposta di legge n. 2874-B⁵ (così come modificata dal Senato il 3 maggio 2016).

Il nuovo comma (3 bis) dispone che “Si applica la pena della reclusione da due a sei anni se la propaganda ovvero l'istigazione e l'incitamento, commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione, si fondano in tutto o in parte sulla negazione della Shoah o dei crimini di genocidio, dei crimini contro l'umanità e dei crimini di guerra, come definiti dagli articoli 6 [genocidio], 7 [crimini contro l'umanità] e 8 [crimini di guerra] dello Statuto della Corte penale internazionale, ratificato ai sensi della legge 12 luglio 1999, n. 232”.

Il legislatore italiano non opta dunque per la creazione di una autonoma figura di reato, ma per l'introduzione di una circostanza aggravante speciale⁶, oggettiva⁷ e ad effetto speciale⁸.

2. La soluzione italiana rappresenta un *unicum* all'interno del movimento di criminalizzazione del negazionismo che interessa la maggior parte dei paesi dell'Unione Europea⁹. A differenza dell'opzione italiana, infatti, i numerosi ordinamenti che reprimono penalmente tali comportamenti – sebbene con soluzioni differenti circa la collocazione della disposizione, le condotte punibili e/o la pena prevista – hanno scelto di creare una fattispecie incriminatrice *ad hoc*.

Da un punto di vista storico merita segnalare che questa ipotesi criminosa, anche in ragione del manifestarsi del fenomeno negazionista, è stata creata proprio in Europa: l'incriminazione in esame sorge dapprima negli ordinamenti interni, e solo successivamente viene fatta oggetto di provvedimenti a livello internazionale.

La figura di reato, in origine, quando era prevista solo in alcuni ordinamenti, era strutturata in modo da reprimere le condotte di negazione, giustificazione e minimizzazione aventi ad oggetto esclusivamente la Shoah, quale evento fondante per la costruzione dell'identità europea (reato di negazionismo *originario*).

Essa subisce una significativa trasformazione nel momento in cui una richiesta di repressione penale viene fatta oggetto di disposizioni sovranazionali¹⁰ ed in particolare, di una

dell'aggravante, cfr. E. FRONZA, voce *Negazionismo* (diritto penale), in *Enc. Dir. Annali: VIII*, Milano, 2015, 644-649. Sulle diverse proposte legislative cfr. altresì G. PUGLISI, *A margine della c.d. “aggravante di negazionismo”: tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, in *Diritto penale contemporaneo*, 15 luglio 2016, 17-21.

⁵ Progetto di legge n. 2874-B, prima firmataria la Sen. Silvana Amati.

⁶ In quanto circostanza prevista esclusivamente per determinati reati.

⁷ Ai sensi dell'art. 70 c.p. “sono circostanze oggettive quelle che concernono la natura, la specie, i mezzi, l'oggetto, il tempo, il luogo e ogni altra modalità dell'azione, la gravità del danno o del pericolo, ovvero le condizioni o le qualità personali dell'offeso”.

⁸ Questo perché determina una variazione della pena oltre un terzo o una pena di specie diversa da quella prevista per il reato semplice.

⁹ Per un'analisi comparata della legislazione e della giurisprudenza sul negazionismo come reato sia consentito rinviare a E. FRONZA, VOCE NEGAZIONISMO (DIRITTO PENALE), CIT., 637 SS.; SI VEDA ALTRESÌ ID., IL NEGAZIONISMO COME REATO, MILANO, 2012, 15 SS. E RIFERIMENTI IVI CITATI.

¹⁰ Merita accennare anche all'art. 6 del Protocollo addizionale alla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica, riguardante la criminalizzazione degli atti di razzismo e xenofobia commessi tramite sistemi informatici («Convenzione di Budapest»)

Decisione Quadro dell'Unione Europea del 28 novembre 2008 “sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale”. Questa, oltre a confermare una tendenza a punire con lo strumento penale tali proclami, sancisce una dinamica espansiva, attraverso il mutamento del nucleo di tipicità originario di tale reato.

Attualmente, infatti, l'incriminazione, come disegnata dalla Decisione Quadro, traduce un'istanza di penalizzazione differente e si presenta con una fisionomia più estesa: non sono più punibili soltanto le espressioni riguardanti i crimini del regime nazionalsocialista, ma anche quelle concernenti gli altri crimini internazionali (c.d. reato di negazionismo *derivato*)¹¹.

Il legislatore italiano recepisce tale secondo paradigma, dilatando le condotte punibili alla “Shoah” e *a tutti* i crimini internazionali “così come definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale”.

Anche la disposizione italiana dunque, così come la Decisione Quadro, svincola l'incriminazione dall'esperienza storica della regione europea, agganciandola al sistema globale dei diritti umani. Da un lato, infatti, si menziona l'esperienza della Shoah, di cui viene implicitamente presupposto il valore, per così dire, fondativo, soprattutto sul piano europeo. Dall'altro, si rinvia al piano internazionale e al ‘nuovo’ accordo costituito dallo Statuto della Corte penale internazionale. L'estensione dell'area di penalità coinvolge l'oggetto della tutela e, assieme, la dimensione temporale dei crimini di cui la norma e i giudici dovranno occuparsi: non più esclusivamente dei fatti appartenenti a decodificazioni sedimentate del passato, ma anche dei crimini attuali o appartenenti a un passato prossimo, rispetto al quale la riflessione storica è ancora in corso.

La novella, che qui si commenta, è coerente anche con un'altra dinamica più generale, e che è utile segnalare per comprendere il contesto in cui si inserisce la nuova aggravante: la moltiplicazione dei limiti alla libertà di espressione, anche attraverso il controllo penale. L'incriminazione del negazionismo, invero, fa parte del processo di moltiplicazione, trasformazione ed espansione del più variegato *genus* dei reati di opinione, col rischio, anzi di alimentare la *renaissance* di tali fattispecie. La criminalizzazione dell'opinione è, infatti, un fenomeno tutt'altro che storicizzato e continua a proliferare. Basti menzionare, a tal proposito, la ritrovata fortuna di siffatte fattispecie non solo in materia di discriminazione razziale, ma anche, parallelamente, nella normativa contro il terrorismo internazionale¹².

del 28 gennaio 2003.

¹¹ Sugli elementi contenuti nella suddetta Decisione Quadro e sulla nuova fisionomia introdotta dal legislatore europeo, in particolare rispetto all'importanza della capacità istigatoria e dell'estensione dei crimini punibili, cfr. E. FRONZA, *NEGAZIONISMO (DIRITTO PENALE)* (VOCE), cit., 639-641; P. LOBBA, *La lotta al razzismo nel diritto penale europeo dopo Lisbona. Osservazioni sulla decisione quadro 2008/913/GAI e sul reato di negazionismo*, in Ius17@unibo.it, n. 3/2011, 109 ss. Sul profilo specifico riguardante la riforma e in particolare se essa adempia o meno alla Decisione Quadro cfr. altresì G. PUGLISI, *A margine della c.d. “aggravante di negazionismo”: tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, cit., 17 ss.; G. DELLA MORTE, *Sulla legge che introduce la punizione delle condotte negazionistiche nell'ordinamento italiano: tre argomenti per una critica severa*, in SIDIBlog, 22 giugno 2016.

¹² A tale riguardo cfr. il resoconto stenografico della seduta del Senato del 3 maggio 2016, consultabile su sito del Senato: <http://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/frame.jsp?tipodoc=Resaula&leg=17&id=972448>

3. Ad una prima lettura della nuova fattispecie circostanziata, a risaltare è l'indeterminatezza che la connota, tanto più se si tiene in considerazione che già il fatto base tipizzato dall'art. 3 della cd. Legge Mancino presenta una vaghezza intrinseca. Si ottiene, in questo senso, un effetto esponenziale: una disposizione indeterminata si innesta su un'altra, a sua volta indeterminata. L'art. 3, sui cui è stata inserita la circostanza aggravante in esame, punisce la propaganda di idee fondate sulla superiorità o sull'odio razziale o l'istigazione a commettere atti di discriminazione per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi¹³. Si tratta quindi di una figura che, oltre ad essere incentrata sui motivi, non richiede la pubblicità della condotta; requisito, quest'ultimo, che non è stato introdotto nemmeno dalla fattispecie circostanziata (anche se proprio tale elemento è stato oggetto di dibattito e di diversi emendamenti nelle varie proposte discusse prima dell'approvazione del testo definitivo).

Sul piano della tipizzazione la circostanza aggravante, come già evidenziato, non si limita alla *Shoah*, bensì menziona tutti i crimini internazionali, rinviando per la *definizione* di questi ultimi allo Statuto della Corte penale internazionale¹⁴.

Con riferimento alle condotte tipizzate, due sono gli aspetti da rimarcare: da un lato, la scelta del legislatore italiano di incriminare la sola "negazione" e non invece, come hanno scelto molti ordinamenti, altre condotte, quali, ad esempio, quella di "giustificazione" e di "minimizzazione"; d'altro lato, va evidenziata la formulazione della disgiuntiva che riguarda le condotte punibili. La prima parte concerne e utilizza una nozione (e un criterio) di ordine storico (la "Shoah"); la seconda parte richiama una nozione (e un criterio) di ordine giuridico (tutti gli altri crimini internazionali "come definiti" dallo Statuto della Corte penale internazionale). È opportuno sottolineare questa formulazione, perché sembra sancire una differenza, quasi che rispetto alla Shoah vi sia una storia "stabilita", "accertata". Ciò pone una serie di problemi. Si può "stabilire" un fatto storico? Se sì, da chi è accertato? E in che termini? Quale degli accertamenti vale (solo quello nazionale o anche quello internazionale)? Perché il genocidio nazionalsocialista viene menzionato in termini storici, o comunque non "solo" giuridici, mentre gli altri crimini vengono declinati "soprattutto" autonomamente e giuridicamente? Si vuole in questo modo già sancire, a livello legislativo, una gerarchia delle memorie?

La serie dei problemi riguardanti il fuoco applicativo della nuova aggravante non si ferma qui. Il comma 3 *bis*, infatti, non indica i comportamenti tipizzati. La lettura della disposizione suggerisce che saranno punibili le condotte di *negazione di un fatto storico come tale* (ad esempio, "i campi di concentramento non sono mai esistiti", cioè affermazioni di carattere 'storico' sulla veridicità dei nudi fatti), di *negazione che giustifica o minimizza un*

¹³ In alternativa tale disposizione punisce anche la commissione di atti di discriminazione. Cfr., anche per ulteriori riferimenti, l'analisi di G. PAVICH- A. BONOMI, *Reati in tema di discriminazione: il punto sull'evoluzione normativa recente, sui principi e valori in gioco, sulle prospettive legislative e sulla possibilità di interpretare in senso conforme a costituzione la normativa vigente*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 ottobre 2014.

¹⁴ Sulla definizione dei crimini nello Statuto della Corte penale internazionale cfr. in E. AMATI, M. COSTI, E. FRONZA, P. LOBBA, E. MACULAN, A. VALLINI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Torino, 2016.

fatto storico (ad esempio, “gli ebrei andavano sterminati perché...”; “il genocidio nazional-socialista non ha ucciso sei milioni di persone” o “...non è stato un fatto poi così atroce”) ed infine di *negazione come affermazione che rifiuta una determinata qualificazione giuridica* (legislativa e/o giurisprudenziale) del fatto storico (ad esempio “il genocidio X non fu un genocidio, bensì un atto necessario di guerra giustificato da...”)¹⁵. L'esegesi della disposizione non consente di escludere che siano punibili tutte e tre le condotte menzionate, che poi nei fatti potranno anche coincidere. Anzi, il rinvio ai criteri definitivi dei crimini dello Statuto della Corte penale internazionale rinforza tale interpretazione, ricomprendendo anche la negazione della qualificazione giuridica.

La disposizione, formulata in modo così impreciso, non permette inoltre di individuare se sia possibile punire anche la negazione di singoli episodi storici, o solo quella del macrofenomeno storico. Né essa consente esattamente di dire a quali genocidi, crimini contro l'umanità e crimini di guerra essa potrebbe essere applicata. Siamo certi, ad esempio, che negare l'esistenza delle camere a gas significa negare la “Shoah”? In altri termini: che cosa è “Shoah”? Rimangono pertanto irrisolti, anche nella circostanza aggravante, i problemi di definizione del nucleo di tipicità: chi accerta e stabilisce che un dato evento è genocidio? E, di nuovo, quali di questi accertamenti valgono?

In astratto, come è noto, l'accertamento potrebbe essere compiuto dal legislatore o dal giudice. In concreto, nella disciplina approvata, considerato che non è stata tipizzata la condotta punibile, la gestione del conflitto che la memoria può generare ricade inevitabilmente sul giudice. Di conseguenza, si assegna un ruolo centrale al rito penale e un grande peso al ruolo del giudice di cognizione, che potrà, come spesso accade, ricorrere ad una consulenza storica. Oltre al rischio di una disparità di trattamento, è opportuno accennare ad ulteriori profili problematici che conseguono ad una tale scelta incriminatrice: come fa il giudice a dichiarare che il fatto X è storicamente certo?¹⁶ E ancora: perché solo determinati fatti certi (ad esempio, quelli compresi nell'evento storico della “Shoah”) non possono essere negati, mentre altri, sì? Come deciderà il giudice quali fatti – lontani o vicini¹⁷- sono da ricondurre alle categorie dei crimini internazionali (“definiti” dallo Statuto di Roma)?

L'ampiezza delle nozioni e il rinvio allo Statuto della Corte penale internazionale evidenziano una specificità propria non solo della soluzione italiana, ma più in generale della

¹⁵ L'importanza della distinzione tra la negazione di un fatto storico e la negazione della qualificazione giuridica del fatto è emersa nel caso *Perincek*, recentemente oggetto di una decisione della Grande Camera della Corte Europea dei Diritti Umani: il ricorrente era stato punito in Svizzera, sulla base dell'art. 261, comma 4 c.p., per avere affermato pubblicamente che il genocidio degli armeni era una “menzogna internazionale”. Il ricorrente aveva messo in discussione non il fatto storico, ma la sua qualificazione giuridica come crimine di genocidio. Cfr. F. Cortese, *Che cosa ci insegna il caso Perincek?*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo online* (www.dpce.it/dpceonline12016), n.1/2016. La riflessione su tale caso giudiziario e sulle argomentazioni della Grande Camera apre inevitabilmente la strada a svariate questioni: qual è il bene tutelato da una fattispecie criminosa di negazionismo? Si appresta una tutela dalla negazione del *fatto storico* o della sua *qualificazione giuridica*? Se i criteri per la tutela del fatto storico sono la definizione legislativa o giudiziaria di quel fatto, non si entra in un corto circuito?

¹⁶ Cfr. su tale aspetto più approfonditamente, E. FRONZA, voce *Negazionismo* (diritto penale) (voce), cit., 642.

¹⁷ Il rinvio allo Statuto di Roma è di tipo definitorio, ma le condotte punibili se commesse dopo l'entrata in vigore del nuovo comma 3 bis, ben potranno interessare fatti storici diversi, anteriori e anche molto lontani nel tempo.

scelta di penalizzazione del negazionismo, che è qui opportuno brevemente accennare.

Come chiaramente mostrano i casi giudiziari di negazionismo, il ricorso allo strumento penale entra infatti in tensione con l'essenza della ricerca storica, nel momento in cui alla decisione del giudice viene affidata la selezione di quali fatti, nell'ambito del *puzzle* di memorie storiche, vadano tutelati penalmente. Al di fuori della "Shoah" (connotata, come si è visto, nella disposizione vigente secondo un criterio storico) spetta infatti al giudice dover selezionare e qualificare un fatto storico come "crimine internazionale". Tale profilo è ancor più rilevante se si riflette sul dato che i giudici dovranno rapportarsi con una dimensione temporale più estesa, in alcuni casi remota, giudicando non tanto un comportamento realizzato, bensì il racconto che se ne dà oggi. Ai giudici potrà capitare, altresì, di doversi confrontare con una dimensione più vicina, interpretando e riconoscendo come crimini determinati fatti storici, magari ancora nemmeno studiati e vagliati dagli storici. Anche la disposizione italiana è dunque scolpita in modo tale da far intervenire i giudici sulla storia molto più di quanto sia mai accaduto prima, con il risultato di coinvolgerli direttamente nelle cd. guerre di memoria¹⁸.

Pertanto, emerge qui un'ulteriore caratteristica della penalizzazione del negazionismo, sia essa implementata come autonoma figura di reato o come circostanza aggravante: la tensione non solamente con il diritto alla libertà di espressione, ma anche con la ricostruzione storica e la formazione di memorie condivise.

Il controllo penale rivela un'altra criticità, cioè la natura plurale delle specifiche memorie nazionali. Si crea così un effetto paradossale, conseguenza diretta dell'esistenza di tanti "ordini", di tanti patrimoni storici e mnemonici. L'analisi comparata del mero dato legislativo conferma tale aspetto. La concorrenza di memorie è infatti un dato fortemente presente: le disposizioni che incriminano il negazionismo possono avere ad oggetto la *Shoah* e/o tutti i crimini internazionali o infine, in via esclusiva o in aggiunta anche i crimini dei regimi comunisti¹⁹. La memoria che si vuole *comune*, quindi, non lo è, ed anzi diviene terreno di scontro, lasciando al giudice il ruolo di *attore* di memoria, perché è a questi che spetta di trasformare il passato o il presente in memoria da *sanzionare* penalmente.

Oltre a tale centralità del processo e del giudice penale e al già segnalato pericolo di una disparità di trattamento tra condotte simili, il rischio è anche quello di perseguire affermazioni riguardanti crimini non gravi: tra i crimini di guerra, ad esempio, "definiti" dallo Statuto della Corte penale internazionale sono ricompresi, infatti, anche crimini con una soglia di gravità molto bassa. Per tale via, la dilatazione dell'oggetto prevista può dunque

¹⁸ Critico rispetto a questo ruolo del giudice, non solo con riguardo al reato di negazionismo, ma anche nel più ampio contesto dei crimini contro l'umanità, D. PULITANO, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, in *Diritto penale contemporaneo*, 8 marzo 2015, 4 e ss.

¹⁹ Il paradosso che si menziona è fenomeno concreto e presente, come conferma l'analisi delle legislazioni nazionali: in alcuni Stati la disciplina si focalizza solo sui crimini nazisti; in altri su tutti i crimini internazionali; in altri ancora solo sui crimini perpetrati dai regimi comunisti. Il rischio è una proliferazione incontrollata delle affermazioni punibili, tanto più tenendo a mente che la 'nuova' fattispecie di negazionismo, come si è detto, estende lo spettro di applicazione anche a momenti e fatti molto remoti nel tempo.

portare molto, troppo lontano. Potrebbe punirsi, ad esempio, la negazione di un crimine di guerra costituito dall'operazione di guerra condotta da Milošević per liberare Mostar? Il paradigma di incriminazione costituito dal negazionismo cd. derivato moltiplica evidentemente i casi di espressioni punibili.

4. L'aggravante che qui si commenta solleva altre complesse questioni, che è qui opportuno menzionare. In primo luogo, in riferimento alla qualificazione della condotta punibile, la disposizione vigente, richiedendo che i comportamenti siano “*commessi in modo che derivi concreto pericolo di diffusione*”, prevede il requisito dell'idoneità e del pericolo concreto²⁰, legato ai concetti di “propaganda”²¹, “istigazione” e “incitamento”²². Anche a tale proposito è utile richiamare la Decisione Quadro, poiché tale formulazione sembra recepire la clausola di offensività contenuta in quest'ultima, laddove si esige l'incriminazione di condotte poste in essere “in modo atto a istigare alla violenza o all'odio”.

Nel comma 3 *bis* il pericolo di diffusione è concepito come evento normativo. In altri termini il “pericolo di diffusione” non è una mera potenzialità (ovvero come idoneità della condotta a comportare, possibilmente, il pericolo di diffusione), ma una conseguenza che *deve* derivare dalla modalità della condotta (non “in modo che *possa derivare*”, ma “in modo che *derivi*”...: come se fosse scritto: “*se ne deriva concreto pericolo di diffusione*”). Tuttavia, avendo l'evento natura normativa e intrinsecamente ipotetica, poiché è un evento di pericolo, il giudice dovrebbe apprezzare la verifica di un pericolo di diffusione, cioè la sussistenza *effettiva* di una situazione di *pericolo* di diffusione (insomma: un *pericolo effettivo*). Di fatto, quindi, si tratterebbe di apprezzare un'idoneità, secondo l'*id quod accidit*, di diffusione.

Spostando lo sguardo dal piano oggettivo a quello dell'elemento soggettivo, la tecnica di tipizzazione pone il problema, strettamente collegato a quello della mancanza di determinatezza, del criterio di imputazione soggettiva della circostanza aggravante *ex art.* 59 comma 2 c.p. Il quesito che immediatamente si pone è se occorra la “effettiva conoscenza” o se sia sufficiente la “colpevole ignoranza” degli elementi dell'aggravante. Un errore “non colpevole” sulla definizione dei fatti definiti dallo Statuto della Corte penale internazionale impedisce l'imputazione soggettiva dell'aggravante? E ancora si può imputare un'aggravante di questo tipo per colpa?

Tale disposizione potrebbe dunque risultare inapplicabile a causa dell'introduzione di un onere probatorio difficilissimo²³. L'accertamento probatorio dell'effettiva conoscenza,

²⁰ Cfr. E. FRONZA, *Negazionismo (diritto penale) (voce)*, cit., 638, 640-641, 647.

²¹ *Ibidem*, 647.

²² Condotta che ha una portata più ristretta rispetto alla mera “diffusione”. Cfr. *ibidem*, 647.

²³ “La *probatio* è ulteriormente diabolica sotto il profilo dell'imputazione soggettiva degli elementi di fattispecie che integrano l'aggravante. Stando alla disciplina di cui all' art. 59, co. 2 c.p., sembra che il comma 3 bis debba trovare applicazione se il soggetto, che non può nutrire alcun credibile dubbio sull'aver negato, conosce effettivamente o ignora colposamente la sussumibilità del fatto negato nell' alveo degli artt. 6, 7, 8 dello Statuto di Roma, ovvero la suppone erroneamente (e per colpa) inesistente. A incrementare il disvalore del fatto concreto, invero, non è il diniego in sé, ma la negazione di un crimine «definito» ai sensi di specifiche disposizioni. Per queste ragioni, il rinvio operato dal legislatore allo Statuto della C.P.I. sembra escludere la possibilità di valutare *ex art.* 59, co. 2

oltre che arduo, è molto labile. Il rischio è quello di debordare verso forme di presunzione di sussistenza dell'aggravante, rischio ancor più consistente, se si tiene in considerazione che si è nell'ambito dei reati di pensiero.

L'importanza in concreto di tali rilievi, insieme a quanto osservato sulla vaghezza delle nozioni che caratterizza le condotte sussumibili, va tuttavia ridimensionata tenendo in considerazione la natura circostanziale della fattispecie. Questa inciderà a livello sanzionatorio solo eventualmente, trattandosi di circostanza bilanciabile, ex art. 69 c.p.: pertanto, quale semplice modalità di condotta potrebbe, in caso di concorso eterogeneo con altre circostanze, non essere valutata dal giudice, rischiando la concreta disapplicazione²⁴.

5. La soluzione italiana, rispetto a quella degli ordinamenti che hanno creato una fattispecie incriminatrice autonoma, ha dunque natura indiscutibilmente compromissoria e non amplia l'area del penalmente rilevante, ma incide su una base già esistente²⁵.

Quanto precede mostra tuttavia alcune criticità, sul piano operativo, della nuova disposizione. L'indeterminatezza che la caratterizza riconduce al discorso cui si è fatto cenno all'inizio di questa breve riflessione: considerato che la formulazione è indeterminata, bilanciabile e dunque difficilmente applicabile, a maggior ragione occorre chiedersi se abbia senso punire il negazionismo. Si è deciso di criminalizzare la condotta negazionista, ma la fattispecie rischia di essere ineffettiva a causa dei profili segnalati, divenendo cartina di tornasole di un diritto penale utilizzato in chiave simbolico-espressiva (lo stesso utilizzo del termine "Shoah" nella disposizione è un indicatore lessicale a tale proposito).

Pur non potendo in questa sede approfondire il discorso se abbia o meno un senso punire, ricorrendo allo strumento penale, il negazionismo, è qui opportuno svolgere qualche considerazione a tale riguardo. Queste forme espressive che possono coinvolgere il genocidio nazionalsocialista o altri crimini internazionali sono, senza dubbio, fenomeni gravi, presenti e perturbano la nostra società. Per questo occorre reagire ad essi con una sanzione. Tuttavia dobbiamo interrogarci se sanzionare tali gravi condotte col diritto punitivo penale possa costituire *la* risposta a tale fenomeno.

Le ragioni segnalate, in astratto e in concreto, fanno propendere per una risposta negativa, e questo anche in ragione del fatto che si rischia di introdurre uno strumento che, oltre a fare da megafono ai negazionisti (che nella maggior parte dei casi divengono personaggi noti, proprio durante e a sèguito del procedimento penale), può costituire un modello per l'introduzione di nuovi ed ulteriori delitti di opinione in altri settori e alimen-

c.p. la "conoscenza parallela nella sfera laica" dei crimini di genocidio, contro l'umanità e di guerra; viceversa, la valorizzazione del significato sociale avrebbe potuto ammettersi, se, accantonato il rilievo, pur assorbente, di una violazione ancora più evidente del principio di legalità, la norma si fosse limitata ad un generico riferimento agli stessi", così G. PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, cit., 34.

²⁴ Cfr. in senso analogo, (parlando di "ramo secco") G. PUGLISI, *A margine della c.d. "aggravante di negazionismo": tra occasioni sprecate e legislazione penale simbolica*, cit., 34.

²⁵ "Una circostanza aggravante si iscrive, per definizione, dentro il confine tracciato dalla fattispecie base; incide sul livello sanzionatorio, non sull'estensione del divieto", così commentando il d.d.l. sul negazionismo che è poi stato modificato prima dell'approvazione in via definitiva, D. PULITANÒ, *Di fronte al negazionismo e al discorso d'odio*, cit.

tare la tendenza attuale a generare disposizioni di carattere eminentemente simbolico-espressivo, connotate da una valorizzazione non del fatto, ma del tipo di autore.

All'offensiva negazionista occorre reagire, fermamente, ma non con la sanzione penale. Occorre rispondere con una sanzione sociale, individuale o collettiva. “Opinioni” e “pensieri” aberranti ed eticamente esecrabili si combattono con opinioni e pensieri basati sulla verità e sulla forza morale²⁶; il diritto punitivo penale deve sanzionare le azioni criminose, non le idee, per quanto miserabili siano. L'illusione di una maggiore immediatezza e visibilità non può spingerci a delegare questa funzione di controllo democratico, che spetta a tutti i cittadini e alle istituzioni, al solo potere giurisdizionale e allo strumento penale.

²⁶ In tal senso il comunicato dell'Unione delle Camere penali del 16 ottobre 2013, *Al negazionismo si risponde con le armi della cultura non con quelle del diritto penale*, in www.camerepenali.it nonché E. FRONZA, A. GAMBERINI, *Le ragioni che contrastano l'introduzione del negazionismo come reato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 ottobre 2013.

Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 22 maggio 2015 (dep. 1 giugno 2016), C-241/15 – Pres. Ilesic – rel. Toader, Rosas, Prechal

Rinvio pregiudiziale – Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale – Decisione quadro 2002/584/GAI – Mandato d'arresto europeo – Articolo 8, paragrafo 1, lettera c) – Obbligo di includere nel mandato d'arresto europeo informazioni relative all'esistenza di un "mandato d'arresto" – Assenza di un mandato d'arresto nazionale previo e distinto rispetto al mandato d'arresto europeo – Conseguenza

Dalle
Corti

(*Omissis*)

Contesto normativo. *Diritto dell'Unione*. I considerando da 5 a 8 e 10 della decisione quadro sono così formulati:

«(5) L'obiettivo dell'Unione di diventare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia comporta la soppressione dell'extradizione tra Stati membri e la sua sostituzione con un sistema di consegna tra autorità giudiziarie. Inoltre l'introduzione di un nuovo sistema semplificato di consegna delle persone condannate o sospettate, al fine dell'esecuzione delle sentenze di condanna in materia penale o per sottoporle all'azione penale, consente di eliminare la complessità e i potenziali ritardi inerenti alla disciplina attuale in materia di estradizione. Le classiche relazioni di cooperazione finora esistenti tra Stati membri dovrebbero essere sostituite da un sistema di libera circolazione delle decisioni giudiziarie in materia penale, sia intervenute in una fase anteriore alla sentenza, sia definitive, nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia.

(6) Il mandato d'arresto europeo previsto nella presente decisione quadro costituisce la prima concretizzazione nel settore del diritto penale del principio di riconoscimento reciproco che il Con-

siglio europeo ha definito il fondamento della cooperazione giudiziaria.

(7) Poiché l'obiettivo di sostituire il sistema multilaterale di estradizione creato sulla base della convenzione europea di estradizione del 13 dicembre 1957 non può essere sufficientemente realizzato unilateralmente dagli Stati membri e può dunque, a causa della dimensione e dell'effetto, essere realizzato meglio a livello dell'Unione, il Consiglio può adottare misure, nel rispetto del principio di sussidiarietà menzionato all'articolo 2 [UE] e all'articolo 5 [CE]. La presente decisione quadro si limita a quanto è necessario per conseguire tali scopi in ottemperanza al principio di proporzionalità enunciato nello stesso articolo [5 CE].

(8) Le decisioni relative all'esecuzione di un mandato d'arresto europeo devono essere sottoposte a un controllo sufficiente, il che implica che l'autorità giudiziaria dello Stato membro in cui la persona ricercata è stata arrestata dovrà prendere la decisione relativa alla sua consegna.

(...)

(10) Il meccanismo del mandato d'arresto europeo si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri. (...).

L'articolo 1 della decisione quadro, intitolato

«Definizione del mandato d'arresto europeo ed obbligo di darne esecuzione», dispone quanto segue:

«1. Il mandato d'arresto europeo è una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà.

2. Gli Stati membri danno esecuzione ad ogni mandato d'arresto europeo in base al principio del riconoscimento reciproco e conformemente alle disposizioni della presente decisione quadro.

3. L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 [UE] non può essere modificat[o] per effetto della presente decisione quadro».

Gli articoli 3, 4 e 4 bis della decisione quadro espongono i motivi di non esecuzione obbligatoria e di non esecuzione facoltativa del mandato d'arresto europeo.

L'articolo 8 della decisione quadro, intitolato «Contenuto e forma del mandato d'arresto europeo», prevede, al paragrafo 1, quanto segue:

«Il mandato d'arresto europeo contiene le informazioni seguenti, nella presentazione stabilita dal modello allegato:

(...)

c) indicazione dell'esistenza di una sentenza esecutiva, di un mandato d'arresto o di qualsiasi altra decisione giudiziaria esecutiva che abbia la stessa forza e che rientri nel campo d'applicazione degli articoli 1 e 2;

(...).

L'articolo 15 della decisione quadro, intitolato «Decisione sulla consegna», dispone, al paragrafo 2, quanto segue:

«L'autorità giudiziaria dell'esecuzione che non ritiene le informazioni comunicate dallo Stato membro emittente sufficienti per permetterle di prendere una decisione sulla consegna, richiede urgentemente le informazioni complementari ne-

cessarie segnatamente in relazione agli articoli 3, 4, 5 e 8 e può stabilire un termine per la ricezione delle stesse, tenendo conto dell'esigenza di rispettare i termini fissati all'articolo 17».

Diritto rumeno. La legea numărul 302/2004 privind cooperarea judiciară internațională în materie penală (legge n. 302/2004 relativa alla cooperazione giudiziaria internazionale in materia penale), del 28 giugno 2004, nella versione in vigore alla data dei fatti del procedimento principale (*Monitorul Oficial al României*, parte I, n. 377 del 31 maggio 2011), è intesa ad attuare, segnatamente, la decisione quadro.

Diritto ungherese. L'articolo 25 de l'az Európai Unió tagállamival folytatott bűnügyi együttműködésről szóló 2012. évi CLXXX. törvény (legge n. CLXXX. del 2012 relativa alla cooperazione in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea) (*Magyar Közlöny* 2012/160) recita:

«1) Qualora occorra avviare un procedimento penale nei confronti dell'indagato, il giudice emette immediatamente un mandato d'arresto europeo ai fini del suo arresto in qualsiasi Stato membro dell'Unione europea e della sua consegna, purché la gravità del reato lo giustifichi (...).

(...)

7) L'ambito di applicazione del mandato d'arresto europeo si estende anche al territorio dell'Ungheria».

Procedimento principale e questioni pregiudiziali. Il 23 marzo 2015 il Mátészalkai járásbírótság (Tribunale distrettuale di Mátészalka) ha emesso un mandato d'arresto europeo nei confronti del sig. BobDogi, cittadino rumeno, nell'ambito di azioni penali avviate contro costui per fatti verificatisi in Ungheria il 27 novembre 2013, che possono essere qualificati come «lesioni personali gravi».

Tali fatti riguardano un incidente stradale avvenuto sulla pubblica via, del quale il sig. BobDogi sarebbe responsabile a motivo della velocità eccessiva del camion che stava guidando, e che ha causato fratture e lesioni multiple al sig. Katona,

cittadino ungherese, che era alla guida di un ciclomotore al momento di tale incidente.

Il 30 marzo 2015 è stata inserita nel sistema di informazione Schengen una segnalazione relativa al mandato d'arresto europeo controverso nel procedimento principale.

Il 2 aprile 2015 il sig. BobDogi è stato fermato in Romania e, dopo essere stato posto in detenzione, è stato presentato dinanzi alla Curtea de Apel Cluj (Corte d'appello di Cluj, Romania), affinché tale giudice decidesse in merito alla sua messa in stato di custodia cautelare e alla sua consegna alle autorità giudiziarie ungheresi.

Con ordinanza emessa quello stesso giorno, il giudice di cui sopra ha respinto la richiesta di custodia cautelare formulata a carico del sig. BobDogi, che gli era stata presentata dal pubblico ministero, e ha ordinato la liberazione immediata dell'interessato, disponendo comunque nei suoi confronti misure cautelari non detentive per una durata iniziale di 30 giorni, successivamente prorogate.

Il giudice del rinvio rileva che, al punto b) del mandato d'arresto europeo controverso nel procedimento principale, intitolato «Decisione sulla quale si basa il mandato d'arresto», compare l'indicazione «Pubblico ministero presso il Nyíregyházi járásbírótság [(Tribunale distrettuale di Nyíregyháza, Ungheria)], K.11884/2013/4», e, al punto b), 1, del medesimo mandato d'arresto, il quale prevede che venga indicato il mandato d'arresto o la decisione giudiziaria avente la stessa forza, viene fatto riferimento al «mandato d'arresto europeo n. 1.B256/2014/19II, emesso dal Mátészalkai járásbírótság [Tribunale distrettuale di Mátészalka], che si estende anche al territorio ungherese e che costituisce dunque anche un mandato d'arresto nazionale».

Detto giudice rileva inoltre che, relativamente ad una situazione quale quella oggetto del procedimento principale, nella quale un mandato d'arresto europeo è fondato su sé stesso e non su un previo

e distinto mandato d'arresto nazionale, i giudici rumeni non sono concordi quanto al seguito da dare ad un mandato d'arresto europeo di questo tipo.

Secondo l'orientamento maggioritario, in una situazione siffatta occorrerebbe distinguere i presupposti formali e quelli sostanziali e respingere la domanda di esecuzione del mandato d'arresto europeo, per il fatto che quest'ultimo non supplisce all'assenza di un mandato d'arresto nazionale o di una decisione giurisdizionale esecutiva.

Altri giudici avrebbero però ammesso la richiesta di esecuzione del mandato d'arresto europeo a motivo del fatto che risultavano soddisfatti i requisiti di legge, in quanto le autorità giudiziarie emittenti avevano indicato espressamente che il mandato d'arresto europeo trasmesso costituiva altresì un mandato d'arresto nazionale, ai sensi della legislazione dello Stato membro di emissione.

A questo proposito, il giudice del rinvio ritiene che, nell'ambito del procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, la decisione destinata ad essere riconosciuta dall'autorità giudiziaria dell'esecuzione debba essere una decisione giudiziaria nazionale emessa dall'autorità competente in conformità delle norme di procedura penale dello Stato membro di emissione del mandato d'arresto europeo.

Detto giudice osserva che sussistono differenze fondamentali tra un mandato d'arresto europeo e un mandato d'arresto nazionale. Infatti, in particolare, un mandato d'arresto europeo sarebbe emesso al fine di ottenere l'arresto e la consegna di una persona, imputata o condannata, che si trova nel territorio dello Stato membro di esecuzione, mentre il mandato d'arresto nazionale verrebbe emesso al fine di arrestare una persona che si trova nel territorio dello Stato membro di emissione.

Inoltre, secondo il giudice del rinvio, l'emissione del mandato d'arresto europeo è basata su un mandato d'arresto o su una decisione relativa all'esecuzione di una pena, mentre il mandato d'arresto nazionale viene emesso sulla base di condizioni e

di situazioni espressamente disciplinate dalla procedura penale dello Stato membro di emissione.

Il giudice del rinvio reputa che, in assenza di un mandato d'arresto nazionale, una persona non possa essere arrestata e mantenuta in stato di arresto, e che non possa ammettersi che il mandato d'arresto europeo si «trasformi» in un mandato d'arresto nazionale dopo la consegna della persona ricercata. Tale interpretazione sarebbe peraltro contraria ai diritti fondamentali garantiti dal diritto dell'Unione.

Detto giudice trae da ciò la conclusione che il mandato d'arresto europeo deve essere fondato su un mandato d'arresto nazionale emesso in conformità delle disposizioni della procedura penale dello Stato membro di emissione, vale a dire un mandato distinto dal mandato d'arresto europeo.

Infine, il giudice del rinvio ritiene che, al di là dei motivi di rifiuto di esecuzione facoltativi od obbligatori previsti dalla decisione quadro, la prassi giudiziaria dimostri che esistono altri motivi di rifiuto impliciti. Ciò si verificherebbe in particolare nel caso in cui i requisiti sostanziali o formali propri del mandato d'arresto europeo non siano soddisfatti, e segnatamente ove manchi un mandato d'arresto nazionale spiccato nello Stato membro di emissione, situazione questa che si prospetterebbe nel procedimento principale.

Sulla scorta di tali circostanze, la Curtea de Apel Cluj (Corte d'appello di Cluj) ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

«1) Se, ai fini dell'applicazione dell'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro, con l'espressione "esistenza di un mandato d'arresto" debba intendersi un mandato d'arresto nazionale emesso secondo le norme di procedura penale dello Stato membro di emissione, e pertanto distinto dal mandato d'arresto europeo.

2) In caso di risposta affermativa alla prima questione, se l'inesistenza di un mandato d'arresto nazionale possa costituire un motivo implicito di

non esecuzione del mandato d'arresto europeo».

Procedimento dinanzi alla Corte. Il giudice del rinvio ha chiesto l'applicazione del procedimento pregiudiziale d'urgenza previsto dall'articolo 107 del regolamento di procedura della Corte.

A sostegno della sua richiesta, detto giudice ha fatto valere, in particolare, che il sig. BobDogi non era attualmente recluso, ma era sottoposto ad una misura cautelare costituente anch'essa una misura restrittiva della libertà individuale.

Il 4 giugno 2015 la Corte, su proposta del giudice relatore, sentito l'avvocato generale, ha deciso che non vi era luogo per un accoglimento di detta richiesta.

Con decisione in data 30 giugno 2015, il presidente della Corte ha disposto che la causa venisse trattata in via prioritaria, in conformità dell'articolo 53, paragrafo 3, del regolamento di procedura.

Sulle questioni pregiudiziali. *Sulla prima questione.* Con la sua prima questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro debba essere interpretato nel senso che la nozione di «mandato d'arresto», contenuta in tale disposizione, deve essere intesa come riferita ad un mandato d'arresto nazionale distinto dal mandato d'arresto europeo.

In limine, occorre ricordare che la decisione quadro, come risulta in particolare dal suo articolo 1, paragrafi 1 e 2, nonché dai suoi considerando 5 e 7, è intesa a sostituire il sistema multilaterale di estradizione fondato sulla Convenzione europea di estradizione, del 13 dicembre 1957, con un sistema di consegna, tra autorità giudiziarie, delle persone condannate o sospettate, al fine dell'esecuzione di sentenze di condanna in materia penale o dell'esercizio di azioni penali, sistema quest'ultimo che è basato sul principio del mutuo riconoscimento (sentenza del 5 aprile 2016, Aranyosi e Căldăraru, C404/15 e C659/15 PPU, EU:C:2016:198, punto 75 e la giurisprudenza ivi citata).

Pertanto, attraverso l'instaurazione di un nuovo sistema semplificato e più efficace di conse-

gna delle persone condannate o sospettate di aver violato la legge penale, la decisione quadro mira a facilitare e ad accelerare la cooperazione giudiziaria allo scopo di contribuire alla realizzazione dell'obiettivo assegnato all'Unione di diventare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, fondandosi sull'elevato livello di fiducia che deve esistere tra gli Stati membri (sentenza del 5 aprile 2016, Aranyosi e Căldăraru, C404/15 e C659/15 PPU, EU:C:2016:198, punto 76 e la giurisprudenza ivi citata).

Il principio del mutuo riconoscimento su cui si fonda il sistema del mandato d'arresto europeo si basa esso stesso sulla fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al fatto che i loro rispettivi ordinamenti giuridici nazionali sono in grado di fornire una tutela equivalente ed effettiva dei diritti fondamentali, riconosciuti a livello dell'Unione, in particolare, nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (sentenza del 5 aprile 2016, Aranyosi e Căldăraru, C404/15 e C659/15 PPU, EU:C:2016:198, punto 77 nonché la giurisprudenza ivi citata).

Infine, occorre ricordare che, come risulta dall'articolo 51, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, gli Stati membri e, di conseguenza, i loro organi giurisdizionali sono tenuti a rispettare la Carta stessa nell'attuazione del diritto dell'Unione, ciò che si verifica allorché l'autorità giudiziaria emittente e l'autorità giudiziaria dell'esecuzione applicano le disposizioni nazionali adottate in esecuzione della decisione quadro (v., in tal senso, sentenza del 5 aprile 2016, Aranyosi e Căldăraru, C404/15 e C659/15 PPU, EU:C:2016:198, punto 84).

L'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro, la cui interpretazione costituisce l'oggetto della presente domanda di pronuncia pregiudiziale, stabilisce che il mandato d'arresto europeo deve contenere una serie di informazioni, presentate in conformità del modello di formulario contenuto nell'allegato della decisione stessa,

relative all'esistenza «di una sentenza esecutiva, di un mandato d'arresto o di qualsiasi altra decisione giudiziaria esecutiva che abbia la stessa forza e che rientri nel campo d'applicazione degli articoli 1 e 2» di detta decisione quadro.

Tali informazioni devono essere menzionate nel punto b) del formulario, di cui all'allegato della decisione quadro, intitolato «Decisione sulla quale si basa il mandato di arresto europeo», e il cui punto 1 prevede che sia indicato «[il m]andato d'arresto o [la] decisione giudiziaria che abbia la stessa forza».

Risulta dal fascicolo a disposizione della Corte che in Ungheria, in una situazione quale quella di cui al procedimento principale, nella quale alcuni indizi mostrano che una persona ricercata si trovava già al di fuori del territorio ungherese al momento dell'emissione del mandato d'arresto europeo, si applica una procedura cosiddetta «semplificata».

Questa prassi consiste nel permettere che un mandato d'arresto europeo venga direttamente emesso senza che sia stato previamente spiccato un mandato d'arresto nazionale.

In questo caso, nel mandato d'arresto europeo viene indicato, al punto b), 1, del formulario di cui all'allegato della decisione quadro, il mandato d'arresto europeo di cui trattasi, indicazione che è accompagnata, eventualmente, dalla menzione del fatto che l'ambito di applicazione di questo mandato si estende anche al territorio ungherese e che il mandato d'arresto europeo costituisce dunque anche un mandato d'arresto nazionale.

Risulta inoltre dal fascicolo a disposizione della Corte che la prassi suddetta è fondata, in base al diritto ungherese, sull'articolo 25, paragrafo 7, della legge n. CLXXX. del 2012 relativa alla cooperazione in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, in forza del quale il mandato d'arresto europeo è valido anche nel territorio ungherese.

Si pone pertanto il quesito se tale prassi, così come applicata nel procedimento principale, sia conforme allo spirito e alla lettera della decisione

quadro e, in particolare, all'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), di quest'ultima.

A questo proposito, occorre constatare che, sebbene la decisione quadro non contenga alcuna definizione dell'espressione «mandato d'arresto», che figura nel suo articolo 8, paragrafo 1, lettera c), la nozione di «mandato d'arresto europeo» viene precisata, all'articolo 1, paragrafo 1, di detta decisione, definendosi tale mandato come una «decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o una misura di sicurezza privative della libertà».

È tale nozione di «mandato d'arresto europeo» ad essere utilizzata in modo sistematico nel titolo, nei considerando e negli articoli della decisione quadro, tranne che nel citato articolo 8, paragrafo 1, lettera c), il che lascia intendere che quest'ultima disposizione contempla un mandato d'arresto diverso dal mandato d'arresto europeo contemplato dall'insieme delle altre disposizioni della decisione quadro, che dunque non può che essere un mandato d'arresto nazionale.

Tale interpretazione è altresì corroborata dal tenore letterale del punto b) del modello di formulario contenuto nell'allegato della decisione quadro, e segnatamente dai termini «Decisione sulla quale si basa il mandato di arresto europeo», modello al quale l'articolo 8, paragrafo 1, prima frase, di detta decisione fa espresso riferimento e del quale occorre dunque tener conto ai fini dell'interpretazione dell'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione stessa, dal momento che tali termini confermano che il mandato d'arresto europeo deve fondarsi su una decisione giudiziaria, il che implica che si tratti di una decisione distinta rispetto alla decisione di emissione di detto mandato d'arresto europeo.

Inoltre, sebbene la prassi della procedura cosiddetta «semplificata» sia concepita dalle autorità

giudiziarie ungheresi come configurante un'eccezione che si applica soltanto nel caso in cui taluni indizi mostrino che, al momento dell'emissione del mandato d'arresto europeo, la persona ricercata si trovava già al di fuori del territorio ungherese, il tenore letterale dell'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro non contiene alcuna indicazione secondo cui la prescrizione dettata da tale disposizione ammetterebbe un'eccezione riferita specificamente all'ipotesi di cui sopra.

Tali diversi elementi di natura testuale confermano che la nozione di «mandato d'arresto», che figura all'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro, designa unicamente il mandato d'arresto nazionale, dovendosi intendere quest'ultimo come la decisione giudiziaria sulla quale si innesta il mandato d'arresto europeo.

Invece, la contraria interpretazione, secondo cui la nozione suddetta dovrebbe essere intesa come avente carattere generico, comprendente qualsiasi tipo di mandato d'arresto, ivi compreso il mandato d'arresto europeo, là dove essa implica che sarebbe sufficiente che il mandato d'arresto europeo si limiti ad operare un semplice «auto-riferimento», sicché, in definitiva, detto mandato potrebbe fondarsi su sé stesso, deve essere respinta, anche per il fatto che essa è idonea a privare la condizione imposta dall'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro di qualsiasi portata propria e, dunque, della sua utilità.

Da ciò consegue altresì che i termini «o di qualsiasi altra decisione giudiziaria esecutiva che abbia la stessa forza», che compaiono all'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro, non possono essere intesi come riferiti alla decisione di emissione del mandato d'arresto europeo.

Inoltre, l'interpretazione dell'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro, secondo la quale il mandato d'arresto europeo deve necessariamente fondarsi su una decisione giudiziaria nazionale distinta da tale mandato, che assuma, se del caso, la veste di un mandato d'arresto na-

zionale, discende non soltanto dai termini della disposizione sopra citata, ma anche dal contesto di quest'ultima e dagli obiettivi perseguiti dalla decisione quadro, di cui, in base alla giurisprudenza della Corte, occorre tener conto ai fini della sua interpretazione (v. in tal senso, in particolare, sentenza del 16 luglio 2015, Lanigan, C237/15 PPU, EU:C:2015:474, punto 35 e la giurisprudenza ivi citata).

Quanto al contesto nel quale si iscrive l'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro, l'esattezza di tale interpretazione è confermata, come evidenziato dall'avvocato generale al paragrafo 49 delle sue conclusioni, dalla genesi storica di tale disposizione, in quanto quest'ultima, nella sua redazione iniziale, affermava che il mandato d'arresto europeo doveva contenere informazioni relative all'eventuale «esistenza di una sentenza definitiva o di qualsiasi altra decisione giudiziaria esecutiva».

Pertanto, il fatto che, nella sua redazione definitiva, la disposizione suddetta non contenga più alcun elemento avente carattere facoltativo corrobora un'interpretazione di tale disposizione secondo cui il mandato d'arresto europeo deve, in ogni caso, essere fondato su una delle decisioni giudiziarie nazionali contemplate da quest'ultima, ed eventualmente sulla decisione di emissione di un mandato d'arresto nazionale.

Infine, quanto agli obiettivi perseguiti dalla decisione quadro, occorre constatare che l'emissione di un mandato d'arresto europeo in base alla procedura cosiddetta «semplificata» e, dunque, senza che venga previamente emessa una decisione giudiziaria nazionale, come un mandato d'arresto nazionale, la quale ne costituisca il fondamento, è idonea ad interferire con i principi del riconoscimento e della fiducia reciproci fondanti il sistema del mandato d'arresto europeo.

Infatti, i suddetti principi si basano sul presupposto che il mandato d'arresto europeo in questione sia stato emesso in conformità dei requisiti

minimi da cui dipende la sua validità, tra i quali figura quello enunciato all'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro.

Orbene, in presenza di un mandato d'arresto europeo emesso nell'ambito di una procedura cosiddetta «semplificata» – come quello in questione nel procedimento principale –, il quale si fonda sull'esistenza di un mandato d'arresto, ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro, senza che il mandato d'arresto europeo faccia menzione dell'esistenza di un mandato d'arresto nazionale distinto dal mandato d'arresto europeo, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione non è in grado di verificare se il mandato d'arresto europeo in questione rispetti il requisito enunciato all'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro.

Per giunta, il rispetto del requisito dettato dall'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro riveste un'importanza particolare, in quanto esso implica che, quando il mandato d'arresto europeo viene emesso ai fini dell'arresto e della consegna, da parte di un altro Stato membro, di una persona ricercata in vista dell'esercizio di azioni penali, tale persona abbia già potuto beneficiare, in una prima fase della procedura, delle garanzie procedurali e dei diritti fondamentali, la cui tutela deve essere garantita dall'autorità giudiziaria dello Stato membro di emissione, in base alla normativa nazionale applicabile, segnatamente in vista dell'adozione di un mandato d'arresto nazionale.

Il sistema del mandato d'arresto europeo comporta dunque, in forza del requisito dettato dall'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro, una tutela su due livelli dei diritti in materia procedurale e dei diritti fondamentali di cui deve beneficiare la persona ricercata, in quanto alla tutela giudiziaria prevista al primo livello, nell'ambito dell'adozione di una decisione giudiziaria nazionale, come un mandato d'arresto nazionale, si aggiunge quella che deve essere ga-

rantita al secondo livello, in sede di emissione del mandato d'arresto europeo, la quale può eventualmente intervenire in tempi brevi, dopo l'adozione della suddetta decisione giudiziaria nazionale.

Orbene, tale tutela giudiziaria strutturata su due livelli risulta in via di principio assente in una situazione come quella prospettantesi nel procedimento principale, in cui viene applicata una procedura cosiddetta «semplificata» di emissione del mandato d'arresto europeo, in quanto quest'ultima implica che, previamente all'emissione di un mandato d'arresto europeo, le autorità giudiziarie nazionali non abbiano adottato alcuna decisione, come l'emissione di un mandato d'arresto nazionale, sulla quale si innesti il mandato d'arresto europeo.

Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla prima questione dichiarando che l'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro deve essere interpretato nel senso che la nozione di «mandato d'arresto», di cui a tale disposizione, deve essere intesa come designante un mandato d'arresto nazionale distinto dal mandato d'arresto europeo.

Sulla seconda questione. Con la sua seconda questione, il giudice del rinvio chiede, in sostanza, se l'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro debba essere interpretato nel senso che, quando un mandato d'arresto europeo, che si fonda sull'esistenza di un «mandato d'arresto» ai sensi di tale disposizione, non contiene alcuna menzione dell'esistenza di un mandato d'arresto nazionale, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può rifiutare di darvi corso.

A questo proposito occorre ricordare che, nel settore disciplinato dalla decisione quadro, il principio del mutuo riconoscimento – che, come emerge in particolare dal considerando 6 di tale decisione, costituisce il «fondamento» della cooperazione giudiziaria in materia penale – trova la sua applicazione nell'articolo 1, paragrafo 2, di detta decisione quadro, a norma del quale gli Stati membri sono tenuti, in linea di principio, a dar

corso a un mandato d'arresto europeo (sentenza del 5 aprile 2016, Aranyosi e Căldăraru, C404/15 e C659/15 PPU, EU:C:2016:198, punto 79).

Ne consegue che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può rifiutarsi di dare esecuzione a un siffatto mandato soltanto nei casi, tassativamente elencati, di non esecuzione obbligatoria, previsti dall'articolo 3 della decisione quadro, o di non esecuzione facoltativa, previsti dagli articoli 4 e 4 bis della medesima decisione. Inoltre, l'esecuzione del mandato d'arresto europeo può essere subordinata soltanto a una delle condizioni tassativamente previste dall'articolo 5 della decisione quadro (sentenza del 5 aprile 2016, Aranyosi e Căldăraru, C404/15 e C659/15 PPU, EU:C:2016:198, punto 80).

È giocoforza constatare che la mancata indicazione, nel mandato d'arresto europeo, dell'esistenza di un mandato d'arresto nazionale non compare tra i motivi di non esecuzione elencati nei suddetti articoli 3, 4 e 4 bis della decisione quadro e non rientra neppure nell'ambito di applicazione dell'articolo 5 di quest'ultima.

Tuttavia, come rilevato anche dall'avvocato generale al paragrafo 107 delle sue conclusioni, se invero le suddette disposizioni della decisione quadro non lasciano alcuno spazio per un motivo di non esecuzione diverso da quelli in esse elencati, ciò non toglie che queste stesse disposizioni partono dal presupposto che il mandato d'arresto europeo in questione soddisfi i requisiti di regolarità di tale mandato enunciati all'articolo 8, paragrafo 1, della decisione quadro.

Orbene, poiché l'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro stabilisce un requisito di regolarità il cui rispetto costituisce un presupposto della validità del mandato d'arresto europeo, la violazione di tale requisito deve, in linea di principio, portare l'autorità giudiziaria dell'esecuzione a non dare corso a tale mandato d'arresto.

Ciò premesso, prima di adottare una decisione siffatta, che, per sua natura, deve rimanere eccezionale nell'ambito dell'applicazione del sistema

di consegna istituito dalla decisione quadro, essendo quest'ultimo fondato sui principi del riconoscimento e della fiducia reciproci, detta autorità deve, in applicazione dell'articolo 15, paragrafo 2, della medesima decisione quadro, chiedere all'autorità giudiziaria dello Stato membro di emissione di fornire con urgenza qualsiasi informazione supplementare necessaria che le consenta di stabilire se l'assenza di indicazione, nel mandato d'arresto europeo, dell'esistenza di un mandato d'arresto nazionale si spieghi con il fatto che manca effettivamente un siffatto mandato d'arresto nazionale previo e distinto rispetto al mandato d'arresto europeo oppure con il fatto che tale mandato esiste ma non è stato menzionato.

Qualora l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, alla luce delle informazioni fornite in conformità dell'articolo 15, paragrafo 2, della decisione quadro, nonché di tutte le altre informazioni in suo possesso, giunga alla conclusione che il mandato d'arresto europeo, pur essendo fondato sull'esistenza di un «mandato d'arresto», ai sensi dell'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della citata decisione quadro, è stato emesso senza che fosse stato effettivamente spiccato un mandato d'arresto nazionale distinto dal mandato d'arresto europeo, è tenuta a non dare corso al mandato d'arresto europeo, in quanto quest'ultimo non soddisfa i requisiti di regolarità previsti dall'articolo 8, paragrafo 1, della decisione di cui sopra.

Alla luce delle suesposte considerazioni, occorre rispondere alla seconda questione dichiarando che l'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro deve essere interpretato nel senso che, quando un mandato d'arresto europeo, che si fonda sull'esistenza di un «mandato d'arresto», ai sensi di tale disposizione, non contiene alcuna indicazione dell'esistenza di un mandato d'arresto nazionale, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione è tenuta a non darvi corso nel caso in cui essa, alla luce delle informazioni fornite in conformità dell'articolo 15, paragrafo 2, della decisione quadro, nonché di tutte

le altre informazioni in suo possesso, constati che il mandato d'arresto europeo non è valido, in quanto è stato emesso senza che fosse stato effettivamente spiccato un mandato d'arresto nazionale distinto dal mandato d'arresto europeo.

Sulle spese. 68 Nei confronti delle parti nel procedimento principale la presente causa costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi statuire sulle spese. Le spese sostenute da altri soggetti per presentare osservazioni alla Corte non possono dar luogo a rifusione.

PQM. La Corte (Seconda Sezione) dichiara:

1) L'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, deve essere interpretato nel senso che la nozione di «mandato d'arresto», di cui a tale disposizione, deve essere intesa come designante un mandato d'arresto nazionale distinto dal mandato d'arresto europeo.

2) L'articolo 8, paragrafo 1, lettera c), della decisione quadro 2002/584, come modificata dalla decisione quadro 2009/299, deve essere interpretato nel senso che, quando un mandato d'arresto europeo, che si fonda sull'esistenza di un «mandato d'arresto», ai sensi di tale disposizione, non contiene alcuna indicazione dell'esistenza di un mandato d'arresto nazionale, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione è tenuta a non darvi corso nel caso in cui essa, alla luce delle informazioni fornite in conformità dell'articolo 15, paragrafo 2, della decisione quadro 2002/584, come modificata, nonché di tutte le altre informazioni in suo possesso, constati che il mandato d'arresto europeo non è valido, in quanto è stato emesso senza che fosse stato effettivamente spiccato un mandato d'arresto nazionale distinto dal mandato d'arresto europeo.

(*Omissis*)

Esercizio del potere coercitivo ed emissione del mandato d'arresto europeo: la legge italiana e la giurisprudenza della Suprema Corte alla luce della sentenza della Corte di Giustizia

1. La decisione della Corte di Giustizia.

La Corte di Giustizia ha censurato la prassi dell'autorità giudiziaria ungherese di ricorrere a una procedura "semplificata" di emissione del mandato di arresto europeo, che consiste, in estrema sintesi, nella adozione di un atto che integra, allo stesso tempo, sia il titolo restrittivo interno, sia la richiesta di cooperazione giudiziaria. La motivazione della sentenza delinea uno dei tratti fondamentali dell'istituto, ossia che l'euromandato è un provvedimento giudiziario che costituisce un atto distinto e autonomo dal provvedimento coercitivo interno e che consente a quest'ultimo di essere eseguito anche negli altri Stati membri e non soltanto nel territorio nazionale¹.

La *ratio decidendi* poggia sull'interpretazione dell'art. 8 della decisione quadro, che enuclea la nozione di euromandato e detta i suoi requisiti formali. Più precisamente, dall'obbligo per lo Stato membro di emissione di indicare nell'euromandato il provvedimento nazionale discende la conclusione che l'avvenuto esercizio del potere coercitivo domestico costituisce il presupposto ineludibile per l'attivazione dei canali di cooperazione internazionale.

La finalità di garanzia di questa lettura emerge dal rilievo secondo il quale, ove si ammettesse una commistione tra l'emissione dell'euromandato e l'esercizio del potere coercitivo, per un verso, lo Stato membro di esecuzione non potrebbe controllare la conformità del mandato d'arresto europeo alle prescrizioni della decisione quadro e della legge di attuazione, e, per altro verso, il ricercato subirebbe una compressione delle garanzie procedurali e dei diritti fondamentali che lo Stato membro di emissione deve rispettare nel procedimento interno.

Questa impostazione conduce alla conclusione che, laddove l'euromandato europeo sia stato spiccato in assenza di un titolo nazionale, lo Stato membro di esecuzione deve rifiutare la consegna. In effetti, pur non essendo esplicitamente contemplata dalla decisione quadro, una simile causa ostativa può essere ricavata dal tenore dello stesso art. 8.

I principi enunciati dalla Corte di Giustizia suggeriscono di analizzare la questione nella duplice prospettiva della disciplina italiana sul contenuto dell'euromandato e della

¹ Sul punto, DE AMICIS - IZZOLINO, *Guida al mandato d'arresto europeo*, MILANO, 2008, 7, e CHIAVARIO, *Manuale dell'estradizione e del mandato d'arresto europeo*, TORINO, 2013, 196.

successiva esegesi che è stata elaborata di tali previsioni, tanto nella declinazione passiva che in quella attiva della procedura di consegna. Nel primo caso, i presidi normativi e giurisprudenziali tutelano la persona richiesta in consegna poiché perimetrano il controllo che l'autorità giudiziaria italiana deve svolgere prima di decidere sulla consegna. Nel secondo caso, invece, la legge di recepimento indica le modalità attraverso le quali avviene la proiezione del titolo coercitivo nella dimensione della cooperazione eurounitaria.

2. La procedura passiva di consegna e il controllo sull'euromandato alla luce della giurisprudenza di legittimità.

Nella procedura passiva, il riferimento principale è l'art. 6, che detta i requisiti formali dell'euromandato. Tale disposizione, come molte altre della legge italiana, è stata criticata per la sostanziale difformità rispetto alle prescrizioni della decisione quadro: esaminandone il testo, infatti, si evince che soltanto il primo comma trova corrispondenza nell'art. 8 della decisione quadro e che le ulteriori previsioni contenute nei commi 3 e 4 sono il risultato di un ampliamento introdotto dal legislatore italiano, che si traduce in un appesantimento della procedura di consegna².

Concentrando l'attenzione sul terzo comma, si nota che ai fini dell'accoglimento della richiesta non è sufficiente l'indicazione del provvedimento coercitivo, come previsto dal legislatore europeo, ma è necessario l'inoltro di una copia dello stesso.

Sul punto, la giurisprudenza di legittimità, che in materia di euromandato ha sempre assunto posizioni finalizzate a limare le asperità determinate dalla formulazione del testo legislativo, ha interpretato anche questa previsione con un approccio nient'affatto formalista. Si è andato consolidando, infatti, l'indirizzo secondo il quale l'omessa acquisizione del provvedimento restrittivo interno in base al quale il mandato è stato emesso non è di ostacolo alla consegna, a condizione, tuttavia, che, sulla base della documentazione trasmessa dallo Stato richiedente, l'autorità giudiziaria italiana possa comunque compiere il controllo sulla motivazione (art. 18, lett. t) e sui gravi indizi di colpevolezza (art. 17, comma 4)³.

In effetti, l'invio di copia del provvedimento costituisce un adempimento ulteriore che, anche alla luce della statuizione della Corte di Giustizia, non sembra rafforzare la tutela del ricercato, in quanto le finalità che il legislatore intendeva perseguire, ossia il controllo

² Per una panoramica sulle difformità tra le previsioni della legge italiana e le prescrizioni della decisione quadro, BARGIS, *Libertà personale e consegna*, in AA.VV., *Manuale di procedura penale europea*, II ED., MILANO, 2015, 326 e ss. Con particolare riguardo al contenuto del mandato d'arresto europeo, VILLONI, *Il mandato d'arresto europeo: autorità competenti e contenuto*, in AA.VV., *Mandato d'arresto europeo – dall'estradizione alle procedure di consegna*, TORINO, 2005, 195.

³ *Ex plurimis*, Cass., sez. VI, 29 dicembre 2012, n. 45668, in *Cass. pen.*, 2012, 1452. Nello stesso senso, Cass., sez. VI, 11 dicembre 2015, n. 49612, in *C.E.D. Cass.*, n. 265470, secondo la quale la richiesta deve essere rigettata soltanto laddove, dallo stesso mandato o dalla documentazione trasmessa, non sia desumibile l'indicazione precisa del provvedimento restrittivo della libertà personale su cui si basa l'istanza.

finalizzato a verificare che lo Stato richiedente abbia già emesso un provvedimento coercitivo distinto e autonomo, può essere svolto sulla base della mera indicazione degli estremi dell'atto e può essere ulteriormente approfondito tramite la documentazione ricevuta e l'eventuale richiesta di informazioni integrative.

Tale orientamento è stato replicato anche in epoca immediatamente successiva alla sentenza annotata. In questa prospettiva, si è affermato che il caso trattato dalla Corte di Giustizia si riferisce a un caso radicalmente diverso, poiché la tesi sostenuta dalla Suprema Corte consente di prescindere dall'invio del provvedimento coercitivo interno, ma non dalla verifica sull'esistenza dello stesso⁴.

In termini generali, la lettura appena compendiata sembra porsi in armonia con principi di semplificazione delle procedure di consegna e di interpretazione conforme ed appare coerente con il tenore dell'atto sovranazionale. Del resto, non lede neppure i diritti della persona richiesta in consegna, poiché supplisce all'omissione della copia del provvedimento con una compiuta verifica sugli altri atti trasmessi.

Tuttavia, spingendo l'analisi fino alle estreme latitudini dell'orizzonte interpretativo, si intravedono dei punti di contrasto con la decisione della Corte di Giustizia.

Si rinviene, infatti, una declinazione ulteriore del principio in esame, secondo la quale il mandato di arresto europeo conserverebbe piena validità ed efficacia ai fini della consegna, anche in assenza di un mandato di cattura interno dello Stato richiedente, di cui diverrebbe atto surrogatorio, sempre a condizione che contenga le indicazioni formali e le motivazioni proprie dell'euromandato ed esponga tutti gli elementi conoscitivi necessari e sufficienti per la decisione⁵.

Questa regola è applicata soprattutto nella cooperazione con lo Stato olandese, il cui ordinamento prevede una peculiare forma di esercizio in via orale del potere cautelare.

Sul punto, la Suprema Corte ha precisato, da un lato, che il provvedimento coercitivo interno emesso oralmente, in ossequio alle leggi dello Stato richiedente, ben può costituire il presupposto per l'emissione dell'euromandato e, dall'altro lato, che, comunque, nell'ottica della semplificazione e accelerazione delle procedure di consegna ben può riconoscersi la prassi di emettere direttamente l'euromandato, anche senza la previa adozione di un provvedimento interno. In quest'ultima prospettiva, è interessante notare che la Suprema Corte cita quale paradigma di riferimento proprio la legislazione ungherese.

Alla luce della statuizione della Corte di Giustizia, l'approdo interpretativo dovrebbe essere rimeditato, con esclusione non soltanto della possibilità di ritenere che l'emissione dell'euromandato possa surrogare quella di un provvedimento interno, ma anche di quella di dare corso a un euromandato fondato su un provvedimento emesso oralmente. Tale ultima declinazione, infatti, non consentirebbe all'autorità giudiziaria italiana di svolgere

⁴ Cass., sez. fer., 28 luglio 2016, n. 33219, inedita.

⁵ Cass., sez. VI, 30 dicembre 2014, n. 54, in *C.E.D. Cass.*, n. 262030.

sulla richiesta di cooperazione il “controllo sufficiente” prescritto dal considerando n. 8 della decisione quadro e tradotto in termini concreti dalla legge di attuazione⁶.

3. La procedura attiva e l'esercizio del potere coercitivo quale presupposto per l'emissione dell'euromandato.

Volgendo lo sguardo al versante attivo della procedura e, in primo luogo, al profilo formale dell'euromandato, si nota che il legislatore, all'art. 30, non ha riprodotto, nell'elencare gli elementi costitutivi, le previsioni contenute nei commi 3 e 4 dell'art. 6. In questo caso, infatti, la previsione nazionale rispecchia fedelmente quella della decisione quadro. Criticamente, non può farsi a meno di rimarcare che lo Stato italiano richiede più di ciò che è disposto a dare⁷.

In ogni caso, le previsioni in materia rispecchiano chiaramente la funzione strumentale dell'euromandato rispetto al provvedimento che deve veicolare. In particolare, l'art. 31 prevede che il mandato di arresto europeo perde efficacia quando il provvedimento restrittivo sulla base del quale è stato emesso è stato revocato o annullato ovvero è divenuto inefficace. Nello stesso senso può essere letto l'art. 33, che impone di computare il periodo di custodia cautelare sofferto all'estero sia ai fini del calcolo dei termini massimi e dei termini di fase delle misure cautelari che del presofferto, con ciò lasciando intendere che la restrizione subita all'estero in esecuzione di un euromandato ha luogo in forza del provvedimento che lo sostiene⁸.

Tanto conferma che l'autorità giudiziaria italiana, prima di ricorrere alla cooperazione degli altri Stati membri deve disporre di un titolo coercitivo, cautelare o esecutivo, già formato.

In altre parole, l'emissione dell'euromandato da parte dell'autorità giudiziaria italiana non costituisce esercizio diretto del potere coercitivo, ma è il risultato di una differente valutazione che l'autorità giudiziaria deve compiere sulla sussistenza dei requisiti per l'attivazione dei canali di cooperazione giudiziaria⁹.

⁶ Ad esempio, un provvedimento coercitivo emesso oralmente non possiederebbe il requisito della sottoscrizione richiesto dall'art. 1, comma 2, e della motivazione, la cui mancanza è sanzionata dall'art. 18, lett. t), con il rifiuto della consegna.

⁷ CAMPANELLA, *art. 30*, in AA.VV., *Il mandato di arresto europeo*, TORINO, 2006, 430. In tema, MARCHETTI, VOCE *Mandato d'arresto europeo*, in *Enc. dir.*, Annali, vol. II, t. 1, Milano, 2008, 568, secondo la quale l'autorità giudiziaria italiana non potrà comunque esimersi dall'invio di copia del provvedimento coercitivo, se richiesta dallo Stato membro di esecuzione.

⁸ In questa ottica, la giurisprudenza tende a escludere che possa essere computato a tali fini il periodo di detenzione subito all'estero qualora non trovi esclusiva giustificazione nella richiesta di cooperazione giudiziaria, ma sia determinato anche da un titolo coercitivo emesso per altri motivi dallo Stato membro di esecuzione (*ex plurimis*, Cass., sez. IV, 15 aprile 2010, n. 24583, in *Cass. pen.*, 2011, 2684; in senso contrario, isolatamente, Cass., sez. I, 17 marzo 2010, n. 21056, *ivi*, 2011, 2310).

⁹ Sul vaglio che l'autorità giudiziaria deve compiere, Cass., sez. un., 28 novembre 2013, n. 2850, in *Cass. pen.*, 2015, 3990. Secondo la stessa decisione, tuttavia, tale valutazione implicherebbe “uno specifico esercizio di fatto del potere cautelare”. In senso contrario, si è affermato che l'emissione dell'euromandato non comporta automaticamente la restrizione del ricercato in attesa della definizione della procedura di consegna e che la previa emissione di un provvedimento coercitivo interno induce a qualificare tale passaggio come un ulteriore momento della fase di esecuzione, svolta al di fuori del territorio nazionale (sul punto, volendo, COLAIACOVO, *Sulla*

Questa impostazione giustifica, in conclusione, anche l'assenza di previsioni che consentano di impugnare direttamente l'euromandato¹⁰. Colui che ne sarà attinto, infatti, potrà tutelarsi aggredendo, innanzitutto, il titolo coercitivo posto alla base dell'euromandato ricorrendo agli strumenti che gli concede l'ordinamento processuale italiano e, successivamente, contestando la sussistenza dei presupposti per concedere la consegna nel procedimento instaurato a suo carico nello Stato membro di esecuzione.

GUIDO COLAIACOVO

competenza all'emissione del mandato d'arresto europeo, in AA.VV., *Il libro dell'anno del diritto 2015*, TRECCANI, 2015, 667).

¹⁰ La Suprema Corte, premesso che l'euromandato non è un provvedimento autonomamente incidente sulla libertà personale, ha escluso anche la ricorribilità per cassazione ai sensi degli artt. 568, comma 2, c.p.p. e 111, comma 7, Cost. (Cass., sez. un., 21 giugno 2012, n. 30769, in *Cass. pen.*, 2013, 3847).

Corte cost., 6 aprile 2016 (dep. 20 maggio 2016), n. 114 – Pres. Grossi – rel. Frigo

Giudizi penali speciali – Giudizio abbreviato – Esclusione del responsabile civile – Lamentata violazione dei principi di eguaglianza, per disparità di trattamento rispetto alla parte civile in relazione alle pretese civilistiche, della ragionevole durata del processo e del diritto di agire in giudizio – Difetto di congrua motivazione sulla rilevanza della questione – Manifesta inammissibilità

Dalle
Corti

È manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale, sollevata in riferimento agli artt. 3, 24 e 111 Cost., dell'art. 87, comma 3, cod. proc. pen., in forza del quale l'esclusione del responsabile civile è disposta senza ritardo, anche di ufficio, quando il giudice accoglie la richiesta di giudizio abbreviato. La Corte rimettente non motiva in modo adeguato l'asserita rilevanza della questione, la quale viene fatta discendere, in sostanza, dal solo fatto che essa sia stata nuovamente prospettata dall'imputato nell'atto di appello, senza indicare in qual modo il suo accoglimento inciderebbe sul giudizio a quo, discutendosi della posizione di una parte già estromessa dal giudizio di primo grado e nei cui confronti non è stato instaurato il contraddittorio in grado di appello.

Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.

La Corte non si pronuncia sull'automatica esclusione del responsabile civile dal giudizio abbreviato

1. La questione sollevata.

Con l'ordinanza in esame, la Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 87, co. 3, c.p.p., sollevata dalla Corte d'appello di Milano per l'asserito contrasto con gli artt. 3, 24 e 111 Cost., nella parte in cui la norma richiamata prevede che l'esclusione del responsabile civile «è disposta senza ritardo, anche di ufficio, quando il giudice accoglie la richiesta di giudizio abbreviato»; decisione cui, tuttavia, è pervenuta per «difetto di congrua motivazione sulla rilevanza», analogamente a quanto disposto in precedenza (Corte cost., ord. 2 luglio 2008, n. 247, in *Giur. cost.*, 2008, 4, 2917), negando, di fatto, nuovamente il sindacato di legittimità costituzionale sul punto.

La questione posta dalla Corte di appello di Milano nell'ambito di un procedimento instaurato per i reati di omicidio colposo plurimo, con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale, e di guida in stato di ebbrezza, riguardava, quindi, la previsione della “estromissione” d'ufficio del responsabile civile, sancita dall'art. 87, co. 3, c.p.p. che, secondo l'esegesi letterale della norma ed in ossequio a giurisprudenza costante, è disposta ineluttabilmente dal giudice dell'udienza preliminare che abbia accolto l'istanza di accesso al giudizio abbreviato.

Automatismo (che la giurisprudenza ha considerato operante anche laddove il giudice non abbia esplicitato l'estromissione del responsabile civile: Cfr., Cass. pen., sez. II, 10 ottobre 2014, n. 44571; Cass. pen., sez. V, 7 giugno 2011, n. 37370) che, osserva il giudice rimettente, era conforme all'assetto originario del rito che doveva rappresentare un modello processuale snello e da definirsi allo stato degli atti, caratteristiche che incidono tanto su luogo e tempi della formazione del materiale probatorio (nelle indagini preliminari, fase nella quale, evidentemente, non trova spazio il responsabile civile), quanto sul concreto svolgimento del rito che, evidentemente, sarebbe stato appesantito dalla presenza del responsabile civile.

Essendo, invece, mutato l'impianto originario del rito, per effetto delle modifiche apportate dalla l. 16 dicembre 1999, n. 479 (su tutte, l'eliminazione del consenso del pubblico ministero, l'introduzione del c.d. abbreviato condizionato ex art. 438, co. 5, c.p.p. e dei poteri officiosi del giudice ex art. 441, co. 5, c.p.p.) il giudizio abbreviato, secondo la Corte d'appello di Milano, avrebbe assunto connotati diversi, assurgendo al rango di giudizio alternativo al dibattimento, così risultando ingiustificata la diversificazione della posizione di responsabile civile e parte civile.

Partendo da tali premesse, la non manifesta infondatezza della questione di illegittimità dell'art. 87 comma 3 c.p.p., deriverebbe dal contrasto con l'art. 3 Cost., a causa dell'irragionevole disparità di trattamento che la parte civile subirebbe quanto alle pretese civilistiche; con l'art. 24 Cost., per la lesione del diritto di agire in giudizio gravante sulla stessa parte civile; ed infine, rispetto all'art. 111 Cost., divenendo irragionevole la durata del processo che coinvolgerebbe la parte civile, tenuta, per effetto della sua estromissione, a proporre *ex novo* una causa civile nei confronti del responsabile civile per ottenere il risarcimento e le restituzioni che non ha potuto richiedere all'effettivo obbligato (che molto spesso è l'unico soggetto in grado di risarcire il danno, come nel caso di specie, in cui il responsabile civile era un assicuratore).

2. La decisione.

Come anticipato, tuttavia, la Corte non ha affrontato nel merito la questione sollevata, sul presupposto che il rimettente non aveva adeguatamente motivato circa la rilevanza della questione stessa, secondo la regola per cui il giudice *a quo*, nel sollevare il dubbio di legittimità della norma che deve applicare, è tenuto in primo luogo a valutare se l'accertamento di conformità sia indispensabile per la risoluzione del giudizio di merito.

Nel caso in esame l'imputato aveva riproposto nell'atto di appello l'eccezione di illegittimità costituzionale dell'art. 87 comma 3 c.p.p. già proposta e rigettata nel corso dell'udienza preliminare, osservando che anche nel giudizio di appello si riverberavano gli effetti dell'applicazione della norma, come interpretata comunemente.

La Corte, andando di contrario avviso rispetto alla valutazione del giudice rimettente, ha, invece, ritenuto che l'accoglimento della questione non avrebbe avuto alcun effetto sul giudizio *a quo*; ha osservato, nel dettaglio, la Consulta che, poiché per effetto dell'estromissione disposta nel primo grado di giudizio il responsabile civile perde lo *status* di parte processuale, nel valutare la rilevanza della questione, la Corte d'appello avrebbe dovuto in primo luogo verificare se l'ordinamento preveda rimedi esperibili avverso l'ordinanza di esclusione del responsabile civile.

Ebbene, come da giurisprudenza prevalente (Cass. pen., sez. VI., 7 gennaio 2015, 2329; Cass. pen., sez. V, 25 novembre 2014, n. 10111; Cass. pen., sez. V, 17 luglio 2013, n. 44247; Cass.

pen., sez. VII, 11 ottobre 2012, n. 10880; Cass. pen., sez. un., 19 maggio 1999, n. 12, in Guida dir., 2012, 5, 62), va rilevato che le ordinanze di esclusione della parte civile non sono impugnabili, non rientrando nei mezzi di impugnazione che, come noto, il codice di rito qualifica come tassativi, ai sensi dell'art. 568 c.p.p.

Non è, poi, percorribile l'ipotesi dell'impugnazione differita (art. 586 comma 1 c.p.p.), considerando che la perdita dello *status* di parte processuale preclude la legittimazione ad impugnare né, trattandosi di ordinanza emessa in udienza preliminare, la stessa potrebbe soggiacere al principio dell'impugnazione presentata congiuntamente con la sentenza, riferibile esclusivamente alle ordinanze dibattimentali.

3. Il commento.

La questione che la Corte non ha avuto modo di affrontare (e che, come già ricavabile da Corte cost., ord. 2 luglio 2008, n. 247, *cit.*, il giudice rimettente avrebbe dovuto sollevare prima di disporre l'esclusione del responsabile civile, così da non esaurire il proprio potere decisorio) si fonda, come detto, sulla considerazione secondo la quale il responsabile civile andrebbe escluso automaticamente dal giudizio abbreviato, atteso che l'instaurazione del rito alternativo sulla base dell'insindacabile volontà dell'imputato determinerebbe un pregiudizio per il responsabile civile stesso che, senza contraddittorio (almeno nella versione primigenia del rito), verrebbe condannato a risarcire il danno alla parte civile.

L'obiettivo del rimettente e di parte della dottrina che condivide l'impostazione (E. Guido, *Esclusione del responsabile civile dal giudizio abbreviato: inammissibile il dubbio di incostituzionalità per difetto di rilevanza*, in *www.penalecontemporaneo.it*) sarebbe, allora, di eliminare l'esclusione automatica del responsabile civile, attesa la nuova fisionomia assunta dal giudizio abbreviato, nel quale, ad esempio, è prevista, ed è anzi frequente nella prassi, un'attività probatoria cui, evidentemente, il responsabile civile avrebbe interesse a partecipare, onde contrastare le mosse della parte civile che, in difetto, agirebbe indisturbata.

Assolutamente coerente, al contrario, sarebbe il mantenimento della regola per cui anche il responsabile civile verrebbe estromesso laddove la parte civile sia, a sua volta, esclusa oppure rinunci alla costituzione o non accetti il rito.

L'impostazione sin qui descritta, tuttavia, stride con il progetto di riforma del giudizio abbreviato proposto dalla "Commissione Canzio" del 2013, allo stato attuale non recepito dal disegno di legge governativo n. 2798, c.d. Orlando, approvato dalla Camera dei deputati in data 23 settembre 2015, nel quale si propone la radicale esclusione della parte civile dal giudizio abbreviato: l'uniformità di trattamento delle parti invocata dinanzi alla Consulta si otterrebbe, ma in senso opposto a quanto ritenuto indispensabile dal giudice rimettente (sul tema v. F. Galluzzo, *Il giudizio abbreviato*, in Marandola - La Regina - Aprati (a cura di), *Verso un processo penale accelerato - Riflessioni intorno alla l. 67/2014, al d. lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, Napoli, 2015, 91 ss.).

L'obiettivo perseguito dalla "Commissione Canzio" con la proposta di esclusione della parte civile dal giudizio abbreviato risiede in primo luogo nell'incentivare l'imputato ad optare per tale rito alternativo, stimolato non solo dalla tradizionale riduzione di pena, ma soprattutto dall'assenza della parte civile, la cui attività processuale è assai rilevante, in particolare nei procedimenti instaurati per reati di interesse privato, più che pubblico.

Interesse dello Stato, evidentemente, quello di garantirsi una diminuzione dell'attività processuale che deriverebbe sia dalla riduzione del numero delle parti in gioco che incide su diverse fasi dell'udienza (costituzione delle parti, esame della costituzione di parte civile ed eventuale discussione in merito a richieste di esclusione; partecipazione all'eventuale istruttoria in caso di giudizio abbreviato condizionato; discussione della parte civile), sia dalla stessa delimitazione dell'oggetto del processo, che, nella configurazione attuale, attribuisce al giudice non solo la decisione sulla responsabilità penale dell'imputato, ma anche quella sulla sussistenza e determinazione del danno eventualmente cagionato alla parte civile.

Obiettivo che condiziona tutto il procedimento probatorio, dall'ammissione, nel caso di abbreviato condizionato, all'assunzione, fino alla valutazione.

Nella prospettiva di riforma, quindi, l'obiettivo di riequilibrare la posizione della parte civile rispetto a quella del responsabile civile, si muove in senso opposto a chi vorrebbe ottenere una presenza piena ed attiva del responsabile civile.

Sulla scia dell'esclusione di entrambe le parti, il tema del risarcimento dei danni derivanti dalla commissione del reato sarebbe trasferito naturalmente in sede civile, con una scelta coerente, considerando che, secondo la normativa vigente, la parte civile costituita nel giudizio abbreviato avrebbe dovuto comunque avviare la causa civile nei confronti del responsabile civile che non era parte processuale, evitando così di raddoppiare attività spesso inutili, se è vero che il responsabile civile è, di fatto, il soggetto nei confronti del quale la parte civile può sperare di far valere la propria pretesa.

In tal modo il rito abbreviato, giudizio allo stato degli atti che avrebbe dovuto solo eccezionalmente dilatarsi, recupererebbe davvero la sua fisionomia originaria, al contrario di quanto avverrebbe introducendo un'ulteriore parte processuale, con la connessa attività che ne deriverebbe.

Vero, altresì, che la proposta di riforma prevedrebbe anche la soppressione dei commi 2 degli artt. 651 e 652 c.p.p. che estendevano alla sentenza irrevocabile di condanna o di assoluzione, emesse all'esito di giudizio abbreviato, l'efficacia di giudicato delle sentenze penali irrevocabili di condanna o di assoluzione, pronunciate in seguito a dibattimento, rispettivamente, "quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso" e "quanto all'accertamento che il fatto non sussiste o che l'imputato non lo ha commesso o che il fatto è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima".

Ne discende, allora, qualche perplessità di sistema: è veramente utile snellire i processi penali per poi estendere l'oggetto delle cause civili, allo stato attuale impostate sulla base dell'accertamento penale che ha efficacia di giudicato, ed inerenti la sola prova e quantificazione dei danni, laddove con la riforma si dovrebbe avviare una causa *ex novo*, con regolare istruttoria?

Le considerazioni da ultimo svolte sono, evidentemente, *de jure condendo*, non essendo state al momento recepite le proposte illustrate; la presenza, tuttavia, di progetti di riforma, che il nostro legislatore ci ha abituato a proporre a scaglioni, dovrebbe far meditare la Consulta qualora dovesse essere riproposta la questione di legittimità costituzionale dell'art. 87, co. 3, c.p.p.: quale strada intraprendere tra esclusione o inclusione del responsabile civile?

CASS., Sez. Un., 28 aprile 2016 (dep. 6 luglio 2016), n. 27620 - Pres. Canzio – est. Conti

Impugnazioni – Appello – Sentenza di assoluzione - Appello del PM – Reformatio in peius – Rinnovazione istruttoria dibattimentale – Interpretazione convenzionalmente orientata – Obbligo del giudice di appello – Omissione – Vizio di motivazione - Annullamento con rinvio

Impugnazioni – Appello – Sentenza di assoluzione - Appello della parte civile – Reformatio in peius – Rinnovazione istruttoria dibattimentale – Interpretazione convenzionalmente orientata – Obbligo del giudice di appello – Omissione – Vizio di motivazione - Annullamento con rinvio

I principi contenuti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come viventi nella giurisprudenza consolidata dalla Corte EDU, pur non traducendosi in norme di diretta applicabilità nell'ordinamento nazionale, costituiscono criteri di interpretazione ('convenzionalmente orientata') ai quali il giudice nazionale è tenuto a ispirarsi nell'applicazione delle norme interne.

La previsione contenuta nell'art. 6, par 3, lett. d), della CEDU, relativa al diritto dell'imputato di esaminare o fare esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico, come definito dalla giurisprudenza consolidata della Corte EDU, la quale costituisce parametro interpretativo delle norme processuali interne, implica che, nel caso di appello del pubblico ministero avverso una sentenza assolutoria, fondata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, il giudice d'appello non può riformare la sentenza impugnata nel senso dell'affermazione della responsabilità penale dell'imputato, senza avere proceduto, anche d'ufficio, a norma dell'art. 603, comma 3, c.p.p., a rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado.

L'affermazione di responsabilità dell'imputato pronunciata dal giudice di appello su impugnazione del pubblico ministero, in riforma di una sentenza assolutoria fondata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, delle quali non sia stata disposta la rinnovazione a norma dell'art. Art. 603. comma 3, c.p.p., integra di per sé un vizio di motivazione della sentenza di appello, ex art. 606, comma 1, lett. e), per mancato rispetto del canone di giudizio 'al di là di ogni ragionevole dubbio' di cui all'art. 533, comma 1. In tal caso, al di fuori dei casi di inammissibilità del ricorso, qualora il ricorrente abbia impugnato la sentenza di appello censurando la mancanza, la contraddittorietà o la manifesta illogicità della motivazione con riguardo alla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, pur senza fare specifico riferimento al principio contenuto nell'art. 6, par. 3, lett. d). della CEDU, la Corte di cassazione deve annullare con rinvio la sentenza impugnata.

Gli stessi principi trovano applicazione nel caso di riforma della sentenza di proscioglimento di primo grado, ai fini delle statuizioni civili, sull'appello proposto dalla parte civile.

Dalle
Corti

(*Omissis*)

RITENUTO IN FATTO. 1. Con sentenza del 14 ottobre 2010, la Corte di appello di Brescia, su impugnazione del Pubblico Ministero, in riforma della sentenza assolutoria pronunciata dal Tribunale di Mantova, ha dichiarato D.T.K. colpevole del delitto di cui agli artt. 81, secondo comma, e 629, primo comma, cod. pen.

1.1. Al D. era stato contestato di avere, con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso, con richiesta della somma di Euro 5.000 rivolta a S.R., alla cui dazione aveva subordinato la consegna del nulla osta da lui ottenuto per l'ingresso in Italia del cittadino (*omissis*) R.M., nipote dello S., e successivamente, con richiesta di una ulteriore somma di denaro, alla cui dazione aveva subordinato la sottoscrizione di un contratto di lavoro per il R., necessario per l'ottenimento di un permesso di soggiorno, costretto lo S. a versare in totale la somma di Euro 7.500, di cui Euro 4.500 il 2 maggio 2008 ed Euro 3.000 il 6 dicembre 2008 (fatto commesso in (*omissis*)).

Il D. era stato arrestato in flagranza, nell'atto di ricevere dallo S. una busta chiusa in cui, d'intesa con la polizia, quest'ultimo aveva riposto banconote dell'importo complessivo di Euro 3.000, previamente fotocopiate.

1.2. Il Tribunale aveva assolto il D. reputando insufficiente la prova circa la commissione del fatto estorsivo, contestato dall'imputato, il quale, quanto alla somma di Euro 4.500, riferiva che essa gli era stata consegnata dallo S., in parte, pari a 3.000 Euro, a titolo di restituzione di un precedente prestito, e, per la restante parte, pari a Euro 1.500 Euro, sulla base di un libero accordo, a titolo di anticipo per consentirgli di stipulare un nuovo contratto di locazione per un'abitazione più ampia, nella quale potere ospitare il nipote (*omissis*). Quanto alla ulteriore richiesta di denaro, essa era stata giustificata dall'imputato, nella sola misura di Euro 1.000, pari all'importo della cauzione di due mensilità da corrispondere al locatore della nuova casa.

Ulteriori elementi di conferma della versione dell'imputato erano stati individuati dal Tribunale nelle dichiarazioni rese dalla moglie D.F., che aveva riferito di avere a suo tempo consegnato lei stessa allo S. la somma di Euro 3.000 in prestito, nonché nella disdetta del contratto di locazione inviata dal D. nel luglio del 2007, circostanza per la quale non poteva escludersi che lo S. avesse promesso all'imputato di aiutarlo nelle spese del contratto di locazione.

1.3. Nell'atto di appello, il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Mantova censurava l'omesso vaglio critico della tesi sostenuta dal D., caratterizzata da vistose contraddizioni e incompatibilità logiche, e la 'scarsa' credibilità, sul piano sia soggettivo sia oggettivo, della testimonianza della moglie dell'imputato, essendo stato comunque accertato, anche volendo prescindere dalla carenza di tracce documentali circa l'asserito prestito fatto dal D. allo S., che l'ulteriore somma erogata dalla persona offesa, non importa se destinata a soddisfare esigenze economiche connesse al contratto di locazione della nuova casa in cui intendeva trasferirsi l'imputato, integrava di per sé sola un profitto ingiusto determinato dalla condotta ricattatoria del medesimo.

1.4. All'esito del dibattimento di appello, svoltosi senza lo svolgimento di alcuna ulteriore attività istruttoria, la Corte territoriale, in accoglimento della impugnazione, ha ritenuto raggiunta la prova della colpevolezza dell'imputato, ravvisando l'insussistenza di motivi in grado di inficiare l'attendibilità oggettiva e soggettiva della persona offesa, la cui testimonianza ha reputato credibile anche perché corroborata da importanti riscontri documentali, a differenza della versione resa dall'imputato, valutata come inverosimile.

Riteneva di scarso rilievo l'argomento costituito dall'aver la persona offesa nel corso del dibattimento negato di avere ricevuto a suo tempo dal D. un prestito di Euro 3.000 prima ancora che a tale particolare il P.M. avesse fatto riferimento nel

corso del suo esame – argomento che era stato invece valorizzato dal Tribunale per inferirne che tale prestito fosse effettivamente avvenuto – considerata la eventualità che il teste, che non padroneggiava la lingua italiana, potesse essere stato caduto in un fraintendimento al riguardo e che comunque egli ben potesse avere avuto cognizione delle dichiarazioni rese al riguardo dall'imputato in una precedente udienza.

Ad avviso della Corte di appello vi erano inoltre elementi obiettivi per dubitare della credibilità della versione dei fatti resa dalla moglie dell'imputato, che aveva avallato la tesi difensiva del congiunto circa il prestito fatto nei primi mesi del 2008 allo S., inconciliabile con la modesta condizione reddituale dell'imputato.

Né era comprensibile come lo S., soggetto che, anche per le sue malandate condizioni fisiche, versava in gravi difficoltà economiche, potesse dopo qualche mese non solo restituire il preteso prestito ma anche elargire al D. una ulteriore somma per aiutarlo a prendere in locazione una casa più grande.

2. Ha proposto personalmente ricorso per cassazione il D., che chiede l'annullamento della sentenza impugnata sulla base dei seguenti motivi.

2.1. Vizio di motivazione in relazione alla valutazione di attendibilità della presunta persona offesa, stante il ribaltamento ingiustificato operato dalla Corte di appello sul punto delle valutazioni, perfettamente logiche ed esaurienti, svolte dal Tribunale circa l'assertività e le contraddizioni che caratterizzavano le dichiarazioni dello S.

2.2. Violazione di legge e vizio di motivazione in punto di valutazione di inverosimiglianza della narrazione dell'imputato, che, invece, aveva del tutto logicamente riferito sia della ricezione della somma di Euro 3.000 a titolo di rimborso da parte dello S. del prestito da lui precedentemente effettuato sia della somma di Euro 1.500 da lui poi chiesta al medesimo quale contributo per l'affitto di una casa più spaziosa nella quale ospitare

il nipote, nel quadro dei principi solidaristici che caratterizzano i rapporti degli appartenenti alla comunità indiana all'estero.

2.3. Illegittima valutazione di inattendibilità della testimonianza della moglie di esso imputato, che aveva trovato conferma nei documenti prodotti dalla difesa attestanti i rapporti amichevoli tra le due famiglie.

2.4. Inconciliabilità con l'accusa di condotta estorsiva della ricezione di somma portata da un assegno bancario, elemento documentale di agevole tracciabilità.

2.5. Vizio di motivazione in punto di valutazione di inattendibilità della tesi difensiva circa la causale delle ulteriori somme di denaro chieste allo S. con riferimento all'affitto della nuova casa in cui ospitare il nipote.

2.6. Illogica valorizzazione in senso accusatorio del tempo trascorso per la formalizzazione del contratto di assunzione del nipote dello S. dopo il suo arrivo in Italia.

3. La Seconda Sezione penale, con ordinanza in data 26 novembre 2015, depositata il 20 gennaio 2016, ha rimesso il ricorso alle Sezioni Unite.

3.1. Rileva l'ordinanza di rimessione che la valutazione operata dalla Corte di appello su un elemento decisivo per l'accertamento della responsabilità del D. – la circostanza, cioè, che la richiesta della somma di denaro allo S. non avesse titolo, come da quello sostenuto, nel rimborso di un prestito, ma integrasse una coercizione psicologica in vista della regolarizzazione dell'ingresso in Italia del nipote – fondava essenzialmente sulle dichiarazioni rese dalla persona offesa nel corso del giudizio di primo grado, ritenute dalla Corte pienamente credibili, così procedendosi a un ribaltamento della decisione assolutoria del Tribunale sulla base di un mero riscontro cartolare, senza diretta assunzione della prova dichiarativa.

3.2. Precisato poi che il ricorrente – pur avendo evidenziato la decisività, ai fini della valutazione della plausibilità dell'assunto posto a fondamento

della sentenza impugnata, della verifica circa l'attendibilità della persona offesa – non aveva specificamente dedotto la violazione dei parametri di legalità delineati dalla Convenzione Europea dei diritti umani, l'ordinanza dà conto della giurisprudenza della Corte EDU che reputa iniqua la riforma della sentenza assolutoria di primo grado fondata su una diversa valutazione, esclusivamente cartolare, dell'attendibilità di una testimonianza decisiva qualora, nella fase processuale conclusasi con l'assoluzione, la stessa prova, formata nel contraddittorio, sia stata ritenuta non attendibile.

3.3. L'ordinanza passa poi in rassegna la giurisprudenza di legittimità sul tema, sottolineando come vi sia stata una rapida conformazione dello status della prova dichiarativa nel giudizio di secondo grado all'orientamento costante della Corte EDU.

In particolare, secondo l'indirizzo che il Collegio ritiene di condividere, il rispetto dell'art. 6 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, implica, in casi come quello di specie, la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, una volta che sia prospettata dal soggetto che impugna la decisione assolutoria la possibilità di un diverso apprezzamento dell'attendibilità di una testimonianza decisiva assunta in primo grado; fermo restando che tale esigenza non sussiste, invece, nel caso in cui il giudice di secondo grado fondi il proprio convincimento su altri elementi di prova, in relazione ai quali la valutazione del primo giudice sia mancata o risulti travisata.

3.4. Si rileva peraltro che, non essendo stata la questione del mancato rispetto dei parametri di legalità convenzionale dedotta dal ricorrente, sorge il quesito se la Corte di cassazione sia legittimata a rilevare ex officio la violazione dell'art. 6 della CEDU sub specie di mancata rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in caso di riforma peggiorativa della decisione assolutoria di primo grado; problema sul quale si individuano nell'ambito della giurisprudenza di legittimità due orientamenti contrapposti.

3.5. Secondo una prima impostazione, la questione della violazione dell'art. 6 CEDU non è rilevabile d'ufficio in sede di legittimità.

Si tratterebbe, infatti, di questione riconducibile, con adattamenti, al vizio di violazione di legge, da fare valere, pertanto, ai sensi dell'art. 581, comma 1, lett. c), cod. proc. pen., mediante indicazione specifica delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta. Alla scelta dell'imputato di non proporre nel giudizio di appello la richiesta di rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale consegue la preclusione dell'attività del ricorso alla Corte EDU, che presuppone la previa 'consumazione' di tutti i rimedi del sistema processuale interno.

3.6. Alla luce dell'orientamento contrapposto, nella evenienza processuale indicata deve invece reputarsi rilevabile d'ufficio, ai sensi dell'art. 609, comma 2, cod. proc. pen., la violazione dell'art. 6 CEDU (salvo che ciò comporti un 'giudizio di fatto', precluso in sede di legittimità, circa la rilevanza della prova dichiarativa); essendosi anche osservato che la rilevanza d'ufficio discende dal principio secondo cui le decisioni della Corte EDU, quando evidenziano una situazione di obiettivo contrasto della normativa interna con la CEDU, assumono rilevanza anche nei processi diversi da quello nell'ambito del quale sono state pronunciate.

Si rileva inoltre essere stato messo in luce come la giurisprudenza della Corte di Strasburgo abbia più volte sollecitato una interpretazione flessibile e priva di eccessivo formalismo della regola del previo esaurimento dei rimedi interni, cosicché, in presenza di chiare violazioni convenzionali di carattere oggettivo e generale, già rilevate e censurate in sede Europea, la mancata proposizione di un motivo specifico di impugnazione, volto a denunciare la violazione del principio dell'equo processo, non può ostacolare l'intervento giurisdizionale teso a rimuovere la violazione de qua, essendo sufficiente che la parte abbia comunque impugna-

to la decisione ad essa sfavorevole perché possa dirsi assolto il requisito del previo esaurimento dei rimedi interni; ribadendosi che l'imputato deve avere la possibilità di confrontarsi con i testimoni alla presenza del giudice che sia chiamato, infine, a decidere la causa.

4. Con decreto del 26 gennaio 2016 il Primo Presidente ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, fissando per la trattazione l'odierna udienza pubblica.

CONSIDERATO IN DIRITTO. 1. La questione rimessa alle Sezioni Unite può essere così enunciata:

'Se sia rilevabile d'ufficio in sede di giudizio di cassazione la questione relativa alla violazione dell'art. 6 CEDU per avere il giudice d'appello riformato la sentenza assolutoria di primo grado affermando la responsabilità penale dell'imputato esclusivamente sulla base di una diversa valutazione di attendibilità delle dichiarazioni di testimoni senza procedere a nuova escussione degli stessi'.

2. Va premesso che l'affermazione di responsabilità operata nel presente processo dalla Corte di appello in ribaltamento del giudizio assolutorio del Tribunale deriva esclusivamente da una valutazione degli apporti dichiarativi raccolti in primo grado antitetica a quella del Tribunale, essendo invece incontrovertibile la ricostruzione dei fatti dal punto di vista storico-materiale.

Infatti, la sentenza qui impugnata, all'esito di un giudizio di appello nel corso del quale non si è proceduto ad alcuna rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, fonda il giudizio di responsabilità penale sulla ritenuta non credibilità della tesi dell'imputato, e di quella della moglie di questo, circa le causali della corresponsione delle somme di denaro da parte della persona offesa (in parte restituzione di un prestito; in parte contributo – sulla base di un libero accordo – per le spese relative alla locazione di un immobile), dando invece credito alla tesi del denunciante di una condotta di tipo estorsivo posta in essere ai suoi danni dal D.

D'altro canto, l'imputato, nel suo ricorso per cassazione, al di là della intestazione formale dei motivi, ha fondato le sue censure esclusivamente su profili attinenti a vizi di motivazione. Egli ha infatti criticato la tenuta logica della sentenza impugnata per avere la Corte di appello ritenuto inattendibili le sue dichiarazioni e quelle conformi rese dalla moglie, e, per converso, attendibile la versione dei fatti resa dalla persona offesa.

3. Stanti questi dati processuali, l'ordinanza della Seconda Sezione ha rilevato che il rovesciamento dell'esito del giudizio assolutorio di primo grado operato dal giudice di appello, basato sulla valutazione di prove dichiarative, essendo avvenuto senza rinnovazione di queste, si pone in contrasto con la consolidata giurisprudenza della Corte EDU che ha affermato che, in forza dell'art. 6, par. 1 e 3, lett. d), CEDU, un simile esito, salve circostanze 'eccezionali', postula necessariamente la nuova assunzione diretta dei testimoni nel giudizio di impugnazione.

Peraltro, non avendo il ricorrente dedotto la violazione del ricordato parametro di legalità convenzionale, la Seconda Sezione si è posta il problema se tale vizio della sentenza, in quanto risultante dallo sviluppo del procedimento, potesse essere rilevata d'ufficio dalla Corte di cassazione.

Al riguardo l'ordinanza di rimessione registra l'esistenza di due orientamenti contrastanti.

3.1. Secondo una prima impostazione, che si è espressa in senso negativo, presupposto per rilevare la violazione dell'art. 6 CEDU è che l'imputato abbia esperito il ricorso a tutti i rimedi offerti dall'ordinamento processuale; situazione che non ricorre quando non vi sia stata richiesta di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale e quando non sia stata impugnata la decisione di appello per mancato rispetto del parametro convenzionale, riconducibile a una violazione di legge da far valere ex art. 606, comma 1, lett. c), cod. proc. pen. (Sez. 1, n. 26860 del 09/06/2015, Bagarella, Rv. 263961; Sez. 5, n. 51396 del 20/11/2013, Basile,

Rv. 257831; Sez. 4, n. 18432 del 19/11/2013, dep. 2014, Spada, Rv. 261920).

3.2. Secondo il contrario orientamento, la violazione in questione è rilevabile d'ufficio ex art. 609, comma 2, cod. proc. pen., dato che il presupposto del previo esaurimento dei rimedi interni va applicato senza eccessivo formalismo, essendo sufficiente che la parte abbia impugnato la decisione ad essa sfavorevole, e dovendosi considerare che le norme della CEDU hanno natura sovralegislativa, seppure sub-costituzionale, tanto che il condannato potrebbe comunque ricorrere alla Corte EDU facendo valere la violazione dell'art. 6; dal che discenderebbe un dovere del giudice nazionale di ricondurre il processo alla legalità convenzionale pur in mancanza di una specifica deduzione di parte (Sez. 1, n. 24384 del 03/03/2015, Mandarino, Rv. 263896; Sez. 3, n. 19322 del 20/01/2015, Ruggeri, Rv. 263513; Sez. 3, n. 11648 del 12/11/2014, dep. 2015, P., Rv. 262978; Sez. 2, n. 677 del 10/10/2014, dep. 2015, Di Vincenzo, Rv. 261555; cui adde, non menzionata dall'ordinanza, Sez. 5, n. 25475 del 24/02/2015, Prestanicola, Rv. 263902).

4. Ritengono le Sezioni Unite che né l'uno né l'altro dei due orientamenti sia condivisibile.

5. La questione del rapporto tra parametri convenzionali e norme interne è stata affrontata e definitivamente risolta dalla Corte costituzionale a partire dalle sentenze (c.d. 'gemelle') nn. 348 e 349 del 2007.

Il primo dovere dell'interprete è di verificare se è effettivamente riscontrabile un contrasto tra norme interne delle quali debba farsi applicazione nel caso concreto e norme CEDU, o se, invece, la disciplina nazionale sia in linea, anche attraverso una interpretazione adeguatrice, con quella convenzionale.

In quest'ultima ipotesi non può evidentemente sorgere alcun problema dall'applicazione della norma interna, mentre, nel caso di accertato insanabile contrasto, tale norma è soggetta al sindaca-

to di costituzionalità ex art. 117 Cost., per violazione della norma convenzionale interposta, essendo escluso che possa direttamente farsi applicazione di quest'ultima obliterando il contrario disposto di una norma interna (si vedano ad esempio, per tale evenienza, i due recenti casi di incidente di costituzionalità promosso dalle Sezioni Unite penali con le ordinanze n. 41694 del 18/10/2012, Nicosia, e n. 34472 del 19/04/2012, Ercolano).

Altro aspetto, anch'esso definitivamente esplorato, è quello della forza vincolante della giurisprudenza della Corte EDU nei confronti del giudice nazionale. Data la natura eminentemente casistica di tali sentenze, che per di più si riferiscono a una pluralità di ordinamenti, il vincolo per il giudice nazionale sussiste esclusivamente con riguardo a un orientamento convenzionale 'consolidato' ovvero a una decisione 'pilota' in senso stretto, la quale, cioè, con riferimento a un determinato ordinamento nazionale, ne evidenzia lacune o contrasti strutturali con la CEDU (per tutte, da ultimo, Corte cost., sent. n. 49 del 2015).

Si tratta di approdi ampiamente acquisiti che le Sezioni Unite non hanno alcuna ragione di ripercorrere ulteriormente.

6. Ciò che è stata evocata nel caso in esame è la giurisprudenza della Corte EDU, assurta a particolare risalto a seguito della decisione Dan c. Moldavia del 05/11/2011 (ma che in realtà trova espressione in precedente pronunce, a partire dal caso Bricmont c. Belgio del 07/07/1989, e poi, *ex plurimis*, nei casi Costantinescu c. Romania del 27/06/2000; Sigurpor Arnarsson c. Islanda del 15/07/2003; Destrehem c. Francia del 18/05/2004; Garda Ruiz c. Spagna del 21/01/2006), secondo cui l'affermazione nel giudizio di appello della responsabilità dell'imputato prosciolto in primo grado sulla base di prove dichiarative è consentita solo previa nuova assunzione diretta dei testimoni nel giudizio di impugnazione, a pena di violazione dell'art. 6 CEDU, e in particolare del par. 3, lett. d), che assicura il diritto dell'imputato di 'esamina-

re o fare esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l'esame dei testimoni a discarico' (più recentemente, Manolachi c. Romania del 05/03/2013; Flueraș c. Romania del 09/04/2013).

Nell'ambito di tale giurisprudenza assumono un particolare rilievo le decisioni con le quali si afferma che la lesione della norma convenzionale si verifica anche nella ipotesi in cui, come nel presente processo, né l'imputato né il suo difensore abbiano sollecitato una nuova escussione dei testimoni (v., da ultimo, Hanu c. Romania del 04/06/2013; e, ancor prima, Botten c. Norvegia del 19/02/1996; Denila c. Romania del 08/03/2007; Guiteriaru c. Romania del 26/06/2012; Flueraș c. Romania, cit.).

Esattamente l'ordinanza di rimessione rileva che si tratta di un indirizzo consolidato. Esso, dunque, anche se non espresso con riferimento a procedimenti penali italiani, può dirsi vincolante anche per il nostro ordinamento.

7. Va peraltro considerato che tale consolidato indirizzo si pone in perfetta consonanza con la giurisprudenza interna (per tale constatazione, con conseguente dichiarazione di manifesta infondatezza di una questione di costituzionalità dell'art. 603 cod. proc. pen., sollevata per contrasto con l'art. 117 Cost., v. Sez. 2, n. 46065 del 08/11/2012, Consagra, Rv. 254726).

7.1. Già a partire da Sez. U, n. 45276 del 30/10/2003, Andreotti, Rv. 226093, era stato fatto riferimento al particolare dovere di motivazione che incombe sul giudice di appello che affermi la responsabilità dell'imputato già prosciolto in primo grado; e tale principio era stato poi ribadito e ulteriormente precisato da Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231679, affermandosi che il giudice di appello che riformi totalmente la decisione di primo grado ha l'obbligo di delineare le linee portanti del proprio, alternativo, ragionamento probatorio e di confutare specificamente i più rilevanti argomenti della motivazione della prima sentenza, dando conto delle ragioni della

relativa incompletezza o incoerenza, tali da giustificare la riforma del provvedimento impugnato.

Sulla stessa linea della sentenza Mannino, Sez. 6, n. 6221 del 20/04/2005, dep. 2006, Aglieri, Rv. 233083, ha affermato che 'la sentenza di appello di riforma totale del giudizio assolutorio di primo grado deve confutare specificamente, pena altrimenti il vizio di motivazione, le ragioni poste dal primo giudice a sostegno della decisione assolutoria, dimostrando puntualmente l'insostenibilità sul piano logico e giuridico degli argomenti più rilevanti della sentenza di primo grado, anche avuto riguardo ai contributi eventualmente offerti dalla difesa nel giudizio di appello, e deve quindi corredarsi di una motivazione che, sovrapponendosi pienamente a quella della decisione riformata, dia ragione delle scelte operate e della maggiore considerazione accordata ad elementi di prova diversi o diversamente valutati'.

7.2. Successivamente, per effetto del rilievo dato alla introduzione del canone 'al di là di ogni ragionevole dubbio', inserito nel comma 1 dell'art. 533 cod. proc. pen. ad opera della legge 20 febbraio 2006, n. 46 (ma già individuato dalla giurisprudenza quale inderogabile regola di giudizio: v. Sez. U, n. 30328 del 10/07/2002, Franzese, Rv. 222139), si è più volte avuto modo di puntualizzare che nel giudizio di appello, per la riforma di una sentenza assolutoria, non basta, in mancanza di elementi sopravvenuti, una mera diversa valutazione del materiale probatorio già acquisito in primo grado ed ivi ritenuto inidoneo a giustificare una pronuncia di colpevolezza, occorrendo una 'forza persuasiva superiore', tale da far venire meno 'ogni ragionevole dubbio' (*ex plurimis*, Sez. 3, n. 6817 del 27/11/2014, dep. 2015, S., Rv. 262524; Sez. 1, n. 12273 del 05/12/2013, dep. 2014, Ciaramella, Rv. 262261; Sez. 6, n. 45203 del 22/10/2013, Paparo, Rv. 256869; Sez. 2, n. 11883 del 08/11/2012, dep. 2013, Berlingeri, Rv. 254725; Sez. 6, n. 8705 del 24/01/2013, Farre, Rv. 254113; Sez. 6, n. 46847 del 10/07/2012, Aimone, Rv. 253718); posto che,

come incisivamente notato da Sez. 6, n. 40159 del 03/11/2011, Galante, 'la condanna presuppone la certezza della colpevolezza, mentre l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza ma la mera non certezza della colpevolezza' (in motivazione, a p. 3).

7.3. Inoltre, traendosi ispirazione ed argomenti proprio dalla giurisprudenza di Strasburgo in tema di c.d. *overturning*, si è progressivamente venuto a consolidare l'orientamento secondo cui il giudice di appello non può pervenire a condanna in riforma della sentenza assolutoria di primo grado basandosi esclusivamente o in modo determinante su una diversa valutazione delle fonti dichiarative delle quali non abbia proceduto, anche d'ufficio, a norma dell'art. 603, comma 3, cod. proc. pen., a una rinnovata assunzione (v. tra molte, sia pure con varie specificazioni, Sez. 6, n. 47722 del 06/10/2015, Arcone, Rv. 265879; Sez. 5, n. 29827 del 13/03/2015, Petrusic, Rv. 265139; Sez. 5, n. 52208 del 30/09/2014, Marino, Rv. 262115; Sez. 6, n. 44084 del 23/09/2014, Mihasi, Rv. 260623; Sez. 2, n. 6403 del 16/09/2014, dep. 2015, Preite, Rv. 262674; Sez. F, n. 53562 del 11/09/2014, Lembo, Rv. 261541; Sez. 2, n. 45971 del 15/10/2013, Corigliano, Rv. 257502; Sez. 5, n. 47106 del 25/09/2013, Donato, Rv. 257585; Sez. 3, n. 32798 del 05/06/2013, N.S., Rv. 256906; Sez. 6, n. 16566 del 26/02/2013, Caboni, Rv. 254623; Sez. 5, n. 38085 del 05/07/2012, Luperi, Rv. 253541).

Tale consolidato orientamento merita di essere qui ribadito.

8. La rinnovazione dell'istruzione dibattimentale è stata concepita dal legislatore del 1988, in aderenza ai criteri direttivi della legge-delega del 1987 (art. 2/94), come istituto di carattere residuale (si esprime in termini di 'eccezionalità' Sez. U, n. 2780 del 24/01/1996, Panigoni).

Essa è subordinata alla richiesta di parte, e disposta solo se il giudice di appello ritiene di non essere in grado di decidere allo stato degli atti, con riguardo alla riassunzione di prove già

acquisite o all'assunzione di prove preesistenti e conosciute (art. 603, comma 1, cod. proc. pen.); è ugualmente subordinata alla richiesta di parte, ma in questo caso soggetta al solo limite di manifesta superfluità o irrilevanza, con riguardo alle prove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado (art. 603, comma 2, in combinato disposto con gli artt. 495, comma 1, e 190, comma 1, cod. proc. pen.); è, infine, espressione di un potere officioso del giudice di appello, analogo a quello del giudice di primo grado (art. 507), nel caso di valutazione di assoluta necessità ai fini della decisione (art. 603, comma 3).

8.1. La disciplina in questione non prende in considerazione l'ipotesi in cui il giudice di appello interpreti le risultanze di prove dichiarative in termini antitetici alle conclusioni assunte in primo grado. Ma, mentre il ribaltamento in senso assolutorio del giudizio di condanna operato dal giudice di appello pur senza rinnovazione della istruzione dibattimentale è perfettamente in linea con la presunzione di innocenza, presidiata dai criteri di giudizio di cui all'art. 533 cod. proc. pen., diversamente è da dire nell'ipotesi inversa.

Va al riguardo considerato che nel nostro ordinamento processuale – che ha prescelto a statuto cognitivo fondante del processo penale il modello accusatorio, ispirato ai principi fondamentali della oralità della prova, della immediatezza della sua formazione davanti al giudice chiamato a decidere e della dialettica delle parti nella sua formazione – il giudice di appello, che ripete tutti i poteri decisori da quello di primo grado, e non ha di per sé, in base alla sua costituzione e all'ordinamento giudiziario, una 'autorevolezza maggiore' di quello, può vedersi attribuita la legittimazione a ribaltare un esito assolutorio, sulla base di un diverso apprezzamento delle fonti dichiarative direttamente assunte dal primo giudice, solo a patto che nel giudizio di appello si ripercorrano le medesime cadenze di acquisizione in forma orale delle prove elaborate in primo grado.

Deve infatti riconoscersi che, nel modello di giudizio ordinario, ‘contraddittorio’, ‘oralità’, ‘immediatezza’ nella formazione della prova e ‘motivazione’ del giudice di merito sono entità strettamente correlate.

Dal lato del giudice, la percezione diretta è il presupposto tendenzialmente indefettibile di una valutazione logica, razionale e completa. L’apporto informativo che deriva dalla diretta percezione della prova orale è condizione essenziale della correttezza e completezza del ragionamento sull’apprezzamento degli elementi di prova, tanto più in relazione all’accresciuto standard argomentativo imposto per la riforma di una sentenza assolutoria dalla regola del ‘ragionevole dubbio’, che, come già osservato, si collega direttamente al principio della presunzione di innocenza.

Dal lato dell’imputato assolto in primo grado, la mancata rinnovazione della prova dichiarativa precedentemente assunta sacrifica una efficace confutazione delle argomentazioni svolte nell’appello del p.m. che possa trarre argomenti dall’interlocuzione diretta con la fonte le cui affermazioni siano state poste a sostegno della tesi di accusa.

D’altro canto, l’ampia facoltà di appello del pubblico ministero contro le sentenze di proscioglimento, ripristinata dalla Corte cost. con la sentenza n. 26 del 2007, che ha in parte qua espunto dall’art. 593 cod. proc. pen. le previsioni fortemente limitative introdotte dall’art. 1 legge n. 46 del 2006, implica di per sé quale contrappeso, proprio per la esigenza di coerenza con il modello accusatorio (e in attesa di una riforma generale del sistema delle impugnazioni, auspicata anche dalla Corte cost. nella sentenza sopra citata), che la difesa sia messa in grado di contrastare i rilievi critici dell’ufficio appellante sulla portata probatoria delle fonti dichiarative dimostrandone eventualmente la infondatezza proprio attraverso la viva voce dei soggetti le cui dichiarazioni, secondo l’assunto della parte pubblica, sarebbero state male interpretate o non ben valorizzate dal primo giudice.

In questo quadro ricostruttivo dei valori sottesi al processo penale, dovere di motivazione rafforzata da parte del giudice della impugnazione in caso di dissenso rispetto alla decisione di primo grado, canone ‘al di là di ogni ragionevole dubbio’, dovere di rinnovazione della istruzione dibattimentale e limiti alla *reformatio in peius* si saldano sul medesimo asse cognitivo e decisionale.

Ne discende che, nel caso di appello proposto contro una sentenza di assoluzione fondata su prove dichiarative (assunte nel corso del dibattimento ma eventualmente anche in sede di incidente probatorio), la rinnovazione della istruzione dibattimentale si profila come ‘assolutamente necessaria’ ex art. 603, comma 3, cod. proc. pen.: tale presupposto, infatti, al di là dei casi di incompletezza del quadro probatorio, si collega, più generalmente, alla esigenza che il convincimento del giudice di appello, nei casi in cui sia in questione il principio del ‘ragionevole dubbio’, replichi l’andamento del giudizio di primo grado, fondandosi su prove dichiarative direttamente assunte.

È il caso di notare che, proprio in quanto non viene in questione il principio del ‘ragionevole dubbio’, non può condividersi l’orientamento secondo cui anche in caso di riforma della sentenza di condanna in senso assolutorio il giudice di appello, al di là di un dovere di ‘motivazione rafforzata’, deve previamente procedere a una rinnovazione della prova dichiarativa (in questo senso, ma isolatamente, Sez. 2, n. 32619 del 24/04/2014, Pipino, Rv. 260071).

8.2. Deve dunque concludersi, in pieno accordo con i principi espressi dalla giurisprudenza della Corte EDU sopra richiamata, nel senso che, fermi restando i limiti derivanti dal dovere di immediata declaratoria di cause di non procedibilità o di estinzione del reato, ex art. 129, comma 1, cod. proc. pen., il giudice di appello, investito dalla impugnazione del pubblico ministero che si dolga dell’esito assolutorio di primo grado adducendo una erronea valutazione sulla conclusione

delle prove dichiarative, non può riformare la sentenza impugnata nel senso dell'affermazione della responsabilità penale dell'imputato senza avere proceduto, anche d'ufficio, a norma dell'art. 603, comma 3, cod. proc. pen., a rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo, ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado.

Si tratta di una conclusione perfettamente in linea con la proposta di introduzione di una esplicitazione di un simile dovere del giudice di appello, nell'ambito di un apposito comma (4-bis) da inserire nell'art. 603 cod. proc. pen., formulata dalla Commissione ministeriale istituita con decreto del 10 giugno 2013 per la elaborazione di interventi in tema di processo penale. E la mancanza di una formale previsione al riguardo non è di ostacolo a ricavare la regola in via di interpretazione sistematica, avuto riguardo alle linee ermeneutiche di sistema sopra tracciate, cui la stessa Commissione si era del resto ispirata come *jus receptum*.

8.3. L'esigenza di rinnovazione della prova dichiarativa non consente distinzioni a seconda della qualità soggettiva del dichiarante, sia esso testimone 'puro' (art. 197 cod. proc. pen.) o testimone 'assistito' (art. 197-bis cod. proc. pen.).

Ma a simile conclusione deve pervenirsi anche in caso di dichiarazioni di coimputato in procedimento connesso (art. 210 cod. proc. pen.) o di coimputato nello stesso procedimento (art. 503 cod. proc. pen.), fermo restando che l'eventuale rifiuto di sottoporsi ad esame non potrà comportare conseguenze pregiudizievoli per l'imputato prosciolto in primo grado, cui va conservato il diritto di confrontarsi con la prova dichiarativa, la quale, nella valutazione del primo giudice, non era stata considerata concludente per l'affermazione della sua responsabilità penale.

Discorso analogo è da fare per le dichiarazioni rese dall'imputato in causa propria (v. sul punto Corte EDU, Sez. 3, 14/01/2014, Cipleu c. Romania):

fermo restando che, ove anche su esse si sia basata la pronuncia assolutoria, dovendo in tal caso il giudice di appello promuovere un nuovo esame dell'imputato, dal rifiuto di questo di sottoporvisi non potrebbe conseguire, evidentemente, alcuna preclusione all'accoglimento della impugnazione, perché ciò equivarrebbe ad attribuire all'imputato il potere di condizionare potestativamente l'esito del processo.

8.4. è il caso poi di precisare che a non dissimile approdo deve coerentemente pervenirsi nel caso di impugnazione del pubblico ministero contro una pronuncia di assoluzione emessa nell'ambito del giudizio abbreviato, ove questa sia basata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive dal primo giudice e il cui valore sia posto in discussione dall'organo dell'accusa impugnante; dovendo il giudice di appello porre in essere i poteri di integrazione probatoria adottabili anche in questo speciale rito (ex Corte cost., sent. n. 470 del 1991); ed essendo irrilevante che gli apporti dichiarativi siano stati valutati in primo grado sulla base dei soli atti di indagine ovvero a seguito di integrazione probatoria a norma dell'art. 438, comma 5, o dell'art. 441, comma 5, cod. proc. pen. (contra, ma sulla sola base delle indicazioni desumibili dalle fattispecie considerate dalla giurisprudenza della Corte EDU e senza valorizzazione del principio del ragionevole dubbio, da ritenere di carattere 'generalissimo', Sez. 2, n. 33690 del 23/05/2014, De Silva, Rv. 260147).

8.5. Inoltre, lo stesso è da dire nella ipotesi in cui il rovesciamento della pronuncia di assoluzione di primo grado sia sollecitata nella prospettiva degli interessi civili, a seguito di impugnazione della sola parte civile (in questo ordine di idee, Sez. 6, n. 37592 del 11/06/2013, Monna, Rv. 256332), essendo anche in questo caso in gioco la garanzia del giusto processo a favore dell'imputato coinvolto in un procedimento penale, dove i meccanismi e le regole sulla formazione della prova non subiscono distinzioni a seconda degli

interessi in gioco, pur se di natura esclusivamente civilistica; tanto che anche in un contesto di impugnazione ai soli effetti civili deve ritenersi attribuito al giudice il potere-dovere di integrazione probatoria di ufficio ex art. 603, comma 3, cod. proc. pen.

8.6. Può accadere che la rinnovazione in appello della prova dichiarativa si riveli impossibile, ad esempio per irreperibilità, infermità o decesso del soggetto da esaminare.

Ma anche in questi casi, salva l'applicabilità nel giudizio di appello dell'art. 467 cod. proc. pen. per l'assunzione urgente delle prove 'non rinviabili', non vi sono ragioni per ritenere consentito un ribaltamento del giudizio assolutorio *ex actis*.

Resta fermo il dovere del giudice di accertare sia la effettiva sussistenza della causa preclusiva della nuova audizione sia che la sottrazione all'esame non dipenda dalla volontà di favorire l'imputato o da condotte illecite poste in essere da terzi, essendo in tal caso il giudice legittimato a fondare il proprio convincimento sulle precedenti dichiarazioni.

Anche per quanto riguarda, in particolare, la figura del soggetto vulnerabile (come per i minori, soprattutto se vittime di reati) non sussistono valide ragioni per ritenere inapplicabile la preclusione di un ribaltamento *ex actis* del giudizio assolutorio. Peraltro, in questa speciale situazione è rimessa al giudice la valutazione circa l'inevitabile necessità di sottoporre il soggetto debole, sia pure con le opportune cautele, a un ulteriore stress al fine di saggiare la fondatezza dell'impugnazione proposta avverso la sentenza assolutoria.

9. La rinnovazione della istruzione dibattimentale è disposta dal giudice di appello, come di norma, con ordinanza, nel contraddittorio delle parti, ai sensi dell'art. 603, comma 5, cod. proc. pen. (v. per l'esigenza del rispetto del contraddittorio, a pena di nullità, ma con riferimento specifico all'acquisizione di documenti, tra le altre, Sez. U, n. 33748 del 12/07/2005, Mannino, Rv. 231676).

Nulla induce a ritenere che nella evenienza qui considerata valgano formalità o scadenze particolari, pur essendo da notare che è verosimilmente il contenuto stesso dell'atto di impugnazione del pubblico ministero (o della parte civile) a offrire al giudice di appello, sin dall'inizio del dibattimento, una chiara prospettiva circa la doverosità della rinnovazione della istruzione, nei limiti in cui la valutazione delle prove dichiarative sia considerata cruciale ai fini del giudizio sulla pertinenza e consistenza delle argomentazioni svolte da parte impugnante.

È chiaro che le deduzioni dell'appellante, a prima vista valutate infondate o non aderenti al contenuto delle prove dichiarative, possano ricevere un diverso apprezzamento in camera di consiglio; con la conseguenza che il collegio, in tal caso, non potrà pervenire a sentenza, dovendo riaprire l'udienza (come in ogni caso in cui il giudice ritenga indispensabile una integrazione probatoria: vedi, tra le altre, Sez. 3, n. 7886 del 10/01/2012, Marcoccio, Rv. 252749; Sez. 2, n. 35191 del 03/07/2008, Stagno, Rv. 240954; Sez. 4, n. 27370 del 23/02/2005, Maiorana, Rv. 231729), invitando le parti a interloquire circa la prospettiva di una rinnovazione dell'istruzione dibattimentale ex art. 603 cod. proc. pen. e pronunciando ordinanza solo all'esito di tale interlocuzione; il tutto, secondo il percorso virtuoso che il giudice del dibattimento dovrebbe sempre osservare in ogni caso di introduzione officiosa dei mezzi di prova.

10. Quanto al presupposto della 'decisività' delle prove dichiarative delle quali non sia stata disposta la rinnovazione, va subito chiarito che, ai fini della presente decisione, tale nozione non può ridursi a quella presa in considerazione dalla giurisprudenza di legittimità con riferimento al caso di ricorso di cui all'art. 606, comma 1, lett. d), cod. proc. pen., secondo cui per 'prova decisiva' deve intendersi quella che, ove esperita, avrebbe 'sicuramente' determinato una diversa pronuncia (fra le tante, Sez. 4, n. 6783 del 23/01/2014, Di

Meglio, Rv. 259323). Questa giurisprudenza si è infatti focalizzata sulla ipotesi, testualmente prevista dal citato caso di ricorso, in cui la mancata assunzione derivi da un rigetto, anche implicito, di una richiesta della parte, 'limitatamente ai casi previsti dall'art. 495, comma 2', che è espressione del diritto alla prova (a carico o discarico) in un contesto in cui il dibattimento di primo grado è alle battute iniziali.

Nello scenario qui preso in esame, invece, il giudice di appello deve prendere in considerazione non prove 'negate' ma prove 'da riassumere', il cui contenuto rappresentativo si era già completamente dispiegato in primo grado, e ha dunque già formato oggetto della decisione impugnata, che proprio su esso ha fondato l'esito assolutorio.

Ne discende che, ai fini della valutazione del giudice di appello investito di una impugnazione del pubblico ministero avverso una sentenza di assoluzione, devono ritenersi prove dichiarative 'decisive' quelle che, sulla base della sentenza di primo grado, hanno determinato o anche soltanto contribuito a determinare un esito liberatorio, e che, pur in presenza di altre fonti probatorie di diversa natura, se espunte dal complesso del materiale probatorio, si rivelano potenzialmente idonee a incidere sull'esito del giudizio di appello, nell'alternativa 'proscioglimento-condanna'.

Appaiono parimenti 'decisive' quelle prove dichiarative che, ritenute di scarso o nullo valore probatorio dal primo giudice, siano, nella prospettiva dell'appellante, rilevanti, da sole o insieme ad altri elementi di prova, ai fini dell'esito di condanna.

Non potrebbe invece ritenersi 'decisivo' un apporto dichiarativo il cui valore probatorio, che in sé considerato non possa formare oggetto di diversificate valutazioni tra primo e secondo grado, si combini con fonti di prova di diversa natura non adeguatamente valorizzate o erroneamente considerate o addirittura pretermesse dal primo giudice, ricevendo soltanto da queste, nella valu-

tazione del giudice di appello, un significato risolutivo ai fini dell'affermazione della responsabilità (per questo ordine di idee, v. Sez. 6, n. 47722 del 06/10/2015, Arcone, Rv. 265879; Sez. 2, n. 41736 del 22/09/2015, Di Trapani, Rv. 264682; Sez. 3, n. 45453 del 18/09/2014, P., Rv. 260867; Sez. 6, n. 18456 del 01/07/2014, dep. 2015, Marziali, Rv. 263944).

Neppure può ravvisarsi la necessità della rinnovazione della istruzione dibattimentale qualora della prova dichiarativa non si discuta il contenuto probatorio, ma la sua qualificazione giuridica, come nel caso di dichiarazioni ritenute dal primo giudice come necessitanti di riscontri ex art. 192, commi 3 e 4, cod. proc. pen., e inquadabili dall'appellante in una ipotesi di testimonianza pura (v. in tal senso Sez. 3, n. 44006, del 24/09/2015, B., Rv. 265124).

Per contro non rileva, ai fini della esclusione della doverosità della riassunzione della prova dichiarativa, che il contenuto di essa, come raccolto in primo grado, non presenti 'ambiguità' o non necessiti di 'chiarimenti' o 'integrazioni' (vedi invece, per tale limitazione, Sez. 3, n. 32798 del 05/06/2013, N.S., Rv. 256906), proprio in quanto una simile valutazione che compisse il giudice di appello fonderebbe non su un apprezzamento diretto della fonte dichiarativa ma sul resoconto documentale di quanto registrato in primo grado, con ciò venendosi a riprodurre il vizio di un apprezzamento meramente cartolare degli elementi di prova su cui il giudice di appello è chiamato dall'appellante a trarre il convincimento di un esito di condanna.

11. Ciò posto, l'evenienza del mancato rispetto da parte del giudice di appello del dovere di procedere alla rinnovazione delle fonti dichiarative in vista di una *reformatio in pejus* va inquadrata non nell'ambito di una violazione di legge ma in quello di un vizio di motivazione.

11.1. Certamente, anche il vizio di motivazione – compreso quello sulla valutazione della prova

(art. 192 cod. proc. pen.) – costituisce ontologicamente una ‘violazione di legge’ (ex art. 125, comma 3, in combinato disposto con l’art. 546, comma 1, lett. e, cod. proc. pen.); ma nell’ambito del giudizio di cassazione tale forma di invalidità della sentenza, che – a differenza di quanto prevedeva con riguardo ai ‘motivi di ricorso’ l’art. 524 cod. proc. pen. del 1930 – trova specifica collocazione nei ‘casi di ricorso’ di cui all’art. 606, comma 1, lett. e), cod. proc. pen., è distinta da quella normativamente ricondotta alla violazione della legge processuale, la quale è rilevante se è sanzionata con la nullità, inutilizzabilità, inammissibilità o decadenza (art. 606, comma 1, lett. c, cod. proc. pen.), e solo in quanto dedotta dalla parte impugnante a norma degli artt. 581, comma 1, lett. c), e 591, comma 1, lett. c), cod. proc. pen.; ovvero, a prescindere da una deduzione di parte, quando attenga a questioni rilevabili d’ufficio in ogni stato e grado del procedimento (art. 609, comma 2, cod. proc. pen.), come nel caso di nullità assolute o di inutilizzabilità che inficino radicalmente la regolarità processuale, e che soggiacciono al principio di tassatività.

Con riferimento al caso in esame, è di tutta evidenza come la mancata rinnovazione della istruzione dibattimentale non rilevi di per sé, ma solo in quanto la sentenza di appello abbia operato *ex actis* un ribaltamento della decisione assolutoria di primo grado sulla base di una diversa lettura delle prove dichiarative è quindi solo l’esito di condanna del giudizio di appello e, in primo luogo, la motivazione della relativa sentenza ad essere potenzialmente censurabile (cfr., per tutte, Sez. 2, n. 48630 del 15/09/2015, Pircher, Rv. 265323; Sez. 6, n. 1400 del 22/10/2014, dep. 2015, PR., Rv. 261799; Sez. 6, n. 1256 del 28/11/2013, dep. 2014, Cozzetto, Rv. 258236).

Per valutare se, in tale evenienza, la sentenza di appello sia viziata occorre dunque apprezzarne il contenuto, dal quale dovrà desumersi: a) se sia stata espressa nella motivazione della sentenza

una valutazione *contra reum* delle fonti dichiarative; b) se tale diversa valutazione sia in contrasto con quella resa dal giudice di primo grado; c) se essa sia stata decisiva, nel senso sopra precisato, ai fini dell’affermazione della responsabilità; d) se essa sia stata assunta senza procedere a una rinnovazione dell’esame delle fonti dichiarative.

11.2. Occorre, beninteso, che l’imputato nell’atto di ricorso – come avvenuto nel presente procedimento – attacchi il punto della sentenza contenente l’affermazione della responsabilità penale e si dolga di una errata valutazione delle risultanze probatorie mediante un ‘valido’ ricorso per cassazione; il quale non sia viziato, cioè, da connotati di globale inammissibilità; essendo per contro del tutto irrilevante che faccia specifico riferimento alla violazione della regola di cui all’art. 603, comma 3, cod. proc. pen. alla luce della giurisprudenza della Corte EDU, una volta che tale vizio, come detto, si riverbera sulla motivazione della sentenza.

12. Possono essere dunque enunciati i seguenti principi di diritto.

‘I principi contenuti nella Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, come viventi nella giurisprudenza consolidata della Corte EDU, pur non traducendosi in norme di diretta applicabilità nell’ordinamento nazionale, costituiscono criteri di interpretazione (convenzionalmente orientata) ai quali il giudice nazionale è tenuto a ispirarsi nell’applicazione delle norme interne’.

‘La previsione contenuta nell’art. 6, par. 3, lett. d), della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, relativa al diritto dell’imputato di esaminare o fare esaminare i testimoni a carico e ottenere la convocazione e l’esame dei testimoni a discarico, come definito dalla giurisprudenza consolidata della Corte EDU, la quale costituisce parametro interpretativo delle norme processuali interne, implica che, nel caso di appello del pubblico ministero

avverso una sentenza assolutoria, fondata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, il giudice di appello non può riformare la sentenza impugnata nel senso dell'affermazione della responsabilità penale dell'imputato, senza avere proceduto, anche d'ufficio, a norma dell'art. 603, comma 3, cod. proc. pen., a rinnovare l'istruzione dibattimentale attraverso l'esame dei soggetti che abbiano reso dichiarazioni sui fatti del processo ritenute decisive ai fini del giudizio assolutorio di primo grado'.

L'affermazione di responsabilità dell'imputato pronunciata dal giudice di appello su impugnazione del pubblico ministero, in riforma di una sentenza assolutoria fondata sulla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, delle quali non sia stata disposta la rinnovazione a norma dell'art. 603, comma 3, cod. proc. pen., integra di per sé un vizio di motivazione della sentenza di appello, ex art. 606, comma 1, lett. e), per mancato rispetto del canone di giudizio al di là di ogni ragionevole dubbio di cui all'art. 533, comma 1. In tal caso, al di fuori dei casi di inammissibilità del ricorso, qualora il ricorrente abbia impugnato la sentenza di appello censurando la mancanza, la contraddittorietà o la manifesta illogicità della motivazione con riguardo alla valutazione di prove dichiarative ritenute decisive, pur senza fare specifico riferimento al principio contenuto nell'art. 6, par. 3, lett. d), della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la Corte di cassazione deve annullare con rinvio la sentenza impugnata'.

'Gli stessi principi trovano applicazione nel caso di riforma della sentenza di proscioglimento di primo grado, ai fini delle statuizioni civili, sull'appello proposto dalla parte civile'.

13. Discende da quanto osservato la fondatezza del ricorso.

Il ricorrente ha, con rilievi non manifestamente infondati, censurato la decisione impugnata ritenendo non condivisibile la motivazione circa l'apprezzamento delle fonti dichiarative (in particolare, testimonianze della persona offesa e della moglie dell'imputato) espressa dalla Corte di appello per pervenire a una pronuncia di condanna; e cioè sulla base degli stessi elementi considerati dal primo giudice per pervenire a un esito di proscioglimento.

Riassumendo, nel caso di specie: a) è stata espressa nella motivazione della sentenza impugnata una valutazione *contra reum* delle fonti dichiarative; b) tale diversa valutazione è antitetica a quella resa dal giudice di primo grado; c) essa è stata decisiva ai fini dell'affermazione della responsabilità; d) essa è stata assunta senza procedere a una rinnovazione dell'esame delle fonti dichiarative.

Si impone pertanto l'annullamento della sentenza impugnata, con rinvio ad altra sezione della Corte di appello di Brescia, che procederà a nuovo giudizio, previa rinnovazione della istruzione dibattimentale con riferimento alle prove dichiarative ritenute rilevanti ai fini del decidere, in base ai principi sopra enunciati.

P.Q.M. Annulla la sentenza impugnata e rinvia ad altra sezione della Corte di appello di Brescia per nuovo giudizio.

(*Omissis*)

Appello della sentenza di assoluzione e divieto di *reformatio in peius*.

In attesa dell'entrata in vigore del nuovo comma 4-*bis* dell'art. 603 c.p.p. le Sezioni Unite delineano i principi di riferimento.

1. La questione.

Con la sentenza annotata la Suprema Corte ha annullato la decisione con la quale la Corte d'Appello di Brescia aveva, in riforma della sentenza di assoluzione pronunciata dal Tribunale di Mantova, condannato l'imputato.

Nel caso specifico, una estorsione, il Tribunale aveva fondato il proprio convincimento sulle spiegazioni fornite dall'imputato e sulle dichiarazioni rese da un testimone (la moglie dello stesso). Elementi questi che, ad avviso dei primi giudici, imponevano di ritenere non sufficientemente attendibile la testimonianza della persona offesa e, conseguentemente, evidenziavano come la colpevolezza dell'imputato non potesse considerarsi provata al di là di ogni ragionevole dubbio.

A diverse conclusioni era addivenuta la Corte territoriale chiamata a pronunciarsi a seguito dell'appello presentato dal procuratore generale.

I secondo giudici, infatti, condividendo l'impostazione dell'organo dell'accusa, procedevano ad una diversa lettura delle dichiarazioni rese e, considerate credibili le dichiarazioni della persona offesa e sostanzialmente incoerente la tesi difensiva proposta dall'imputato e dalla moglie/testimone nel corso dei rispettivi esami, riformavano la sentenza di assoluzione condannando l'imputato per il reato contestato.

Avverso la sentenza proponeva ricorso per cassazione l'imputato, personalmente.

Nell'atto, pur rilevando quale vizio di motivazione la carenza ed illogicità della motivazione con specifico riferimento alle conclusioni cui la Corte era pervenuta circa la valutazione delle testimonianze, non vi era alcuna specifica doglianza circa la violazione dell'art. 6, comma 3, lett. d) della Convenzione EDU, né l'imputato rilevava in altro modo il mancato ricorso all'istituto della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale.

La Seconda sezione, cui l'impugnazione era assegnato in base alla ripartizione tabellare per materia, riconosciuta di fatto come pacifica la violazione dei principi indicati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di *riforma in peius* in appello della sentenza di assoluzione, riteneva di rimettere alle Sezioni Unite la questione circa la possibilità o

meno di rilevare *ex officio* la violazione dell'art. 6 CEDU¹.

2. La decisione delle Sezioni Unite.

La Corte nella sua più autorevole composizione, all'esito di una attenta motivazione nel corso della quale approfondiva i diversi aspetti afferenti la questione proposta, pronunciava i principi di diritto in precedenza indicati.

i. Nella prima parte, come di consueto, la sentenza riferisce dei due diversi e contrapposti orientamenti delle sezioni semplici. Nel caso specifico. Secondo la prima impostazione la violazione dell'art. 6 CEDU deve ritenersi preclusa nel caso in cui l'imputato non abbia dedotto la specifica questione e, addirittura non abbia richiesto la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale. Tale "scelta" dell'imputato di non impugnare la sentenza d'appello per il mancato rispetto del parametro convenzionale, infatti, precluderebbe il successivo ricorso alla Corte EDU e non consentirebbe alla Corte di cassazione di rilevare d'ufficio la violazione di legge che avrebbe dovuto essere dedotta ai sensi dell'art. 606, comma 1, lett. c) c.p.p.². L'orientamento contrapposto, invece, facendo implicito o esplicito riferimento all'art. 609, comma 2 ed al valore da attribuirsi alle sentenze della Corte di Strasburgo, conclude per la rilevabilità anche *ex officio* della violazione³.

ii. La Corte, ritenendo di non aderire a nessuno dei due orientamenti, ha analizzato i vari profili della questione e, concludendo per la rilevabilità anche *ex officio* della violazione, ha enucleato un vero e proprio statuto cui il giudice dell'appello deve attenersi.

Problema del rapporto tra l'ordinamento interno e le norme convenzionali ed i parametri da queste enucleati dalla giurisprudenza della CEDU. Le Sezioni Unite hanno ribadito che la questione deve intendersi pacificamente ed una volta per tutte risolta a partire dalle sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007, c.d. gemelle. L'interprete è tenuto a verificare se la normativa interna sia o meno conforme alla convenzione e se le eventuali differenze siano superabili attraverso una interpretazione adeguatrice, *rectius* convenzionalmente orientata. Qualora il contrasto non sia in tal modo superabile la questione circa la legittimità o meno della norma interna deve essere sottoposta alla Corte costituzionale ai sensi dell'art. 117 cost.

Effetti della Giurisprudenza della Corte EDU. Il giudice nazionale è tenuto ad uniformarsi ed applicare i principi così come elaborati da orientamenti da ritenersi consolidati ovvero contenuti nelle c.d. sentenze "pilota", pronunciate per il nostro specifico ordinamento.

¹ La questione rimessa è così testualmente indicata nella sentenza: "Se sia rilevabile d'ufficio in sede di giudizio di cassazione la questione relativa alla violazione dell'art. 6 CEDU per avere il giudice d'appello riformato la sentenza assolutoria di primo grado affermando la responsabilità penale dell'imputato esclusivamente sulla base di una diversa valutazione di attendibilità delle dichiarazioni di testimoni senza procedere a nuova escussione degli stessi".

² Così, da ultimo, Cass. Sez. I, 9 giugno 2015, n. 26860.

³ Nel senso della rilevabilità d'ufficio, oltre a quelle citate in motivazione, *ex multis*, cfr. Cass. Sez. V, 7 maggio 2013 (dep. 26 giugno 2013), n. 28061 che, tra le prime e con particolare attenzione, ha indicato i principi oggi affrontati ed approfonditi dalle Sezioni Unite.

Riforma *in peius* della sentenza assolutoria di primo grado. La Corte ha confermato che il principio enucleato sin dalla decisione della Corte EDU del 5 novembre 2011, Dan c. Moldavia, è da ritenersi ormai pacificamente consolidato nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo⁴. Circostanza questa che lo rende vincolante anche per il nostro ordinamento, così come ormai, dopo qualche timida resistenza, riconosciuto dalla costante giurisprudenza di legittimità⁵.

iii. Poste così le premesse le Sezioni Unite hanno affrontato la questione sollevata dalla Sezione remittente e, individuata una diversa ipotesi, hanno riconosciuto la rilevabilità d'ufficio della violazione dell'art. 6 della Convenzione EDU.

Il ragionamento della Corte prende le mosse dal *“particolare dovere di motivazione che incombe sul giudice di appello che affermi la responsabilità dell'imputato già prosciolto in primo grado”*. Come più volte puntualizzato dalla giurisprudenza di legittimità citata nella sentenza in commento, infatti, *“per la riforma di una sentenza assolutoria, non basta, in mancanza di elementi sopravvenuti, una mera diversa valutazione del materiale probatorio già acquisito nel primo grado ed ivi ritenuto inidoneo a giustificare una pronuncia di colpevolezza, occorrendo una ‘forza persuasiva superiore’, tale da far venire meno ‘ogni ragionevole dubbio’”*^{6 7}.

Una corretta ricostruzione dei valori sottesi al processo penale, d'altro canto, implica di riconoscere che il modello si fonda su *“contraddittorio”, “oralità” ed “immediatezza”* nella formazione della prova. Modello che evidentemente, in assenza di una *“autorevolezza maggiore”* del giudice d'appello, non può essere sacrificato nella fase di secondo grado. In tale contesto, caratterizzato dal criterio di valutazione del *“al di là di ogni ragionevole dubbio”*, diretta espressione del principio di innocenza⁸, ogni diversa valutazione circa l'attendibilità ed il rilievo da attribuire alle prove dichiarative acquisite nel corso del dibattimento non può prescindere da una nuova audizione nel contraddittorio delle parti avanti al giudice dell'impugnazione. Contraddittorio cui evidentemente può procedersi solo facendo ricorso all'istituto, altrimenti eccezionale, della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello di cui all'art. 603 c.p.p. In tale caso questa, infatti, ai sensi del comma 3 della medesima norma *“si profila come assolutamente necessaria”*⁹.

⁴ Alla sentenza CEDU, sez. III, 5.7.11, Dan c. Moldavia, sono seguite le anche più incisive CEDU, sez. III, 5.3.13, Manolachi c. Romania; CEDU, sez. III, 9.4.13, Fleuras c. Romania e CEDU, sez. III, 4.6.13, Hanu c. Romania. La Corte europea ha ribadito che i limiti per la riforma in peius della sentenza operano anche nella fase di legittimità confermando la necessità di ascoltare nuovamente i testi (cfr. CEDU, Sez. III, 16.9.14, Mischie c. Romania). Tale decisione, peraltro, sembra aprire nuove prospettive anche nel sistema nazionale. In una corretta prospettiva, infatti, deve ritenersi che il giudice del rinvio investito dalla Cassazione a seguito dell'annullamento di una sentenza di assoluzione sia sempre tenuto a rinnovare l'istruttoria dibattimentale ed ascoltare nuovamente tutte le prove dichiarative.

⁵ Cfr. paragrafo 7.3 della sentenza in commento nel quale la giurisprudenza di legittimità sul punto più significativa è puntualmente citata ed il principio è così espressamente ribadito.

⁶ Così la sentenza in commento a p. 10.

⁷ *“la condanna presuppone la certezza della colpevolezza, mentre l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza ma la mera non certezza della colpevolezza”*, così testualmente Cass. Sez. VI, 3 novembre 2011, 40159.

⁸ Anche se sarebbe meglio parlare di principio di non colpevolezza.

⁹ Così testualmente la sentenza in commento a p. 13.

Sotto tale profilo, pertanto, il giudice d'appello è tenuto – qualora ritenga in astratto ed in fase di prima delibazione di poter addivenire ad una riforma della sentenza di assoluzione di primo grado – a procedere anche *ex officio* alla rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale esaminando direttamente le prove dichiarative la cui attendibilità è posta in qualche modo in dubbio.

Nel caso in cui il giudice d'appello non adempia a tale obbligo, ad avviso delle Sezioni Unite e diversamente da quanto in precedenza indicato dai difformi orientamenti sul punto, non si configurerebbe una violazione di legge quanto, piuttosto, un vizio di motivazione.

Secondo la Corte, infatti, il vizio in questione non ha un rilievo ontologico ed astratto ed assume un effettivo e concreto rilievo solo nel caso in cui, in assenza della rinnovazione, il giudice abbia riformato la sentenza assolutoria. Circostanza questa che, imponendo di fare riferimento al contenuto della motivazione, può rilevare esclusivamente quale vizio della stessa.

Perché il vizio possa essere rilevato, però, è necessario che il ricorso non sia connotato da una “*globale inammissibilità*”. La Corte, poi, può pronunciarsi anche *ex officio* solo se è stato dedotto nell'atto di impugnazione il punto relativo alla dichiarazione di responsabilità in riferimento alla errata valutazione delle prove. Considerato che l'omessa rinnovazione si riverbera sulla motivazione della sentenza, la specifica deduzione della violazione dell'art. 6 CEDU non è necessaria.

Risolto così il quesito posto nell'ordinanza di remissione, le Sezioni Unite hanno delineato un vero e proprio statuto cui il giudice di appello deve attenersi ed hanno indicato la linea di condotta cui lo stesso deve ispirarsi in alcuni casi specifici.

a. La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale deve essere disposta nel contraddittorio delle parti con ordinanza *ex art. 603, comma 5 c.p.p.* Tale provvedimento, in genere anche solo implicitamente sollecitato dal tenore dell'atto di impugnazione del pubblico ministero o della parte civile, dovrebbe essere normalmente assunto durante l'udienza. In concreto sembra prevedibile che la necessità di operare in tal senso risulti durante ovvero all'esito della relazione. La Corte, d'altro canto, qualora ciò non sia in precedenza avvenuto e l'esigenza dovesse sorgere durante la deliberazione in camera di consiglio, non potrà pronunciare la sentenza e sarà tenuta a riaprire l'udienza chiedendo alle parti di interloquire.

b. La rinnovazione può avere ad oggetto solo le prove dichiarative. Le Sezioni Unite, però, non pongono alcuna distinzione in merito alla qualità soggettiva ed alla posizione processuale del dichiarante. La sentenza evidenzia espressamente che dovrà procedersi alla rinnovazione sia per i testimoni “puri” che per quelli “assistiti”, sia per i coimputati in procedimento connesso che per coimputati nello stesso procedimento ed anche per l'imputato.

c. La rinnovazione deve essere disposta per le prove dichiarative “decisive”. Criterio questo che non coincide con quello di cui all'art. 495, comma 4 c.p.p., secondo il quale è tale solo quella che avrebbe sicuramente determinato una diversa pronuncia. In questa specifica situazione, infatti, il giudice deve prendere in considerazione prove già acquisite

dal giudice di primo grado e che dovranno essere nuovamente assunte, così che sono “*prove dichiarative decisive quelle che, sulla base della sentenza di primo grado, hanno determinato o anche solo contribuito a determinare un esito liberatorio, e che, pur in presenza di altre fonti probatorie di diversa natura, se espunte dal complesso del materiale probatorio, si rivelano potenzialmente idonee a incidere sull’esito del giudizio d’appello, nell’alternativa ‘proscioglimento-condanna’*”¹⁰.

d. La fase, o meglio il momento processuale o procedimentale in cui la prova dichiarativa è stata assunta è sostanzialmente irrilevante. Ad avviso della Corte il giudice d’appello deve procedere alla rinnovazione sia nel caso in cui la dichiarazione sia stata acquisita con le forme dell’incidente probatorio, sia se, a ben vedere, non sia mai stata di fatto processualmente assunta. Anche nel processo celebrato con le forme del giudizio abbreviato -rito nel quale in effetti non è stata assunta dal giudice di primo grado alcuna prova dichiarativa e questa è contenuta nei soli verbali redatti dalla polizia giudiziaria o dalle parti - infatti, il giudice d’appello è tenuto a disporre la rinnovazione dell’istruzione dibattimentale ed a ‘riassumere’ (sarebbe meglio dire assumere per la prima volta con le forme dell’esame in contraddittorio tra le parti) la prova dichiarativa.

e. La rinnovazione, infine, deve essere disposta anche nel caso in cui l’*overturning*¹¹ della sentenza di primo grado è richiesto dalla parte civile e per i soli interessi di questa.

3. I principi posti dalla Corte e le loro implicazioni.

La decisione in commento è il punto di arrivo di un percorso che la giurisprudenza della Corte europea ha tracciato nel corso degli anni e la Corte di cassazione ha, pur seguendo un andamento non lineare, via via seguito.

Le Sezioni Unite hanno oggi affrontato la questione in modo articolato e sostanzialmente completo e, in attesa che venga introdotto il comma 4-bis dell’art. 603 c.p.p., hanno delineato un vero e proprio protocollo di condotta cui il giudice deve fare riferimento.

Cerchiamo di andare con ordine.

Il disegno di legge “Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all’ordinamento penitenziario per l’effettività rieducativa della pena (n. 2067)” nel testo proposto dalla Seconda Commissione Permanente del Senato in data 3 agosto 2016 contiene la modifica dell’art. 603 c.p.p.

L’art. 22 prevede l’introduzione del comma 4-bis con il quale si stabilisce: “*Nel caso di appello del pubblico ministero contro una sentenza di proscioglimento per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa, il giudice dispone la rinnovazione dell’istruzione dibattimentale*”.

La norma redatta prima del 2015, e che pure le Sezioni Unite hanno citato nella mo-

¹⁰ Così a p. 17.

¹¹ Questo il termine inglese utilizzato anche dalla Corte Europea dei diritti dell’uomo.

tivazione, rappresenta la codificazione del principio stabilito dalla Corte europea nella giurisprudenza seguita alla sentenza Dan c. Moldavia.

La Corte, oggi, ha di fatto anticipato l'entrata in vigore della norma stabilendo, opportunamente, il corretto ambito di applicabilità di una disposizione che rischiava di rimanere piuttosto laconica.

La questione circa il potere riconosciuto al giudice d'appello di riformare *in peius* una sentenza di primo grado con la quale l'imputato è stato assolto ed i limiti del successivo controllo, infatti, aveva posto varie questioni interpretative che la Suprema Corte ha ora in buona parte risolto.

La natura della violazione. In merito a tale questione le Sezioni unite, come visto, hanno optato per la configurabilità del vizio di motivazione piuttosto che per la violazione di legge. Sotto tale profilo la soluzione appare sicuramente migliore. In effetti nel caso di specie quello che rileva è la carenza della motivazione. Il riferimento al canone del "al di là di ogni ragionevole dubbio" è sicuramente corretto. Un qualche pregio, d'altro canto, avrebbe potuto avere anche il riferimento alla specifica situazione di cui all'art. 606 lett. e) seconda parte c.p.p. Nel caso in analisi, infatti, sembra potersi ipotizzare che il vizio della motivazione *risulti ... da altri atti del processo*, cioè dalla prova dichiarativa stessa e dalla valutazione a questo attribuita dal giudice di primo grado. Contraddizione, infedeltà dagli atti del processo, che può essere superata esclusivamente attraverso una nuova acquisizione della prova che, sola, può legittimare una diversa ed antitetica conclusione¹².

La questione circa la rilevabilità d'ufficio o meno della violazione. La questione specificamente rimessa alla Corte è stata dalla stessa correttamente risolta in senso positivo. La soluzione raggiunta, così come delineato dalla migliore e più attenta giurisprudenza di legittimità, è l'unica effettivamente coerente con il sistema. Il contrario orientamento, che addirittura era costretto a fare riferimento ad una improbabile "consumazione" della possibilità di sollevare la questione avanti la Corte europea dei diritti dell'uomo, infatti, tenuto conto del tenore delle sentenze della giurisprudenza di Strasburgo e del rilievo a questa riconosciuto anche dalla Corte costituzionale alla stessa, si poneva fuori dal sistema e non era convincente.

Molto interessanti, inoltre, appaiono le considerazioni circa il rapporto tra l'atto di ricorso e la possibilità o meno di rilevare il vizio di motivazione.

¹² Come già evidenziato, poi, la motivazione della sentenza con la quale il giudice d'appello dovesse riformare *in peius* una sentenza pronunciata dal giudice di primo grado deve essere strutturata in modo tale da fugare ogni possibile dubbio e deve affrontare in modo articolato, attento ed approfondito ogni possibile questione: "ai fini della riforma in appello di una assoluzione deliberata in primo grado non può ritenersi sufficiente la possibilità di addivenire ad una ricostruzione dei fatti connotata da uguale plausibilità rispetto a quella operata dal primo giudice, occorrendo, invece, che la ricostruzione in ipotesi destinata a legittimare -in riforma della precedente assoluzione- la sentenza di condanna sia dotata di una 'forza persuasiva superiore, tale da far cadere ogni ragionevole dubbio, in qualche modo intrinseco alla situazione di contrasto ... Deve pertanto, ritenersi illegittima la sentenza d'appello che, in riforma di quella assolutoria, affermi la responsabilità dell'imputato unicamente sulla base di una interpretazione alternativa, ma maggiormente persuasiva, del medesimo compendio probatorio utilizzato nel primo grado di giudizio" (Cass. Sez. II, 8 marzo 2013, n. 10994; sotto alcuni profili anticipando le Sezioni Unite cfr. Cass. Sez. Fer. 11 settembre 2014, n. 53562).

All'ovvia considerazione secondo la quale la rilevabilità implica, e diversamente non potrebbe essere, che l'atto sia ammissibile, segue la specificazione circa la necessità che siano dedotti il punto relativo all'attribuzione di responsabilità in riferimento alla valutazione della prova. Tale indicazione appare tanto più utile se integrata dalla lettura del passaggio nel quale la stessa Corte, chiarendo come debba articolarsi la verifica del giudice, sintetizza una sorta di scaletta cui il difensore attento potrà fare riferimento nella redazione dell'atto di ricorso. Secondo la sentenza, infatti, il giudice, prima di disporre la rinnovazione dibattimentale deve controllare: *“a) se sia stata espressa nella motivazione della sentenza una valutazione contra reum delle fonti dichiarative, b) se tale diversa valutazione sia in contrasto con quella resa dal giudice di primo grado, c) se essa sia stata decisiva ai fini dell'affermazione della responsabilità, d) se essa sia stata assunta senza procedere a una rinnovazione dell'esame delle fonti dichiarative”* (così testualmente, pag. 18 sentenza in commento).

In prospettiva futura, peraltro, appare sin d'ora opportuno ricordare che il disegno di legge in precedenza citato contiene anche la modifica della norma relativa alla forma dell'impugnazione cui fare riferimento nella e per la redazione degli atti e, per quanto riguarda lo specifico caso, del ricorso per cassazione.

Il nuovo art. 581, comma 1, lett. b), infatti, prescrive di indicare nell'atto di impugnazione, a pena di inammissibilità, *“le prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione”*. Previsione questa che impone al difensore di prestare particolare attenzione nella redazione di ogni atto di impugnazione e, soprattutto, nel caso che ci occupa. In assenza di una specifica sanzione per l'omessa rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale (il nuovo comma 4-bis dell'art. 603 c.p.p. non la contiene) non può, purtroppo, escludersi un nuovo intervento della Suprema Corte sul punto. Le Sezioni semplici che avevano risolto in senso negativo la questione della rilevabilità d'ufficio, infatti, potrebbero prendere le mosse dalla nuova formulazione della norma per sollecitare una diversa conclusione. L'argomento, che pure appare suggestivo, non sembra però a prima lettura cogliere nel segno. In questo caso specifico il vizio non è costituito dalla mancata assunzione (riassunzione) della prova dichiarativa quanto, piuttosto, dalla carenza della motivazione della sentenza determinata, peraltro, dal comportamento omisivo dello stesso giudice dell'impugnazione.

Il rilievo da attribuire alla qualità del soggetto che ha reso le dichiarazioni. In effetti non era chiaro se era necessario procedere sempre e comunque alla nuova assunzione delle prove dichiarative. Nel caso in cui le dichiarazioni erano state rese da un soggetto “interessato”, infatti, poteva apparire superfluo riassumere una prova dalla natura in un certo senso ibrida, addirittura caratterizzata da una intrinseca inattendibilità. Sul punto la soluzione delle Sezioni Unite, che impongono al giudice di appello di procedere alla rinnovazione/riassunzione di tutte le prove dichiarative, a prescindere dalla qualità del soggetto che le ha rese, appare particolarmente coraggiosa. La Corte, d'altro canto, compie addirittura un passo ulteriore arrivando a “codificare” una sorta di inutilizzabilità *in peius* del rifiuto di sottoporsi all'esame da parte del coimputato. In analogia con quanto stabilito con il comma 1-bis dell'art. 526 c.p.p., infatti, la sentenza stabilisce che la scelta del coimputato che

decida, solo in appello, di avvalersi della facoltà di non rispondere non può comportare conseguenze pregiudizievoli nei confronti dell'imputato e, quindi, il giudice d'appello non potrà evidentemente riformare *in peius* la sentenza di assoluzione di primo grado.

Quando una prova dichiarativa e decisiva. La Corte, opportunamente, ha ritenuto di chiarire cosa debba intendersi per prova dichiarativa "decisiva". La valutazione circa la decisività o meno della prova, infatti, è la questione preliminare e costituisce la premessa logica che determina l'insorgere o meno dell'obbligo di disporre la rinnovazione. Il problema, comunque, è ormai superato dal tenore letterale del nuovo art. 603 c.p.p. che impone al giudice di riassumere le prove tutte le volte in cui il pubblico presenti un appello per "*motivi attinenti la valutazione della prova dichiarativa*", a prescindere se questa sia o meno decisiva.

La questione circa necessità di procedere alla rinnovazione, anche nel caso in cui il giudice d'appello intenda riformare una sentenza di condanna di primo grado. Una isolata pronuncia Corte di cassazione era giunta addirittura a ritenere che l'obbligo di rinnovazione operi anche nel caso in cui il secondo giudice sia chiamato a verificare l'attendibilità dei testimoni che hanno consentito di addivenire in primo grado ad una sentenza di condanna (così Cass., Sez. II, 24 aprile 2014, 32619). Questa soluzione, che pure potrebbe apparire in astratto espressione di una rigorosa applicazione dei principi del giusto processo nel sistema delle impugnazioni, invero, non è condivisibile. Come chiaramente indicato ora dalle Sezioni Unite, anche facendo riferimento al criterio decisorio di cui all'art 533 c.p.p., comma 1, il principio del contraddittorio e dell'immediatezza nell'acquisizione delle prove sono posti a garanzia dell'imputato e nessun giudice può addivenire ad una sentenza di condanna se tali principi non sono stati rispettati. In questi termini, pertanto, l'assoluzione del primo giudice che ha acquisito e valutato le prove nella pienezza del contraddittorio non può essere riformata all'esito di una fase nella quale tali principi non sono stati rispettati. Di contro deve ritenersi che un secondo e più favorevole giudizio possa essere sempre emesso dal giudice dell'impugnazione qualora dovesse ritenere che dagli atti emerga l'erroneità delle conclusioni cui è pervenuto il primo giudice dichiarando la responsabilità dell'imputato.

La sussistenza dell'obbligo di rinnovazione anche per le sentenze emesse a seguito di giudizio abbreviato. Le Sezioni unite hanno chiarito che il principio non tollera alcuna eccezione e la riassunzione della prova deve essere disposta anche se, a ben vedere, il giudice di primo grado non aveva proceduto alla diretta acquisizione della prova.. Anche questa soluzione, espressione di una visione democratica e liberale del processo, appare particolarmente coraggiosa. In questo modo, infatti, i principi del giusto processo (oralità, contraddittorio ed immediatezza) vengono comunque garantiti e recuperati nel giudizio d'appello. Il risultato, che pure potrebbe sembrare incoerente, invece, è perfettamente in linea con il sistema. La preclusione insita nella scelta dell'imputato di rinunciare all'oralità – che evidentemente si basava anche su di una valutazione di scarsa efficacia delle dichiarazioni a suo carico (ovvero della particolare efficacia di quelle a suo favore) – deve ritenersi superata dalla valutazione del giudice di primo grado. La pronuncia di assoluzione, quale che sia il rito all'esito del quale è stata emessa, introduce nel processo una valuta-

zione delle prove dichiarative, comunque rese, che può essere superata esclusivamente dal secondo giudice all'esito di una nuova e diretta acquisizione.

Rformatio in peius e prove documentali. Le Sezioni Unite non si sono espresse in merito. La più recente giurisprudenza è pacificamente orientata nel senso che non è necessaria la rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale qualora la *reformatio in peius* consegua ad una diversa valutazione di prove documentali e non dichiarative (in questi termini cfr. da ultimo Cass., Sez. II, 25 febbraio 2014, n. 13233). soluzione questa che appare del tutto coerente con il sistema, anche come delineato dalla Corte EDU.

Una sola questione, invero, rimane priva di analisi. Forse la più importante. Quella però che non può essere affrontata in modo implicito o incidentale e richiederebbe un approccio sistematico completamente diverso. La domanda generale che forse dovremmo cominciare a questo punto a porci è se la sentenza di condanna emessa per la prima volta dal giudice d'appello sia o meno coerente con i principi del giusto processo. L'impossibilità di avere un secondo giudizio di merito in relazione alla condanna pronunciata dalla corte di appello per la prima volta sembra compromettere il diritto ad un doppio grado effettivo riconosciuto dall'art. 2 Protocollo 7 Cedu. La questione sotto certi profili non è nuova, un dibattito serio sul punto sembra oggi però più che opportuno.

MARCO MARIA MONACO

Per un approfondimento si rinvia a BERARDI, *La rinnovazione della prova orale in appello, tra antiche questioni e nuovi orizzonti*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 4; BIRAL, *L'overall examination: nuove frontiere sul diritto a confrontarsi con i testimoni*, *ibid.* 2013, n. 1; CANZIO, *Il ricorso per cassazione*, in *Le impugnazioni*, Torino, 2005; ID., *L'"oltre ogni ragionevole dubbio" come regola probatoria e di giudizio nel processo penale*, in *Riv. it. Dir. Proc. Pen.*, 2004, 300; CIANFERONI, *Le Corti superiori e il divieto di reformatio in peius senza la rinnovazione delle prove orali*, *ibid.* 2013, n. 3; DANIELE, *Principi costituzionali italiani e ingerenze europee in tema di prova dichiarativa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2011, 3, 1008; GAITO, CHINNICI, *Regole europee e processo penale*, Padova, 2016; GAITO, *Verso una crisi evolutiva per il giudizio d'appello*, in *Arch. pen.*, 2012, n. 2; GIUNGHEDI, *La Cassazione e la tela di Penelope. I giudici "guardiani dell'equo processo*, in *Proc. pen. giust.*, 2015, 5, 43; ID., *Ulisse approda a Itaca. Le Sezioni unite impongono la rilevanza d'ufficio dell'omessa rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*, 2016, in archiviopenale.it; IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013; MARCHESI, *La reformatio in peius della sentenza di assoluzione tra vincoli europei e diritto ad un equo processo*, *ibid.*, 2013, n. 3; PALIERO, *Il "ragionevole dubbio" diventa criterio*, in *Guida dir.*, 2006, n. 10; RECCHIONE, *La rivalutazione in appello della testimonianza "cartolare": la posizione della Corte di Strasburgo e quella della Cassazione a confronto*, 17.6.2013, in www.penalecontemporaneo.it; REDAELLI, *La condanna in appello dell'imputato assolto, fra antinomie di sistema, principi europei ed interpretazioni costituzionalmente orientate*, in *Arch. pen.*, 2014, n. 3; SCACCIANOCE, *Una ventata di legalità probatorie nel giudizio di seconda istanza*, *ibid.*, 2013, n. 3; ID., *Riforma in peius della sentenza di assoluzione senza rinnovare la prova orale: una decisione che fa discutere*, *ibid.*, 2013, n. 3; VALENTINI, *La prova decisiva*, Padova, 2012.

Cass. pen., sez. un., 28 aprile 2016 (dep. 19 maggio 2016),
n.20769 – Pres. Canzio – est. Picciarelli

**Misure Cautelari – Personali – Braccialetto Elettronico –
Indisponibilità – Conseguenze**

Dalle
Corti

Il giudice, investito di una richiesta di applicazione della misura cautelare degli arresti domiciliari con il c. d. braccialetto elettronico o di sostituzione della custodia in carcere con la predetta misura, escluso ogni automatismo nei criteri di scelta delle misure, qualora abbia accertato l'indisponibilità del suddetto dispositivo elettronico, deve valutare, ai fini dell'applicazione o della sostituzione della misura coercitiva, la specifica idoneità, adeguatezza e proporzionalità di ciascuna di esse in relazione alle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto.

Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.

Indisponibilità del braccialetto elettronico: il Giudice non deve automaticamente applicare la misura della custodia cautelare in carcere

1. Fatto.

L.F., condannato in primo ed in secondo grado per il delitto di tentato omicidio e sottoposto alla misura della custodia cautelare in carcere, presentava, alla Corte di Appello di Potenza, istanza di sostituzione della stessa con quella meno gravosa degli arresti domiciliari “con braccialetto elettronico”.

La Corte non accoglieva tale istanza e l'ordinanza è stata oggetto di appello ex art. 310 c.p.p. da parte dell'imputato che lamentava, tra gli altri motivi di impugnazione, il fatto che la Corte Territoriale aveva rigettato la richiesta di sostituzione della misura anche a causa dell'indisponibilità del braccialetto stesso.

Il Tribunale del Riesame di Potenza respingeva i motivi di appello sostenendo che L.F. fosse una persona incline al mancato rispetto dei precetti dell'autorità e che la Corte di appello aveva “*correttamente valutato la possibilità di sostituire gli arresti domiciliari con il dispositivo del braccialetto elettronico, concludendo in senso negativo, attesa l'indisponibilità del suddetto congegno*”.

Il difensore di L.F. presentava ricorso per Cassazione lamentando anche la violazione e la falsa applicazione della legge processuale penale in riferimento agli artt. 275, 275-bis e 299 c.p.p., e vizio di motivazione, in relazione alla ritenuta inidoneità dell'applicazione di una diversa misura rispetto a quella intramuraria in quanto “*il Tribunale,*

pur condividendo la motivazione dell'ordinanza impugnata, nella parte in cui la Corte di appello aveva ritenuto eccessiva la misura inframuraria reputando congrua invece quella degli arresti domiciliari, con le procedure di controllo di cui all'art. 275-bis c.p.p., comma 1, ne aveva però escluso l'applicazione, attesa l'indisponibilità dello strumento elettronico, così di fatto condizionando illegittimamente la scarcerazione dell'imputato al verificarsi del presupposto della disponibilità del congegno, in violazione dei principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità".

Il ricorso veniva assegnato alla Prima Sezione penale la quale, con ordinanza del 28 gennaio 2016, disponeva la rimessione del ricorso alle Sezioni Unite in ragione di un evidente contrasto in tema di applicabilità della misura degli arresti domiciliari in caso di indisponibilità dello strumento di controllo elettronico.

2. Decisione.

La Corte, senza sposare integralmente nessuno dei due orientamenti giurisprudenziali, ha sostenuto che in caso di indisponibilità del "braccialetto elettronico", da un lato, il Giudice non può procedere, in modo automatico, al rigetto della domanda di sostituzione, ovvero alla applicazione della misura intramuraria, dall'altro, che, ai fini della scelta della misura da adottare, dovrà essere operato, caso per caso, una rigorosa comparazione dell'idoneità, adeguatezza e proporzionalità di ciascuna di esse in relazione alle esigenze cautelari da soddisfare nel caso concreto.

3. Commenti ed osservazioni.

La sentenza in commento è di estrema rilevanza in quanto, attraverso un'ampia motivazione nella quale viene anche ripercorsa la travagliata "storia" del mezzo di controllo elettronico e la sua ratio, ha risolto un annoso contrasto che si era creato tra due correnti giurisprudenziali (nessuna delle quali "prevalente") trovando una via "mediana" che ha consentito di escludere, una volta e per tutte, la legittimità di qualunque automatismo nella scelta della misura da applicare in concreto.

I due orientamenti partono da un punto di vista comune sulla "natura" del controllo elettronico che non costituisce né una nuova misura "a metà strada" tra quella intramuraria e quella degli arresti domiciliari, né una variante di quest'ultima, bensì una "*modalità esecutiva degli arresti domiciliari*", ma questo è l'unico punto di contatto tra tali orientamenti.

Secondo "*una prima linea interpretativa*", l'applicazione della misura degli arresti domiciliari con l'utilizzo del braccialetto elettronico deve essere sempre "*subordinata all'accertamento preventivo della disponibilità dei mezzi elettronici o tecnici da parte della polizia giudiziaria*" con la conseguenza, automatica, che in caso di indisponibilità di detta apparecchiatura, il giudice dovrà obbligatoriamente applicare la misura della custodia cautelare in carcere in quanto "*le stesse esigenze cautelari che imponevano l'adozione all'accertamento della misura degli arresti domiciliari con l'adozione degli strumenti di controllo si prestano ad essere adeguatamente tutelate solo con l'applicazione della misura della custodia in carcere*".

I fautori di tale interpretazione, che ha trovato una larga applicazione nel corso degli anni (anche nel caso rimesso al vaglio delle Sezioni Unite), hanno sostenuto che:

- *“tale misura non possa essere concessa per la concreta mancanza di tale strumento di controllo da parte della p.g. o dell’amministrazione penitenziaria, non sussiste alcun vulnus ai principi di cui agli art. 3 e 13 cost., né alcuna violazione dei diritti della difesa, perché l’impossibilità della concessione degli arresti domiciliari senza controllo elettronico a distanza dipende pur sempre dall’intensità delle esigenze cautelari e pertanto è ascrivibile alla persona dell’indagato”* (Cassazione penale, sez. II, 19/06/2015, n. 28115. Conforme: Cassazione penale, sez. II, 10/11/2015, n. 46328);
- l’imposizione del braccialetto elettronico rappresenta una cautela che il giudice, se lo ritiene necessario, può adottare non già ai fini dell’adeguatezza della misura più lieve, per rafforzare il divieto di non allontanarsi dalla propria abitazione, *“ma ai fini del giudizio, da compiersi nel procedimento di scelta delle misure, sulla capacità effettiva dell’indagato di autolimitare la propria libertà di movimento, assumendo l’impegno di installare il relativo braccialetto e di osservare le relative prescrizioni”* (Cassazione penale sez. I 10 settembre 2015 n. 39529).

Pertanto, in estrema sintesi, vi sarebbe un vero e proprio vincolo per il giudice di applicazione della misura inframuraria in caso di indisponibilità del braccialetto.

Secondo un altro orientamento, altrettanto rappresentativo, dovrebbe, invece, essere tutelato il *favor libertatis* in quanto il braccialetto rappresenta solo una “modalità di esecuzione” di una misura che deve essere già stata valutata come congrua indipendentemente della disponibilità dello strumento che non può e non deve *“condizionare l’effettività della misura prescelta, frutto della valutazione di merito effettuata dal giudice sulla pericolosità dell’indagato”*.

Secondo tale orientamento, infatti, *“ove le modalità (di esecuzione) assumano nel giudizio, valore rilevante, l’adeguatezza e l’efficienza dei supporti tecnici deve essere oggetto di un accertamento preventivo”*, non potendo la valutazione di merito effettuata dal giudice sulla pericolosità dell’indagato essere subordinata alla disponibilità di tale congegno [Cass. Sez. 2, n. 50400 del 23/09/2014, Di Francesco; Cass. Sez. 3, n. 2226 del 01/12/2015].

Le Sezioni Unite risolvono il contrasto partendo dalla *ratio* dell’istituto.

Infatti, dopo aver tratteggiato la “storia” di questa “modalità di esecuzione” formalmente introdotta con il D.L. 24 novembre 2000, n. 341, art. 16, comma 2, convertito, con modificazioni, dalla L. 19 gennaio 2000, n. 4, Le Sezioni Unite evidenziano che, da un lato, l’introduzione di tale strumento sia stato fortemente condizionato *“dalla preoccupazione di rendere effettivo il rispetto delle prescrizioni imposte con misure alternative alla custodia cautelare in carcere”*, ma, dall’altro, che la finalità ultima perseguita da tale “modalità di esecuzione” è quello di:

- *“invertire la funzione della custodia cautelare in carcere come anticipazione e sostituzione della pena, in contrasto con lo spirito, se non anche con la lettera, dell’art. 27 Cost., comma 2”*;
- *“creare le condizioni affinché le misure cautelari siano ispirate davvero al principio del “minimo sacrificio per la libertà personale”, facendo leva sul principio cardine di adeguatezza*

in base al quale la misura deve essere commisurata alla natura e al grado delle esigenze cautelari da soddisfare, che devono essere indicate nella motivazione del provvedimento”.

Da questa premessa, estremamente garantista e “costituzionalmente orientata”, ci si sarebbe potuti aspettare una soluzione del contrasto favorevole al secondo orientamento giurisprudenziale, ma la Corte, pur negando, esplicitamente, qualunque forma di automatismo, ha scelto una soluzione più cauta.

E ciò in quanto, le Sezioni Unite, in modo molto oculato hanno:

- richiamato la sentenza della Corte EDU dell’8 gennaio 2013 (Torreggiani c. Italia) con la quale il nostro Paese è stato condannato per violazione dell’art. 3 CEDU per aver “inflitto” trattamenti inumani e degradanti a causa del sovraffollamento carcerario, quasi a voler rimarcare quale sia il contraltare dell’“automatismo” propugnato dal primo orientamento;
- confermato che gli arresti domiciliari eseguiti attraverso il controllo elettronico, costituiscono “una misura “nuova”, quindi, ma una modalità nuova di applicazione di alcune delle misure preesistenti”;
- escluso ogni automatismo: il Giudice non potrà, automaticamente, scegliere per la custodia in carcere o quella degli arresti domiciliari soltanto in ragione della disponibilità del bracciale elettronico;
- pertanto sancito il delicatissimo ruolo del giudice che, in caso di indisponibilità del bracciale, dovrà scegliere “sia nel momento di prima applicazione della misura cautelare (ex art. 291 c.p.p.) sia nel caso di sostituzione della misura (ex art. 299) (...) se applicare la custodia cautelare in carcere o gli arresti domiciliari “semplici”, sulla scorta di un giudizio di bilanciamento che, dato atto della impossibilità di applicare la misura più idonea, ossia gli arresti domiciliari “elettronici”, metta a confronto l’intensità delle esigenze cautelari e la tutela della libertà personale dell’imputato”.

Di fronte a due orientamenti inconciliabili ed “estremi”, la difficile scelta delle Sezioni Unite è stata quella della cautela e delle garanzie costituzionalmente previste.

Il giudice non potrà decidere solo in base alla disponibilità dello strumento elettronico che, come hanno ricordato le Sezioni Unite, costituisce soltanto un mezzo di esecuzione di una misura, ma dovrà “motivare in positivo”:

-sulla non necessità dell’adozione di procedure di controllo mediante mezzi elettronici”, qualora ritenga sufficienti gli arresti domiciliari;

- sulla scelta, di segno opposto, di applicare la misura intramuraria, laddove non ritenga sufficientemente salvaguardate le esigenze cautelari attraverso i sistemi tradizionali di sorveglianza.

Una scelta, questa, che appare assolutamente rispettosa sia della libertà personale, che delle esigenze cautelari e che dovrebbe costituire un faro per tutte le decisioni che saranno adottate in ambito cautelare in quanto è proprio al giudice della cautela che le Sezioni Unite hanno imposto di operare, caso per caso, uno scrupoloso esame ed un attento bilanciamento degli interessi coinvolti prima di decidere quale misura applicare in concreto.

Cass., Sez. Un., 31 marzo 2016 (dep. 6 maggio 2016), n. 18954,
Pres. Canzio – rel. Vessichelli – Capasso

Misure cautelari reali – Riesame – Tempo del deposito della motivazione – Art. 324, comma 7, c.p.p. – Operatività dell'art. 309, comma 10, c.p.p. – Esclusione – Operatività dell'art. 128 c.p.p.

Il rinvio dell'art. 324, comma 7, ai commi 9 e 9 bis dell'art. 309 c.p.p. comporta, per un verso, l'applicazione integrale della disposizione del comma 9 in quanto compatibile con la struttura e la funzione del provvedimento applicativo della misura cautelare reale e del sequestro probatorio, nel senso che il tribunale del riesame annulla il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione degli elementi che ne costituiscono il necessario fondamento, nonché degli elementi forniti dalla difesa.

Il rinvio dell'art. 324, comma 7, al comma 10 dell'art. 309 c.p.p. deve intendersi invece riferito alla formulazione codicistica originaria di quest'ultima norma.

Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.

Termini per il deposito della motivazione della decisione del procedimento di riesame reale (art. 324, comma 7, c.p.p.): le riserve aumentano

1. Fatto.

Le Sezioni Unite sono state chiamate a definire il termine entro il quale il tribunale del riesame di una misura cautelare deve depositare le motivazioni. Il profilo controverso riguarda l'operatività del comma 7 dell'art. 324 c.p.p., riformato dalla l. n. 17 del 2015.

2. Osservazioni.

Il deposito della motivazione per quanto articolata, ma non difficilmente sintetizzabile o abbreviabile, non consente di superare le riserve sull'operatività del nuovo comma 10 dell'art. 309 c.p.p. nel giudizio di riesame dei provvedimenti di sequestro. Forse la considerazione che l'art. 324 c.p.p. opera sia per il sequestro probatorio, sia nei confronti della confisca allargata, sia per quello a carico degli enti, oltre che per quello di cui all'art. 321 c.p.p. (in tutte le sue estrinsecazioni) potrebbe aver costituito un (conscio o inconscio) substrato della decisione.

Qualche rilievo va premesso, anche per cogliere il senso di alcune ulteriori affermazioni.

La riforma di cui alla l. n. 47 del 2015 è sicuramente il frutto dei lavori della commissione Canzio ma anche dell'attività parlamentare.

Le misure cautelari reali non sono state oggetto dei lavori della commissione Canzio, che si è occupata della disciplina delle misure cautelari personali: questo dato spiega, ad esempio, il mancato richiamo nella procedura "reale" del comma 5-*bis* dell'art. 311 c.p.p. che invece fu approfonditamente discusso in sede di lavori di Commissione per superare Cass. sez. un. 8.5.1966, D'Avino che escludevano l'operatività del termine di 10 giorni dall'arrivo degli atti della Cassazione nel giudizio di rinvio davanti al tribunale del riesame.

Sia il divieto di reiterazione del provvedimento che ha perso efficacia, sia l'interpolazione dell'art. 342, comma 7, c.p.p. sono frutto di emendamenti introdotti dal Senato.

Sotto questo aspetto, assume un rilievo non secondario proprio la struttura della legge n. 47 del 2015 ed in particolare dell'art. 11 ove sono raggruppate tutte le modifiche introdotte nella disciplina del riesame, sia personale, sia reale.

Nell'art. 11 della legge, infatti, il comma 1 attiene alla riforma del comma 6 dell'art. 309 c.p.p., il comma 2 riguarda la modifica del comma 8 *bis*, il comma 3 si occupa del nuovo comma 9, il comma 4 concerne il comma 9 *bis*, il comma 5 modifica il comma 10, il comma 6 regola proprio il comma 7 dell'art. 324 c.p.p.

Si ricava la sensazione d'un intervento che non può non connotarsi con i tratti dell'omogeneità. Del resto, in quest'ultimo comma, manca ogni riferimento a possibili compatibilità ed il comma 5 del cit. art. 11 della l. n. 47 del 2015 che modifica l'art. 309, comma 10, c.p.p. precede proprio quello di cui alla modifica dell'art. 324, comma 7, c.p.p. Difficile non pensare che i riformatori non ne abbiano tenuto conto.

Del resto, sotto il profilo formale, per l'eventuale interpolazione del solo nuovo comma 9-*bis* dell'art. 310 c.p.p., sarebbe stato necessario iniziare con la virgola, dopo il comma 9, mentre nulla si rendeva necessari per il comma 10 già preceduto dalla lettera "e".

La motivazione insiste su quanto deciso con la sentenza Sez. un. Cavalli, dimenticando che nel caso della trasmissione degli atti, manca ogni possibile riferimento nel comma 3 dell'art. 324 c.p.p. al termine di cinque giorni di cui al comma 5 dell'art. 309 c.p.p. che difficilmente potrebbe essere integrato in via interpretativa, stante gli effetti che vi si volessero far derivare.

Non si capisce perché una scelta (voluta o frutto di dimenticanza/superficialità) della l. n. 332 del 1995 debba avere implicazioni – omogenee – di sistema su di una legge del 2015.

Per giustificare l'esclusione dell'operatività del comma 10 dell'art. 309 c.p.p., nel giudizio di riesame cautelare reale la sentenza è "costretta" a dare un qualche significato al richiamato comma 9 dello stesso art. 309 c.p.p. Invero, nel fare questa operazione – perché non ripercorrere la strada della Sez. Un. Cavalli anche in questo caso? – si deve riconoscere che molti degli elementi che richiedono l'autonoma valutazione – di cui all'art. 292 c.p.p. (espressamente richiamato nell'art. 309, comma 9, c.p.p.) – in effetti trovano un difficile adattamento nel caso dei provvedimenti cautelari reali, probatori, di sequestro allargato e preventivo. Si ha la sensazione di uno zuccherino spruzzato a velo, su di un tema, quello dei presupposti dei sequestri, che richiederebbe ben altro.

La questione maggiormente dibattuta durante i lavori della Commissione Canzio è stata quella relativa ai tempi del deposito della motivazione essendo stato evidenziato da più parti che – a dispetto di quanto previsto dall’art. 128 c.p.p., operante in materia e nonostante le pronunce, come si dirà, delle Sezioni Unite – le motivazioni erano depositate anche a distanza di mesi, con pregiudizio sui tempi dell’eventuale successivo ricorso in Cassazione e di una eventuale richiesta di revoca o di sostituzione.

La soluzione di compromesso è confluita nel riformato comma 10 dell’art. 309 c.p.p. con riconoscimento, per rendere effettivo il nuovo termine ordinario di 30 giorni e quello prolungabile di 45, della perdita di efficacia della misura. Come anticipato, il divieto di reiterazione è stato inserito a seguito di un emendamento nel corso dei lavori del Senato.

Il riferimento al tempo del deposito della motivazione dell’ordinanza, dapprima del tutto assente nella disciplina dei gravami *de libertate*, figura non solo nell’art. 309, comma 10, c.p.p., ma anche nel comma 9 *bis* dello stesso articolo e per effetto – indiscutibile – del richiamo di cui al comma 7 dell’art. 324 c.p.p. anche in materia cautelare reale.

Dovendo concludere per l’inoperatività dell’art. 309, comma 10, c.p.p. (nella nuova formulazione) nella procedura di riesame reale, le Sezioni Unite qui considerate devono affermare che il riferimento al tempo del deposito della motivazione- ordinario e prorogato per effetto del differimento dell’udienza richiesta dall’imputato – è quello di cui all’art. 128 c.p.p., cioè, cinque giorni.

Qui le alternative sono due: o si recupera il contenuto della sentenza Manno delle Sezioni Unite [“l’eventuale inosservanza dell’ultimo termine (quello dell’art. 128 c.p.p.), quantunque sprovvisto di sanzioni processuali, espone i magistrati a responsabilità civile e disciplinare, oltre che, all’occorrenza, penale”], con la conseguenza che la violazione della previsione costituisce illecito disciplinare e può dar luogo a responsabilità civile o penale oppure nella procedura cautelare reale, attraverso una nuova “lettura” delle Sezioni Unite dell’art. 128 c.p.p., e per l’inerzia di chi deve vigilare o attivarsi a tutela dei soggetti vittime di provvedimenti ablativi, avremo un deposito della motivazione, come avvenuto per il riesame delle misure personali, senza limiti di tempo, perché non sanzionati. Facile fare previsioni, al riguardo.

Il procedimento di riesame delle misure reali, così, vedrà un termine incerto per la trasmissione degli atti (Sez. Un. Cavalli), un termine di dieci giorni dall’arrivo, mobile, di tutti gli atti, con perdita di efficacia della misura solo in caso di mancato deposito del dispositivo, ed un tempo mobile, nuovamente indefinito, per il deposito della motivazione.

3. Conclusioni.

Non era probabilmente il caso di coltivare soverchie illusioni sugli orientamenti del Supremo Collegio. Tuttavia, i segnalati pregiudizi sono così significativi che è sperabile che qualcuno voglia farsene carico.

Per comprendere l’assurdità dei sofisticati percorsi ricostruttivi del Supremo Collegio

riunito ci basterà rilevare che, volendo adeguare il riesame reale a quello personale, relativamente al tempo del deposito della motivazione, il legislatore dovrebbe prevedere un emendamento così formulato: “al comma 7 dell’art. 324 c.p.p. dopo “commi 9, 9-*bis* e”, è inserito “10” (al posto di “10”)”!

Un giudice europeo riuscirebbe a capire tutto questo?

GIORGIO SPANGHER

Responsabilità da reato degli enti collettivi – Confisca

Il profitto del reato oggetto della confisca di cui al Decreto Legislativo n. 231 del 2001, articolo 19, si identifica con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale del reato presupposto, ma, nel caso in cui questo venga consumato nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, non può essere considerato tale anche l'utilità eventualmente conseguita dal danneggiato in ragione dell'esecuzione da parte dell'ente delle prestazioni che il contratto gli impone.

Dalle
Corti

(*Omissis*)

RITENUTO IN FATTO. 1. Con ordinanza emessa il 17 luglio 2015, il Tribunale di Ancona, in funzione di giudice di appello avverso provvedimenti cautelari reali, ha confermato il provvedimento di rigetto della richiesta di revoca di un decreto di sequestro preventivo funzionale alla confisca del profitto del reato, presentata nell'interesse di (...), quale legale rappresentante delle società (...) s.r.l., e (...) s.r.l., destinatarie della misura di vincolo.

Per quanto di interesse in questa sede, il Tribunale ha ritenuto legittimo il sequestro dell'intero valore ricavato dall'applicazione della c.d. tariffa incentivante per l'energia prodotta, osservando che la condotta illecita era “mirata a conseguire nell'ambito di prestazioni corrispettive un corrispettivo più elevato di quello dovuto usufruendo cioè della tariffa incentivante e ciò grazie ad un'illecita accelerazione dell'iter amministrativo per il rispetto dei limiti temporali (...)”, e che il costo dell'investimento necessario per l'attivazione degli

impianti “non ha rilievo, atteso che lo scopo delle tariffe incentivanti è proprio quello di costituire un incentivo alla loro realizzazione agevolando così l'imprenditore”.

2. Ha presentato ricorso per cassazione avverso la precisata ordinanza, l'avvocato (...), difensore di fiducia del (...), quale legale rappresentante delle società (...) s.r.l. e (...) s.r.l., sviluppando un unico motivo, nel quale si lamenta violazione del Decreto Legislativo n. 231 del 2001, articoli 19 e 53 e articolo 240 c.p., in relazione all'articolo 322-ter c.p., a norma dell'articolo 606 c.p.p., comma 1, lettera b), avendo riguardo all'individuazione del profitto confiscabile per equivalente nei confronti delle persone giuridiche.

Si premette che l'istanza di revoca era finalizzata ad ottenere la riduzione del vincolo reale ad un importo corrispondente al guadagno conseguito al netto dei costi e che le somme percepite dalle due società hanno come presupposto un accordo pienamente lecito tra le stesse ed il Gestore dei

Servizi Energetici, e sono state erogate sulla base dell'esecuzione delle prestazioni così pattuite. Si deduce, quindi, che le condotte di corruzione contestate non attengono alla stipulazione del contratto e che, comunque, anche a ritenere la conclusione di quest'ultimo il risultato del delitto di corruzione, i costi per l'esercizio dell'attività e per l'adempimento della prestazione non possono non essere detratti dai proventi, in linea con un diffuso orientamento giurisprudenziale: del resto, il Gestore dei Servizi Energetici ha ricevuto la prestazione pattuita, e per eseguire quest'ultima è stato necessario sostenere costi di produzione; per la determinazione di tali costi, poi, occorre prendere in considerazione il bilancio societario, in quanto "unico dato contabile certo".

CONSIDERATO IN DIRITTO. 1. Il ricorso è fondato, per le ragioni di seguito precisate.

2. È bene premettere che il Collegio aderisce all'orientamento secondo il quale, in tema di responsabilità da reato degli enti collettivi, il profitto del reato oggetto della confisca di cui al Decreto Legislativo n. 231 del 2001, articolo 19 si identifica con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto, ma, nel caso in cui questo venga consumato nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, non può essere considerato tale anche l'utilità eventualmente conseguita dal danneggiato in ragione dell'esecuzione da parte dell'ente delle prestazioni che il contratto gli impone (così Sez. U, n. 26654 del 27/03/2008, Fisia Italmimpianti S.p.a., Rv. 239924, nonché, nella giurisprudenza delle Sezioni semplici, tra le tante, Sez. 6, n. 33226 del 14/07/2015, Azienda Agraria Geenfarm di Guido Leopardi, pronunciata nell'ambito dello stesso procedimento, e Sez. 2, n. 20506 del 16/04/2009, Società Impregilo Spa, Rv. 243198; nello stesso ordine di idee, in tema di responsabilità di persone fisiche, v., per tutti, Sez. U, n. 31617 del 26/06/2015, Lucci, Rv. 264436).

3. L'ordinanza impugnata si è palesemente al-

lontanata dal principio sopra richiamato, laddove ha affermato che lo stesso non è applicabile nel caso di specie, siccome la condotta illecita era "mirata a conseguire nell'ambito di prestazioni corrispettive un corrispettivo più elevato di quello dovuto usufruendo cioè della tariffa incentivante e ciò grazie ad un'illecita accelerazione dell'iter amministrativo per il rispetto dei limiti temporali (...)".

Già questo rilievo sarebbe sufficiente per disporre l'annullamento del provvedimento.

Ma vi è di più. La decisione oggetto di censura non indica in alcun modo la condotta illecita ipotizzata e posta alla base della responsabilità da reato delle società (...) s.r.l. e (...) s.r.l.. Ne consegue che manca del tutto il termine di riferimento necessario per valutare se sussista un apparato argomentativo idoneo ad evidenziare i criteri seguiti per l'individuazione del profitto del reato, la cui determinazione è il presupposto per la confisca e, quindi, per il sequestro nei confronti dell'ente. L'ordinanza impugnata, in altri termini, è affetta da violazione di legge anche perchè, dall'esame della stessa, emergono quei vizi della motivazione così radicali da rendere l'apparato argomentativo posto a sostegno del provvedimento o del tutto mancante o privo dei requisiti minimi di coerenza, completezza e ragionevolezza, e quindi idoneo a rendere comprensibile l'itinerario logico seguito dal giudice (in questi termini, per citare la sola giurisprudenza delle Sezioni unite, cfr. Sez. U, n. 25932 del 29/05/2008, Ivanov, Rv. 239692, nonché, da ultimo, Sez. U, n. 15453 del 29/01/2016, Giudici). 4. All'accoglimento dei motivi di ricorso segue l'annullamento dell'ordinanza impugnata con rinvio per nuovo esame al medesimo Tribunale di Ancona in diversa composizione.

P.Q.M. Annulla l'ordinanza impugnata e rinvia per nuovo esame al Tribunale di Ancona.

(*Omissis*)

Persiste l'incerto criterio della detraibilità dal profitto confiscabile dell'utilità conseguita dal danneggiato.

1. La decisione e il suo autorevole precedente.

Con la sentenza annotata la Suprema Corte ha annullato l'ordinanza cautelare con cui il Tribunale di Ancona, in funzione di giudice d'appello *ex art.* 322 bis c.p.p., aveva confermato il provvedimento di rigetto della richiesta di revoca di un decreto di sequestro preventivo funzionale alla confisca del profitto del reato emesso ai sensi degli artt. 53 e 19 d.lgs. n. 231/2001.

Il Tribunale marchigiano, infatti, aveva ritenuto confiscabile e, dunque, sequestrabile in via cautelare l'intero ammontare delle somme percepite dalle due società ricorrenti in virtù dell'applicazione di una tariffa per la produzione d'energia che, secondo l'ipotesi accusatoria, risultava 'maggiorata' per l'incidenza della condotta corruttiva imputabile a tali società sul rapporto contrattuale con l'ente Gestore dei Servizi Energetici, da individuarsi quale soggetto passivo del reato di corruzione oggetto del procedimento.

Il Giudice di legittimità, invece, oltre a rilevare un vizio motivazionale radicale – come tale di per sé identificabile con quella “violazione di legge” che sola consente il ricorso per cassazione avverso ai provvedimenti cautelari reali¹ – consistente nella mancata individuazione della condotta che integrerebbe l'illecito (para)penale ascrivibile alle due persone giuridiche, ha confutato anche l'ampia accezione di profitto confiscabile fatta propria dal Tribunale. Ad avviso della Corte, infatti, qualora si tratti non di “reato-contratto”, ove l'illecito è consustanziale all'accordo tra le parti, bensì di “reato in contratto”, ovvero, come nel caso di specie, di reato che si collochi nella fase genetica o in quella esecutiva di un contratto – a prestazioni corrispettive – di per sé lecito, l'oggetto dell'ablazione non può estendersi al complesso dei vantaggi economici ricavati dall'autore del reato grazie a quel rapporto contrattuale, ma deve limitarsi ai soli benefici patrimoniali che possono dirsi diretta derivazione causale dal reato, con esclusione pertanto di ogni “utilità eventualmente conseguita dal danneggiato in ragione dell'esecuzione da parte dell'ente delle prestazioni che il contratto gli impone”.

Con ciò il Supremo Collegio ha riaffermato con nettezza il fondamentale principio di diritto statuito dalla 'storica' Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, la quale, pur accogliendo il rigoroso “principio del lordo”, per cui la sanzione ablatoria deve colpire l'intera

¹ Sulla equiparazione, ai fini della rilevanza del vizio *ex art.* 325 c.p.p., tra motivazione assente – inequivocabilmente costituente violazione di legge – e motivazione apparente (tale cioè da rendere l'apparato argomentativo posto a sostegno del provvedimento privo dei requisiti minimi di coerenza, completezza e ragionevolezza e quindi inidoneo a rendere comprensibile l'itinerario logico seguito dal giudice), per tutte, Cass., Sez. Un., 29 maggio 2008, n. 25932; Cass., Sez. Un., 29 gennaio 2016, n. 15453; recentemente, tra le pronunce a sezioni semplici, Cass., Sez. II, 23 giugno 2016 (dep.), n. 26304.

utilità derivante dal fatto criminoso, comprensiva dei costi sostenuti dal reo allo scopo di ottenerla, aveva inteso temperare siffatta *regula iuris* fornendo una pregnante applicazione della c.d. “concezione causale del profitto”. Per la Cassazione riunita, come per la giurisprudenza maggioritaria successiva ad essa, almeno in tema di responsabilità corporativa *ex crimine* l’oggetto della sanzione confiscatoria – come noto, privo di qualsivoglia definizione legislativa – si identifica con il beneficio aggiunto di tipo patrimoniale di *diretta* derivazione causale dall’attività del reo, rintracciandosi le note salienti del profitto confiscabile, da un lato, nella sua patrimonialità effettività e concretezza, restandone esclusi vantaggi immateriali o solo potenziali², e, dall’altro, nella sua stretta pertinenzialità rispetto al fatto criminoso³, ponendosi il profitto quale evento esterno alla fattispecie di reato, legato a questa da un nesso eziologico qualificato: il fatto-reato⁴ deve porsi quale *immediato* antecedente causale del ricavo; diversamente, infatti, lo spettro della sanzione ablativa si allargherebbe in maniera indeterminata e indeterminabile, con plateale violazione degli irrinunciabili canoni di determinatezza e proporzionalità delle misure sanzionatorie (*stricto* o *lato sensu* penali che siano). Movendo da tale basilare premessa, la Corte opera una fondamentale distinzione tra attività intrinsecamente criminali e attività di per sé lecite in cui “occasionalmente” si inserisce la trasgressione penalmente rilevante: mentre rispetto alle prime il principio del lordo non può che essere applicato nella sua integralità, trattandosi di profitti indiscutibilmente criminosi, cioè a dire di immediata e certa derivazione causale da fatti di reato; rispetto alle seconde il reato può porsi come mero ‘vizio’ di accordi contrattuali *per se* leciti, validi ed efficaci (seppur del caso annullabili)⁵. In quest’ultimo ordine d’ipotesi, quanto viene lucrato dal soggetto attivo del reato quale controprestazione del proprio adempimento contrattuale – in sé lecito, anzi doveroso – deve essere necessariamente incorporato dal profitto suscettivo di confisca, poiché, osserva la Cassazione, quelle utilità non sono direttamente ritratte dal fatto criminoso ma trovano la loro “causa diretta” nel contratto, che appunto in siffatte ipotesi non è sovrapponibile all’illecito penale.

2. Criticità del principio di diritto seguito dalla Corte.

La tesi propugnata dalle Sezioni Unite del 2008 e ribadita dall’odierna pronuncia si presenta quale fine elaborato ermeneutico ed è certamente apprezzabile come tentativo

² Chiara riaffermazione in Cass., Sez. V, 28 novembre 2013, n. 10625. In dottrina si veda, tra i molti, G. P. ACCINNI, *Note minime in tema di profitto da falso in bilancio*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2016, n. 3.

³ Dovendo considerarsi l’ablazione “per equivalente” solo forma sussidiaria della confisca di proprietà (o diretta che dir si voglia). V., per tutti, L. FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell’ente responsabile di corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, 85 ss.

⁴ Od anche soltanto la condotta tipica che lo anima: v. R. BARTOLI, *Luci ed ombre della sentenza delle Sezioni unite sul caso Thyssenkrupp*, in *Giur. it.*, 2014, 2570 ss.; nonché, volendo, D. BIANCHI, *La responsabilità dell’ente: soluzioni ragionevoli di questioni complesse*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 718 s.

⁵ Si pensi ad una condotta fraudolenta o corruttiva che consenta l’aggiudicazione di un appalto, poi correttamente eseguito, oppure, al contrario, vicino il rapporto contrattuale, originariamente ‘intonso’, in modo tale da arrecare vantaggi ulteriori ed indebiti alla parte appaltatrice.

di adeguamento della confisca ai principi cardinali di proporzione e tassatività-determinatezza, soprattutto ove si consideri che lo stesso “codificatore” della responsabilità da reato degli enti, seguendo una linea di politica criminale che sta imperando sia a livello interno che sovranazionale, ha voluto affiancare la confisca alle sanzioni *stricto sensu* punitive (quali quella pecuniaria e quelle interdittive), imprimendogli il crisma dell'obbligatorietà e potenziandola con la forma “per equivalente”⁶. Tuttavia, a ben vedere, siffatta “concezione causale del profitto” dà adito ad incertezze applicative tali da compromettere quelle stesse esigenze di determinatezza e ragionevolezza-uguaglianza che l'avevano ispirata e, se accolta nella sua assolutezza, risulta addirittura venata da profili di vera e propria irrazionalità, aprendo a conclusioni invero paradossali.

Di fatti, per un verso, specie nei casi (come parrebbe quello oggetto della sentenza in commento) in cui il reato non abbia determinato la stessa stipula del contratto ma abbia consentito al reo di ottenere condizioni contrattuali più vantaggiose, riesce veramente arduo differenziare la quota di profitto direttamente ed effettivamente connessa alla condotta antigiuridica da quella non inficiata da quest'ultima e quindi lecita e non confiscabile: qual è il termine di riferimento per calcolare il *surplus* “illecito” incorporato dalla controprestazione (di base lecita) concretamente ottenuta dall'agente? Il valore medio di mercato della prestazione da questi eseguita? Il valore “nudo” della prestazione, ossia decurtato del margine di guadagno per l'ente? L'incertezza sul punto è grave e non si rinvergono appigli normativi per risolvere l'*impasse*⁷.

Inoltre, se si applicasse rigorosamente la dottrina della ‘detraibilità dell'utile conseguito dal danneggiato’, nei casi in cui il reato si colloca esclusivamente nella fase genetica dell'accordo determinandone la conclusione ma non il contenuto e, quindi, l'*an* della controprestazione ma non il *quantum* di essa⁸, a fronte di una esecuzione corretta, ineccepibile della propria prestazione contrattuale da parte del reo, si avrebbe il paradosso che il profitto confiscabile risulterebbe pari a zero: qui il pagamento incassato dal responsabile del fatto criminoso rappresenta l'esatta controprestazione di quanto egli ha legittimamente e proficuamente compiuto in esecuzione del contratto (in sé lecito), con la conseguenza che il reo dovrebbe ritenersi totalmente indenne dalla misura ablativa⁹.

Quest'esito, invero, non è solo palpabilmente irragionevole e disfunzionale da un punto di vista politico-criminale, ma sembrerebbe accusare anche un vizio di carattere squisitamente logico-giuridico. Infatti, nei casi di reato ‘genetico’ del contratto, il corrispettivo incamerato dall'ente costituisce sì la controprestazione di un'attività di per sé lecita ma si

⁶ Sui recenti tentacolari sviluppi della politica criminale in tema di confisca, si rimanda a V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1259 ss.

⁷ Cfr., tra gli altri, V. MONGILLO, *I mobili confini del profitto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, 2012, 60; R. LOTTINI, *Il calcolo del profitto del reato ex art. 19 D.lgs. n. 231/2001*, in *Le società*, 2009, 366 s.

⁸ Si pensi ad una corruzione per la funzione che consenta ad una società l'aggiudicazione di un appalto pubblico, per cui quella società (al pari degli altri concorrenti) aveva tutti i requisiti e che poi viene eseguito a regola d'arte e senza costi aggiuntivi.

⁹ Cfr. ancora R. LOTTINI, *op. cit.*, 366; V. MONGILLO, *op. cit.*, 60 ss.; Id., voce *Profitto del reato*, cit., par. 2.

pone in stretta connessione con il fatto criminoso, che è indiscutibilmente fattore, *condicio sine qua non* di quella dazione. Né pare possibile affermare che si tratti di collegamento solo indiretto, perché in questi casi – si pensi ad una truffa ai danni dello Stato funzionale all’aggiudicazione di un appalto – l’atto di disposizione patrimoniale da parte della vittima può rappresentare addirittura l’evento della condotta penalmente tipica, la quale comunque, a prescindere dalla struttura legale della fattispecie incriminatrice di volta in volta integrata, sin dall’inizio risulta preordinata, funzionalmente diretta all’ottenimento proprio di quel profitto. Si noti peraltro che nelle ipotesi *de quibus* il profitto ‘penalmente’ rilevante non è certo costituito dalla mera stipula negoziale, bensì dall’effettivo incasso della controprestazione, solo allora si realizza l’oggettivo, concreto incremento patrimoniale a beneficio dell’ente ed è questo che costituisce la *prima* utilità economica effettivamente lucrata in virtù del reato.

Proprio queste forti criticità hanno condotto buona parte della giurisprudenza, seppur spesso formalmente ossequiosa al *dictum* del Supremo Consesso, a discostarsene profondamente nella sostanza. Più precisamente, un filone ha inclinato verso un (re)impiego ‘integrale’ del criterio del profitto lordo, senza deroghe di sorta, oscurando di fatto la differenza tra attività intrinsecamente illecite e illeciti singolarmente incidenti su attività sostanzialmente lecite ed innescando, in tal modo, una irrisolvibile tensione con i principi di proporzionalità e ragionevolezza-uguaglianza¹⁰. Altro filone, invece, ha ‘ricconvertito’ il criterio dell’utile conseguito dal danneggiato in quello del “costo utile” sostenuto dal reo per realizzare la prestazione a vantaggio della controparte contrattuale, con ciò consentendo l’ablazione del “guadagno” incamerato dal soggetto attivo in forza del contratto viziato dall’illecito penale, con esclusione dei soli costi non soltanto leciti ma anche effettivamente ridondanti in un beneficio concreto per il contraente incolpevole¹¹.

Quest’ultimo indirizzo ha l’indiscutibile pregio di conservare la distinzione tra vicende criminose completamente avulse dal giuridicamente lecito e condotte criminose che invece si intrecciano ad atti e rapporti leciti¹². Il riferimento, però, ai “costi utili” rischia di aprire il varco a quei problemi di “verificabilità empirica” della fattispecie sanzionatoria che si era cercato di scongiurare ‘trascendendo’ la teorica forgiata dalle Sezioni Unite, poiché, dovendo sindacare l’utilità delle spese affrontate per eseguire la prestazione, si ripropone l’esigenza di individuare un idoneo termine di comparazione in assenza di coordinate legislative. Peraltro, simile focalizzazione sull’utilità dei costi sostenuti fomenta una certa

¹⁰ V., *inter alia*, Cass., Sez. II, 21 febbraio 2012, n. 20976; Cass., Sez. IV, 18 novembre 2014, n. 51806, la quale ultima, peraltro, sembra disinteressarsi anche del nesso di derivazione diretta del profitto dal fatto di reato.

¹¹ Da ultimo, Cass., Sez. VI, 2 marzo 2016 (dep.), n. 8616; v. anche Cass., Sez. II, 20 dicembre 2011, n. 11808, per cui oggetto della confisca può essere solo “l’utile netto dell’attività d’impresa”.

¹² L’esigenza di distinguere tra attività radicalmente illecite ed attività di per sé lecite, come tra impresa criminale e impresa lecita, è affermata da molti autorevoli Autori: v., *ex plurimis*, A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di G. Marinucci*, vol. III, Milano, 2006, 2137 ss.; F. BOTTALICO, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1751 s.; L. FORNARI, *op. cit.*, 75 ss.

confusione tra il piano dell'illiceità penale, quello dell'illiceità civile e addirittura quello della fisiologica dinamica economica, in quanto l'inutilità di certe spese può benissimo essere totalmente estranea al fatto di reato e dipendere da mere inadempienze contrattuali od anche da fattori incontrollabili e non imputabili al contraente-reo; sicché il mancato scorporo di tali costi dal profitto confiscabile viene a configurare una misura sanzionatoria irragionevole e sproporzionata¹³.

3. Considerazioni conclusive.

Tenuto conto delle suddette criticità – in sede sia per così dire dogmatica che applicativa – manifestate tanto dalla teorica 'originale' della detraibilità dell'utile conseguito dal danneggiato sia dalla sua versione 'evoluta' della detraibilità dei costi utili, pare allora opportuno rifarsi al "principio del netto", così come affinato e precisato da autorevole dottrina, anche grazie agli spunti offerti dalla copiosa giurisprudenza formatasi sul tema e sommariamente sopra richiamata¹⁴.

Fermo restando che i ricavi radicalmente illeciti, in quanto rivenienti da attività *per se* illegali, non possono che essere oggetto di confisca al lordo dei costi – anch'essi illeciti – sostenuti per conseguirli, sembra che rispetto ai fatti di reato che si innestano su attività fondamentalmente lecite costituisca un limite 'naturale' della confisca-sanzione l'elemento economico dato dai costi *leciti* – utili o inutili che siano – comportati dall'espletamento di tale attività: sarà confiscabile solamente l'eventuale utile residuo.

Tale criterio selettivo pare perfettamente congruo sia alla lettera della legge (il termine "profitto" in campo economico designa appunto il guadagno, dato dalla differenza tra ricavo e spesa¹⁵) sia alla *ratio* della sanzione ablatoria *ex art.* 19 D.lgs. n. 231/2001, che non può ritenersi "pena in senso stretto"¹⁶ ma partecipa alla dinamica punitiva 'in combinato disposto' con le sanzioni prettamente punitive (*in primis* quella pecuniaria), costituendo una sorta di misura di 'salvaguardia esterna' del sistema di reazione agli illeciti penali (cor-

¹³ Senza contare poi la "incongruità" di un prelievo del profitto lordo nei casi in cui la persona giuridica, malgrado abbia sostenuto dei costi (imprevisti) superiori al valore della controprestazione lucrata, non sia riuscita a far conseguire alla controparte l'*utilitas* oggetto del contratto; in tali casi infatti, seguendo l'impostazione della Corte, non vi sarebbe nulla da scomputare sebbene dalla vicenda economico-contrattuale l'ente abbia già subito una complessiva perdita: cfr. M. ROMANO, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 1681.

¹⁴ Buona parte della dottrina è orientata nel senso di escludere dal profitto confiscabile i c.d. "costi leciti", sia movendo da una concezione punitiva della confisca, equiparabile alle pene in senso stretto, sia classificandola come misura compensativa, ripristinatoria dello *status quo ante delictum*: v., per tutti, A. ALESSANDRI, *Criminalità economica*, cit., in particolare 2153 ss.; L. FORNARI, *op. cit.*, 80 ss.; F. BOTTALICO, *op. cit.*, 1750 ss.; R. LOTTINI, *op. cit.*, 367 s.; V. MONGILLO, voce *Profitto del reato*, cit., par. 3, il quale opportunamente precisa come i costi leciti detraibili dall'oggetto dell'ablazione non coincidano né con l'"utile netto a base totale" di tipo puramente aziendalistico (che comprenderebbe anche i costi illeciti) né con la restrittiva nozione di "costi utili". Anche A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., 572, che pure attribuisce alla confisca natura eminentemente reintegratoria e afferma in via di principio l'inammissibilità del *Nettoprinzip*, sottolinea la necessità di distinguere "gli investimenti leciti da quelli illeciti" nella determinazione del *quantum* confiscabile.

¹⁵ Indicato dalla notoria formula $G(\text{guadagno}) = R(\text{ricavo}) - C(\text{costo})$.

¹⁶ Perspicuo nel negare alla confisca la natura di autentica pena M. ROMANO, *op. cit.*, 1682 ss.

porativi) mediante la predisposizione delle sue ‘condizioni di operatività’, eliminando cioè quelle utilità criminose che, laddove effettivamente entrate e consolidate nel patrimonio del sanzionato, da un lato, rappresenterebbero incentivo alla commissione di nuovi reati e, dall’altro lato, potrebbero fungere da formidabile ‘ammortizzatore’ delle altre sanzioni, impedendo a queste ultime di esplicare le loro tipiche finalità repressive e preventive. Se tale è la funzione della confisca, perlomeno nel sistema di responsabilità corporativa, appare evidente che un prelievo che andasse oltre quanto concretamente guadagnato (dove $G = R - C$) dalla persona giuridica, non svolgerebbe il suo compito di preparazione del terreno alle sanzioni propriamente penali, ma ne usurperebbe il ruolo, riconfigurandosi quale pena ontologicamente incostituzionale. Di fatti, andando a colpire il reo in misura eccedente a quanto da questi lucrato col reato, la sanzione ablativa assumerebbe essa stessa una valenza *direttamente* afflittiva, confondendosi con le altre sanzioni punitive che, invece, secondo un meccanismo sanzionatorio razionale, dovrebbero operare in maniera sì coordinata ma conservando la loro autonomia; e se omologata alle pene, la confisca risulterebbe irriducibilmente e platealmente esorbitante rispetto alla loro ‘fisionomia costituzionale’, poiché sarebbe una sanzione penale pecuniaria ancorata e necessariamente commisurata ad una entità – il profitto – che, per un verso, non è mai esattamente prevedibile dal soggetto attivo nel momento in cui tiene il comportamento antiggiuridico – con ciò compromettendosi la legalità della norma sanzionatoria – e, per altro verso, non è necessariamente correlata al disvalore oggettivo e soggettivo del reato, dato che, com’è palese, il danno provocato può essere del tutto avulso dall’utile perseguito (e quest’ultimo ben può differenziarsi dall’utile oggettivamente ricavato)¹⁷ – con ciò rimettendosi la proporzione della reazione penale alla eventualità della coincidenza tra offesa profitto e rappresentazione/volizione dell’agente¹⁸.

Simile esigenza di precisa definizione dell’oggetto della confisca corporativa, in conformità alla *littera* e alla *ratio legis*, si fa viepiù pressante laddove si ponga mente alla dinamica del procedimento penale, per cui, almeno secondo la – tutt’altro che condivisibile ma purtroppo dominante – interpretazione giurisprudenziale, la sanzione ablativa è obbligatoriamente preceduta dal sequestro preventivo *ex art. 53 D.lgs. n. 231/2001*, a prescindere da qualsivoglia reale *periculum in mora* e perfino da un effettivo accertamento del *fumus boni iuris*¹⁹, e, nei casi di concorso di persone (fisiche o giuridiche che siano),

¹⁷ Già G. AZZALI, *Offesa e profitto nella teoria del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 845 ss.

¹⁸ A ciò si aggiunga che, configurando la confisca quale pena in senso stretto, si avrebbe una costante, intollerabile violazione del *ne bis in idem* sostanziale, poiché per un medesimo illecito si applicherebbero ad un medesimo soggetto due sanzioni con medesimo fondamento (punitivo) e contenuto analogo (patrimoniale): la confisca e la (indefettibile) sanzione pecuniaria.

¹⁹ V., *ex plurimis*, Cass., Sez. II, 21.12.2015 (dep.), n. 50185, la quale inequivocabilmente ribadisce che, per disporre il sequestro preventivo rispetto al profitto ritenuto di provenienza criminosa, è “sufficiente accertarne la confiscabilità una volta che sia astrattamente possibile sussumere il fatto in una determinata ipotesi di reato” (aggiungendo peraltro che “l’individuazione specifica dei beni da apprendere e la verifica della corrispondenza del loro valore al *quantum* indicato nel sequestro è riservata alla fase esecutiva demandata al P.M.”). È da considerarsi isolata Cass., Sez. VI., 31 maggio 2012, n. 34505, che subordina l’applicabilità del vincolo cautelare alla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza”, comunque obliterando l’accertamento di qualsivoglia reale esigenza cautelare,

a prescindere dal lucro effettivamente ritratto da ciascun compartecipe, essendo ciascuno di questi aggredibile per l'intero ammontare del profitto complessivamente derivante dal reato, come se si trattasse di una responsabilità solidale da illecito civile²⁰.

Al cospetto di uno strumento cautelare tanto duttile e pervasivo, che di per sé fa tremare i principi della presunzione d'innocenza e di ragionevolezza-proporzionalità, perlomeno si dovrebbe limitare il vincolo ad un profitto definito secondo criteri certi e determinati, che consentano di evitare l'applicazione *ante iudicium* di una cripto-pena irrimediabilmente in contrasto coi principi sovraordinati sanciti a livello costituzionale e sovranazionale.

DAVIDE BIANCHI

accontentandosi della astratta sottoponibilità a confisca del provento rinveniente dall'ipotizzato reato. Fortemente critica sul punto la dottrina maggioritaria: v., per tutti, E. LORENZETTO, *Art. 53*, in AA. VV., *La responsabilità degli enti*, Cedam, 2008, 467.

²⁰ Cfr. ancora Cass., Sez. II, 21.12.2015 (dep.), n. 50185; nonché le stesse Sezioni Unite, 27 marzo 2008, n. 26654; principio solidaristico che più che un elaborato ermeneutico consapevole appare una mera regola prasseologica ispirata al massimo efficientismo, la quale – almeno a quanto consta al sottoscritto – non ha sinora trovato riconoscimento in nessuna riflessione dottrinale (v., per tutti, L. MARZULLO, *Ancora in tema di sequestro per equivalente funzionale alla confisca del profitto del reato: prime applicazioni (e stessi dubbi) dopo l'intervento delle Sezioni Unite penali*, in *Cass. pen.*, 2010, 2735 ss.).

Bancarotta semplice documentale - Tenuità del fatto

Il delitto di bancarotta semplice documentale è un reato di pericolo presunto e tutela l'attività di ricostruzione del patrimonio e del movimento di affari da parte degli organi fallimentari, consentendo così ai creditori l'esatta conoscenza della consistenza economica del fallito. L'illecito consiste nel mero inadempimento del precetto formale previsto dall'art. 2214 c.c. ed è quindi un reato di pura condotta che si realizza anche quando non vi sia un danno per i creditori.

(Omissis)

SENTENZA nei confronti di XXXX.

IMPUTATO. Per il delitto di bancarotta semplice di cui agli artt. 217, comma 2° e 224, comma 1°, n. 1 RD. 16 marzo 1942, n. 267 (Legge Fallimentare), perché, in qualità di titolare della ditta individuale β dichiarata fallita dal Tribunale di Prato con sentenza #####, nei tre anni antecedenti il fallimento, ometteva di tenere i libri e le altre scritture contabili prescritte dalla legge ed in specie il libro giornale ed il libro degli inventari.

In Prato fino alla sopraindicata data di fallimento.

CONCLUSIONI DELLE PARTI. P.M.: riconoscimento della penale responsabilità dell'imputato e, per l'effetto, previa concessione attenuanti generiche di cui all'art. 62 bis c.p., condanna a mesi quattro e giorni quindici di reclusione.

Difesa: in tesi assoluzione per non aver commesso il fatto o con formula di giustizia; in ipotesi minimo della pena e benefici di legge.

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO E MOTIVI DELLA DECISIONE. L'imputato è stato tratto a giudizio dinanzi all'instestata Autorità in forza del decreto di citazione diretta emesso dal P.M. per rispondere del reato di cui in epigrafe.

Il procedimento, inizialmente svoltosi in assenza dell'imputato, ha visto l'imputato presentarsi e rendere l'esame.

L'istruttoria dibattimentale si è articolata in alcune udienze ed è sostanzialmente consistita nell'audizione dei testi indotti dalle parti, nell'esame dell'imputato e nella produzione di documentazione.

Dopo un breve rinvio all'esito delle prove testimoniali, dichiarata chiusa l'istruttoria dibattimentale ed utilizzabili tutti gli atti acquisiti, le parti hanno concluso come in epigrafe ed il giudice si è ritirato in camera di consiglio, al termine della quale ha pronunciato dispositivo in pubblica udienza, riservandosi il deposito delle motivazioni in giorni novanta, stante il carico di lavoro dell'ufficio e la complessità della vicenda.

Alla base dei fatti di cui è processo vi è il fallimento, dichiarato con sentenza del Tribunale di Prato del #####, della ditta β di cui l'imputato era all'epoca titolare. La ditta, come appurato nel corso dell'istruttoria, era in regime di contabilità semplificata.

Tale fallimento, secondo quanto riferito dai testi, ha tratto origine, da un lato, dalla notoria crisi economica che ha colpito anche il settore produttivo dei filati e, dall'altro, dalle difficoltà del titolare a gestire l'impresa, essendo rimasto grave-

mente ferito in seguito ad un incidente avvenuto nel gennaio 2011 (lo stesso è tuttora invalido), impedendogli di fatto per oltre un anno di occuparsi della propria impresa.

In seguito alla sentenza dichiarativa di fallimento, è stato nominato curatore fallimentare YYY, al quale il Quaranta ha consegnato tutta la documentazione relativa alla contabilità tenuta per l'azienda e con cui ha sempre collaborato fattivamente.

Il curatore fallimentare, al fine di ricostruire la situazione patrimoniale dell'azienda, ha avuto a disposizione il registro IVA e il libro cespiti dei beni ammortizzabili, libri previsti come obbligatori dalla disciplina tributaria per le imprese in regime di contabilità semplificata, come quella, appunto, di cui l'imputato era titolare.

Il curatore, tuttavia, riscontrava l'assenza del libro giornale e del libro inventari, che sono invece le scritture contabili previste in via obbligatoria dalla disciplina dell'art. 2214 c.c.

In base alle scritture a disposizione, il Curatore, riusciva a ricostruire l'aspetto economico della ditta, ovvero l'entità dei ricavi e dei costi sostenuti, mentre non riusciva inizialmente a ricostruire l'aspetto finanziario, poiché, mancando il libro giornale, non era in grado di verificare documentalmente l'incasso delle fatture e i pagamenti dei fornitori, che però vennero tutti ricostruiti mediante, da un lato, l'insinuazione al passivo dei creditori, i quali specificarono l'entità del loro credito e, dall'altro, le informazioni rilasciate dal XXX, in base alle quali poteva constatare l'assenza di crediti da incassare. La situazione patrimoniale, pertanto, è stata di fatto ricostruita dal curatore fallimentare, che, comunque, per assenza di massa attiva, ha chiuso il fallimento nel tempo breve di sei mesi.

Nel corso dell'esame, l'imputato riferiva che all'interno della ditta era sua madre ad occuparsi della parte amministrativa ed a registrare le fatture, mentre la gestione della contabilità era totalmente affidata allo studio commercialista WWW,

presso di cui materialmente erano tenute le scritture contabili. Il XXX aggiungeva infatti che lui aveva quale titolo di studio la licenza di terza media e, pertanto, per quello che concerneva la contabilità, non essendo materia a lui nota, si era affidato al commercialista, presso di cui si limitava a portare mensilmente tutti i documenti che venivano richiesti.

WWW, commercialista del XXX, ha confermato di non aver mai suggerito all'imputato di tenere, per precauzione e timore di incorrere in sanzioni giuridiche, anche gli altri libri previsti nella contabilità ordinaria. Il commercialista, inoltre, ha aggiunto che trattasi questa di una prassi comune all'ordine professionale, in quanto i costi che sosterebbe la piccola impresa sarebbero troppo rilevanti e che comunque la situazione patrimoniale dell'azienda, che era molto piccola, era ricostruibile facilmente *in re ipsa* in base ai registri presenti.

Dalla ricostruzione dei fatti così operata, non emergono dubbi in ordine alla sussistenza dei presupposti reato contestato all'odierno imputato.

Come noto, il delitto di bancarotta semplice documentale e reato di pericolo presunto e mira ad evitare che vi siano ostacoli all'attività di ricostruzione del patrimonio e dei movimenti di affari della società da parte degli organi fallimentari, con possibile pregiudizio degli interessi dei creditori. La finalità ultima della norma è, quindi, quella di consentire ai creditori l'esatta conoscenza della consistenza del patrimonio del fallito sul quale potersi soddisfare. Il reato consiste nel mero inadempimento al precetto formale previsto dall'art. 2214 cod. civ. – che ovviamente integra la norma penale prevista dall'art. 217 legge fallimentare – ed è quindi un reato di pura condotta, che si realizza anche quando non vi sia un danno per i creditori.

Venendo al caso di specie il curatore fallimentare ha affermato di aver avuto a disposizione soltanto i registri Iva e il registro cespiti dei beni ammortizzabili, mentre sono risultate mancanti le

ulteriori scritture contabili, previste dall'art. 2214 c.c. Tali circostanze sono state confermate dal XXX stesso e dal suo commercialista, il quale ha specificato che l'azienda ha tenuto regolarmente soltanto il registro IVA e il libro dei beni ammortizzabili, in quanto si trovava in regime di contabilità semplificata, alla luce delle sue dimensioni e del fatturato dell'azienda (inferiore ai 200.000 €, nell'ultimo anno praticamente dimezzato).

Secondo i principi stabiliti dalla disciplina tributaria, come noto, le imprese in regime di contabilità semplificata, ovvero quelle con un fatturato inferiore ai 400.000,00 €, in caso di attività avente oggetto la prestazione di servizi, o ai 700.000 € per imprese aventi oggetto altre attività, sono obbligate a tenere soltanto i registri IVA (art. 18 d.p.r. 600/1973).

La disciplina di cui all'art. 2214 c.c., tuttavia, prevede l'esonero dalla tenuta delle scritture contabili ordinarie (libro giornale e libro inventari) solo per i piccoli imprenditori, il cui criterio distintivo, previsto all'art. 2083 c.c., è però diverso da quello che individua le imprese a cui si può applicare il regime di contabilità semplificata.

Tale diversità di criteri distintivi dà origine a una discrasia tra la disciplina civilistica e quella tributaria. Al riguardo, è consolidato indirizzo della giurisprudenza di legittimità che *“il regime tributario di contabilità semplificata, previsto per le cosiddette imprese minori, non ha comportato per le stesse l'esonero dall'obbligo di tenuta dei libri e delle scritture contabili disposto dall'articolo 2214 cod. civ. sia ai fini civili che per gli effetti penali previsti dalla legge fallimentare, sicché nel caso di inadempimento a tale obbligo si possono configurare gli elementi del reato di bancarotta semplice”* (Cass., Sez. 5, n. 5382 del 11/11/1999 - dep. 10/05/2000, Benetti, Rv. 217268; sul punto cfr. anche Sez. F, Sentenza n. 33402 del 06/08/2009 Ud. (dep. 17/08/2009) Rv. 244842 e, da ultimo, Cass., sez. 5, n. 49634 del 26.6.2015 dep. 16.12.2015). In proposito, a prescindere dalla problematica confi-

gurabilità dell'abrogazione di una legge generale da parte di una legge speciale successiva e dalla esclusione, anche per le diverse finalità delle norme a confronto e delle scritture rispettivamente ivi previste, di un'abrogazione per incompatibilità o per intera regolazione della materia, è difatti sufficiente rilevare che l'art. 18 del d.P.R. citato (che ammette una contabilità semplificata per i contribuenti minori) fa *“salvi gli obblighi di tenuta delle scritture previste da disposizioni diverse dal presente decreto”*.

Inoltre, bisogna osservare che il delitto di bancarotta semplice è un reato di pericolo e, pertanto, non risulta esser rilevante, ai fini della configurabilità del reato, se, come è accaduto nel caso di specie, l'irregolare ed incompleta tenuta dei libri e delle scritture contabili non abbia di fatto impedito la ricostruzione dell'attività economica dell'impresa.

Alla luce di tali osservazioni, pertanto, la condotta contestata al XXX risulta ampiamente posta in essere.

Il reato in questione, inoltre, risulta essersi integrato anche sotto il profilo dell'elemento soggettivo.

Bisogna difatti osservare, che *“il reato di bancarotta semplice documentale è punibile a titolo tanto di dolo quanto di colpa, come appare desumibile dalla struttura della norma incriminatrice la quale, nel punire l'imprenditore che non tenga o tenga irregolarmente le prescritte scritture sociali e contabili, non prevede come necessaria ai fini della sussistenza dell'illecito la deliberata volontà di violare le disposizioni vigenti in materia e/o di arrecare pregiudizio ai creditori”* (Cass., Sez. 5, n. 27515 del 04/02/2004 - dep. 18/06/2004, Tinaglia, Rv. 228701; in senso conforme, da ultimo, Cass., sez. 5, n. 24297 dell'11.3.2015, dep. 5.6.2015). Il delitto di bancarotta semplice, infatti, nonostante non vi sia un'espressa previsione normativa, si ritiene inoltre sia punibile anche a titolo di colpa per “previsione implicita”, desumibile dalla defi-

nizione come dolosa della bancarotta fraudolenta documentale. In altre parole, non osta alla punibilità della bancarotta semplice il tenore dell'art. 42 cod. pen., che esige la previsione espressa della punibilità di un delitto a titolo di colpa, in quanto la nozione di "previsione espressa" non equivale a quella di "previsione esplicita" e, nel caso della bancarotta semplice documentale, la previsione implicita è desumibile dalla definizione come dolosa della bancarotta fraudolenta documentale (cfr. sul punto Cass., Sez. 5, n. 38598 del 09/07/2009 - dep. 05/10/2009, Romano, Rv. 244823; da ultimo Cass., sez. V, n. 20695 del 29.1.2016).

Deve infine rammentarsi che *"in tema di bancarotta semplice documentale, la colpa dell'imprenditore non è esclusa dall'affidamento a soggetti estranei all'amministrazione dell'azienda della tenuta delle scritture e dei libri contabili, perché su di lui grava, oltre all'onere di un'oculata scelta del professionista incaricato e alla connessa eventuale 'culpa in eligendo', anche quella di controllarne l'operato"* (Cass., Sez. 5, n. 24297 del 11/03/2015 - dep. 05/06/2015, Cutrera, Rv. 265138).

Risulta, pertanto, essersi integrato il reato contestato all'imputato sotto il profilo soggettivo ed oggettivo.

Tuttavia, bisogna osservare che, nel caso di specie, la condotta tenuta non ha di fatto creato alcun danno alla curatela del fallimento per la ricostruzione del patrimonio societario, in quanto lo stesso curatore ha affermato di aver potuto ricostruire tranquillamente la situazione patrimoniale dell'azienda, grazie all'attività della stessa molto ridotta, al comportamento collaborativo del XXX e ai registri presenti, tenuti ed aggiornati regolarmente. A tal riguardo, anche il commercialista ha osservato che, alla luce delle piccole dimensioni, la situazione patrimoniale dell'azienda, era ricostruibile *in re ipsa* in base alla sola documentazione presente.

Riguardo le modalità della condotta, e necessario osservare che il XXX non si è mai sottratto agli

ulteriori obblighi contabili e, stante il suo titolo di terza media, si è rivolto ad un commercialista per la gestione della contabilità, con il quale si è mostrato sempre collaborativo, adempiendo a tutte le richieste che gli venivano rivolte. Bisogna, inoltre, tener conto del fatto che il XXX nel gennaio 2011 ha subito un incidente, che, avendogli causato un'invalidità, gli ha impedito di occuparsi di fatto nel corso dell'anno successivo della propria azienda e che, al momento del fallimento, comunque, si è dimostrato fin da subito disponibile con il curatore fallimentare al fine di aiutarlo a ricostruire la situazione patrimoniale dell'azienda.

Il XXX risulta inoltre essere incensurato ed ha osservato una condotta processuale ineccepibile, tenendo un esame durante il quale ha mostrato la propria respiscenza per il fatto; inoltre lo stesso non si occupa più di impresa, motivo per cui è assolutamente verosimile che il presente episodio sia del tutto occasionale e che lo stesso si astenga in futuro dalla commissione di ulteriori reati.

Ne deriva che, alla luce di tutte le circostanze sopra esposte circa le peculiari modalità del fatto e la non abitualità del comportamento del XXX, l'imputato non deve essere punito per la particolare tenuità del fatto ai sensi dell'art. 131 bis c.p., rientrando il reato contestato pienamente nei limiti della normativa introdotta con la recente riforma.

P.Q.M. Letto l'art. 131 bis c.p. e 531 c.p., dichiara non doversi procedere nei confronti di XXX per reato lui ascritto perché non punibile per particolare tenuità del fatto.

Letto l'art. 544 comma 3 c.p.p., indica in novanta giorni il termine per il deposito della motivazione della presente sentenza.

(*Omissis*)

Note sparse su pericolo, dolo e particolare tenuità della bancarotta semplice documentale.

1. Una breve premessa.

La sentenza in commento si occupa di un caso di bancarotta semplice documentale di un'impresa individuale, nella specie dell'omessa tenuta del libro giornale e del libro degli inventari nei tre anni antecedenti la dichiarazione di fallimento¹.

Esaminando la vicenda storica, il giudice rileva come dato incontestato che l'impresa fallita era in regime di contabilità semplificata *ex art.* 18 D.P.R. 600/1973 (condizione che esonera, com'è noto, proprio dalla tenuta delle scritture mancanti) e che l'imputato, affidatosi totalmente al suo commercialista, aveva pedissequamente osservato il consiglio di questi di non istituire il libro giornale e degli inventari, peraltro tenendo presso lo studio commerciale le scritture contabili della ditta.

Risulta altresì l'assoluta collaborazione prestata dall'imputato nei riguardi del curatore, nonché il fatto che quest'ultimo – grazie alla documentazione fornitagli dall'imprenditore tenuta in ossequio alla disciplina tributaria (registro IVA e libro dei beni ammortizzabili) – abbia immediatamente ricostruito senza incertezze di sorta, l'aspetto economico della ditta, incontrando alcune iniziali difficoltà soltanto sotto il profilo finanziario, peraltro colmate con l'apporto delle insinuazioni al passivo dei creditori e con le informazioni rese proprio dall'imputato circa l'assenza di crediti da incassare.

Merita sottolineare, infine, che la procedura concorsuale, stante l'assenza di attivo, ha avuto una durata complessiva di sei mesi, e che, quanto alle cause del fallimento, l'insolvenza della ditta è stata univocamente ricondotta alle criticità sorte con la crisi economica del 2008 ed alla impossibilità per l'imputato di occuparsi dell'impresa per più di un anno, avendo egli subito un grave incidente in esito al quale è rimasto permanentemente invalido.

2. Il piccolo imprenditore, la contabilità semplificata e i requisiti per fallire.

Così sommariamente delineata la vicenda storica, sarebbe più che lecito attendersi un dispositivo liberatorio, non tanto in ragione del mancato danno ai creditori, quanto piuttosto per l'assenza di una qualsivoglia offesa, anche nella forma della messa in pericolo, per l'interesse alla corretta ricostruzione del patrimonio del fallito. Ed in effetti così è stato, ma per ragioni e attraverso percorsi logico-giuridici probabilmente erronei.

¹ Deve pertanto subito segnalarsi *incidenter tantum* l'erroneo (anche se innocuo) riferimento nel capo di imputazione all'art. 224 l.f., trattandosi di un – raro – caso di bancarotta propria dell'imprenditore.

Procediamo con ordine.

In punto di elemento oggettivo del reato, il giudice interpreta la fattispecie facendo forza su due poli: da un lato, sulla natura di pericolo presunto dell'illecito; dall'altro, sull'irrelevanza del disposto dell'art. 18 D.P.R. 600/1973 (in tema di contabilità "semplificata") ai fini dell'applicazione dell'art. 217, comma 2, l.f..

Cominciando dall'analisi di questo secondo aspetto, occorre dar brevemente conto della triplice (e mal coordinata) matrice della disciplina extrapenale di riferimento. In primo luogo, vi sono le disposizioni del codice civile (ritenute prevalere dal giudice su ogni altra disposizione), le quali prescrivono per ogni imprenditore la tenuta del libro giornale e del libro degli inventari, salvo che per i piccoli imprenditori *ex art. 2083 c.c.*. In secondo luogo, v'è il D.P.R. 600/1973, ed in specie l'art. 18, che per l'accesso al regime della contabilità semplificata prescrive dei limiti quantitativi di fatturato di € 400.000 per le imprese che prestano servizi e di € 700.000 per le imprese che hanno ad oggetto diverse attività. In terzo luogo, occorre tener presente l'ulteriore parametro indicato dall'art. 1 l.f., laddove si impongono i noti limiti quantitativi (cumulativi) in tema di attivo patrimoniale annuo, ricavi lordi e debiti (anche non scaduti) affinché l'imprenditore commerciale possa essere soggetto alle norme in tema di fallimento e concordato preventivo.

Pur non essendo possibile tracciare un quadro esaustivo della materia, va certamente rilevato che la soluzione prescelta dal giudice, orientata all'indifferenza verso i secondi due dati normativi (l'uno escluso, l'altro neanche considerato) non pare essere quella preferibile.

In effetti, facendo primariamente riferimento a quanto osservato dalla Suprema Corte nella sua giurisprudenza civile, può dirsi che ai fini della disciplina fallimentare riformata è irrilevante la nozione di piccolo imprenditore, così come descritta dall'art. 2083 c.c.², talché è ormai retaggio del passato l'assunto per cui il piccolo imprenditore non sarebbe, in quanto tale, soggetto a fallimento.

L'esame della normativa tributaria, al contrario, rivela una sovrapposizione con le disposizioni codicistiche evocate, poiché esordisce affermando che *"le disposizioni dei precedenti articoli [in tema di tenuta delle scritture] si applicano anche ai soggetti che, a norma del codice civile, non sono obbligati alla tenuta delle scritture contabili di cui allo stesso codice"* e dunque anche al piccolo imprenditore, *"salvi gli obblighi di tenuta delle*

² *Ex multis* cfr. Cass. Civ., Sez. I, 28 maggio 2010, n. 13086, in *Il fall.*, 2010, 1261 ss: *"L'art. 1 l.f. chiaramente privilegiando il criterio quantitativo rispetto a quello per categorie, ha posto termine al dibattito esegetico sorto circa la sopravvivenza in ambito concorsuale della nozione di piccolo imprenditore avendo eliminato qualsiasi spazio di applicabilità al sistema concorsuale di tale ultima figura, attraverso la fissazione di limiti quantitativi entro i quali l'attività dell'imprenditore [...] deve rientrare per essere sottratta al fallimento [...]. Il riscontro, a mo' di corollario, è dato non tanto dal fatto che la società commerciale, che per sua stessa definizione non può qualificarsi piccolo imprenditore ai sensi dell'art. 2083 c.c. può essere esente dal fallimento se non raggiunge i parametri dimensionali indicati nell'art. 1, quanto piuttosto dalla circostanza che, in senso speculare ma inverso, l'imprenditore individuale che esercita l'attività commerciale nelle condizioni postulate dall'art. 2083 c.c. nondimeno non si giova di tale condizione, che pur ha efficacia scriminante secondo il disposto dell'art. 2221 c.c. poiché sarà comunque dichiarato fallito se non dimostra di non aver superato i limiti dimensionali anzidetti"*.

scritture previste da disposizioni diverse dal presente decreto” (art. 18, comma 1, D.P.R. 600/1973).

Orbene, il giudice ha valorizzato unicamente questo secondo periodo, il quale, tuttavia, letto in coerenza con l'*incipit* del medesimo comma, nella prospettiva della pronuncia in commento assume dei tratti paradossali. L'art. 18, infatti, apre con la dichiarata vocazione di “superare” la disciplina codicistica, imponendo un completo riassetto degli obblighi in tema di tenuta delle scritture, ed estendendo, per l'appunto, gli obblighi documentali tributari anche al piccolo imprenditore: pretendere di trarre dalla successiva clausola di riserva l'irrelevanza dell'aspirazione anzidetta non pare corretto, anche perché rivolto alla specifica documentazione che può essere richiesta all'impresa in ragione della sua attività; ma la Suprema Corte, come viene puntualmente (anzi, testualmente) indicato, segue una diversa linea interpretativa, della quale non è tuttavia dato conoscere le ragioni giuridiche³.

Anche prescindendo dalla risoluzione del conflitto di norme anzidetto, posto che l'ammissione al fallimento non costituisce per ciò solo la qualificazione dell'imprenditore commerciale come “non piccolo”, il giudice avrebbe in ogni caso potuto provvedere ad uno scrutinio della natura dell'impresa – in ciò non impedito né dalla disciplina processuale *ex artt. 2 e 3 c.p.p.*, né tantomeno dalla pregiudiziale sostanziale imposta dall'art. 217 l.f. (“*se è dichiarato fallito*”) che accerta unicamente lo *status* di fallito – eventualmente assegnando alla ditta dell'imputato proprio la natura che gli ha “sottratto” implicitamente con le argomentazioni in tema di successioni di leggi.

Sia consentita poi un'ulteriore notazione: ritenere, come la giurisprudenza di legittimità citata, che l'obbligo di tenuta del libro giornale e del libro degli inventari dipenda anche dai riflessi penali della condotta rivela una criticità logica, prima ancora che giuridica. Anzitutto, non è dato comprendere come sia desumibile dalla locuzione “*libri [...] e scritture contabili prescritti dalla legge*” (art. 217, comma 2, l.f.) un riferimento così puntuale ai due documenti appena indicati, peraltro in un quadro normativo extrapenale manifestamente alluvionale e disallineato⁴. Ma si rifletta anche sull'ordine (crono)logico delle cose: assegnare al diritto penale la selezione delle scritture rilevanti ai fini della corretta gestione dell'impresa, quale che sia la sfaccettatura (civile, fallimentare, tributaria), è un'operazione

³ Cfr. Cass. pen., Sez. V, 26 giugno 2015, n. 49634, in *CED - Sentenze Web*: “Occorre, infatti, rammentare che, secondo la costante interpretazione di questa Corte, l'art. 18 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 [...] non ha eliminato l'obbligo, a carico delle suddette imprese minori, della tenuta dei libri e delle scritture contabili previsti dall'art. 2214 cod. civ., sia ai fini civili, che per i riflessi di ordine penale ai sensi della legge fallimentare [...], sicché nel caso di inadempimento a tale obbligo sono configurabili gli elementi del reato di bancarotta semplice. In proposito, a prescindere dalla problematica configurabilità dell'abrogazione di una legge generale da parte di una legge speciale successiva e dalla esclusione, anche per le diverse finalità delle norme a confronto e delle scritture rispettivamente ivi previste, di un'abrogazione per incompatibilità o per intera regolazione della materia, è sufficiente rilevare che l'art. 18 del d.P.R. citato (che ammette una contabilità semplificata per i contribuenti minori) fa ‘salvi gli obblighi di tenuta delle scritture previste da disposizioni diverse dal presente decreto’”.

⁴ Una tale congerie di disposizioni extrapenali (apparentemente) contrastanti dovrebbe condurre anche all'analisi del tema, che non può neanche accennarsi in questa sede, della rilevanza *ex art. 5* ovvero *ex art. 47*, comma 3, c.p. dell'errore nel quale è incorso l'imputato (munito di licenza media), il quale dichiaratamente si affida ad un professionista proprio allo scopo di “sanare” il *gap* conoscitivo che lo separa dalla materiale contabile-tributaria.

la cui legittimità pare tutt'altro che lampante e che finisce per rendere il comando penale puntualmente adesivo alla mera violazione del precetto civilistico.

3. Sulla qualità del pericolo.

Occorre adesso affrontare il secondo polo dell'argomentazione in punto di elemento oggettivo, con riferimento particolare alle considerazioni svolte sulla natura del pericolo del reato di bancarotta semplice documentale. A parere del Giudicante, si tratterebbe di un reato di pericolo presunto posto a tutela dell'attività di ricostruzione del patrimonio e del movimento di affari da parte degli organi fallimentari e consisterebbe nel mero inadempiamento del precetto formale previsto dall'art. 2214 c.c., realizzandosi anche quando non vi sia un danno per i creditori. Tuttavia, la sentenza prosegue rilevando che *“il delitto di bancarotta semplice è un reato di pericolo e, pertanto, non risulta esser rilevante, ai fini della configurabilità del reato, se, come è accaduto nel caso di specie, l'irregolare ed incompleta tenuta dei libri e delle scritture contabili non abbia di fatto impedito la ricostruzione dell'attività economica dell'impresa”*.

Va detto che solo la prima asserzione pare mettere correttamente a fuoco il bene giuridico tutelato, il quale, a mente della dottrina pressoché unanime, deve rintracciarsi proprio nell'interesse creditorio alla ricostruzione del patrimonio del fallito, e non già nell'attività del curatore, come invece sembra sottendere la citazione appena riportata⁵. Affermare che è irrilevante il danno per i creditori, infatti, è pienamente giustificabile sulla base del fatto che gli illeciti fallimentari documentali, pur aggredendo un bene giuridico di categoria patrimoniale, hanno la specificità di proteggere proprio l'interesse all'ostensione del patrimonio del fallito, che si pone come prodromico rispetto all'interesse patrimoniale. Diversamente, sostenere l'irrilevanza dell'impedimento della ricostruzione del medesimo significa far arretrare la tutela al pericolo (presunto) per un bene giuridico “mezzo” rispetto all'interesse creditorio: operazione, quest'ultima, della cui legittimità è ben possibile dubitare⁶.

⁵ Su tutti, cfr. A. ROSSI, *I reati fallimentari*, in F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, II, a cura di C.F. GROSSO, Milano, 2014, 25 ss.; G.L. PERDONÒ, *I reati fallimentari*, in *Corso di diritto penale dell'impresa*, a cura di A. Manna, Padova, 2010, 331 ss.; E.M. AMBROSETTI, *I reati fallimentari*, in E.M. AMBROSETTI - E. MEZZETTI - M. RONCO, *Diritto penale dell'impresa*⁴, Bologna, 2016, 305 ss.; F. MUCCIARELLI, *Vecchi e nuovi istituti della legge fallimentare nella sentenza n. 22468/2009 delle Sezioni Unite: successione di leggi e ruolo del bene giuridico*, in *Cass. pen.*, 2010, 1620 ss.; L. FOFANI, *Tra patrimonio ed economia: la riforma dei reati d'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 752; S. PROSDOCIMI, *Tutela del credito e tutela dell'impresa nella bancarotta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1999, 138 ss.; C. PEDRAZZI, *Sub art. 216*, in C. PEDRAZZI e F. SGUBBI, *Reati commessi dal fallito. Reati commessi da persone diverse dal fallito. Artt. 216 - 227*, parte di Galgano (a cura di), *Commentario Scialoja - Branca. Legge fallimentare*, Bologna - Roma, 1995, 4 ss. *Contra* G. ZUCCALÀ, *Il delitto di false comunicazioni sociali*, Padova, 1954, 91 ss.; PAGLIARO, *Il delitto di bancarotta*, Palermo 1957, 32; P. MANGANO, *Disciplina penale del fallimento*, Milano, 2003, 16 ss. (per i quali la bancarotta tutelerebbe l'ordinato esercizio del commercio); F. CARNELUTTI, *Appunti sulla natura della bancarotta*, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 4 ss.; P. NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento*, Milano, 1955, 4 (i quali propendono, pur da diverse prospettive, per la tutela dell'amministrazione della giustizia).

⁶ In tema di bene giuridico e di “selezione” dello stesso, cfr. G. FIANDACA, *Sul bene giuridico. Un consuntivo critico*, Torino, 2014, 13 ss. e 71 ss.; M. DONINI, *L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2012, 51 ss.; M. ROMANO, *La legittimazione delle norme penali: ancora su limiti e validità della teoria del bene giuridico*,

In effetti, individuare correttamente il bene giuridico è fondamentale per la parame-trazione dell'offesa, attestata nell'opinione del giudice sulla soglia del pericolo presunto⁷: com'è noto, tale specie di pericolo si ha quando esso non è necessariamente insito nella condotta, poiché al momento della stessa è ben possibile controllare l'esistenza (o meno) delle condizioni per la lesione del bene giuridico, ma la legge impone una presunzione che esclude la prova contraria (come è stato recentemente sostenuto anche dalle Sezioni Unite, nel giudizio relativo all'applicazione della causa di non punibilità *ex art. 131-bis c.p.* alle contravvenzioni previste all'art. 186 C.d.S.⁸).

Ciò posto, due sono le strade che possono ad oggi intraprendersi per ovviare alla punizione di reati senza offesa concreta, come tali in linea di massima incompatibili col principio costituzionale di necessaria offensività.

Da un lato, la dottrina maggioritaria, facendo correttamente ricorso alla relativizzazione della presunzione di pericolo, e concedendo quindi valenza alla prova contraria circa la sussistenza di un effettivo pericolo per il bene giuridico (nel caso di specie dichiaratamente assente), riconduce sostanzialmente gli illeciti di pericolo presunto a fattispecie la cui lesività, indipendentemente dal disposto normativo, deve essere scrupolosamente vagliata.

Dall'altro lato, al contrario, l'indirizzo giurisprudenziale più recente (proprio della sentenza in commento), asseverato anche dalle anzidette pronunce di legittimità a Sezioni Unite, facendo ricorso alla causa di non punibilità prevista all'art. 131 *bis* c.p., si disinteressa per il giudizio di pericolo e condensa le relative argomentazioni nel momento applicativo di quest'ultimo istituto (il quale, si noti, presuppone invece un reato compiutamente realizzato ed anche offensivo, pur se di poco). L'effetto, inevitabile, di questo percorso argomentativo è chiaramente leggibile nella trama motivazionale: *“Il reato consiste nel mero inadempimento al precetto formale previsto dall'art. 2214 cod. civ.”*.

Con buona pace del principio costituzionale di offensività.

in *Criminalia*, 2011, 33 ss.; M. DONINI, voce *Teoria del reato*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino, 1999, 221 ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss.; A. MANNA, *Beni della personalità e limiti della tutela penale*, Padova, 1989, 3 ss.; T. PADOVANI, *Tutela dei beni e tutela di funzioni nella scelta tra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. pen.*, 1987, 670 ss.; F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Milano, 1974, 55 ss.; F. STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1973, 3 ss.; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 7 ss.

⁷ Sul pericolo, per tutti, F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie*, Milano, 1994, 195 ss.; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo fra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, 367 ss.; sul tema specifico del pericolo presunto cfr. M. CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, II, Milano 2006, 1415 ss.

⁸ Cfr. Cass. pen., SS.UU., 25 febbraio 2016, nn. 13681-13682, in *CED - Sentenze Web*: *“Si tratta, in breve, dei reati di pericolo presunto: nessuna indagine è richiesta sulla fattispecie concreta e sulla concreta pericolosità in relazione al bene giuridico oggetto di tutela. [...] Orbene, non è da credere che tale conformazione della fattispecie faccia perdere il suo ancoraggio all'idea di pericolo ed ai beni giuridici che si trovano sullo sfondo. Al contrario, come ormai diffusamente ritenuto, si tratta di illeciti che presentano un forte legame con l'archetipo della pericolosità e garantiscono, anzi, il rispetto del principio di tassatività, assicurando la definitiva conformazione della fattispecie alla stregua di accreditate informazioni scientifiche e di razionale ponderazione degli interessi in gioco; ed eliminando gli spazi di vaghezza e discrezionalità connessi alla necessità di accertare in concreto l'offensività del fatto”*; conclusione forse avventata, sol che si consideri che la valutazione dell'eventuale particolare tenuità dell'offesa implica logicamente un esame attento dell'offensività in concreto del fatto.

4. Dolo e colpa sono sinonimi?

Passando all'esame della motivazione in punto di elemento soggettivo, ciò che lascia perplessi non è solo, e non tanto, la "contravvenzionalizzazione" del delitto di bancarotta semplice (peculiarità inspiegabile alla quale ormai è del tutto abituato l'occhio dell'operatore pratico), ma soprattutto l'argomento sistematico speso per coordinare l'art. 42 c.p. con l'accennata deriva, che si avvale del riferimento ad una "*previsione implicita*", i cui confini paiono abbastanza labili e comunque tracciabili chiaramente in termini del tutto divergenti.

In effetti, chi volesse sostenere che il delitto dell'art. 217 l.f. è punibile a titolo di dolo o di colpa avrebbe strada facile nel riscontrare in alcune fattispecie un chiaro, per quanto non esplicito, riferimento a quest'ultima: si pensi alle ipotesi di cui ai nn. 2, 3 e 4, e, con riguardo alla fattispecie documentale, alla tenuta "*irregolare*" o "*incompleta*" delle scritture contabili, con riferimento alla violazione delle regole di diligenza poste in materia (primariamente) dal codice civile.

Ma non pare possibile procedere ugualmente in tema di omessa tenuta, la cui colposità pare limitarsi all'ipotesi dell'ignoranza del precetto e, per di più, non sembra in alcun modo concepibile, conosciuto il medesimo, rispetto ad un fatto che – anche oltre la formulazione della norma – è intrinsecamente doloso. Il riferimento, poi, al fatto che il dolo sarebbe previsto "in esclusiva" nella bancarotta fraudolenta documentale prova poco, atteso che quest'ultima è contraddistinta, alternativamente, da un dolo specifico o da un evento, entrambi atti a ritagliare una specifica lesività del tipo criminoso.

In conclusione, davvero non si vede come si possa sostenere la tesi della punibilità a titolo di dolo e di colpa, se non a patto di ammettere l'accennata degradazione dell'illecito in contravvenzione, contro il principio costituzionale di legalità e contro la *ratio* dell'incriminazione (le cui basi sono peraltro già poste con la svalutazione del giudizio di pericolo).

Ma anche a voler superare tutto questo, quel che suona ancor più apodittico è il riferimento alla *culpa in eligendo* dell'imprenditore, che viene evocata come un mantra, ma della quale non è dato riscontrare la benché minima prova, né è consentito verificare la consistenza, né tantomeno rispetto ad essa è vagliato il tema dell'erroneità del consiglio professionale o della sua "eccentricità" rispetto alla realtà della dinamica imprenditoriale e alle relative *best practices*.

5. Per un impiego "moralista" dell'art. 131 bis c.p.

La sentenza culmina con l'applicazione dell'art. 131 *bis* c.p.⁹, che viene fondata, più o

⁹ In argomento cfr. G. AMARELLI, *La particolare tenuità del fatto ex art. 131 bis c.p. si applica ai reati con soglie di punibilità*, in *Giur. it.*, 2016, 709 ss.; G. FORNASARI, *Evasione impropria, principio di offensività e reato impossibile*, in *Giur. it.*, 2016, 190 ss.; P. DI STEFANO, *In tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto, con particolare riferimento alle violazioni edilizie e paesaggistiche*, in

meno esplicitamente, su diversi elementi: *a)* l'assenza di "danni" alla curatela, che ha tranquillamente ricostruito il patrimonio del fallito; *b)* l'attività collaborativa dell'imputato; *c)* l'opinione del commercialista richiesta dall'imprenditore (il quale, avendo la terza media, si è comunque premurato di ottenere un parere qualificato circa gli obblighi contabili, del tutto assolti nel resto); *d)* la condotta processuale, ritenuta ineccepibile anche in ragione del fatto che l'imputato ha reso un esame nel quale "ha mostrato la propria resipiscenza per il fatto"; *e)* il fatto che l'imputato non si occupa più di impresa, cosicché appare inverosimile la futura "commissione di ulteriori reati" (*sic!*); *f)* l'avvenuto incidente, che ha causato un'invalidità permanente all'imputato, impedendogli di occuparsi dell'impresa.

Al di là del fatto che l'esito finale possa in qualche modo apparire soddisfacente, ciò che lascia più che perplessi è l'impiego della causa di non punibilità nella doppia veste di strumento legittimante un reato senza offesa e di valvola di sfogo di dati metagiuridici. In questa prospettiva, la "resipiscenza" e la prognosi di non reiterazione di reati, unitamente al fattore dell'incidente occorso alla persona dell'imputato, valgono unicamente a dar sfogo al senso di giustizia del giudicante. Pur non potendosi accedere agli atti del processo, viene comunque da chiedersi quale resipiscenza possa esprimere un soggetto che si è sempre conformato, in tutto e per tutto, ai doveri che i professionisti, prima, e il curatore, poi, gli hanno segnalato; viene da chiedersi, ancora, quale valenza possa avere la prognosi di mancata commissione di reati; viene da chiedersi, infine, quale rilevanza possa avere l'occorso incidente, considerato che nessuna ne è stata assegnata all'affidamento nei riguardi di un professionista qualificato.

Ciò che invece sembra chiaro è che il giudicante, limitandosi ad un eccessivo ossequio verso massime di legittimità, sente nondimeno l'esigenza di impedire l'esito sanzionatorio necessitato sulla base delle considerazioni che ha svolto, assegnando rilevanza liberatoria a circostanze prive di valore oppure più correttamente inquadrabili nel giudizio di pericolo (del tutto eliso), ovvero ancora nel giudizio sulla colpa, assolutamente assente in favore di una chiara responsabilità da posizione.

L' "umanità", quindi, supera il diritto. Ma il diritto può anche essere "umano"¹⁰.

GHERARDO MINICUCCI

Foro it., 2016, II, 11 ss.; G. AMARELLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dommatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131 bis c.p. (seconda parte)*, in *St. iuris*, 2015, 1102 ss.; Id., *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto. Inquadramento dogmatico, profili politico-criminali e problemi applicativi del nuovo art. 131 bis c.p. (prima parte)*, in *St. iuris*, 2015, 968 ss.; R. BARTOLI, *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 659 ss.; P. CORSO, *La particolare tenuità del fatto può essere riconosciuta anche per un illecito penaltributario*, in *Corr. trib.*, 2015, 1451 ss.; C.F. GROSSO, *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 517 ss.; A. MARANDOLA, *I "ragionevoli dubbi" sulla disciplina processuale della particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 792 ss.; G. SPANGHER, *La particolare tenuità del fatto*, in *St. iuris*, 2015, 638 ss.

¹⁰ In proposito, G. FLORA, *I vincoli costituzionali nella interpretazione delle norme penali*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 4/2013, 50, ricorda la "saggia massima" di Giandomenico Pisapia: "Il diritto penale è fatto per gli esseri umani in carne ed ossa e non per i Santi".

Trib. Firenze, giudice per le indagini preliminari, 27 gennaio 2015 (dep. 10 febbraio 2015), n.163

Un'interpretazione sistematica del delitto di produzione di materiale pedopornografico impone di effettuare una valutazione del concetto di "utilizzo" tenendo conto anche del possibile consenso prestato dal minore, interpretato alla luce delle diverse fasce d'età indicate dal legislatore con riferimento alla libertà sessuale. Nel caso infatti di un consenso libero, spontaneo informato e consapevole ritenere che lo stesso non abbia alcun valore nella valutazione del caso concreto potrebbe comportare una limitazione di quella stessa libertà sessuale che l'ordinamento vuole invece riconoscere al minore ultraquattordicenne. Per quanto concerne invece il reato di diffusione di materiale pedopornografico non risulta necessaria nessuna indagine sul consenso eventualmente prestato, rilevando esclusivamente ed oggettivamente la caratteristiche specifiche delle immagini.

Dalle
Corti

Il testo integrale della sentenza è accessibile sul sito della rivista.

(*Omissis*)

MOTIVI DELLA DECISIONE. Si procede con le forme del rito abbreviato ritualmente richiesto dalla difesa all'udienza del 21.10.2014 dopo il rigetto dell'istanza di abbreviato condizionato all'espletamento di perizia tecnica sul materiale informatico in sequestro. La persona offesa si è ritualmente costituita parte civile. (*Omissis*)

6. Inquadramento giuridico.

I fatti accertati sono così riassumibili: su iniziativa e poi volere di una ragazza di anni diciassette e mesi dieci è stato registrato un video che riprende attività sessuali esplicite alla cui realizzazione ha concorso l'odierno imputato maggiorenne; il 29 ottobre 2012 ha divulgato il video pubblicandolo su un profilo facebook, certamente connesso ad una pluralità di altri profili che lo hanno visionato. Al fine di procedere alla qualifica giuridica dei fatti – inquadrati dalla procura nei reati di cui agli artt. 600 ter co. 1 c.p. (produceva) e 600 te1 co. 3 c.p. (divulgava) – occorre preliminarmente soffermarsi sulla *ratio* del reato contestato e sull'*iter*

che ha indotto il legislatore ad introdurre nel 1998 il reato di pornografia minorile ed ad adottare le modifiche normative del 2006 e del 2012. E ciò lo si farà soprattutto ai fini della valutazione del reato di produzione di materiale pedopornografico (la cui sussistenza peraltro escluderebbe la punibilità per il comma terzo in forza dell'esplicita clausola di esclusione prevista da quest'ultimo comma), posto che una prima lettura della legge potrebbe indurre ad affermare la sussistenza di questa grave condotta, sanzionata dall'art 600 ter co. 1 c.p, perché il video è stato certamente girato con il concorso dell'odierno imputato e presenta oggettivamente gli elementi indicati nella definizione offerta dall'ultimo comma dell'articolo richiamato, a norma del quale si intende per pornografia minorile qualsiasi rappresentazione di attività sessuali esplicite che coinvolgano minori degli anni diciotto. (*Omissis*) Come è noto la normativa in commento si pone quale attuazione e traduzione nell'ordinamento interno degli indirizzi che, in riferimento alla tutela dei minore, si sono venuti affermando a più riprese nell'ambito sovranazionale. (*Omissis*)

6.2 Il Bene Giuridico tutelato

(*Omissis*) La circostanza della minore età non va a costituire un'ipotesi aggravata di una più generale fattispecie di reato (come anche in passato si è previsto per talune fattispecie, ad esempio per quella di prostituzione) mirante a tutelare qualunque soggetto destinatario di quelle condotte; qui la vittima del reato, il soggetto passivo è "tipico" e coincide con il minore (il bambino, il fanciullo individuati nelle Fonti sovranazionali). Solo questi è soggetto titolare del bene giuridico protetto: ciò è indicativo di una volontà legislativo che si è messa nella direzione di prevedere una tutela diretta e autonoma per quel soggetto da tutte le condotte idonee anche solo a mettere in pericolo quel bene giuridico di cui gli si riconosce la titolarità. Per garantire il bene giuridico così ricostruito, come premesso, è apprestata una tutela penale anticipata: salvaguardare il minore vuol dire anche prevenire quei fenomeni di sfruttamento e di abuso lesivi della libertà sessuale, della dignità, e più in generale compromissori del sereno svilupparsi della sua personalità. In questo senso è orientata anche un consolidata giurisprudenza di legittimità, la quale configura il reato di cui all'art.600 ter, comma n. 1 quale reato di pericolo concreto: secondo la Corte «oltre alla preesistente tutela penale della libertà (di autodeterminazione e maturazione) sessuale del minore, viene introdotta una tutela penale anticipata volta a reprimere quelle condotte prodromiche che mettono a repentaglio il libero sviluppo personale del minore, mercificando il suo corpo e immettendolo nel circuito perverso della pedofilia». (Sez. U, Sentenza n. 13 del 31/05/2000 Ce., dep. 05/07/2000, Rv. 216337)

(*Omissis*)

6.3 il concetto di "utilizzazione" e la rilevanza del consenso.

La richiamata riforma del 2006 (art. 2 della l. 138/2006) ha parzialmente modificato il primo comma dell'art.600 ter: oltre a mutare in termini

di evento la precedente finalità di realizzare esibizioni pornografiche (che infatti connotava finalisticamente la condotta di sfruttamento) e ad aggiungere l'ulteriore condotta della induzione dei minori degli anni 18 a partecipare ed esibizioni o spettacoli pornografici, ha sostituito l'originario riferimento allo "sfruttamento" dei minori con quello della "utilizzazione dei minori degli anni diciotto". Assai rilevante appare tale ultima modifica, anche ai fini del decidere il caso concreto in esame, in quanto con essa il legislatore ha cercato di mettere un punto fermo in relazione alle precedenti difficoltà interpretative che si erano riscontrate con riguardo al testo originario della nonna proprio con riferimento al termine "sfruttamento". La questione verteva principalmente sulle finalità che gli interpreti riconoscevano alla condotta di sfruttamento, e le opzioni interpretative che si vennero affermando erano sostanzialmente due: da un lato quella "economicistica" orientata a ritenere sussistente la condotta di sfruttamento solo in quanto la stessa fosse finalizzata ad un fine di lucro o comunque ad un fine economico per l'autore del reato; per la seconda lo sfruttamento poteva ritenersi integrato a prescindere da una specifica finalità di lucro o di ritorno economico. (*Omissis*) Era (ed è) di tutta evidenza che accedere all'una o all'altra delle ricostruzioni in merito alla condotta di sfruttamento non risultava essere priva di conseguenze sul piano applicativo: a seguire il primo indirizzo la condotta incriminata avrebbe coperto una tipologia di comportamenti o atti sicuramente più ristretta rispetto al secondo, in virtù della necessità di verificare nel caso concreto anche quale fosse effettivamente la finalità perseguita dall'autore della condotta, non potendosi ritenere integrato il reato nel caso di sussistenza di scopi privati o egoistici ulteriori e diversi da quello del fine di profitto o comunque non comportanti anche una ricaduta economica per l'autore del reato. (*Omissis*) Sulla questione si era pronunciato anche il giudice di legittimità

nel 2000 (Sez. U, Sentenza n. 13 del 31/05/2000 Cc. , dep. 05/07/2000, RV. 216337) che fra la traduzione del concetto di sfruttamento in termini economicistici e l'interpretazione nel senso di un più generale approfittamento dell'imaturità del minore, ha avvallato tale seconda impostazione, ritenendo inoltre che la fattispecie dell'art.600 ter comma 1, n. 1 c.p. configurasse un'ipotesi di reato di pericolo concreto. Con le parole della Corte di Cassazione la norma persegue «chiunque impieghi uno o più minori per produrre spettacoli o materiali pornografici con il pericolo concreto di diffusione del materiale pornografico prodotto». In questo modo le Sezioni Unite hanno confermato l'opzione ermeneutica che ritiene non essenziale, perché sia integrata la condotta di sfruttamento, il perseguimento della finalità lucrativa. In altri termini con il verbo sfruttare il legislatore avrebbe tradotto il significato di «utilizzare a qualsiasi fine». (*Omissis*)

La legge 38 del 2006 ha codificato la soluzione offerta dalla giurisprudenza appena richiamata in quanto ai fini della integrazione del delitto è richiesta una condotta volta ad “utilizzare” il minore, la quale consente di riportare sotto l'alveo applicativo della norma anche condotte non orientate al fine di lucro o commerciale, essendo sufficiente che venga utilizzato il minore nella produzione del materiale pornografico. Con l'introduzione del termine «utilizzare», come ha ritenuto la giurisprudenza, il legislatore ha voluto ampliare la tutela garantita al minore – a fronte di interpretazioni che in precedenza ritenevano necessaria la presenza di una finalità di lucro o comunque di un fine economico per ritenere sussistente la condotta di sfruttamento – ancorandola alle ipotesi di condotte finalizzate alla mercificazione dello stesso, di approfittamento fisico e morale della sua persona. In altri termini l'utilizzazione del minore può ritenersi integrata ogniqualvolta lo stesso risulti destinatario“ di condotte o di atti tali da ritenersi corrispondenti ai poteri comunemente esercitati sulle

cose“, che in conseguenza rendono la condizione del minore equiparabile a quella della schiavitù. In questo senso si esprime la Corte di legittimità, la quale afferma che «ai fini della configurabilità del delitto di cui all'art.600 ter, comma primo, cod. pen., il concetto di utilizzazione comporta la degradazione del minore ad oggetto di manipolazioni, non assumendo in questi casi valore esimente l'eventuale consenso da questi prestato (Sez. III, sentenza n.27252 del 05/06/2007, dep. 12/07/2007, 1813237204).

L'irrelevanza del consenso ed il concetto di utilizzazione impongono, tuttavia, un ulteriore sforzo interpretativo alla luce dell'intera disciplina dettata dal codice penale per la tutela non soltanto della personalità del minore ma anche della sua sfera sessuale. Il legislatore del 2012 (legge 1.10.12 n.172) ha dettato una disciplina particolarmente severa in tema di pornografia minorile equiparando, senza alcuna distinzione, tutti i minori degli anni diciotto, con una definizione che lascia ben pochi margini interpretativi: per pornografia minorile si intende ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali (art 600 ter ultimo comma c.p.). (*Omissis*) Nella valutazione dei reati di cui all'art. 600quater c.p. , 600quater c.p. e 600ter co. 2e 3 c.p. non è richiesto all'interprete di indagare se il minore abbia prestato il suo consenso o se, comunque, il minore sia stato “utilizzato”, venendo in rilievo soltanto le caratteristiche specifiche delle immagini (sessuali, vere o virtuali, di minori degli anni diciotto) e le condotte tipiche (detenere, divulgare , distribuire, pubblicizzare, offrire, cedere..). Scelta che si comprende bene alla luce delle finalità che ci si proponeva di perseguire, già richiamate precedentemente, sintetizzabili nella necessità di approntare una tutela quanto più ampia possibile, anticipata e per certi versi omnicomprensiva, della

posizione del minore e del bene inviolabile di cui è riconosciuto come titolare: sanzionando qualsiasi condotta connessa ad immagini pedopornografiche si vuole ridurre il pericolo di sfruttamento dei minori.

Diversa è la valutazione che si impone, a parere di chi scrive, con riferimento alla ben più grave condotta prevista e punita dall'art 600 ter co. 1 c.p. Si è già detto che la norma richiede l'utilizzazione ovvero la mercificazione del minore, l'approfittamento fisico e morale della sua persona. Nella valutazioni di questi concetti non può trascurarsi che il nostro ordinamento penale riconosce già alla persona maggiore degli anni quattordici il diritto alla libertà sessuale, quale manifestazione della libertà del soggetto nonché della sua personalità, principio che si desume dal fatto che l'art 609 quater c.p. sanziona il compimento di atti sessuali soltanto con persone minori degli anni quattordici. (*Omissis*) Occorre, allora, chiedersi come conciliare le diverse disposizioni normative che, da un lato, riconoscono al minore che abbia compiuto i quattordici anni la capacità di prestare un consenso libero e consapevole a determinarsi al rapporto sessuale (altra questione sarà poi quella di verificare se effettivamente nel caso concreto il minore abbia potuto decidere in maniera libera e scegliere quindi senza condizionamenti provenienti dall'esterno) mentre dall'altro, per quanto attiene agli episodi e alle condotte che ricadono nell'ambito applicativo della fattispecie dell'art.600 ter comma 1 n.1 c.p., sembrano escludere alcuna rilevanza all'eventuale consenso del minore alla rappresentazione video o fotografica di dette attività. In realtà, proprio una interpretazione sistematica del reato in, estinto impone, a parere di chi scrive, di effettuare una valutazione del concetto di "utilizzazione" tenendo conto anche del possibile consenso prestato dal minore, interpretato alla luce delle diverse fasce d'età indicate dal legislatore con riferimento alla libertà sessuale. Certamente il soggetto che non ha anco-

ra compiuto il quattordicesimo anno d'età non è ancora ritenuto capace di disporre della sua libertà sessuale, in quanto non ha ancora raggiunto quel grado di maturazione e di educazione tali da consentirgli di cogliere effettivamente il significato e le conseguenze dell'atto al quale si determinerebbe, ed è per questo che è penalmente rilevante qualsiasi atto e comportamento da altri realizzato che a quella libertà (non ancora compiuta) attenti, prescindendosi di conseguenza da ogni tipo di consenso del minore eventualmente manifestato il quale, proprio perché immaturo, non potrà mai essere veramente libero e consapevole. Diverso è il caso della persona che tale soglia d'età abbia già raggiunto, come pure del soggetto che si collochi nei successivi. gradi di crescita (dai quattordici ai sedici e dai sedici ai diciotto). È chiaro che, in questo caso, spetterà all'interprete indagare le specifiche circostanze del caso al fine di verificare se vi sia stata una facoltà effettiva di scelta ed una decisione consapevole, insomma una manifestazione di volontà idonea ad escludere che la realizzazione del materiale che raffigura attività sessuali – esplicite, reali o simulate o qualunque sua rappresentazione degli organi sessuali – sia stata realizzata sfruttandone la persona. Spetta all'interprete accertare che si sia trattato di un consenso libero, spontaneo, scevro da qualsiasi forma di condizionamento, che possa dirsi informato e consapevole, cioè prestato da soggetto che sia in grado di cogliere il significato della condotta e che non sia, perciò, da altri condizionato o ingannato. In presenza di un tale consenso, che sia validamente prestato secondo le condizioni sopra indicate, ritenere che lo stesso non abbia alcun valore nella valutazione del caso concreto, potrebbe in ipotesi limitare fortemente quella stessa libertà sessuale, e le relative manifestazioni della stessa, che l'ordinamento invece vuole riconoscere.

7. Assoluzione per il reato di cui all'art 600 ter co. 1 c.p.

In applicazione di questi principi si ritiene che nella condotta di _____ non sia in alcun modo ravvisabile quella condotta di “utilizzare” sanzionata dal legislatore. Ed, infatti « come riscontrato nelle dichiarazioni di entrambe le parti la registrazione del rapporto sessuale è stata conseguenza non solo del consenso della ragazza minorenni ma di una sua iniziativa, non condizionata in alcun modo, tanto che la stessa provvedeva ad iniziare le registrazioni utilizzando il proprio telefono cellulare (abitudine peraltro che i due hanno reiterato nel tempo anche dopo che la ragazza aveva compiuto la maggiore età) ed aveva la materiale disponibilità del materiale così realizzato (dalle stesse indicazioni di _____ risulta che tutti i video, ad eccezione di quello pubblicato, erano da lei detenuti in via esclusiva). In questo caso la persona offesa non soltanto ha prestato un libero, consapevole e maturo consenso, ma dalle stesse dichiarazioni della ragazza risulta mancare qualsiasi elemento da cui desumere una qualche forma di manipolazioni da parte dell'imputato o comunque una qualsiasi situazione di soggezione da cui possa essere derivata una sua strumentalizzazione. Conseguente sentenza di assoluzione di _____ per il reato di cui all'art 600 ter co. 1 c.p. a lui ascritto perché il fatto non sussiste.

8. Condanna per il reato di cui all'art 600 ter co. 3c.p.

Opposte le conclusioni che si impongono per

il reato di cui all' art 600 ter co. 3 c.p. per il quale _____ va condannato essendo stata acquisita la prova di tutti gli elementi costitutivi del reato. (Omissis) È indubbio che in questo caso il video pubblicato su facebook sia pedopornografico, secondo la definizione offerta dall'art 600 ter ultimo comma c.p., perché riprende un rapporto sessuale con una ragazza che, sia pure per pochi mesi, era minore degli anni diciotto: le possibili incertezze sul punto, emergenti dalle prime dichiarazioni in cui si faceva un generico riferimento alla line del 2011, sono state definitivamente fugate dalle dichiarazioni dell'imputato che ha confermato quanto in un secondo momento riferito dalla querelante, ovvero di averlo registrato nei mesi di ottobre/novembre 2011. È certa la pubblicazione del video avvenuta sul profilo “_____” Facebook è un servizio di rete sociale lanciato nel febbraio del 2004, uno di quelli più visitati al mondo. (Omissis) la potenzialità di diffusione ad un numero indeterminato di utenti del materiale immesso su facebook è altissima. In questo caso il profilo “_____” presentava già il giorno successivo alla pubblicazione del video una ventina di amici e certamente almeno otto/ nove persone hanno potuto visionare il video. Non appare revocabile in dubbio, quindi, che la pubblicazione sul sito facebook integri la condotta di divulgazione sanzionata dal comma terzo e non una mera cessione prevista e punita dal quarto comma.

(Omissis)

Brevi riflessioni sul sexting, sul concetto di “utilizzo del minore” e sulla diffusione di materiale pedopornografico consensualmente prodotto.

1. Una breve premessa sul fenomeno del *sexting*.

Nonostante le progressive modifiche che hanno segnato, nell'ultimo ventennio, la normativa in materia di pornografia minorile, quest'ultima non risulta ancora idonea a tutelare tutte le possibili condotte che possono nuocere allo sviluppo psico-fisico dei minori coinvolti. Oggi infatti le modalità attraverso le quali la pornografia può creare danno alle sue vittime si sono sdoppiate. Le immagini e le riprese pedopornografiche in circolazione spesso non sono il frutto di un'attività clandestina e organizzata di stampo criminale avente finalità di lucro, ma vengono prodotte a livello “amatoriale” e privato, da soggetti i quali non immaginano nemmeno il potenziale rilievo penalistico della propria condotta. La produzione di video e immagini sessualmente espliciti è infatti, di per sé, assolutamente lecita, in quanto riconducibile alla sfera intima della coppia, ma può divenire una porta d'accesso per reati di varia natura, quali la produzione e la divulgazione di immagini pedopornografiche. Quando infatti un'immagine o un video che è stato prodotto per essere condiviso nell'intimità della coppia viene invece divulgato pubblicamente, la persona ritratta (anche adulta) va incontro a vergogna, shock e panico. Nel caso specifico di un minore può verificarsi un vero e proprio blocco del percorso di crescita con conseguente compromissione dello “sviluppo fisico, psicologico, spirituale, morale e sociale”¹. Tali termini designano indubbiamente il bene giuridico alla cui protezione è preposto l'art. 600 *ter* c.p., ma notevoli sono i relativi problemi interpretativi. La norma in questione, essendo stata pensata per combattere lo sfruttamento pornografico dei minori volto ad alimentare il circuito della pedofilia, non sembra applicabile al caso di cui alla sentenza (v. *infra*): nel caso del *sexting*², infatti, l'offensività della condotta non è caratterizzata tanto dalla produzione del materiale sessualmente esplicito, realizzato sempre attraverso il consenso, quanto alla sua diffusione, mirante a mortificare il soggetto “*sexato*” rendendo pubblica la sua intimità all'interno della propria cerchia amicale e relazionale. Nel caso del *sexting* viene infatti capovolto il tradizionale rapporto reato principale-reato secondario esistente tra le condotte di *produzione* e *divulgazione* di materiale pedopornografico, sia sotto il profilo della maggiore-minore gravità, e quindi retributivo, sia sotto quello della strumentalità dell'uno alla realizzazione dell'altro³. Quando la creazione di materiale pedopornografico è legata al circuito della pedofilia, tale materiale viene prodotto utilizzando

¹ Cfr. Preambolo della L.269/1998.

² Dall'inglese “sex” (sesso) e “texting” (inviare messaggi), ossia la pratica di inviare immagini sessualmente allusive attraverso il cellulare o internet.

³ Cfr. A. VERZA, *Sulla struttura speculare e opposta di due modelli di abuso pedopornografico*, in http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1429694136VERZA_2015a.pdf.

e sfruttando il minore per fini sessuali ed economici, ed il momento cruciale della condotta dannosa si concretizza proprio al momento della *produzione*, dato che la relativa divulgazione andrà a coinvolgere soggetti estranei alla vita ed alle relazioni del minore stesso. Nel caso del *sexting*, invece, la produzione del materiale pedopornografico avviene con il consenso del minore “*sexato*”, pertanto se il momento della produzione risulta in se stesso assolutamente neutro e secondario, è con la *divulgazione* del materiale prodotto che si realizza il danno per l’integrità psico-fisica del minore. Divulgazione che non avviene a scopo di lucro ma di vendetta, con il preciso intento di colpire personalmente *quel* minore. Quindi, mentre nella produzione di materiale pedopornografico a scopo “commerciale” la divulgazione è solo un mezzo per ricavare da tale materiale un utile, nel *sexting* non vi è alcuna strumentalizzazione del minore ritratto, il quale tendenzialmente è assolutamente consenziente. Consenziente però al fatto che il partner possa visionare le proprie foto o video che lo ritraggono in atteggiamenti intimi, ma non alla diffusione degli stessi. Diffusione che, nel “*sexting secondario*” o “*revenge porn*”, viene effettuata proprio tra amici e conoscenti del minore “*sexato*”, ingenerando nello stesso un gravissimo senso di vergogna e imbarazzo.

2. Il fatto e le argomentazioni della decisione.

La sentenza emessa dal Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Firenze (10 febbraio 2015, Gip Silvia Cipriani) ha gettato nuova luce sull’inadeguatezza del nostro art. 600 *ter* c.p. nel fornire tutela verso le più moderne forme di abuso pedopornografico, senza parlare del *vacuum* normativo in ordine all’abuso pornografico nei confronti di soggetti che non siano minorenni. Con la predetta sentenza è stato infatti assolto dalla contestazione di cui al primo comma dell’art. 600 *ter* “perché il fatto non sussiste” e condannato semplicemente per il reato di *divulgazione*, l’imputato accusato di aver postato sul social network Facebook, a dichiarato scopo di vendetta per la rottura di una relazione sentimentale, materiale sessualmente esplicito, ritraente una diciassettenne che all’epoca aveva prestato il proprio consenso alle riprese, realizzandone essa stessa la parte iniziale. Nelle 25 pagine di sentenza il Gip si è dovuto relazionare con la nuova pratica del *sexting*, consistente nella creazione di video e immagini sessualmente espliciti, normalmente finalizzati alla condivisione con il partner, e quindi trasmessi allo stesso. Pratica che risulta particolarmente in voga tra i minorenni, ma che coinvolge indubbiamente anche soggetti maggiorenni, in special modo di sesso femminile. I fatti di cui alla sentenza rappresentano un caso emblematico del c.d. “*revenge porn*” ovvero dell’intenzione di svilire una persona rendendo pubblicamente accessibile, come nella pornografia, la sua intimità sessuale, a scopo di vendetta. Come riportato in sentenza, l’imputato, poco prima di pubblicare il video, aveva infatti scritto in un messaggio alla querelante “*ti rovinerò (...), te lo prometto...vedrai che ti renderò la vita impossibile*”. Il *revenge porn*, a ben vedere, si colloca a cavallo tra la pedopornografia e lo stalking, ma non risulta pienamente inquadrabile in nessuna delle due fattispecie, almeno non per come sono strutturate nel nostro ordinamento. Per quanto concerne il reato di pedopornografia deve tenersi presente che l’art. 600 *ter* c.p. è stato pensato con l’obiettivo di combattere essenzialmente lo *sfruttamento* (termine utilizzato nella normativa introdotta nel 1998) pornografico dei minori volto ad alimentare il circuito della pedofilia. Proprio sull’elemento del *consenso* il Gip del Tribunale di Firenze si è concentrato per motivare la propria decisione di assolvere l’imputato in ordine al reato di cui al primo comma dell’ art. 600-*ter* c.p. Il giudicante è giunto infatti alla predetta decisione sulla base di due argomenti: il consenso prestato dalla

ragazza alle riprese varrebbe ad escludere la presenza di manipolazioni o situazioni di soggezione, e, dunque, quella forma di sfruttamento richiesta dalla norma; il consenso del minore ultra quattordicenne, per analogia con quanto previsto in merito alla sua libertà di compiere atti sessuali, *ex art. 609-quater c.p.*, finirebbe per rendere legittima la condotta⁴. Ma percorriamo più dettagliatamente i motivi della decisione, prima di addentrarci nel cuore delle relative criticità. Il giudice apre la motivazione della sentenza in esame vagliando l'attendibilità delle dichiarazioni della querelante. La ragazza aveva dichiarato di aver intrattenuto con l'imputato una relazione sentimentale, interrotta per volontà della stessa nel marzo del 2012. Il ragazzo però non accettava la rottura, e tentava vari approcci di riavvicinamento, sia telefonicamente che presentandosi più volte nei luoghi abitualmente frequentati dalla ragazza; tali condotte si erano protratte dal marzo sino all'ottobre 2012, creando anche allarme e disagio. Tuttavia la vittima non querelava l'ex fidanzato per il reato di "atti persecutori" *ex art. 612 bis c.p.*, né il Pubblico Ministero procedeva in tal senso, nonostante la connessione tra tale reato ed il reato di pornografia minorile, procedibile d'ufficio. Il giorno 29 ottobre 2012, dopo aver visto la ragazza flirtare con un altro ed aver inviato un messaggio con scritto "*se me lo dicevi come una persona normale io non ti rompevo ma sei così cattiva e puttana che non hai idea ma ti rovinerò come tu hai rovinato me, te lo prometto... vedrai che ti renderò la vita impossibile*", l'imputato postava su Facebook un video relativo ad un rapporto sessuale avvenuto tra i due durante l'intercorsa relazione sentimentale. Tale video era stato girato a fine del 2011 quando la ragazza era ancora minorenni, su iniziativa della stessa, la quale aveva iniziato la prima parte della ripresa. Altri video erano stati girati successivamente, quando ella però aveva raggiunto la maggiore età, rimanendo tuttavia nella esclusiva disponibilità della querelante. L'imputato caricava il predetto video su un profilo Facebook di sua fruibilità, certamente connesso ad una pluralità di altri profili che lo hanno visionato. Il giudice, nonostante l'intervenuta costituzione di parte civile della ragazza volta ad ottenere il risarcimento del danno morale subito, ha ritenuto pienamente attendibili le dichiarazioni della querelante, ed ha parimenti considerato, in forza dei riscontri esterni⁵ e delle dichiarazioni rese dall'imputato stesso, assolutamente certa la provenienza del video postato su Facebook. Tuttavia il giudicante assolve l'imputato dal reato di *produzione* di materiale pedopornografico di cui all'*art. 600-ter c.p.*, e lo condanna esclusivamente per il "minore" reato di *divulgazione*. Il giudicante, nel procedere del proprio percorso argomentativo, si sofferma per precisare come la circostanza della minore età non vada a costituire un'ipotesi aggravata di una più generale fattispecie di reato mirante a tutelare qualunque soggetto destinatario di quelle condotte, essendo il soggetto passivo tipico e coincidente con il minore.

3. Breve excursus sull'evoluzione normativa dei delitti di pornografia minorile.

⁴ Cfr. <https://www.key4biz.it/digital-crime-quando-il-sexting-costituisce-reato/125112/>

⁵ Si legge in sentenza che "*la pubblicazione è avvenuta pochi minuti dopo l'invidio del messaggio minaccioso da parte dell'imputato, il video era nella disponibilità dell'imputato ed è stato pubblicato su Facebook avvalendosi della connessione internet del suo cugino, presso un'abitazione frequentata dall'imputato (si vedano le dichiarazioni rese in sede di perquisizione) e di un profilo di fantasia che già in precedenza l'imputato aveva utilizzato per contattare la ragazza e soprattutto per minacciarla*".

Per comprendere il motivo di tale decisione occorre soffermarsi sulla *ratio* del reato contestato e sull'*iter* che ha indotto il legislatore ad introdurre nel 1998 il reato di pornografia minorile ed ad adottare le modifiche normative del 2006 e del 2012. La normativa italiana in questione è stata ciclicamente rivista nell'ultimo ventennio per dare attuazione e traduzione nell'ordinamento interno degli indirizzi che, in riferimento alla tutela del minore, si sono venuti affermando a più riprese nell'ambito sovranazionale. *In primis* viene citata in sentenza la *Convenzione sui diritti del fanciullo* firmata a New York e ratificata dallo stato italiano con la l.27 maggio 1991 n.176, la quale agli artt. 34⁶ e 35⁷ esplicita i fondamentali parametri e riferimenti in materia. Viene poi fatto riferimento alla *Dichiarazione finale della conferenza mondiale di Stoccolma* del 1998, con la quale viene chiesto agli Stati di “*criminalizzare lo sfruttamento sessuale dei bambini a fini commerciali, così come le altre forme di sfruttamento sessuale dei bambini*”, dato che “*lo sfruttamento sessuale dei bambini a fini commerciali costituisce una forma di coercizione e di violenza esercitata contro di loro, ed equivale al lavoro forzato ed ad una forma moderna di schiavitù.*” Infine il giudice fa riferimento alla l.172/2012, con la quale è stata data attuazione alla *Convenzione del Consiglio D'Europa sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali*, firmata a Lanzarote il 25 ottobre del 2007, e nella quale si legge sia che “*il benessere e l'interesse superiore dei minori sono valori fondamentali condivisi dagli Stati membri e devono essere promossi senza alcuna discriminazione*”, sia che “*lo sfruttamento sessuale dei minori, in particolare sotto forma di pornografia e di prostituzione infantili, nonché tutte le forme di abuso sessuale dei minori (...) mettono seriamente a rischio lo sviluppo psico-sociale dei minori.*” Come si evince chiaramente dagli articoli sopra citati il concetto chiave in materia di pornografia minorile risulta essere quello di *sfruttamento*, e l'*intentio legis* è quella di colpire l'intero circuito della pornografia minorile, dalla produzione al commercio, dalla distribuzione alla divulgazione, per reprimere anche la sola cessione dello stesso materiale. Tuttavia l'art. 2 della l.38/2006 ha parzialmente modificato il primo comma dell'art. 600-*ter* ed ha sostituito l'originario riferimento allo “sfruttamento” dei minori con quello della “utilizzo dei minori degli anni diciotto”.

4. Il concetto di “utilizzo” e la rilevanza del consenso.

Il termine “sfruttare” aveva infatti precedentemente creato notevoli difficoltà interpretative, spaccando la dottrina in due opinioni contrapposte, in ordine alla necessità o meno di una qualche utilità economica connessa allo sfruttamento. Abbracciando l'orientamento secondo cui la condotta incriminata si sarebbe configurata con il mero approfittamento della condizione di (presunta) immaturità del minore, e quindi anche a prescindere dall'eventuale ritorno economico derivante dalla condotta tipica, si ampliava notevolmente lo spettro delle condotte incriminabili. Il Gip precisa che sul punto si sono pronunciate

⁶ “*Gli Stati parti si impegnano a proteggere il fanciullo contro ogni forma di sfruttamento sessuale e di violenza sessuale. A tal fine, gli Stati adottano in particolare ogni adeguata misura a livello nazionale, bilaterale e multilaterale per impedire: a) che dei fanciulli siano incitati o costretti a dedicarsi ad un'attività sessuale illegale; b) che dei fanciulli siano sfruttati a fini di prostituzione o di altre pratiche sessuali illegali; c) che dei fanciulli siano sfruttati ai fini della produzione di spettacoli o di materiale a carattere pornografico.*”

⁷ “*Gli Stati parti adottano ogni adeguato provvedimento a livello nazionale, bilaterale e multilaterale per impedire il rapimento, la vendita o la tratta di fanciulli per qualunque fine e sotto qualsiasi forma.*”

anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali hanno confermato l'opzione ermeneutica che ritiene non essenziale, perché sia integrata la condotta di sfruttamento, il perseguimento della finalità lucrativa, avendo il termine "sfruttare" il significato di "utilizzare a qualunque fine"⁸. La l. 38 del 2006 ha codificato la soluzione offerta dalla giurisprudenza, e il nuovo termine "utilizzare" consente di ricondurre sotto l'alveo applicativo della norma anche condotte non aventi fine di lucro, essendo sufficiente che venga utilizzato il minore nella produzione di materiale pornografico. Come si legge testualmente in sentenza, la definizione di materiale pedopornografico prescinde dalle sue modalità di realizzazione e dall'indagine sull'effettivo sfruttamento del minore, di talché il reato di cui all'art. 600-ter, 1° comma c.p., richiede la punizione di chi produce materiale pedopornografico utilizzando minori degli anni diciotto, senza fare riferimento alcuno ad un eventuale consenso del minore stesso. Il caso di cui alla sentenza sembrerebbe dunque rientrare, a livello lessicale, all'interno della fattispecie prevista dalla norma. Tuttavia secondo il Gip "il fatto non sussiste", e questo perché il *consenso* prestato dalla ragazza alle riprese comporterebbe l'esclusione di manipolazioni o situazioni di soggezione. Il termine "utilizzare", pur non necessitando di un ritorno economico, dovrebbe comunque comportare la degradazione del minore ad oggetto di manipolazioni. Manipolazioni che (secondo il Gip) non possono dirsi sussistenti in caso di valido consenso. Tale conclusione non pare tuttavia, a parere di chi scrive, condivisibile. *In primis* perché il bene giuridico tutelato dall'art 600-ter c.p. risulta ontologicamente diverso da quello tutelato dall'art. 609-*quater* c.p., di talché non si comprende come il consenso prestato dal minore possa essere considerato equivalente nell'ambito di due fattispecie completamente diverse. Il compimento di atti sessuali consensuali da parte dell'infraquattordicenne può infatti assumere un valore esperienziale e sentimentale che risulta del tutto estraneo alla produzione e fruizione di materiale pornografico. Ed è proprio tale valore che giustifica un'eccezione alla regola generale della mancanza di validità del consenso del minore. Eccezione che, nel caso del compimento di atti sessuali *ex art. 609-*quater* c.p.*, viene esplicitata dal legislatore, il quale invece nulla dice a proposito del consenso in materia di produzione di materiale pedopornografico. A ben guardare non si tratta di una "distrazione", ma di una precisa scelta legislativa, dato che la Convenzione di Lanzarote esplicitamente prevedeva per gli Stati la possibilità di escludere o diminuire la pena in caso di consenso dell'ultraquattordicenne alla produzione di tale materiale. Il legislatore, in occasione della L.172/2012, ben avrebbe potuto estendere al reato di cui all'art. 600-ter c.p. una clausola per il minore ultraquattordicenne simile a quella prevista dall'art. 609-*quater* c.p., ma così non ha fatto. Decisione che pare assolutamente condivisibile! Tale materiale infatti, anche se non nasce con la finalità di alimentare il circuito della pedofilia, può sempre potenzialmente incrementarlo. La scelta del giudicante non pare quindi condivisibile, risultando la stessa *ultra*, se non addirittura *contra legem*, anche se da quanto finora esposto si evince chiaramente come la fattispecie prevista dall'art. 600-ter prima comma sia sensibilmente diversa da quella di cui alla sentenza. Anche la pedopornografia prodotta nell'ambito del *sexting*, e cioè caratterizzata dal consenso o addirittura autoprodotta⁹, dovrebbe essere oggetto di sanzione, però in una misura diversa da quella (pesantissima!¹⁰) prevista dal

⁸ Cfr. Sez. Un., Sentenza n.13 del 31/05/2000. dep. 05/07/2000, Rv. 216337.

⁹ C.d. *Selfie*.

¹⁰ "È punito con la reclusione da sei a dodici anni e con la multa da euro 24.000 a euro 240.000 chiunque: 1) utilizzando minori di

primo comma dell'art. 600-ter c.p. Un ragionamento analogo a quello operato dal Tribunale di Firenze e fondato sul consenso è stato operato anche dalla Corte D'Appello di Milano¹¹, riguardo al reato di detenzione di materiale pedopornografico. La Corte d'Appello di Milano ha escluso che la condotta di chi detiene materiale pornografico, realizzato direttamente da una minore ultra quattordicenne e da questa consegnato consensualmente ad altro soggetto, integri il reato di detenzione di materiale pornografico previsto dall'art. 600-*quater* c.p. In particolare, la Corte ha escluso che nel caso di specie vi sia stata utilizzazione del minore nella condotta detentiva, requisito necessario ai fini della configurazione del delitto di cui all'art. 600 *quater* c.p. che punisce la condotta di chi detiene materiale pornografico «realizzato utilizzando minori degli anni diciotto»¹². Il consenso prestato dal minore non deve essere valutato come concetto assoluto e astratto, bensì alla luce dei singoli elementi che connotano il caso concreto, quali “l'età del minore rispetto al consenso prestato, le modalità di richieste per ottenere il consenso, le modalità di espressione del consenso, il coinvolgimento o meno di terzi, la destinazione successiva delle immagini autoprodotte, e così via”¹³.

5. Nodi critici della sentenza.

La sentenza del Tribunale di Firenze ha dato molto risalto al valore del consenso prestato dal minore ultraquattordicenne al momento della produzione del materiale pedopornografico (v. *supra*), senza dare però la debita considerazione all'offesa che viene recata al minore consenziente nel momento in cui viene divulgata pubblicamente un'immagine che era stata realizzata per restare “privata”. Consenso che viene considerato doverosamente rilevante sulla base di un'interpretazione dell'art. 600. ter c.p. letto in combinato con l'art. 609 *quater* c.p. Il giudice, nel compiere questa operazione ermeneutica, non ha operato però il necessario *distinguo* tra un rapporto sessuale reale ed uno virtuale, e soprattutto sulle conseguenze che dai predetti possono derivare. Mentre infatti un rapporto sessuale “reale” si consuma e resta nella memoria esclusiva dei due partecipanti, così non è nel caso in cui il detto rapporto venga immortalato in un video o anche solo in una fotografia: la rappresentazione videografica o fotografica del rapporto carnale può infatti diventare di dominio pubblico, fuoriuscendo completamente dal controllo dei protagonisti. Le immagini prodotte possono non solo potenzialmente entrare nell'ambito del circuito della pedofilia, ma possono sicuramente arrecare un grave danno alla “onorabilità sessuale” del minore, andando a minare profondamente ed in modo duraturo l'equilibrio psico-fisico del minore stesso. Pertanto è proprio la potenzialità di incontrollata diffusione che determina la criminogeneticità della registrazione della sessualità minorile, cosicché punire la produzione privata di materiale pedopornografico avrebbe la funzione di anticipare la soglia della tutela penale, in un ambito (quello appunto della tutela dei minori e del loro benessere psico-fisico) in cui l'anticipazione appare assolutamente lecita

anni diciotto, realizza esibizioni o spettacoli pornografici ovvero produce materiale pornografico; (...)”.

¹¹ C. App. Milano, ud. 12 marzo 2014, Pres. Rizzi, Est. Domanico

¹² Cfr. G. SASSAROLI, *In tema di detenzione di materiale pornografico realizzato utilizzando minori di anni diciotto: una sentenza assolutoria della Corte d'appello di Milano*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹³ C. Appello Milano, 12.3.2014, cit., 14.

se non doverosa. La scelta operata dal Tribunale di Firenze, così come dalla Corte d'appello di Milano, risulta comprensibile solo per quanto concerne il c.d. *sexting primario*, e cioè la produzione di materiale pornografico col consenso libero e consapevole di un minore ultraquattordicenne, risultando però del tutto sconnessa dal dato di fatto che spesso la produzione di tale materiale degenera nell'invio non consentito delle immagini a terzi (c.d. *sexting secondario*). Tutto ciò senza considerare che la punibilità delle condotte di "diffusione", "pubblicazione", "divulgazione" e "cessione" di materiale pornografico minorile (art. 600 *ter* co. 2 e ss. c.p.) è subordinata alla circostanza che l'oggetto materiale del reato sia il "materiale pornografico di cui al primo comma" della norma, rinviando così, direttamente, alla presunta utilizzazione "a monte" del minore. "Utilizzazione" assente quando le immagini sono state realizzate con l'accordo del minore ultraquattordicenne nell'ambito di una relazione privata¹⁴. Da ciò deriverebbe che non possono ritenersi integrati i delitti di divulgazione, diffusione, cessione, ecc. di pornografia minorile se non hanno ad oggetto materiale che è stato prodotto da un terzo attraverso l'utilizzo strumentale di un minore¹⁵. Il giudice del Tribunale di Firenze, distaccandosi totalmente da un'interpretazione letterale della norma di cui all'art. 600-*ter* c.p., ha operato una vera e propria scissione fra il primo comma della stessa e le condotte disciplinate dai commi successivi, ignorando l'esplicito rimando al "materiale di cui al primo comma" indicato in queste ultime, e riconoscendone l'applicabilità indipendentemente dalla presunta utilizzazione del minore¹⁶. Ed è proprio sulla base di questa scissione che il giudicante assolve l'imputato dal reato di *produzione* condannandolo invece per quello di *diffusione*, precisando nella motivazione che per quanto concerne il reato di *diffusione* non rileva minimamente l'eventuale consenso prestato dovendosi guardare solo alla natura oggettivamente pornografica delle immagini. Se questa interpretazione offerta dal Gip del Tribunale di Firenze si rivela logica e pragmatica, perché consente (almeno parzialmente) di tutelare il minore da condotte lesive che altrimenti rimarrebbero impunte, tuttavia non può tacersi che essa si scontra apertamente con il dato letterale della norma, una norma che pare formulata nel suo insieme in modo da indicare un sistema circolare delle incriminazioni¹⁷. Anche se nell'ambito del *sexting* la "produzione" di materiale pornografico assume il ruolo di reato prodromico e secondario, concentrandosi sull'offesa all'integrità psico-fisica del minore nel momento della diffusione, non per questo tale condotta deve andare esente da sanzione, come effettivamente è stato nel caso di specie di cui alla sentenza. Nel caso del *sexting* o *revenge porn* la clausola di esclusione¹⁸ prevista dal terzo comma dell'art. 600-*ter* c.p. appare assolutamente priva di fondamento, mentre l'attuale formulazione del primo comma vanifica completamente la portata innovativa della Convenzione di Lanzarote. Il giudice infatti, nel caso del *sexting* e di materiale auto o consensualmente prodotto, si trova nell'impensabile alternativa di punire in un'ottica estensiva anche il minore ripreso (con una pena estremamente pesante!) o di non punire affatto. Risulta pertanto evidente l'inadeguatezza del nostro impianto normativo a rendere giustizia alle vittime del *sexting secondario*, ed il relativo vuoto normativo.

¹⁴ M. BIANCHI, *Il sexting minorile non è più reato?*, cit. 18.

¹⁵ *Ibid.*, 4.

¹⁶ *Ibid.*, 19.

¹⁷ *Ibid.*, 20.

¹⁸ "Chiunque, al di fuori delle ipotesi di cui ai commi primo, secondo e terzo, offre o cede ad altri, anche a titolo gratuito, il materiale pornografico di cui al primo comma, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa da euro 1.549 a euro 5.164".

Sarebbe pertanto opportuno un intervento legislativo volto a prendere di mira questa nuova tipologia di abuso pornografico che si caratterizza non per la strumentalizzazione del minore realizzata attraverso la produzione del materiale, quanto per la divulgazione dello stesso, la quale danneggia e mortifica la personalità del minore coinvolto.

6. Conclusioni.

Da quanto finora esposto appare evidente che la normativa attuale mal si adatta ai casi di *sexting*. La legge n. 269/1998 è stata introdotta per tutelare lo sviluppo psico-fisico dei minori e per combattere l'operato dei pedofili e la mercificazione della sessualità infantile, ma gli strumenti che esistevano a quel tempo erano ben diversi e più limitati di quelli odierni. Le giovani generazioni se da un lato possono usufruire a piacimento di cellulari ed internet, dall'altro si trovano a dover gestire i rischi non solo di un'esistenza reale ma anche virtuale. Rischi del tutto sconosciuti al Legislatore del 1998, ed ancora poco evidenti nel 2006 quando il Legislatore ha potuto emendare le norme sulla pedopornografia. Solo recentemente il problema del *sexting* (termine coniato dalla stampa britannica nel 2005) ha attratto l'attenzione di stampa, psicologi e giuristi. In particolare l'intervento della giurisprudenza si è reso necessario perché la formulazione delle norme sulla pedopornografia non risulta idonea a disciplinare questi nuovi fenomeni. Come già detto *supra*, nelle condotte relative al *sexting* l'offesa arrecata al minore si estrinseca solo attraverso la diffusione, essendo la creazione del materiale tendenzialmente volontaria, sia nel caso di materiale auto-prodotto che in quello prodotto col consenso del minore rappresentato. Il presupposto dell'*utilizzazione*, per quanto abbia ampliato l'originaria nozione di *sfruttamento*, implica comunque una strumentalizzazione della vittima, elemento che mal si concilia con un eventuale consenso prestato dal minore. Inoltre la mancata previsione legislativa di cause di non punibilità comporta una potenziale criminalizzazione di condotte adolescenziali che sono solo una mera espressione della libertà sessuale. Pertanto, riconducendo i casi di *sexting* nell'ambito dei delitti di pornografia minorile, si rischia di porsi in contrasto sia con il principio di uguaglianza che con quello di proporzione, soprattutto perché anche in punto di pena il massimo disvalore è attualmente attribuito alla produzione del materiale. La decisione del Tribunale di Firenze è l'ennesima dimostrazione degli sforzi compiuti da una giurisprudenza che non dispone di strumenti adeguati e proporzionati per disciplinare questo fenomeno. In assenza di una normativa *ad hoc* i giudici del merito hanno spesso attinto ad altre fattispecie criminose, nessuna delle quali si rivela però idonea a tutelare le varie e diverse condotte di *sexting*. Per quanto concerne infatti il delitto di "atti persecutori" (c.d. *stalking*) esso richiede, per la tipicità della condotta, gli elementi ulteriori delle molestie e minacce, solitamente inesistenti nelle condotte di *sexting*, tanto che, paradossalmente, potrebbe risultare più facilmente punibile la minaccia di pubblicare un video che non la pubblicazione vera e propria del video stesso. Parimenti inidoneo risulta a tal fine il delitto di "diffamazione", adottato in alcuni casi di *sexting*, risultando differenti il disvalore e l'offensività che connotano le condotte di *sexting* e quelle diffamatorie. All'aggressione all'onore ed alla reputazione dell'individuo si aggiunge infatti quella all'intimità ed alla riservatezza del soggetto. Riservatezza che peraltro non risulta adeguatamente tutelata nemmeno dal delitto di illecito trattamento dei dati personali (art. 167 del Testo sulla *Privacy*) poiché in tale fattispecie criminosa nessuna rilevanza è data né alla natura del dato trattato né al rapporto che lega l'autore del fatto alla vittima del reato, elementi invece fondamentali per valutare il disvalore delle condotte di *sexting*. Da quanto finora esposto risulta assolu-

tamente evidente la complessità di questo nuovo fenomeno, stante la necessità di un difficile bilanciamento di interessi fra la tutela dei minori ed il rispetto dei loro diritti e libertà fondamentali, *in primis* la libertà sessuale e di espressione. Sarebbe pertanto auspicabile che l'Italia¹⁹, prendendo coraggiosamente le mosse da una nuova e non sempre gradevole cultura dell'immagine e della sessualità, si accingesse a redigere una normativa *ad hoc* espressamente pensata per arginare questo complesso e sempre più diffuso fenomeno del *sexting*. Personalmente riterrei opportuno che il Legislatore operasse una riflessione in materia non solo riguardo ai minorenni, ma anche nei confronti dei soggetti maggiorenni: infatti, anche se la produzione e diffusione di materiale pornografico (anche a fine di lucro) che coinvolge solo maggiorenni non può essere incriminata di per sé in un ordinamento ispirato al principio di laicità, la diffusione a fini illeciti può invece essere sanzionata. Pertanto sarebbe utile interrogarsi sull'opportunità di intervenire già a colpire la mera diffusione sorretta dal dolo specifico di menomare la dignità o di procurare un danno anche non patrimoniale al soggetto ritratto.

RAFFAELLA BARONI

¹⁹ Così come hanno già fatto sia ordinamenti europei che extraeuropei, quali la Spagna e gli Stati Uniti.

Trojan horse: tecnologia, indagini e garanzie di libertà

A CURA DI RINALDO ROMANELLI

(COMPONENTE DELLA GIUNTA U.C.P.I., AVVOCATO DEL FORO DI GENOVA)

Il “Focus” si propone di offrire al lettore una serie di spunti e di osservazioni critiche da diverse angolazioni prospettiche (il giudice, l’investigatore, l’avvocato, il tecnico, il professore) in merito al tema dell’utilizzo del captatore informatico quale strumento investigativo.

L’argomento è relativamente “nuovo”, posto che è stato portato agli onori della cronaca dalla recente sentenza delle Sezioni Unite “Scurato”, malgrado tale tecnica di indagine sia in uso ormai da alcuni anni (da quando e con quali modalità e quantità di impiego è argomento che, tra gli altri, sarà trattato dagli autori che hanno offerto il loro contributo a questo “contenitore”).

La prospettiva non vuole essere quella di una nota di commento alla pronuncia del Supremo Collegio (benché molte osservazioni muovano necessariamente dalle argomentazioni in essa contenute) e neppure quella di un trattato che copra ogni aspetto della complessa materia, bensì un’occasione di riflessione e di confronto di idee, non sempre convergenti, in merito alle potenzialità, all’impiego pratico, all’efficacia, che il captatore offre, ai rischi che comporta, alle garanzie ed alle libertà che comprime, qualche volta travolgende.

Il tema non è, pertanto, circoscritto all’uso del captatore per l’esecuzione di intercettazioni di comunicazioni tra presenti in ambito domiciliare (questione cui è limitato l’intervento del Supremo Collegio), ma si estende agli altri possibili numerosi impieghi operativi dello strumento (con uno sguardo anche ai regimi vigenti in Francia e Portogallo).

La questione impone, in fondo, una riflessione di carattere generale circa la relazione tra tecnologia e libertà e una constatazione in merito al rapporto tra legge ed evoluzione tecnologica.

Sotto il primo aspetto il punto sul quale è necessario ragionare senza infingimenti è: fino a che punto lo Stato può controllare la vita del cittadino?

Il progresso scientifico, in questo caso in campo informatico, ma non solo, offre strumenti sempre più efficaci che consentono un penetrante controllo mirato (intercettazioni telefoniche, ambientali, di flussi di dati, localizzazione Gps ecc.) ed un costante e non meno invasivo tracciamento diffuso di dati (movimentazioni bancarie, prelievi bancomat, modalità di utilizzo di carte di credito, telepass, segnalazioni antiriciclaggio, registrazione di acquisto di titoli di trasporto nominativi, riprese video di telecamere a circuito chiuso, tracce della navigazione *internet*, dati presenti su *smartphone* e *computer* non previamente intercettati, ma analizzabili a seguito di sequestro, ecc.), cui si può attingere quando sorge l’esigenza investigativa.

È forse il caso di cominciare a prendere atto che non tutto quello che è tecnologicamente possibile acquisire risulta anche compatibile con i principi di libertà che sono garantiti dalla Costituzione e sono alla base del patto che unisce la società civile in un Stato democratico?

Il punto è il senso del limite, che talvolta sembra mancare.

Sotto il secondo profilo, non si può che prendere atto che la legge è costretta ad inseguire un’evoluzione

scientifiche che si presenta sempre più rapida ed imprevedibile e nel lasso temporale tra la disponibilità del nuovo mezzo investigativo e l'intervento del legislatore, la tutela dei diritti del cittadino è affidata ad un'interpretazione giurisprudenziale spesso più attenta ad esigenze vere o presunte di sicurezza sociale, che non alle garanzie costituzionali dell'indagato.

Uno sguardo viene dato, dunque, in chiusura anche alle prospettive *de jure condendo* che si identificano ora in una norma di delega da poco approvata dalla Commissione Giustizia del Senato (inserita nel DDL S2067 sulla riforma del processo), pensata proprio a seguito dell'arresto delle Sezioni Unite, che si prefigge di disciplinare l'utilizzo del captatore informatico (limitatamente però alle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti, senza trattare le altre possibili modalità di impiego a fini investigativi) ed un disegno di legge (C3762) presentato alla Camera nell'aprile di quest'anno – appena il mese successivo rispetto all'ordinanza della Sesta Sezione che ha rimesso la questione alle Sezioni Unite – più ampio, che riguarda anche il sequestro da remoto di dati diversi dal traffico telematico e telefonico.

Intercettazioni a mezzo captatore informatico: applicazioni pratiche e spunti di riflessione alla luce della recente decisione delle Sezioni Unite

DI EDMONDO PIO

(GIUDICE PRESSO IL TRIBUNALE DI TORINO)

Con la recente sentenza 28.04-1.07.2016 n. 26889, affrontando il problema della legittimità delle intercettazioni effettuate a mezzo di “*captatore informatico*” (ossia disposte attraverso l'installazione di virus informatici attivati su computer o smartphone che, conseguentemente, consentirebbero la captazione delle conversazioni, anche tra presenti, “seguendo” indistintamente tutti gli spostamenti dell'utilizzatore del dispositivo elettronico), la Corte di Cassazione a Sezioni Unite ha affermato che:

a) deve escludersi *de iure condito* la possibilità di intercettazioni nei luoghi indicati dall'art. 614 c.p. con il mezzo del captatore informatico al di fuori della disciplina derogatoria di cui all'art. 13 l. 203/91 (conv. D. L. 152/91); in tale caso, precisa la Corte, non potrebbe nemmeno invocarsi la sanzione della inutilizzabilità dei risultati derivanti dall'attività di captazione “*essendo la stessa riservata a gravi patologie degli atti del procedimento e del processo e non ad ipotesi di adozioni di provvedimenti contra legem*” (punto 6 motivazione);

b) limitatamente ai procedimenti per delitti di criminalità organizzata è, invece, consentita l'intercettazione di conversazioni e comunicazioni tra presenti, mediante l'installazione di un “captatore informatico” in dispositivi elettronici portatili (personal computer, tablet, smartphone, etc..) anche nei luoghi di privata dimora di cui all'art. 614 c.p., anche se ivi non si stia svolgendo l'attività criminosa ed “*a prescindere dalla preventiva individuazione ed indicazione dei luoghi in cui la captazione deve essere espletata*” (punto 10 motivazione), a condizione che il giudice, nell'autorizzare le particolari intercettazioni “tra presenti” in oggetto motivi adeguatamente le proprie determinazioni;

c) per “*delitti di criminalità organizzata*” si deve intendere “*non solo quelli elencati nell'art. 51 commi III bis e III quater c.p.p., ma anche quelli comunque facenti parte a un'associazione per delinquere ex art. 416*”

cod pen., correlata alle attività criminose più diverse, con esclusione del mero concorso di persone nel reato”.

Nell'articolata motivazione la Corte, dopo aver richiamato talune iniziative parlamentari finalizzate ad introdurre una normativa ad hoc che disciplinasse specificamente l'utilizzo nelle indagini penali di un software simbolicamente definito “trojan horse” o captatore informatico-agente intrusore, e dopo aver ribadito la “tenuta costituzionale” della disciplina delle intercettazioni ambientali cd. “tradizionali” (art. 266 c. II c.p.p.), ha in particolare affermato l'irrelevanza (nei casi consentiti) di una espressa indicazione del luogo ove deve essere svolta l'attività di captazione (questione che, com'è noto, costituiva il *thema decidendum* prospettato nell'ordinanza di rimessione della VI sezione penale), rilevando tale indicazione limitatamente alla motivazione del decreto nella quale il giudice deve indicare le situazioni ambientali oggetto della captazione “e ciò solo ai fini della determinazione delle modalità esecutive del mezzo di ricerca della prova che avviene mediante la collocazione fisica di microspie” (punto 5 motivazione).

In realtà, l'uso del captatore informatico quale “naturale modalità di attuazione delle intercettazioni al pari della collocazione di microspie” (punto 10 motivazione) di questo particolare mezzo di ricerca della prova rappresenta “una” delle molteplici potenzialità di azione che potrebbero essere valorizzate dagli organi di investigazione, di prevenzione e sicurezza.

Oltre, infatti, alla possibilità di captazione di conversazioni telefoniche-telematiche e/o tra presenti, si pensi alla possibilità di “ingresso” informatico in altri sistemi ed a distanza, di apprensione di documenti informatici, anche dati, fino alla captazione di immagini (mediante attivazione di web-cam).

Va peraltro evidenziato che, nella pratica quotidiana giudiziaria, le modalità tecniche con le quali avvengono le operazioni di intercettazione attiva non prevedono, in genere, un'attivazione permanente e continuativa – neppure tecnicamente possibile né utile perché determinerebbe un repentino esaurimento della batteria del telefono monitorato e un consumo abnorme di traffico dati che esaurirebbe in breve tempo il volume consentito all'utente e che, soprattutto, aumenterebbe la possibilità di disvelamento dell'attività di indagine da parte del soggetto monitorato – bensì attraverso un comando da remoto attivato di volta in volta dagli operatori del soggetto che fornisce il servizio di intercettazione, su richiesta della p.g. operante (a seconda delle esigenze investigative da perseguire), che, attraverso il monitoraggio telefonico tradizionale e la localizzazione del telefono, è in grado di individuare il luogo ove il dispositivo si trova nonché le persone con cui il soggetto monitorato ha intenzione di incontrarsi.

Le esperienze giudiziarie maturate nel campo delle indagini in procedimenti di criminalità organizzata e terrorismo confermano la centralità dell'acquisizione delle informazioni a mezzo di intercettazione di comunicazioni e di flussi telematici.

Costituisce dato di esperienza il ricorso abituale, da parte delle organizzazioni criminali, a comunicazioni criptate di vario genere (whatsapp; skype; ecc.), la riduzione all'essenziale delle strutture organizzative (spesso dislocate su ambiti territoriali molto ampi e “transanzionali”) e, conseguentemente, il ricorso sistematico a comunicazioni via web, ad es., per l'avvicinamento, il reclutamento, l'indicazione in termini generali delle modalità operative nonché, infine, l'utilizzo delle comunicazioni web anche in termini “offensivi” (hackeraggio; penetrazione di sistemi informatici protetti, etc.).

Appare pertanto evidente l'importanza del tema della accessibilità da parte dell'autorità giudiziaria a tali nuove modalità di comunicazione; la straordinaria velocità con cui mutano le tecnologie di comunicazioni è pari al progresso con cui si sviluppano le tecniche di elusione di ogni captazione possibile che si affidano alla impenetrabilità degli apparecchi utilizzati, alla inaccessibilità di particolari reti di comunicazione o alla adozione di sistemi di criptazione dei messaggi scambiati.

In questo senso si è, pertanto, sostenuto che l'adozione dei virus informatici nell'ambito delle intercettazioni di conversazione consente più che un potenziamento, un recupero della efficacia “perduta” o compromessa delle tecniche attuali.

Ad esempio, e sempre traendo spunto dalla esperienza giudiziaria, molte applicazioni di uso comune si avvalgono della criptazione che avviene in origine e alla fine della comunicazione, con sistemi diversi a seconda del produttore dello strumento ma che hanno in comune l'impossibilità di avere le chiavi di entrata e di uscita, che non sono in possesso di coloro che comunicano.

Ciò rende la comunicazione non intercettabile, e l'esperienza insegna che questi metodi di comunicazione criptati (WhatsApp; Skype ecc.) sono utilizzati anche dalle organizzazioni criminali e/o terroristiche per le ordinarie comunicazioni.

Il ricorso all'intercettazione a mezzo "virus" spesso costituisce l'unico strumento in grado di captare le conversazioni criptate dopo la decriptazione, acquisizione che avviene mediante la captazione della comunicazione subito dopo la decriptazione, quando giunge sul dispositivo, oppure subito prima nel caso di comunicazione in uscita.

Quali ulteriori potenzialità di tale strumento, si è sottolineato che essendo il virus in grado di invadere ogni parte del dispositivo e dunque di acquisire ogni tipo di informazione in esso contenuta (si tratti di immagini, documenti, messaggi ecc..), ciò finirebbe con il realizzare una sorta di perquisizione informatica, cui seguirebbe l'apprensione del contenuto (e cioè il suo sequestro).

Al tempo stesso, poiché il virus, in alcune sue strutturazioni, pervade l'intero dispositivo, esso consentirebbe anche operazioni "offensive", dalla distruzione o alla sostituzione di *files*, all'invio di comunicazioni, all'installazione di programmi ulteriori e così via, attività e operazioni che, tuttavia, fuoriescono dal concetto di intercettazione per quanto "lato".

Tali "potenzialità" (la disamina delle quali va, però, ben oltre il pronunciamento della Suprema Corte e l'oggetto del presente scritto) non consentono, tuttavia, di pervenire ad un giudizio ostativo *tout court* dell'istituto in oggetto.

Al contrario, proprio con riferimento alla preoccupazione che l'utilizzo di tale strumento possa produrre esiti lesivi, o mettere in pericolo, la dignità umana o beni di pari valore costituzionale la Suprema Corte afferma (richiamando quanto considerato dalla Procura Generale nella memoria redatta per la Camera di Consiglio del 28.04.16, anch'essa pubblicata) che tale "pericolo" ben può essere "neutralizzato" con gli strumenti di cui dispone l'ordinamento "*ad esempio facendo discendere dal principio personalistico enunciato dall'art. 2 della Costituzione e dalla tutela della dignità della persona che ne deriva, la sanzione di inutilizzabilità delle risultanze di specifiche intercettazioni che nelle loro modalità di attuazione e/o nei loro esiti abbiano acquisito <in concreto> connotati direttamente lesivi della persona e della sua dignità*" (punto 10.1 motivazione).

Ciò che conta qui mettere in rilievo, concludendo questa breve riflessione, è che lo strumento si è dimostrato di straordinaria importanza nelle indagini di criminalità organizzata di stampo mafioso e di terrorismo.

Tuttavia, proprio a fronte dell'estremo dinamismo tecnologico dello strumento adoperato e della rapidissima evoluzione delle contrapposte tecnologie di captazione ed elusione delle comunicazioni, deve essere sempre tenuto presente il quadro dei principi a cui l'interprete e l'operatore del diritto devono comunque attenersi.

È infatti di tutta evidenza che l'impiego del software debba assicurare il rispetto delle garanzie che presidiano la riservatezza della vita privata, la cui compressione deve avvenire solo in un'ottica di attento bilanciamento dei contrapposti interessi di rilievo costituzionali (l'inviolabilità del domicilio, l'inviolabilità e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione, la libertà delle persone e della loro sfera privata, ma anche l'interesse dello Stato a perseguire e reprimere i più gravi fenomeni di commissione dei reati a tutela della sicurezza nazionale e della incolumità dei cittadini), in termini strettamente necessari ed indispensabili per garantire le più elementari e vitali esigenze della sicurezza privata e collettiva.

La Suprema Corte (che più volte nel corso della motivazione richiama i principi, ed i precedenti, costituzionali e sovranazionali *in subiecta materia*) ha, innanzi tutto, sottolineato (e ribadito) il principio che il

ricorso a tale nuova “modalità” di investigazione tecnologica non è di per sé contrario alla Costituzione e/o ad altre fonti sovranazionali (*in primis*, l’art. 8 CEDU sub punto 10.2 motivazione; si vedano, altresì, gli artt. 7-8 Carta dei Diritti Fondamentali, l’art. 16 TFUE e l’art. 39 TUE).

L’attenzione deve allora spostarsi, più che sulla legittimità in sé dello strumento di indagine delle intercettazioni con captatore informatico (affermata nella decisione citata), sulle idonee precauzioni procedurali (in sede di autorizzazione dell’intercettazione e di successive proroghe) che devono presiedere alla delibazione dei presupposti, dei limiti (anche temporali) ed al concreto utilizzo di tale strumento.

Ad esempio, sia in sede di richiesta che nel provvedimento autorizzativo, potranno essere specificate le modalità operative che consentano di parametrare l’attività di captazione con le esigenze investigative in concreto da perseguire, o si potrà prevedere l’attivazione, da remoto, del “trojan” solo per la captazione di comunicazioni che avverranno alla presenza dell’indagato e/o di altri determinati soggetti individuati, o ancora si potrà prevedere la captazione solo in luoghi predeterminati con l’esclusione di altri (contribuendo, quindi, ad attenuare i rischi per la privacy di “terzi”).

Un ultimo accenno va svolto con riferimento alla nozione di “*delitti di criminalità organizzata*”.

Nella citata memoria la Procura Generale aveva ricondotto tale nozione al disposto di cui all’art. 407 c. II lett. a) c.p.p. o, alternativamente, all’esito di una ricognizione sistematica desumibile dai dati normativi già presenti nell’ordinamento (art. 270 *bis* c.p., art. 416 *bis* c.p. e 74 dpr 309/90).

L’opzione interpretativa seguita dalla Suprema Corte nella decisione in oggetto, include in tale concetto non solo i reati elencati nell’art. 51 commi III *bis* e III *quater* c.p.p., ma anche quelli “*comunque facenti parte a un’associazione per delinquere ex art. 416 cod pen., correlata alle attività criminose più diverse, con esclusione del mero concorso di persone nel reato*”.

Il principio non è nuovo, essendo già stato affermato in precedenza (sempre a Sezioni Unite) in tema di disciplina della sospensione feriale e termini (SSUU 22.3-11.5.05 n. 17706), ed accolto anche da decisioni a sezioni semplici (Cass. Pen. VI sez. 19.03.13 n. 28602).

In una prospettiva *de iure condendo*, ci si chiede, tuttavia, se l’uso dello strumento investigativo *de quo* debba essere esteso anche in caso di indagini avverso un’associazione a delinquere tesa alla perpetrazione di reati-fine di modesta gravità ed, al contrario, se non sia da valutare l’opportunità di estendere l’uso di tale strumento investigativo in caso di indagini per reati non associativi, o non commessi in un contesto di criminalità organizzata, ma anch’essi di rilevante gravità (es. art. 575 c.p., ma non solo).

Il Trojan – Aspetti tecnici e operativi per l’utilizzo di un innovativo strumento d’intercettazione

DI MARCO ZONARO

(CONSULENTE ISCRITTO ALL’ALBO DEI PERITI DEL TRIBUNALE DI ROMA)

La Suprema Corte, affrontando l’argomento del c.d. “captatore informatico”, con la nota sentenza del 28 aprile 2016, l’ha definito come dotato di “*formidabile invadenza*” e mai locuzione poteva essere più azzeccata. In realtà non so quanto i Giudici della Corte di Cassazione abbiano una reale contezza delle effettive potenzialità di questo formidabile strumento d’intercettazione di comunicazioni e di acquisizione di dati in-

formatici (in realtà la sentenza ne affronta solo gli aspetti legati alla possibilità di captazione di conversazioni tra presenti), ma di certo ne hanno colto in pieno lo spirito innovativo che rivoluziona e stravolge il concetto stesso d'intercettazione. Infatti, prima o poi doveva accadere che la tecnologia al servizio delle indagini penali mettesse a disposizione degli investigatori dispositivi idonei a contrastare il continuo evolversi degli strumenti di comunicazione e di messaggistica che risultavano non intercettabili mediante i tradizionali impianti installati presso le sale CIT delle Procure. Negli ultimi anni abbiamo assistito alla nascita di applicativi per computer e telefoni smartphone che consentono, non solo la comunicazione verbale tra due o più persone, ma, anche lo scambio di file e di dati e lo scambio di materiale multimediale (foto, video, messaggi vocali, file di testo, fogli elettronici e ogni sorta di file informatico) in totale sicurezza e garanzia per la privacy degli utenti. Applicativi come il popolarissimo strumento di messaggistica istantanea Whatsapp, o il suo antagonista Telegram, il famosissimo Skype, il Messenger di Facebook, Instagram, così come molti altri, non sono intercettabili con i tradizionali mezzi attualmente in uso alle Procure; tali applicativi, infatti, non sfruttano infrastrutture di telecomunicazione dedicate bensì utilizzano, per il loro funzionamento, la rete internet ed i relativi protocolli di trasferimento dati. Cerchiamo di fare un po' di chiarezza con qualche esempio: una comunicazione telefonica che intercorre tra due utenti (indipendentemente che siano utenti di rete mobile o fissa), è intercettabile grazie alla collaborazione dell'Operatore di telefonia a cui appartiene l'utente bersaglio che "devia", duplicandola, la conversazione al sistema d'intercettazione installato presso la Procura richiedente. Lo stesso concetto è valido per tutte le intercettazioni di conversazioni tra presenti, sia che avvengano con microspie funzionanti su rete radiomobile GSM/UMTS (come se fossero dei normali telefoni cellulari), sia che vengano captate con microspie digitali in radiofrequenza, il cui segnale venga poi instradato su rete telefonica. Dunque, in questi casi l'intercettazione è possibile perché il segnale vocale (o il testo nel caso di SMS/MMS e FAX), transita su reti direttamente gestite dagli Operatori di telefonia. Le cose cambiano quando il messaggio transita attraverso la rete internet ed è cifrato all'origine come nel caso degli applicativi di messaggistica istantanea che ho citato precedentemente. Poco cambia se il mezzo fisico di trasporto è sempre quello dell'Operatore di telefonia a cui è abbonato l'utente, in quanto, in questo caso è il protocollo di comunicazione a non essere direttamente gestito e controllato. La navigazione in internet avviene grazie ad un meccanismo di "impacchettamento" delle informazioni che poi vengono inviate a destinazione; ogni singolo pacchetto di dati contiene al suo interno sia "l'indirizzo" del mittente che quello del destinatario. I pacchetti di dati in rete possono viaggiare sia "in chiaro", ossia leggibili da chiunque li intercetti, oppure "cifrati", ossia leggibili solo ed esclusivamente da chi ne possiede la chiave di decrittazione. I sistemi di messaggistica istantanea Whatsapp, Telegram, Skype, ecc. cifrano i propri dati in modo da assicurare i loro utenti che le loro comunicazioni non possano essere violate o lette da chi non ne sia l'esclusivo destinatario. Ciò significa che chiunque riuscisse ad intercettare il flusso di pacchetti costituenti un messaggio (compreso l'Operatore di telefonia al quale l'utente si appoggia per usufruire dei servizi internet), si ritroverebbe in mano una serie di informazioni digitali assolutamente inutilizzabili in quanto non decifrabili. Il c.d. "captatore informatico", a fini investigativi, nasce dunque principalmente con questo scopo: intercettare le comunicazioni verbali derivanti dall'utilizzo di sistemi di messaggistica altrimenti non intercettabili; eh sì, perché questi sistemi cifrano tutte le informazioni solo all'atto di uscire dal telefono ma al suo interno esse sono in chiaro e quindi facilmente leggibili. In realtà, poi, si è visto come il "captatore informatico" fornisca una serie di possibilità operative in quanto, di fatto, consente all'investigatore, da remoto, di assumere il controllo del telefono o del computer infettato. Vediamo quali sono alcune importanti operazioni eseguibili grazie all'inoculazione e all'utilizzo del "Trojan":

- **Attivazione remota del microfono del dispositivo:** in questa modalità l'apparato infettato si comporta come una microspia ambientale captando conversazioni di parlatori e rumori ambientali d'intensità sufficiente in relazione alla sensibilità del microfono dell'apparato.
- **Attivazione remota delle fotocamere presenti sul dispositivo:** in questa modalità il dispositivo invia

all'operatore le immagini che vengono catturate dalla o dalle videocamere (qualora ve ne sia installata più di una – ad es. sui telefoni smartphone), alternativamente.

- **Archiviazione di tutte le immagini ed i filmati presenti nelle gallerie:** questa opzione consente di estrapolare dal dispositivo controllato tutti gli elementi multimediali presenti nelle gallerie immagini e video e di archivarli sul server di ascolto.
- **Lettura ed archiviazione di tutte le chat relative ai sistemi di messaggistica istantanea:** questa opzione consente di leggere tutti i messaggi scambiati, con altri utenti o gruppi di utenti, mediante applicativi di “instant messaging” quali Whatsapp, Telegram, Hangouts, Skype, Messenger e molti altri. Tutte le conversazioni ed i relativi allegati multimediali possono essere scaricati sul server di ascolto.
- **Lettura ed archiviazione della rubrica dei contatti memorizzati sul dispositivo.**
- **Lettura ed archiviazione della cronologia e dell'elenco delle chiamate memorizzate sul dispositivo.**
- **Attivazione della funzione di localizzazione del dispositivo:** mediante questa funzione è possibile attivare il ricevitore GPS del dispositivo che mostrerà, su di una piantina planimetrica, la sua posizione con precisione inferiore ai 20 metri.
- **Lettura ed archiviazione di tutti i messaggi di posta elettronica memorizzati sul dispositivo:** per ogni singolo account di posta elettronica configurato l'operatore può individuare le email inviate e ricevute ed archivarle sul server d'ascolto.

Quelle elencate sono le principali funzioni che un “captatore informatico” può fornire se correttamente inoculato in un dispositivo mobile o in un personal computer. Le modalità d'inoculazione sono diverse e sovente avvengono da remoto. La probabilità che l'inoculazione vada in porto da remoto è inferiore alla probabilità di successo per un'inoculazione che avvenga con la disponibilità fisica del dispositivo. Inoltre la probabilità di successo di un'inoculazione su un dispositivo mobile è decisamente inferiore rispetto alla percentuale di successi che si ottengono mediante l'inoculazione su personal computer. In pratica il “captatore informatico” altro non è che un piccolo programma software che, una volta entrato nel dispositivo bersaglio, pone in atto delle azioni tali da consentire il suo controllo senza che l'utente ne abbia coscienza: i programmi che agiscono in tal modo, in gergo informatico, sono chiamati “malware” (abbreviazione di MAlicious softWARE) e vengono, nel linguaggio comune, definiti “virus” in quanto alcune tipologie di essi hanno eccezionali capacità propagative. Della famiglia dei “malware” appartengono varie tipologie di virus tra cui i c.d. “Trojan Horse”; volendo dare una spiegazione forse un po' semplicistica, ma reale, su cosa sia un Trojan Horse potremmo dire che è un software malevolo che maschera la sua vera identità al fine di sembrare utile per il funzionamento del dispositivo o comunque interessante per l'uso che l'utente ne potrebbe fare. Ciò allo scopo di persuadere l'inconsapevole vittima ad installarlo. Normalmente il Trojan viene diffuso utilizzando tecniche d'Ingegneria sociale, ad esempio inducendo la vittima ad aprire l'allegato di una email apparentemente proveniente da indirizzi conosciuti, oppure a collegarsi su pagine web appositamente create o ancora ad effettuare il download di aggiornamenti per la sicurezza del dispositivo. Nel caso del Trojan ad uso investigativo l'agente intrusore agisce come una backdoor ossia “aprendo” una o più porte di comunicazione del dispositivo stesso verso il server d'ascolto e consentendo così il controllo dell'apparato. Contrariamente a quanto fanno molti virus e worm, i Trojan non tentano di iniettarsi in altri file o di propagarsi su altri dispositivi. Il controller, una volta andata a buon fine l'inoculazione del Trojan, agisce dal proprio computer inviando al dispositivo infettato istruzioni specifiche, costringendolo ad eseguire le operazioni suaccennate. Il controller è anche in grado di porre il Trojan in quiescenza o di costringerlo ad autodistruggersi non lasciando tracce nel dispositivo. La trasmissione dei dati, dal dispositivo infettato al server ricevente, non avviene in maniera diretta ossia non è effettuata mediante un collegamento di tipo end-to-end. Infatti, trattandosi, come abbiamo detto, di trasmissione di dati a pacchetto, dove ogni singolo pacchetto di dati trasmesso contiene sia l'indirizzo I.P. del mittente che quello del ricevente, è necessario far sì che un'eventuale analisi del dispositivo

infettato non consenta di risalire all'indirizzo I.P. del server ricevente. A tal fine, le società che producono il Trojan fanno sì che tra il bersaglio e il server ricevente s'interpongano una serie di ulteriori server, chiamati Proxy, che svolgono la funzione di "nascondere" il reale indirizzo I.P. del server destinatario dei dati così intercettati dal telefono o dal PC infettato. In merito al funzionamento del Trojan ed alle sue potenzialità già tanto si è detto, tuttavia vi sono alcuni aspetti che riguardano le sue modalità operative, che non sono stati ancora oggetto di adeguati approfondimenti. Il primo di essi riguarda proprio il concetto stesso di "controllo" del bersaglio, ossia la concreta possibilità di accedere ai dati del dispositivo infettato e di estrapolarli. Al di là della configurazione giuridica dell'atto, che non è materia tecnica, è necessario considerare che un qualunque prelievo di dati informatici eseguito con questa modalità, dev'essere realizzato nel rispetto di alcuni principi propri dell'ambito della Digital Forensics che sono:

- L'immodificabilità del contenuto della memoria del dispositivo target.
- La conformità dei dati acquisiti con i dati originali.
- La corretta conservazione dei dati acquisiti.

Per quanto concerne il primo punto appare evidente che le operazioni di controllo del dispositivo e di estrapolazione dei dati contenuti nella sua memoria non devono subire alterazioni di alcun genere; l'area di memoria dei dati utente deve restare integra; nessun dato deve poter subire alterazioni e nessun nuovo dato deve poter essere inserito nel dispositivo infettato. Per garantire la correttezza delle operazioni compiute potrebbe essere predisposto, ad esempio, un documento sul quale descrivere tutte le operazioni eseguite fin dall'istante d'inoculazione del Trojan. Questo documento potrebbe essere predisposto in modo tale da non poter essere modificato a seguito dell'inserimento di un nuovo evento e dovrebbe essere firmato digitalmente ad ogni successiva modifica.

Per quanto concerne il secondo punto la questione si presenta alquanto complessa. Infatti, nelle normali operazioni di acquisizione di dati informatici da supporti di memoria digitali, sia che esse vengano compiute ai sensi dell'art. 359 c.p.p. che ai sensi dell'art. 360 c.p.p. la procedura prevede che si possa dimostrare l'identità del dato acquisito con il dato originale, ossia con il dato che rimane memorizzato nel supporto in sequestro. Nel caso dell'utilizzo del Trojan, acquisire in maniera sia parziale che totale i dati presenti sul dispositivo infettato, dimostrando a posteriori la conformità del risultato dell'estrapolazione, risulta alquanto difficoltoso. Ciò in considerazione del fatto che il dispositivo (telefono o PC infettato dal virus) non è in sequestro e quindi non è fisicamente disponibile a chi esegue l'operazione. Inoltre, vi è da considerare che il dispositivo in questione continua ad operare normalmente e quindi continua a ricevere e fare telefonate, scattare foto, navigare in internet, modificando così, dinamicamente, il suo contenuto nel tempo. Tuttavia questo problema potrebbe essere comunque risolvibile ipotizzando, ad esempio, l'implementazione nel sistema d'intercettazione ricevente, di una certificazione dei dati acquisiti, mediante firma digitale, dell'impossibilità di una loro modifica a posteriori e della creazione di un log-report anch'esso certificato e non modificabile, ad ogni record memorizzato.

I dati acquisiti debbono poi essere archiviati su supporti non riscrivibili unitamente ai report-log creati, sia per le fasi di controllo del dispositivo che per le fasi di acquisizione dei dati.

La trasparenza delle operazioni eseguite mediante inoculazione di un Trojan è dunque un requisito fondamentale per un suo corretto impiego. Allo stato attuale, ma questo è solo un mio pensiero, ritengo che il suo utilizzo, senza dover ricorrere a società private, ossia delegando esclusivamente la P.G., sia alquanto improbabile. Come si è detto, infatti, l'inoculazione del Trojan prevede un notevole lavoro a monte di ingegneria sociale; essa richiede, caso per caso, uno studio specifico sul bersaglio. Ogni inoculazione rappresenta una sfida è a se stante e, soprattutto, l'evoluzione tecnologica in ambito di riservatezza e protezione dei dati personali – unitamente alla volontà dei service provider e dei costruttori dei dispositivi di assicurare il proprio cliente circa la tutela della sua privacy – fanno sì che, per poter disporre di tecnologie d'investigazione che

restino al passo con tali evoluzioni, siano necessari cospicui investimenti in ricerca e sviluppo che solo aziende private, economicamente motivate, possono affrontare. Affidare alla sola P.G. lo sviluppo e la gestione di queste nuove tecnologie altamente invasive è certamente possibile e, forse, offrirebbe anche maggiori garanzie, ma rende necessaria la creazione di specifici reparti, dotati di soluzioni software ed hardware sempre all'avanguardia, di personale altamente specializzato, e conseguentemente, dello stanziamento, permanente, di fondi sufficienti. L'affidamento dello sviluppo del servizio a imprese esterne e della sua fruizione da parte della Polizia Giudiziaria, resta, ad oggi, la sola alternativa per l'utilizzo del Trojan a patto di adozione di severe specifiche operative, di un efficace controllo da parte dell'Autorità Giudiziaria, e della possibilità, per le Difese, di verificare, a posteriori, la correttezza e la trasparenza di tutte le operazioni compiute.

“Captatori informatici”: per un ponte tra diritto e informatica

DI DANIELE MINOTTI

(AVVOCATO DEL FORO DI GENOVA)

Ancora una volta, risulta evidente che il legislatore non riesce a stare al passo con la tecnologia.

È questa una prima conclusione, di carattere generale, che si può trarre dalla lettura della pronuncia delle Sezioni Unite sui “captatori informatici”¹; soltanto, appunto, l'ennesima conferma.

Il ritardo, di per sé, non sarebbe il peggiore dei mali. Ma quando appare evidente che il *gap* è sovente colmato con scarsa attenzione per i diritti dell'uomo, al di là della sterile riproduzione di norme costituzionali e di Carte sovranazionali, allora la situazione diventa intollerabile.

Ciò va sempre evitato, specie quando ci si ritrova di fronte a sperequazioni in favore di una parte, normalmente dell'accusa.

Né il legislatore, né l'interprete – per giungere alla soluzione corretta – possono, però prescindere da un'adeguata conoscenza tecnica del problema; e ciò passa anche per un'analisi della terminologia usata correntemente, vera e propria chiave di volta dell'impianto.

Cosa sono, dunque, i “captatori informatici” di cui si discute?

Si tratta di programmi per sistemi informatici, installati surrettiziamente (per forza di cose) su dispositivi informatici (dispositivi mobili come smartphone e tablet, ma anche computer tradizionali e tutto quanto può essere definitivo sistema informatico). Essi sono destinati allo svolgimento di attività investigative, normalmente (ma non sempre, come vedremo) della famiglia delle intercettazioni.

Il nostro ambito, dunque, è quello dei mezzi di ricerca della prova.

Molti interpreti sembravano, in un primo momento, particolarmente affezionati alla locuzione “trojan di

¹ Corte di Cassazione, sezioni unite penali, sentenza 28 aprile 2016 (dep. 1° luglio 2016), n. 26889, in Penale.it, <http://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=1220>

Stato”, che sottolinea da un lato la provenienza pubblica, non privata, dall’altro la modalità di inoculazione surrettizia, proprio come quella, mitologica, del cavallo di Troia.

Ma è chiaro che, quando si fa esclusivo riferimento alle mentite spoglie di un programma, delle funzionalità del programma stesso non si spiega alcunché. Ne consegue che la locuzione è sostanzialmente inutile, anzi fuorviante.

Anche il termine “virus”, che evidenzia la propagazione “virale” del programma su una cascata di dispositivi, ma non ci spiega cosa farebbe, non è appropriata. Peraltro, nessun programma investigativo è scritto per diffondersi su altre apparecchiature.

Invero, da un punto di vista tecnico e considerate le molteplici peculiarità che si esporranno oltre, sembra più corretto il termine, onnicomprensivo, “*malware*”. Si tratta di un neologismo informatico che unisce i termini *malicious* (maligno) e software e che, per la sua ampiezza, è in grado di coprire tutti i programmi utilizzati per interferire sul normale funzionamento del dispositivo.

Perché il punto è esattamente quello: l’illegalità, di base, di questi strumenti.

Non si deve mai perdere di vista questo orizzonte: l’installazione, surrettizia, di programmi in un sistema informatico già di per sé può costituire violazione del domicilio informatico (art. 14 Cost. e il correlato reato di accesso abusivo a sistema informatico o telematico ex art. 615-ter c.p., ad esempio) se non, in caso di attivazione di proprie funzionalità, fatti di intercettazioni e perquisizioni illegali (art. 15 per la violazione della corrispondenza), ecc.

Tornando agli aspetti più strettamente terminologici, la giurisprudenza, invece, sembra aver optato per una locuzione indipendente, svincolata dal linguaggio dell’informatica.

In particolare, sembra molto diffusa la locuzione “captatore informatico”². Si tratta, però, di una scelta assai riduttiva. È pertinente al caso, di intercettazioni, preso in esame dalle Sezioni Unite, ma il pericolo è che possa costituire la base per indebite generalizzazioni.

Invero, non è possibile regolare tutti i mezzi di ricerca della prova informatica partendo dal paradigma dell’intercettazione.

L’espressione più corretta, tra quelle utilizzate in giurisprudenza, appare, pertanto, quella di “agente intrusore informatico” in quanto fa perno su tre concetti semplici e diretti: l’agire, l’intrusione, l’ambito informatico³.

Un programma per dispositivi informatici (non importa se mobili o fissi) è in grado di prendere completamente il comando della macchina, da remoto, divenendo un vero e proprio telecomando nelle mani di chi può maneggiarlo.

Sistemi di sicurezza permettendo (comunque sempre più sofisticati, per volere degli stessi produttori di sistemi operativi), può fare realmente ciò che vuole, ne dà atto pure la Cassazione.

Si pensi, per parlare del caso classico trattato dalla nota giurisprudenza, all’attivazione del microfono (intercettazione ambientale) o alla captazione del segnale telefonico già all’interno del dispositivo (intercettazione telefonica) o di altre (ove non coincidenti) comunicazioni (intercettazione telematica, anche col “monitoraggio” della tastiera – in questo caso si parla di “*keylogger*”).

Anche le telecamere del dispositivo possono essere attivate dall’“intrusore”, così rendendo possibile intercettazioni ancora più invasive di quelle limitate all’audio.

² Corte di Cassazione, sezione V penale, sentenza 14 ottobre 2009 (dep. 29 aprile 2010), n. 16556 in Penale.it, <http://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=1228>

³ Corte di Cassazione, sezione VI penale, sentenza 26 maggio 2015 (dep. 26 giugno 2015), n. 27100 in Penale.it, <http://www.penale.it/page.asp?mode=1&IDPag=1201>

Nello stesso semplice modo, per individuare più accuratamente la posizione del dispositivo (dunque, eventualmente, il possessore) rispetto alla tradizionale attivazione delle celle, è possibile attivare specifiche radio di geolocalizzazione (GPS e GLONASS, per esempio) e trarne i relativi dati.

Il catalogo delle “*features*” di un agente intrusore informatico è teoricamente illimitato anche se, pur poco nota e di scarsa applicazione (almeno ufficialmente), la più invasiva è certamente quella che consente di consultare file e inviare ogni possibile comando al dispositivo, come se lo stesso fosse tra le mani dell’operatore.

Qualcosa di molto vicino alle ispezioni e perquisizioni informatiche (con conseguenti sequestri), ma non del tutto coincidente.

Non v’è chi non veda quanto tutto ciò si ponga ben al di là della semplice intercettazione (ambientale, telefonica o telematica che sia) trattata in giurisprudenza; e quanto, conseguentemente, ci si trovi di fronte all’imbarazzante inadeguatezza della parte codicistica dedicata, oggi, ai mezzi di ricerca della prova.

Non pochi, anche tra i gli Autori di questa pubblicazione, hanno evidenziato tale realtà che si risolve non in una mera “aticipità” del mezzo (lecito, se risolvibile in ciò), ma in una vera e propria incostituzionalità del sistema (a fronte dei richiamati diritti di rango costituzionale e del mai trascurabile art. 8 CEDU).

Se, insieme a tutto quanto appena detto, si rammenta che, per una deprecabile “dimenticanza” del legislatore del 2008⁴, la violazione delle regole sui mezzi di ricerca della prova “informatici” non patisce alcuna sanzione processuale, si comprende come, allo stato, il sistema non possa più reggere.

La storia del diritto dell’informatica ci insegna che, spesso, nel disciplinare la materia il legislatore ha optato per l’uso della metafora per trasportare più agevolmente categorie e regole del tangibile nel mondo dei bit.

Ciò è evidente nella legge 547/93 sui reati informatici che ha introdotto le intercettazioni “informatiche” e, soprattutto, nella relazione governativa del disegno di legge che l’ha generata⁵ dove si parla apertamente, per fare un esempio, di “domicilio informatico” estensione di quello “tradizionale” riconducibile sotto la già esistente copertura costituzionale dell’art. 14.

La tecnologia aveva già prodotto una frattura che non poteva più essere colmata e controllata con leciti strumenti interpretativi.

Un metodo analogo si è osservato quando si è deciso di intervenire in tema di indagini informatiche, precisamente con la legge 48/2008.

Ancora una volta, la tecnologia aveva evidenziato il preoccupante distacco dalla legalità di certe procedure investigative imponendo un atto che ha affiancato, ai tradizionali mezzi di ricerca della prova da cui si è tratto il calco, quelli riferiti all’ambito informatico da inserire nel medesimo *corpus* codicistico.

Da tempo, anche in tema di agenti intrusori informatici, si è raggiunto un analogo punto di rottura che, considerati anche certi affanni, non può più essere gestito, anche dal più abile interprete.

È chiaro, pertanto, che la materia merita un legislatore tempestivo, preparato e attento nel cogliere similitudini e differenze tra i vecchi e i nuovi strumenti.

Il diritto deve saper stare al passo con la tecnologia affinché essa sia strumento di crescita sociale e personale, non di subdola violazione dei diritti dell’uomo

⁴ Ci si riferisce alla legge 18 marzo 2008, n. 48, “Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d’Europa sulla criminalità informatica, fatta a Budapest il 23 novembre 2001, e norme di adeguamento dell’ordinamento interno”.

⁵ Relazione del Disegno di legge n. 2773, presentato dal Ministro di Grazia e Giustizia. – “Modificazioni ed integrazioni alle norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica” (XI Legislatura, divenuto Legge 23 dicembre 1993, n. 547) in Penale.it, http://www.penale.it/legislaz/rel_ddl_2773_XI_leg.htm

Il captatore informatico nell'attuale panorama investigativo: riflessi operativi

DI FABRIZIO PERNA

(UFFICIALE DEI CARABINIERI IN PALERMO)

L'evoluzione sempre più rapida dei fenomeni criminali necessita di un analogo adeguamento degli strumenti normativi e di contrasto. La tendenza a rincorrere l'emergenza, tuttavia, in talune ipotesi ha generato soluzioni paradossali, consentendo l'utilizzo di tecniche assai sofisticate per compiere determinate attività sulla rete ma non prevedendo analoghe operazioni al di fuori dall'ambito informatico.

Il caso emblematico è la possibilità giuridica di intercettare le comunicazioni inoltrate mediante la posta elettronica ma non la tradizionale corrispondenza cartacea con l'assurda conseguenza di poter legittimamente monitorare ingenti flussi di dati via web, magari protetti da complesse cifrature, ma non la veicolazione dei c.d. *pizzini*⁶ o la corrispondenza dei detenuti non sottoposta a preventiva censura.

In tale quadro, a volte confuso anche per il ricorso a sistemi spesso di non immediata intellegibilità, si colloca la problematica afferente il c.d. captatore informatico, tipologia di *software* capace di raccogliere clandestinamente informazioni concernenti l'attività di un utente, da ultimo oggetto di intervento delle Sezioni Unite con la sentenza nr.26889/16⁷. Al fine di comprendere al meglio i termini della questione occorre però fare riferimento alla sentenza nr.16556/09⁸ della Suprema Corte, prima pronuncia in tema di *spyware*, installato dalla polizia giudiziaria in esecuzione di un decreto di acquisizione documentale emesso dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 234 c.p.p.. Il provvedimento, ritenuto legittimo dalla Cassazione, consentiva infatti l'impiego di un virus per il prelievo in copia di quanto memorizzato all'interno di un *personal computer* in uso all'indagato ed ubicato presso un ufficio pubblico. Poiché l'estrapolazione aveva riguardato, non un flusso di comunicazioni tra entità diverse, ma dati già formati e contenuti nell'*hard disk* ovvero che in futuro sarebbero stati memorizzati⁹, l'attività era stata qualificata come prova atipica e, come tale, sottratta alla disciplina prevista per le intercettazioni telematiche.

Benché innovativa (i fatti risalgono al 2004), la sentenza già all'epoca ha posto alcuni limiti inerenti l'ubicazione del personal computer in luogo aperto al pubblico e la non modificabilità del sistema informatico nel quale sarebbe stato effettuato l'accesso.

L'interpretazione illustrata è divenuta però incompatibile con la novella legislativa del 2008 che ha introdotto espressamente la perquisizione di un sistema informatico o telematico, definendo di fatto il concetto di domicilio informatico e prevedendo comunque l'adozione di "misure tecniche dirette ad assicurare la conservazione dei dati originali e ad impedirne l'alterazione".

Nella prassi, tuttavia, non sono mancati tentativi di continuare a distinguere l'atipicità dell'intrusione infor-

⁶ Strumento arcaico ma sempre attuale di emanazione e/o richiesta di disposizioni in uso tra gli appartenenti a *Cosa Nostra*.

⁷ Cass. Sez. Un., 1 luglio 2016 (c.c. 28 aprile 2016), nr.26889, Scurato.

⁸ Cass. Sez. V, 29 aprile 2010 (c.c. 14 ottobre 2009), n.16556 Virruso, 246.954.

⁹ Nello specifico si trattava di un testo predisposto per essere stampato su supporto cartaceo e poi inoltrato al destinatario latitante attraverso un rodato circuito di intermediari.

matica a distanza e silente, finalizzata alla copia di tutto o parte dell'archivio della macchina, dagli istituti dell'ispezione, della perquisizione e del sequestro. L'acquisizione *insciente domino* e da remoto rappresenterebbe una procedura sì occulta ma non tesa al conseguimento di un vincolo ablativo sul bene captato. Tale assunto si baserebbe sulla considerazione che, a mente dell'art. 189 c.p.p., il mezzo in argomento non arrechierebbe pregiudizio alla libertà di autodeterminazione dell'interessato che rimarrebbe estranea all'operazione di raccolta dati. La fase delle indagini preliminari, peraltro, sarebbe caratterizzata da una sorta di dissenso presunto da parte del destinatario delle iniziative investigative che non sarebbe assimilabile alla facoltà protetta dalla menzionata disposizione. In caso contrario, ogni innovazione investigativa frutto dello sviluppo tecnologico, in quanto incidente sui diritti fondamentali, potrebbe trovare applicazione solo dopo la sua codifica normativa. Il procedimento di acquisizione incontrerebbe così il solo limite di dover essere autorizzato con provvedimento motivato, ossia "*diretto a dimostrare la sussistenza in concreto di esigenze istruttorie volte al fine, costituzionalmente protetto, della prevenzione e della repressione dei reati*"¹⁰, emesso dall'autorità giudiziaria, anche requirente¹¹.

Il captatore è diventato nuovamente protagonista con la diffusione massiva degli *smartphone* e dei *tablet* ma con la funzione, non di acquisire le copie elettroniche della documentazione "staticamente" allocata sui dispositivi, ma di consentire il monitoraggio "dinamico" dei nuovi canali telematici (messaggerie istantanee, *chatroom*, *social network* etc.), l'agevolazione della tradizionale intercettazione di flussi di dati nonché la captazione audio nei pressi dell'apparato indipendentemente dal luogo ove si trovi l'utilizzatore.

Proprio tale aspetto è alla base della pronuncia n. 27100/15¹² che, rilevando la genericità dell'indicazione dei siti ove sarebbe avvenuta l'intercettazione, ha ritenuto inutilizzabili gli esiti dell'attività realizzata con l'inoculazione del cd. *trojan horse*.

Sia le corti territoriali¹³, che successivamente la giurisprudenza di legittimità¹⁴, hanno invece ritenuto non necessaria l'indicazione del luogo soggetto a captazione limitatamente però ai soli delitti di criminalità organizzata e terrorismo. Con riferimento a queste ultime fattispecie infatti, applicandosi l'art. 13 D.L. nr.152/91 conv. nella L. n. 203/91, non opera il limite motivazionale di cui al co. 2 dell'art. 266 c.p.p.

Potendo però lo *spyware* consentire non solo le captazioni audio ma anche altre forme di intrusione nei dispositivi e nella *privacy* dell'utilizzatore la problematica appare tutt'altro che risolta. Un'analisi attenta, tuttavia, suggerisce possibili soluzioni peraltro già sperimentate nelle attività investigative. Il dato di partenza è l'individuazione del risultato cui si mira, valutato alla luce del quadro normativo vigente; se l'ispezione e la perquisizione informatica, a seguito della novella del 2008, hanno una precisa disciplina che non consente l'accesso occulto ai sistemi elettronici, non altrettanto risulta per l'intercettazione di comunicazioni tra presenti o telematiche, tipizzate rispettivamente agli art. 266 e 266 *bis* c.p.p., o e per la captazione di immagini, priva di regolamentazione normativa. La natura stessa delle intercettazioni, definita dai caratteri enucleati dalla giurisprudenza di legittimità¹⁵ (terzietà del captante, clandestinità dell'attività e riservatezza della comunicazione), le rende compatibili con l'impiego del *software* che, da mezzo di ricerca della prova in se stesso, diviene mera modalità esecutiva attraverso la quale il mezzo di ricerca della prova può operare. In altri termini il virus rappresenta sotto il profilo elettronico ciò che sotto l'aspetto fisico è l'apparato di intercettazione

¹⁰ Corte Cost. nr.34/73.

¹¹ Corte Cost. nr.81/93 e nr.281/98.

¹² Cass. Sez. VI, 26 giugno 2015 (c.c. 26 maggio 2015), n. 27100 Musumeci, 265.654.

¹³ Ordinanza del Tribunale di Palermo in funzione di giudice riesame datata 11.01.16.

¹⁴ Oltre alla già citata pronuncia delle Sez. Un., cfr. Cass. Sez. VI, 04 luglio 2016 (c.c. 03 maggio 2016), n. 27404, Marino.

¹⁵ Cass., Sez. Un., 24 settembre 2003 (c.c. 28 maggio 2003), n. 36747, Torcasio.

veicolare. Analogamente, nelle intercettazioni tra presenti c.d. tradizionali non rileva la strumentazione utilizzata, o i modi attraverso i quali si realizza l'accesso ad un fabbricato utilizzato per le riunioni dagli indagati (collaborazione di un terzo, intrusione clandestina, etc.), ma la legittimità dell'attività.

Con riferimento alla registrazione di immagini il discorso è solo lievemente differente non sussistendo limiti alla captazione in ambiente pubblico ma solo nei luoghi di privata dimora e comunque con esclusione delle condotte comunicative¹⁶. Anche in questa circostanza, la possibilità di sfruttare il dispositivo dell'interessato per la realizzazione stessa del servizio di captazione non ne inficia il risultato.

Nella prassi operativa, peraltro, proprio al fine di evitare che la dichiarazione di inutilizzabilità possa travolgere tutte le attività si suole distinguere nettamente le operazioni, se non addirittura richiedere provvedimenti distinti per l'intercettazione audio e la captazione video. Al fine di non travalicare i limiti di quanto autorizzato la capacità di accesso e verifica all'interno della memoria del dispositivo può essere peraltro inibita agli operatori, scongiurando in tal senso il rischio di acquisizioni dati non consentite.

Tra i dati acquisibili grazie al *trojan horse* vi sono senz'altro quelli afferenti la localizzazione dell'apparato mobile sul quale il virus è installato indipendentemente dal soggetto che detenga stabilmente ovvero occasionalmente lo stesso dispositivo. La situazione è analoga al tracciamento gps inviato dal sistema occultato su un veicolo, utilizzato dall'indagato o da terzi estranei. L'eventuale assimilabilità di tale mezzo alle intercettazioni ovvero l'ipotizzato *vulnus alla privacy* sono state da tempo pacificamente risolte dalla giurisprudenza di legittimità¹⁷ che ha sostanzialmente riconosciuto nella rilevazione satellitare, effettuata anche attraverso gli apparati di telefonia mobili¹⁸, una forma tecnologicamente avanzata di pedinamento. Tra l'altro i dati gps indicano asetticamente il percorso dinamico compiuto senza fornire ulteriori elementi circa i luoghi precisamente frequentati, le persone incontrate dal conducente ovvero le attività compiute che, invece, sono documentabili attraverso la forma tradizionale di osservazione a distanza.

La portabilità dei dispositivi mobili e la possibilità di operare le captazioni nelle sue vicinanze ha sollevato l'obiezione secondo cui una simile intercettazione itinerante, oltre a rendere impossibile la preventiva individuazione dei luoghi, si scontrerebbe con altri divieti, ad esempio, in tema di garanzie difensive o di guarentigie parlamentari. Il problema è reale e analogo a ciò che si verifica con le intercettazioni casuali o a c.d. cornetta aperta; in tal senso e considerando che raramente gli operatori hanno contezza preventiva o immediata dell'identità degli interlocutori occasionali cui l'attività non è diretta, l'utilizzabilità della singola captazione andrà valutata in relazione alla specifica disposizione eventualmente violata. Impedire a priori la possibilità di effettuare le intercettazioni in luoghi di per sè frequentati anche da soggetti non indagati equivarrebbe a precludere quasi sempre il ricorso a tale mezzo di ricerca della prova.

Quanto alla diffusione dell'uso del captatore informatico da parte delle Forze di polizia occorre osservare quanto esso, sia per i costi allo stato piuttosto sostenuti, che per le difficoltà tecniche legate all'inoculazione da remoto il cui esito positivo non è affatto scontato, risulti adottato ancora in ambiti investigativi circoscritti e sempre limitato ai soli delitti di criminalità organizzata e terrorismo. Si tratta, infatti, di un rimedio tutt'altro

¹⁶ C. Cost., 24 aprile 2002 (c.c. 11 aprile 2002), n. 135; Cass. Sez. I, 10 aprile 2004 (c.c. 29 gennaio 2003), n. 16965, Augugliaro, 224.240; Cass. Sez. IV, 22 marzo 2005 (c.c. 19 gennaio 2005), n. 11181, Besnik, 231.047; Cass. Sez. Un., 28 luglio 2006 (c.c. 28 marzo 2006) n. 26795, A.P., 234.267.

¹⁷ Cass. Sez. II, 21 maggio 2013 (c.c. 13 febbraio 2013), n. 21644, Bellino, 221.918; Cass. Sez. V, 10 marzo 2010 (c.c. 15 gennaio 2010), n. 9667, Z.B.; Cass. Sez. VI, 11 aprile 2008 (c.c. 11 dicembre 2007), n. 15396, Sitizia, 239.638; Cass. Sez. IV, 21 gennaio 2008 (28 novembre 2007), n. 3017, Besin, 238.679; Cass. Sez. IV, 1 marzo 2007 (c.c. 29 gennaio 2007), n. 8871, Navarro Mongfort, 236.112; Cass. Sez. V, 2 maggio 2002 (27 febbraio 2002), n. 16130, Bresciani, 221.918; Cass. Sez. V, 31 maggio 2004 (c.c. 7 maggio 2004), n. 24715, Massa, 228.731.

¹⁸ Cass. Sez. I, 28 maggio 2008 (c.c. 13 maggio 2008), n. 21366, Stefanini, 240.092.

che ordinario nella disponibilità concreta di organismi selezionati per competenza e professionalità.

Già adesso, comunque, sotto il profilo strettamente operativo si percepiscono taluni vantaggi rispetto alle tradizionali attività propedeutiche alle intercettazioni di comunicazioni tra presenti; infatti, non solo la fase di studio delle abitudini dell'indagato – indispensabile per la collocazione degli apparati di captazione – potrebbe in prospettiva ridursi in maniera significativa, ma l'esposizione del personale operante, nonché le imprevedibili *discovery* legate alla casualità e allo stesso intervento umano potrebbero essere addirittura eliminate.

La recente pronuncia delle Sezioni Unite lascia impregiudicata la possibilità di un impiego dello *spyware*, oltre che per i delitti elencati nell'art. 51 co. 3 *bis* e 3 *quarter*, anche per quelli comunque commessi da un'associazione per delinquere. Tuttavia, nell'ottica di disciplinare il futuro utilizzo dello strumento, più che impedirne *tout court* l'uso in queste ultime ipotesi, sarebbe opportuno restringerne il campo d'azione in funzione della gravità del reato fine. In altri termini, pur potendosi condividere il timore di un ricorso abnorme alla tecnologia in argomento anche in presenza di associazioni finalizzate alla commissione di reati punibili a querela o di minore allarme sociale, non appare giustificato ridurre la capacità di indagine nell'ipotesi di gravissime manifestazioni delittuose (es. omicidio e rapina) solo perché riconducibili a forme di delinquenza organizzata non mafiosa né terroristica.

Infine, se da un lato, la sentenza ha consentito di superare il precedente orientamento eccessivamente punitivo nei riguardi delle attività investigative tecnologicamente avanzate, dall'altro ha evidenziato la necessità di una puntuale regolamentazione da parte del Legislatore. Potrebbe, peraltro, essere l'occasione per introdurre nel codice di rito nuovi mezzi di ricerca della prova, ad oggi definiti dalla sola giurisprudenza, quali la videosorveglianza domiciliare (c.d. *home watching* elettronico), il monitoraggio della corrispondenza di detenuti ed il controllo satellitare a distanza (gps).

Trojan horse, strumenti investigativi e diritti fondamentali: alla ricerca di un difficile equilibrio

DI LUIGI GINO VELANI

(AVVOCATO DEL FORO DI LUCCA – DOCENTE A CONTR. DI DIRITTO PROCESSUALE PENALE NELL'UNIVERSITÀ DI PISA)

1. “*Timeo Danaos et dona ferentes...*” ma i Troiani non dettero ascolto al grido di allarme di Laconte e portarono il cavallo all'interno delle mura, convinti dei buoni propositi dei greci e che quel dono fosse il segno tangibile della fine delle ostilità (come narra Publio Virgilio Marone nel libro II dell'Eneide).

E così, è noto a tutti, il destino della città di Ilio trovò il suo tragico epilogo.

L'astuto Ulisse aveva ideato e portato a compimento il piano che, poi nei secoli, è diventato la metafora entrata nel linguaggio comune per definire qualsiasi stratagemma atto a penetrare le difese, il paradigma per antonomasia dell'intrusione occulta che porta ad ottenere il risultato avuto di mira¹⁹.

¹⁹ Va detto che seppure Ulisse sia considerato un eroe coraggioso e intelligente, allo stesso tempo gli è rimproverato (anche da autori antichi) di essere stato perfido, infame e traditore.

Non a caso, è proprio nella vicenda del Cavallo di Troia che troviamo l'etimologia della parola "*Trojan horse*", termine con il quale nella sicurezza informatica si definisce un software c.d. *malware* (cioè dannoso)²⁰, che ha la caratteristica di nascondere il suo funzionamento all'interno di un altro programma apparentemente utile o innocuo, oppure che è inserito in allegato ad una e-mail, ed è inviato alla sua destinazione "da remoto"; nel momento in cui esegue la finta applicazione o il presunto aggiornamento o legge il messaggio di posta elettronica, l'utente attiva anche il *virus*, che – come i guerrieri achei guidati da Ulisse – si autoinstalla nell'apparecchio o nel sistema e lo "conquista", comunicando il contenuto (a seconda del caso, di vario genere) a un recettore.

Il *malware* attacca indifferentemente *tablet*, *pc*, *smartphone* ed agisce, a differenza del dilagare dei guerrieri greci dentro le mura di Troia, in modo del tutto occulto, ma con la stessa capacità che ebbero le armi degli achei.

Fuori dalla metafora, se queste sono le caratteristiche dei *virus trojan*, non stupisce per niente che un simile strumento sia stato ritenuto utile a livello investigativo, viste le informazioni (elementi di prova) che, tramite il suo utilizzo, è teoricamente possibile apprendere al fascicolo delle indagini: conversazioni, fotografie, video, messaggi di posta elettronica, dati contenuti nell'hard disk, persino in presa diretta nel momento in cui il soggetto digita lettere e numeri sulla tastiera dello strumento sottoposto alla captazione.

Una mole d'informazioni di indubbio valore, ragionando nell'ottica del controllo di legalità, fondamentale all'interno di uno Stato.

Tuttavia, le problematiche sollevate dall'uso di tale strumento privo di regolamentazione positiva a oggi, non sono di poco momento, perché attingono – e sembrano entrare in frizione – con le esigenze di tutela delle libertà costituzionali e dei valori fondamentali protetti a livello internazionale (rispetto alla materia in esame rilevano, in particolare, l'art. 8 della Carta Europea dei diritti dell'Uomo, l'art. 7 della Carta di Nizza e l'art. 16 del TFUE).

Va detto che un vero e proprio dibattito sul tema si è sviluppato – nel nostro paese, ma anche in altre nazioni (Stati Uniti e Germania ad esempio) – solo di recente; effettivamente, complice una certa omertà delle istituzioni, l'utilizzo di questi programmi-spia da parte di Stati e forze dell'ordine non è stato certamente pubblicizzato e, anzi, raramente a livello processuale ne è emerso l'utilizzo ai fini d'indagine, fino a che nelle aule di giustizia non si è dovuto, per forza di cose, cominciare a fare i conti con le implicazioni dovute all'uso sempre più frequente degli strumenti informatici di questo genere.

D'altro canto, l'utilizzo di strumenti informatici e il *web* sono diventati una parte fondamentale della vita delle persone ed è naturale che gli inquirenti rivolgano attenzione investigativa anche alle regioni immateriali di cui l'uomo è ormai un abituale frequentatore (dai contenuti di un hard disk ai social network).

Il tema è piuttosto complesso e coinvolge vari profili che non è possibile affrontare compiutamente in questa sede.

Ed è di quelli che fa "tremare i polsi", viste le pregnanti ricadute sui diritti fondamentali dell'individuo e, di conseguenza, sul rispetto delle garanzie riconosciute al soggetto sottoposto alla vicenda penale.

2. Le riflessioni che seguono prendono le mosse dall'intervento delle sezioni unite "Scurato" che hanno risolto il contrasto, sollevato con ordinanza del 10 marzo 2016 dalla VI sezione penale, nei termini già riassunti nei precedenti scritti di questo "Focus" a cui si rimanda.

²⁰ Il termine indica un qualsiasi software usato per disturbare le operazioni svolte da un computer, rubare informazioni sensibili, accedere a sistemi informatici privati, o mostrare pubblicità indesiderata.

I giudici di legittimità hanno dato per pacifico che nel caso concreto l'uso del *trojan* fosse riconducibile alla disciplina delle intercettazioni telefoniche e da qui, hanno tirato le somme, come se il tradizionale mezzo di ricerca della prova fosse perfettamente assimilabile al *virus* in questione, distinguendo i casi in cui non è necessario il rispetto del presupposto di cui al comma 2 dell'art. 266 c.p.p., che sono quelli appena riassunti.

Leggendo la pronuncia non è possibile esimersi dal notare, intanto, come i giudici di legittimità abbiano affrontato la questione tralasciando di analizzare la natura, le caratteristiche dello strumento e le implicazioni immediate che discendono dal suo utilizzo, quale l'esigenza di garantire il corretto utilizzo del software *trojan* nel rispetto dei principi fondamentali, vista la particolare forza intrusiva, amplificata dalla circostanza che l'operazione avviene in maniera del tutto occulta, e la capacità di apprendere una quantità di dati così imponente da fagocitare la "vita" del soggetto captato e anche dei terzi che, per caso, vengano in contatto con il dispositivo sottoposto alla captazione.

Il *software malware*, difatti, è in grado di permettere al captante di apprendere le eventuali conversazioni effettuate dall'individuo tanto compiendo una "ordinaria" intercettazione di conversazioni, quanto agendo da microfono o microspia, di acquisire la corrispondenza e-mail, i filmati, i messaggi di qualsiasi genere presenti sull'apparecchio, di monitorarne i movimenti tramite il gps e di accedere ad attività quali la navigazione web e Skype.

Non solo.

Il programma permette al captante di utilizzare l'apparecchio "da remoto", ad esempio facendo inviare messaggi di posta elettronica, oppure inserendovi file o eseguendo riprese video o fotografiche.

Insomma, il *trojan*, da un lato, permette all'intruso di controllare le varie funzioni dello strumento "infettato" e di modificarne il contenuto e, dall'altro lato, assomma le capacità acquisitive proprie di singoli mezzi investigativi, così da diventare, perlomeno a parere di chi scrive, un formidabile veicolo di compressione di varie libertà costituzionali e, comunque, più in generale, di quel bene che possiamo definire "riservatezza" dell'individuo (tra cui rientrano, ad esempio, lo stile di vita, le tendenze culturali, i luoghi frequentati, l'orientamento politico e quello sessuale)²¹.

Il primo dei valori che subisce una compressione nei casi in questione è l'inviolabilità del domicilio, ex art. 14 Cost.

Effettivamente, l'esistenza di un domicilio informatico è pacifica nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, tanto che il codice penale prevede il reato d'introduzione e trattenimento abusivi nel sistema, ex art. 615 *ter* c.p., e il "possessore" è considerato nella posizione di vantare una pretesa di riservatezza sul bene, meritevole di protezione costituzionale²².

²¹ V. per l'individuazione dei fondamenti del diritto alla riservatezza nella giurisprudenza e nella dottrina italiana, A. CERRI, Riservatezza (diritto alla, III - Diritto costituzionale), voce in Enc.Giur., Milano, 1991, XXVII, p. 2 ss. Il problema della salvaguardia del diritto alla riservatezza è precipuo degli Stati moderni e nasce nell'Inghilterra del 1800, per poi affermarsi negli altri Paesi retti da una struttura democratica: v., per l'analisi dello sviluppo delle normative internazionali in merito alla privacy, ancora A. Cerri, Riservatezza (diritto alla, II - Diritto comparato e straniero), voce in Enc.Giur., cit., p. 1 ss. Risalgono ai primi anni del 1970 le pronunce della giurisprudenza costituzionale in merito al diritto alla riservatezza, v. C. Cost. 9.7.1970, n. 122 in Giust. civ., 1970, III, p. 245 e C.Cost., 27.3.1974, n. 86 in FI, 1974, I, p. 1283. Anche la Corte di Cassazione, che inizialmente negava l'esistenza di un diritto alla privacy, cfr. Sez. civ., 22.12.1956, in Giust. civ., 1956, I, p. 5, è poi giunta ad un pieno riconoscimento del diritto alla riservatezza, v., ad esempio, Sez. civ., 07.12.1960, in FI, 1961, I, p. 42. È noto il recente intervento della corte costituzionale tedesca sul tema, che pur ammettendo, previa autorizzazione, le misure di sorveglianza occulte, quali il trojan, ha dichiarato l'illegittimità di alcune norme previste dall'ordinamento tedesco per il mancato rispetto del principio di proporzionalità tra mezzo utilizzato e bene violato, rispetto alla materia oggetto del procedimento penale. Cfr., per maggiori riferimenti, la nota di L. Giordano - A. Venegoni, La Corte Costituzionale tedesca sulle misure di sorveglianza occulta e sulla captazione di conversazioni da remoto a mezzo di strumenti informatici, in www.dirittopenalecontemporaneo.it.

²² Cfr. Cass. pen., sez. VI, 4.10.1999 n. 3067.

Ci pare corretto, allora, trovare nell'art. 14 Cost. una delle disposizioni di riferimento della situazione cui dà origine l'impiego del *malware*.

Dunque, ogni limitazione dovrebbe avvenire nel rispetto dei limiti stabiliti dalla legge processuale di attuazione delle previsioni costituzionali che disciplina le eccezioni, cioè il comma 2, dove sono richiamate le ispezioni, le perquisizioni ed i sequestri, seppure una conclusione del genere sembri messa in discussione dalla giurisprudenza costituzionale in tema²³.

Ma il disposto in questione non pare sufficiente ad esaurire il campo in cui il programma informatico tende ad immettersi in questi casi.

In effetti, nel momento in cui il *virus* capta i dati contenuti nel "bersaglio", l'inquirente viene in contatto con moltissimi aspetti della vita dell'individuo che, non crediamo di dire una banalità, costituiscono qualcosa di più del "domicilio".

Allora i riferimenti costituzionali, per così dire, aumentano, coinvolgendo anche gli artt. 13 e 15 Cost.

A nostro modo di vedere, poi, entrano in gioco anche gli artt. 2 e 3 Cost., l'uno perché è la disposizione, per così dire, "di apertura" agli interessi divenuti esigenze inviolabili della personalità degli individui in base all'evoluzione dei costumi sociali – e la "riservatezza", a modesto avviso di chi scrive, forma ormai parte integrante del catalogo delle libertà fondamentali –²⁴, l'altro perché l'utilizzo di strumenti così invasivi della sfera intima, quali i programmi *trojan*, deve avvenire con ragionevolezza e proporzione e, quindi, deve essere riservato agli illeciti che più turbano l'ordine e la sicurezza pubblica.

Dunque, l'omologazione del *malware* alla disciplina delle intercettazioni di conversazioni operata dalle sezioni unite, sconta aspetti di criticità rispetto a tali vincoli, poiché le operazioni che si possono compiere per mezzo di tali programmi da un canto sono tra le più invasive che uno Stato mette in campo e, d'altro canto, sono prive di regolamentazione specifica quantomai necessaria in virtù di tale forza intrusiva.

²³ Il diritto vivente sembra autorizzare limitazioni al di fuori dei casi del comma 2 dell'art. 14 Cost., cfr. C. cost., 24.4.2002 n. 135, anche se la possibilità di comprimere beni di rango costituzionale, al di fuori delle ipotesi eccezionali previste dalle disposizioni fondamentali appare un'operazione di dubbia correttezza, come sostenuto da recente dottrina, perché, di fatto, rende vano il precetto di cui al comma 1 dell'art. 14 Cost., v. M. Trogu, in AA.VV. *Le indagini atipiche (a cura di A. Scalfati)*, Torino, 2016, 437.

²⁴ Punti di partenza al fine di riscontrare tale conclusione sono il bisogno della comunità di strumenti idonei a fornire tutela al diritto alla riservatezza e l'esistenza di un interesse dei consociati a che le notizie riguardanti le proprie condizioni personali (concernenti, ad esempio, la salute o l'orientamento sessuale) e le persone od i luoghi frequentati, non trovino diffusione, ma restino, per l'appunto, "riservate". Il bisogno di tutela delle informazioni attinenti la sfera personale dei soggetti è, in effetti, divenuto sempre più crescente a seguito della rilevante importanza che hanno assunto i sistemi informatici e la tecnologia in genere all'interno della società moderna, con conseguente maggiore facilità tanto di effettuare indebite "intrusioni" nella vita privata degli individui, quanto di trattamento, anche illecito, dei c.d. dati sensibili inerenti ai singoli. Sebbene il diritto alla riservatezza non venga espressamente menzionato da alcuna disposizione costituzionale, è ormai acclarato che esso sia contemplato dalla nostra carta fondamentale, emergendo dall'analisi complessiva degli articoli inerenti la tutela delle libertà fondamentali e, comunque, lo si considera recepito dall'art. 2 Cost., che costituisce una disposizione, per così dire, "di apertura" agli interessi divenuti esigenze inviolabili della personalità degli individui in base all'evoluzione dei costumi sociali. Nessun dubbio, quindi, sull'esistenza di un diritto soggettivo alla riservatezza, meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, che, a nostro modo di vedere, copre anche aspetti della vita privata quali i luoghi frequentati o la circolazione dei singoli sul territorio. "La fruizione di periodi di isolamento, materiale e psicologico, è un'esigenza addirittura biologica dell'uomo, sicché può ben dirsi che l'aspirazione a spazi di libertà sottratti ad ingerenze altrui è eterna, quale che sia il contesto socio economico in cui l'individuo opera." così A. CAUTADELLA, RISERVATEZZA (DIRITTO ALLA, I - DIRITTO CIVILE), VOCE IN ENC. GIUR., CIT., p. 1. DA QUESTA ORIGINARIA FORMULAZIONE, ESALTANTE L'ASPETTO INDIVIDUALISTICO DEL DIRITTO ALLA RISERVATEZZA, L'ATTENZIONE, ANCHE DEL LEGISLATORE, SI È INOLTRE SPOSTATA SUGLI ASPETTI RELATIVI ALLA GESTIONE E LA DIFFUSIONE DEI DATI PERSONALI, V. S. FIORE, RISERVATEZZA (DIRITTO ALLA, IV - DIRITTO PENALE), VOCE IN ENC. GIUR., CIT., p. 2. RISPETTO AI PROFILI PIÙ STRETTAMENTE ATTINENTI ALLA GESTIONE ELETTRONICA DEI DATI PERSONALI, CFR. S. FIORE, RISERVATEZZA, VOCE IN ENC. GIUR., CIT., p. 1; G. MIRABELLI, IN TEMA DI TUTELA DEI DATI PERSONALI, IN DIR. INF., 1993, p. 622 ss; ID., LE POSIZIONI SOGGETTIVE NELL'ELABORAZIONE ELETTRONICA DEI DATI PERSONALI, IN DIR. INF., 1993, p. 313 ss; S. RODOTÀ, PROGRESSO TECNICO E PROBLEMI ISTITUZIONALI NELLA GESTIONE DELLE INFORMAZIONI, IN AA.VV., PRIVACY E BANCHE DEI DATI, BOLOGNA, 1981, p. 30; G. GIACOBBE, RISERVATEZZA (DIRITTO ALLA), VOCE IN ENC. DIR., MILANO, XI, 1989, p. 1244.

Ma c'è di più.

3. Le problematiche in questione non rappresentano certamente una novità, dato che le medesime perplessità critiche rivolte all'utilizzo dei programmi *trojan* sono state riservate ad altri apparati e sistemi utilizzati dagli inquirenti per acquisire elementi di prova grazie a tecnologie sempre più sofisticate ed avanzate, che il legislatore del 1988 non poteva certamente immaginare quando ha “disegnato” all'interno del codice di rito i mezzi di ricerca della prova.

Esempio di questo tipo è il monitoraggio dei movimenti dell'individuo o di un veicolo attraverso il sistema GPS, che la giurisprudenza italiana tende a qualificare quale mero pedinamento²⁵, sganciando, così, il suo utilizzo dal rispetto della c.d. doppia garanzia (autorizzazione all'uso con provvedimento del giudice nei casi e modi previsti dalla legge), al contrario da quanto, viceversa, dovrebbe essere, a nostro parere²⁶.

Effettivamente, i punti nodali delle questioni sollevate dall'utilizzo di detti strumenti sono sempre gli stessi: (a) la particolare capacità intrusiva che li caratterizza, tale da impattare violentemente sulle libertà costituzionali e sui principi convenzionali e (b) la mancanza di una normativa che li regolamenti compiutamente nel rispetto dei valori fondamentali e del principio di bilanciamento.

Rispetto all'utilizzo dei programmi *trojan*, le perplessità sono, inoltre, amplificate in virtù di altri fattori.

Anzitutto, il fatto che non esiste una “certificazione” dell'affidabilità dello strumento. Le aziende che forniscono tali programmi non sono molte e i programmi – da ditta a ditta – non sono certamente identici, ma non esiste un “disciplinare” che specifichi quali debbano essere i contenuti del *virus* e quali controlli debba subire ai fini dell'eventuale verifica di conformità prima del suo utilizzo (*softwares* che, immaginiamo, siano anche tutelati dalle leggi sulla proprietà intellettuale, con quanto ne consegue rispetto alla ritrosia delle imprese a rendere note le loro caratteristiche).

L'utilizzo del *malware* non è semplice, tanto che la polizia giudiziaria deve ricorrere all'operatività delle aziende stesse; quindi, l'operazione non è “gestita” dagli inquirenti (a tale proposito, ricordiamo che, per note motivazioni, in tema di intercettazioni di comunicazioni la giurisprudenza pretende che gli apparati siano – o, quantomeno, l'acquisizione del flusso dei dati, avvenga nei sistemi – installati presso i competenti uffici di Procura ad opera della p.g., a pena di inutilizzabilità dei risultati *ex art. 271 c.p.p.*).

Non esiste, allo stato, una disciplina della “catena” delle operazioni, che regoli, tra l'altro, le modalità di utilizzo, la verbalizzazione delle operazioni, i limiti da osservare nelle singole ipotesi. Per analogia, pensiamo al percorso che ha portato ai vari interventi normativi in tema di prelievi di campioni biologici finalizzati agli accertamenti DNA, all'utilizzo di tali risultati e alla loro conservazione. Francamente non pare che le implicazioni date dall'utilizzo dei *trojan* ai fini processuali siano meno “delicate” di quelle che si è voluto compiuta-

²⁵ Cfr., tra le altre, Cass. pen. sez. V, 10.3.2010 in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, 1464 e Cass. Pen. Sez. I, 28.5.2008 *Ced Cass. rv 240092*.

²⁶ Negli Stati Uniti il sistema gps è stato oggetto di una nota pronuncia della suprema corte che ha stabilito che nessun mezzo limitativo dei “beni” di un individuo possa essere effettuato in mancanza di un “mandato” emesso da un giudice laddove esistano le condizioni atte a giustificarlo, cfr. Corte Suprema USA, 23.1.2012, *U.S. vs Jones*. Da notare che nella *concurring opinion* redatta dal Justice Sotomayor, è stato sottolineato, in buona sostanza, che occorre ripensare l'affermazione per cui nessuno può avere una ragionevole aspettativa di riservatezza riguardo ai dati volontariamente divulgati al pubblico, poiché ciò non comporta un automatico consenso a qualsiasi utilizzo di tali informazioni, generalmente estesa e in ogni contesto, compresa l'indagine penale. Da parte sua la Corte europea dei diritti dell'uomo, v. CEDU, sez. V, 2.9.2010, *Utza c. Germania*, ha considerato il gps strumento utilizzabile ai fini delle indagini in procedimenti di contrasto alla criminalità, valorizzando le circostanze che in Germania esiste una regolamentazione del suo uso, i fatti oggetto del procedimento erano di grave allarme sociale (reati di terrorismo) e che in precedenza strumenti meno invasivi non avevano ottenuto alcuno risultato. Sul tema v., volendo, le riflessioni effettuate prima di tali pronunce da L.G. VELANI, NUOVE TECNOLOGIE E PROVA PENALE: IL SISTEMA D'INDIVIDUAZIONE SATELLITARE G.P.S., in *GIUR. IT.*, 2003, 2372 ss e più di recente, L. FILIPPI, IL GPS È UNA PROVA INCOSTITUZIONALE. DOMANDA PROVOCATORIA MA NON TROPPO DOPO LA SENTENZA JONES DELLA CORTE SUPREMA USA, in *ARCH. PEN.*, 2012, 309.

mente disciplinare in tema di DNA e appare, quindi, ragionevole attendere un intervento regolatore da parte del legislatore anche in tema di utilizzo investigativo di *virus* informatici, prima di ricorrere al loro utilizzo.

L'impiego del *software* altera il contenuto del sistema in cui è stato introdotto, redendo, così, palesemente irripetibili le operazioni compiute. Tuttavia, non è prevista alcuna forma di controllo (da riservare al giudice e alle parti) sulla conformità del materiale acquisito rispetto all'originale e, ancora prima, sui modi concreti di acquisizione e conservazione del materiale medesimo. Materiale, non è fantasioso immaginarlo, che in momenti successivi all'acquisizione occulta, l'interessato può cancellare dalla memoria del proprio strumento per qualsiasi motivo, così rendendo impossibile verificare, magari a mezzo di un banale sequestro dell'apparecchio, se effettivamente qual dato fosse stato contenuto o meno nel sistema attaccato dal *virus*.

A complicare il quadro, infine, è l'approccio al problema manifestato dalla giurisprudenza, che tende a riportare i "nuovi" mezzi investigativi ai mezzi di ricerca della prova o alle attività di p.g. tradizionali (pedinamento, ispezione, perquisizione, intercettazione telefonica, ecc.) oppure qualificandoli ex art. 189 c.p.p., lungi dall'interrogarsi compiutamente sulle caratteristiche proprie di tali mezzi, nei termini che abbiamo già accennato sopra, e sulla necessità di sottoporli ad una regolamentazione specifica, rispettosa dei principi che abbiamo citato sopra.

In altre parole, la giurisprudenza ragiona attraverso i tipici paradigmi posti a disposizione dal codice del 1988, sforzandosi di collocare nel loro alveo strumenti che, però, da un lato sono destinati a operare nel mondo immateriale, sensibilmente diverso da quello "reale" che costituiva il punto di riferimento del legislatore all'epoca, e dall'altro lato, possiedono solo una vaga somiglianza e sono piuttosto lontani da rivestire i caratteri propri dei mezzi di ricerca della prova previsti dal codice di rito, soprattutto in ragione della forza di penetrazione che li caratterizza, a sua volta amplificata dall'utilizzo subdolo e occulto cui si prestano in virtù dei caratteri che li contraddistinguono.

Ciò avviene soprattutto, a nostro sommo avviso, al fine di conservare al procedimento i risultati acquisiti, atteso che una diversa interpretazione renderebbe inutilizzabile il materiale probatorio così ottenuto.

Tuttavia, a parere di chi scrive, per le motivazioni che abbiamo espresso sopra l'uso del *trojan* travalica i limiti di tutela imposti dalla normativa costituzionale e sovranazionale.

Da qui, l'inammissibilità del mezzo e l'inutilizzabilità, ex art. 191 c.p.p., dei risultati eventualmente acquisiti con tale sistema.

Infine, dobbiamo notare che, anche se volessimo condividere la soluzione raggiunta dalle S.U. e riportare l'accertamento alla disciplina ex art. 266 ss. c.p.p. nel caso concreto deciso dalla pronuncia "Scurato" (da notare che la Procura Generale nell'articolata memoria depositata in Corte di Cassazione ha sottolineato che il trojan era stato utilizzato esclusivamente per captare conversazioni, ma non per acquisire altri elementi e il gip aveva espressamente vietato il suo utilizzo per riprese video), la conclusione resa non pare in ogni modo corretta.

Se, infatti, il limite ex art. 266 comma 2 c.p.p. non è espressamente indicato nei casi ex art. 13, ciò non significa che si possa prescindere dall'individuare il luogo dove deve avvenire la captazione anche in tali ipotesi.

La differenza contenutistica tra le due disposizioni si riflette sulla motivazione del provvedimento che autorizza le intercettazioni, perché nel caso dei reati comuni il giudice dovrà giustificare il presupposto di cui al comma 2 dell'art. 266 c.p.p.

Tuttavia, pure nelle ipotesi di cui all'art. 13 il "luogo" assume rilevanza poichè nessun giudice, prima dell'avvento dei trojan, avrebbe autorizzato l'indiscriminata collocazione di microspie in ogni sito frequentato dal presunto mafioso, perchè deve comunque esistere un nesso tra captazione della conversazione, utilità della medesima e luogo dove avviene l'intercettazione ambientale.

In altri termini, l'art. 13 esonera il giudice dallo specificare i motivi per cui ritiene che nei luoghi ex art.

614 c.p. si stia svolgendo l'attività criminosa, ma non lo esime da motivare in merito alla necessità di eseguire l'accertamento in questione in determinati luoghi specificatamente individuati, perché la chiave di volta della normativa, perlomeno a nostro parere, è il presupposto dato dalla "necessità" di disporre l'intercettazione per lo "svolgimento delle indagini" (mentre l'art. 267 c.p.p. parla di assoluta indispensabilità).

Dunque, deve specificare i motivi per cui "è necessario" (cioè utile) disporre l'intercettazione in quel determinato luogo ai fini di acquisire elementi alle indagini.

Un atto che si limitasse ad autorizzare l'intercettazione ubiqua (luoghi privati, aperti al pubblico, pubblici) dovrebbe considerarsi nullo per difetto di motivazione, poichè il giudice non avrebbe giustificato l'esistenza di tale vincolo pertinenziale²⁷.

Pertanto, anche da questo punto di vista l'epilogo reso con la pronuncia "Scurato" non sembra condivisibile.

L'ispe-perqui-intercettazione "itinerante": le Sezioni Unite azzeccano la diagnosi, ma sbagliano la terapia*

DI LEONARDO FILIPPI

(AVVOCATO DEL FORO DI CAGLIARI – PROFESSORE ORDINARIO DI PROCEDURA PENALE)

Le Sezioni unite Scurato in tema di captatore informatico hanno azzeccato la diagnosi, ma hanno sbagliato la terapia.

Infatti esse hanno riconosciuto che il nuovo mezzo di ricerca della prova, basato sull'invio "da remoto" e surrettiziamente (ad esempio, con l'invio di allegati a messaggi di posta elettronica o di aggiornamenti di programmi o di applicazioni) su qualsiasi apparecchio (*smartphone, tablet, p.c.*) di *virus* autoinstallanti (si tratta di un *malware* noto come *trojan horse*), i quali, senza rivelare all'utente la propria presenza, comunicano attraverso la rete, in modalità nascosta e protetta, con il captante che si trova in un centro remoto di comando e controllo e che gestisce il sistema di captazione, attivandolo o spegnendolo all'occorrenza. Tali *virus* sono in grado di intercettare non soltanto il suono captato dal microfono ma anche le immagini carpite dalla *webcam* o filmate con la videocamera, oltre a tutto ciò che viene digitato sulla tastiera o visualizzato sullo schermo. A questi occulti poteri di ispezione e di intercettazione si aggiungono quelli, sempre occulti, di perquisizione e di sequestro in quanto il *virus* può cercare e acquisire i *files* presenti sul dispositivo intercettato e sugli altri connessi in rete locale, inviando dati, comunicazioni o immagini al captante e conseguendo così i risultati tipici di ispezioni, perquisizioni e sequestri di dati informatici (atti eseguiti *on line*, ma da considerare pur sempre compiuti nel domicilio "informatico", tutelato anche penalmente dall'art. 615-ter c.p. contro i "delitti contro la inviolabilità del domicilio"), intercettazioni e riprese fotografiche ed audiovisive. Infine il captatore

²⁷ Cfr. le lucide osservazioni di A. CISTERNA, SPAZIO ED INTERCETTAZIONI, UNA LIAISON TORMENTATA. NOTE IPOGARANTISTICHE A MARGIN DELLA SENTENZA SCURATO DELLE SEZIONI UNITE, IN ARCH. PEN., 2016, N. 2.

* Il presente contributo è stato già pubblicato in www.ilpenalista.it

informatico consente pure la geo-localizzazione del dispositivo controllato, attuando anche un “pedinamento elettronico” di chiunque lo detenga.

Il nuovo congegno investigativo non può perciò essere inquadrato soltanto nella disciplina legislativa dell'intercettazione, come riduttivamente hanno fatto le Sezioni Unite, anche in considerazione della privazione che esso comporta dei diritti difensivi riconosciuti dalla legge per le ispezioni, perquisizioni e sequestri.

A tale inedita potenza invasiva e captativa, priva di alcuna garanzia, si aggiunge il particolare, non secondario, che il nuovo strumento di indagine è ospitato nel dispositivo mobile intercettato e quindi si sposta con esso, per cui risulta impossibile individuare previamente i luoghi e quindi i domicili in cui autorizzare tale imprevedibile captazione. Proprio per tale ragione la Suprema Corte l'ha bandito dall'ordinario strumentario investigativo.

Ma è stato trascurato che tale “bulimico” congegno ignora tutti i divieti probatori posti in generale dalla legge (ad es. in tema di diritto di difesa - art.103 c.p.p., di segreto professionale, d'ufficio, di Stato o di polizia - artt. 200, 201, 202 e 203 c.p.p.), sia specificamente in materia di ispezioni e perquisizioni corporali (artt. 245, comma 2, e 249, comma 2, c.p.p.), perquisizioni domiciliari (art. 251, comma 1, c.p.p.), sequestri (artt.254, comma 2, 254-bis, 255, 256 e 256-bis c.p.p.) e intercettazioni (artt.271 c.p.p.).

Perciò, se è parzialmente corretta la premessa, meno corretta è però la conclusione raggiunta dalle Sezioni Unite, perché la Corte ammette tale invasivo strumento nelle indagini per i delitti di criminalità organizzata, per il fatto che per essi il luogo dell'intercettazione è normativamente indifferente (in forza dell'art. 13 d.l. n. 152/1991, conv. dalla l. n. 203/1991): ma la circostanza che la legge non richieda, per alcuni gravi reati, un requisito ulteriore per intercettare nel domicilio, non consente al giudice di autorizzare l'intercettazione in “ogni” imprevedibile domicilio in cui sarà portato il dispositivo.

A ben vedere, proprio dalla premessa da cui muovono le Sezioni Unite, secondo cui il giudice non può previamente conoscere il domicilio intercettato, deriva l'ovvia conclusione per cui la ispe-perqui-intercettazione “itinerante”, al pari delle riprese visive, non è prevista dalla legge, né è sottoponibile al previo controllo giurisdizionale quanto agli ignoti domicili che potranno essere violati, sottraendosi così alla “doppia riserva” di legge e di giurisdizione, imposta dagli artt. 14 e 15 Cost., oltre che dall'art. 8 C.E.D.U. Si tratta perciò di un mezzo di ricerca della prova contrastante con la Costituzione e con la summenzionata Convenzione Europea e quindi inammissibile. D'altra parte, ciò è confermato anche dalle iniziative parlamentari, proposte anche dal Governo, tese proprio all'approvazione di modifiche legislative che prevedano specificamente l'impiego della nuova tecnologia investigativa imperniata sul captatore informatico. Né, essendo un atto “a sorpresa”, può essere confuso con una prova atipica, per la cui assunzione il giudice deve previamente sentire le parti sulle modalità di assunzione, procedura impossibile per il *trojan horse*.

Trattandosi di un mezzo di ricerca della prova non previsto dalla legge, la violazione del principio di legalità processuale rende questa tecnologia investigativa non una prova atipica, ma una prova “incostituzionale” e “inconvenzionale”, perché darebbe luogo ad un'inammissibile autorizzazione ad una ispe-perqui-intercettazione “in bianco”, cioè “in qualsiasi domicilio” (nel domicilio del soggetto intercettato, ma anche di terzi estranei ai fatti per cui si procede) si trovi il dispositivo portatile intercettato, nelle mani di “chiunque” lo detenga (anche terzi estranei) e con “qualunque” persona comunichi (anche se immune dall'intercettazione, come ad esempio il difensore o il Presidente della Repubblica) su “qualsiasi” argomento (pure se coperto da segreto) o “qualunque” cosa faccia: in altre parole, la sua ammissibilità segnerebbe la fine della *privacy*, l'annientamento degli artt. 2, 13, 14 e 15 Cost. e la violazione del principio europeo della proporzionalità di questa inedita e formidabile ingerenza nella sfera della *privacy*, in rapporto ai principi fondamentali di una società democratica, come la Corte Costituzionale tedesca ha di recente affermato, con sentenza 20 aprile 2016, proprio in riferimento alla tecnologia dei *virus trojan*. Secondo la *Bundesverfassungsgericht* la legge deve effettuare un bilanciamento tra i contrapposti valori costituzionali, in forza del principio di proporzio-

nalità, per effetto del quale "i poteri investigativi che incidono in maniera profonda sulla vita privata vanno limitati dalla legge alla tutela di interessi sufficientemente rilevanti nei casi in cui sia prevedibile un pericolo sufficientemente specifico a detti interessi". E dal principio di proporzionalità la *BVerfG* fa derivare diverse conseguenze, sottolineando soprattutto che la raccolta segreta di dati personali può estendersi dall'individuo oggetto dell'indagine a soggetti terzi soltanto in condizioni particolari e che occorre tutelare in maniera rigorosa il "nucleo della vita privata", adottando disposizioni di legge che elevino il livello di garanzia.

Si tratta perciò di un mezzo di ricerca della prova inammissibile che la nuova tecnologia non può imporre in spregio ai fondamentali diritti della persona.

Il regime della captazione dei dati informatici nel diritto francese

DI PAUL LE FÈVRE

(AVVOCATO DEL FORO DI PARIGI)

La possibilità di utilizzare nel contesto di un'indagine penale il "captatore informatico" è stata introdotta dalla legge n 2011-267 del 14 marzo 2011.

Successivamente due leggi hanno ampliato la portata di questa disciplina (Legge n 2014-1353 del 13 novembre 2014 e legge n 2016-731 del 3 giugno 2016).

È difficile comprendere il regime giuridico applicabile a questo nuovo strumento investigativo senza avere a mente la specificità della procedura penale francese (ancora sistema inquisitorio) rispetto al sistema processuale penale italiano: la figura del giudice istruttore, che è stata abolita alla fine degli anni '80 in Italia, esiste ancora in Francia.

Il giudice istruttore è un magistrato indipendente incaricato di indagare sui fatti gravi e complessi (cioè essenzialmente i crimini e i reati economico-finanziari²⁸).

Egli è dotato di poteri molto ampi, come ad esempio quello di disporre le intercettazioni.

Per gli altri reati, è presente il Procuratore della Repubblica – magistrato che dipende dal Ministro della Giustizia – che dirige l'inchiesta penale.

Contrariamente al Giudice Istruttore, il Procuratore della Repubblica non può eseguire atti che comprmano le libertà senza l'autorizzazione di una terza figura dell'ordinamento penale francese: il giudice della libertà e della detenzione (di seguito "JL").

Questo giudice è, come il giudice istruttore, un giudice indipendente. Tuttavia, a differenza del giudice, non indaga i fatti. Ha un ruolo di arbitro molto limitato.

²⁸ In Francia, le infrazioni sono divise in tre categorie che sono, in ordine di gravità crescente:

- Le contravvenzioni (fatti minori puniti con la sola ammenda)
- I delitti (atti come la violenza o il furto punibili con la reclusione fino a 10 anni);
- I crimini (la maggior parte dei reati gravi, come l'omicidio o stupro - la pena può andare fino all'ergastolo).

Così abbiamo in Francia due possibili tipologie di indagini penali condotte da ciascuno dei magistrati (Giudice Istruttore o Procuratore della Repubblica), con discipline molto diverse.

Fatte queste premesse di carattere comparatistico, l'acquisizione dei dati informatici è regolata dagli articoli 706-102-1 e seguenti del codice di procedura penale (di seguito "CPP").

Questi articoli sono contenuti nel titolo 25 del CPP dedicato alla criminalità e alla delinquenza organizzata.

Vi è infatti in Francia, a partire dalla legge n 2004-204 del 9 marzo 2004, una disciplina penale speciale prevista dagli articoli 706-73 e seguenti del CPP riservata ad alcuni crimini e delitti, commessi da bande organizzate, la cui lista diviene ogni anno più lunga.

Per questi reati, i poteri di indagine del Giudice o del Procuratore (a seconda dei casi) sono notevolmente rafforzati.

È solo ed unicamente nel quadro di questa procedura eccezionale e solamente per le infrazioni che a questa sono sottoposte che gli inquirenti, che agiscono agli ordini del Giudice Istruttore o del Procuratore della Repubblica, possono utilizzare un nuovo strumento di indagine che è definito come:

«Un dispositivo tecnico il cui scopo, senza il consenso degli interessati, è quello di accedere ovunque ai dati informatici, salvarli, conservarli e trasmetterli, così come sono memorizzati in un sistema informatico, come vengono visualizzati su uno schermo dall'utente di un sistema automatizzato di elaborazione dati, così come sono inseriti attraverso i caratteri o come sono ricevuti e trasmessi dai dispositivi audiovisivi.» (articoli 706-102-1 e 706-102-2 del CPP).

Se l'indagine è condotta da un Giudice Istruttore, egli può ordinare l'acquisizione dei dati informatici dopo aver chiesto il parere del Procuratore della Repubblica (la durata dell'operazione non può superare i quattro mesi rinnovabili entro il limite massimo di due anni).

Se, invece, l'indagine è condotta dal procuratore, egli deve richiedere l'autorizzazione preventiva da parte del JLD per eseguire un tale atto di indagine (la durata dell'operazione non può essere superiore a un mese, rinnovabile una sola volta).

Nella decisione di acquisire dati informatici deve essere specificato il reato che giustifica il ricorso a tale metodo, la posizione precisa o la descrizione dettagliata dei sistemi coinvolti e la durata dell'operazione.

Anche se si deve individuare il reato originale che giustifica l'installazione di questo sistema, l'articolo 706-102-4 del codice di procedura penale prevede che "il fatto che queste operazioni rivelino reati diversi da quelli indicati in queste decisioni non costituisce motivo di nullità del procedimento incidentale".

Questo dispositivo può essere installato dagli inquirenti in due modi:

Sul posto: il Procuratore della Repubblica, autorizzato dal JLD (o il Giudice Istruttore) può entrare nelle case o veicoli per collocare – senza che la persona interessata ne venga a conoscenza – lo strumento tecnico che consente l'acquisizione dei dati informatici.

A distanza: il dispositivo sarà installato in questo caso attraverso una rete di comunicazione elettronica.

Una volta installato, questo dispositivo tecnico permette agli inquirenti non solo di accedere ai dati informatici elencati sul sistema, ma ancor più di «registrarli» e di «conservarli» che corrisponde a procedere a una perquisizione e a un sequestro a distanza, senza che la persona interessata ne venga a conoscenza, senza essere soggetto alle stesse garanzie previste in materia di perquisizioni e di sequestri tradizionali.

La legge stabilisce tuttavia:

–È vietato collocare questo dispositivo negli uffici di avvocati e medici, in studi di notai e ufficiali giudiziari, negli uffici di giornalisti, giudici e parlamentari (articolo 706-102-5 comma 4, del CPP).

–"Ogni elemento relativo alla vita privata estraneo alle infrazioni indicate nella decisione del provvedimento che autorizza la misura non può essere mantenuto nel fascicolo del processo" (articolo 706-102-8 del CPP).

Il regime giuridico di questo nuovo dispositivo è sostanzialmente lo stesso previsto per le intercettazioni telefoniche tradizionali, con una differenza: le intercettazioni telefoniche possono essere effettuate per qual-

siasi reato punibile con almeno due anni di reclusione, mentre l'acquisizione di dati informatici può essere realizzata nel contesto del reato commesso da una banda organizzata ed esclusivamente per i reati elencati agli articoli 706-73 e 706-73-1 del CPP.

L'utilizzo del captatore informatico "Trojan Horse" nella procedura penale portoghese

DI PAULO DE SÁ E CUNHA LEONOR CHASTRE
(PARTNERS, CUATRECASAS, GONÇALVES PEREIRA, RL)

Come premessa a questa breve analisi circa l'ammissibilità dell'utilizzo del *Trojan horse*, come captatore informatico, all'interno della serie degli strumenti di indagine a disposizione di colui che dirige la fase delle indagini, il Pubblico Ministero (*Ministério Público*), dobbiamo marcatamente evidenziare l'inammissibilità di alcuni strumenti nell'Ordinamento giuridico portoghese.

La procedura penale portoghese prescrive la legalità della prova, ossia, l'ammissibilità della prova che non sia proibita dalla legge (Art. 125 del Codice di Procedura Penale portoghese). Pertanto, in aderenza a questo principio di legge, ogni prova ottenuta attraverso la tortura, la coercizione o la violenza all'integrità personale fisica e morale, l'intromissione nella sfera privata di un soggetto, nel domicilio, nella corrispondenza o nelle comunicazioni telefoniche, va considerata nulla ed inutilizzabile, in linea con i principi costituzionali portoghesi (Art. 126).

L'utilizzo del *Trojan horse* può sollevare alcune questioni circa la sua legalità e costituzionalità, poiché non corrisponde ad alcuno strumento di acquisizione della prova previsto dal Codice di Procedura Penale portoghese (ad esempio, registrazioni telefoniche, intercettazioni ambientali o sequestro della corrispondenza) e può essere considerato una intromissione nella vita privata, nella corrispondenza o nelle comunicazioni telefoniche.

Diversi altri diritti costituzionali potrebbero essere fortemente lesi se l'utilizzo del *Trojan* fosse permesso nelle fase delle indagini. Vale a dire: la sicurezza nei procedimenti penali; la libertà di espressione ed informazione; il diritto all'immagine; il diritto alla riservatezza (privacy); il diritto all'inviolabilità del domicilio e della corrispondenza; il diritto di autodeterminazione ed alla comunicazione.

La Costituzione portoghese prevede espressamente (Art. 26, n. 1 e n. 2) che ad ognuno è riconosciuto il diritto all'identità personale, allo sviluppo della personalità, alle capacità civili, alla cittadinanza, al nome ed alla reputazione, all'immagine, alla libera espressione, alla protezione della riservatezza della vita propria e della propria famiglia ed alla protezione contro ogni forma di discriminazione. La legge deve stabilire effettive garanzie avverso l'acquisizione e l'utilizzo impropri di informazioni attinenti a persone e famiglie, nonché avverso la loro acquisizione o il loro utilizzo contrario alla dignità umana.

Una delle regole essenziali per l'interpretazione delle norme di rango primario è l'interpretazione costituzionalmente orientata, vale a dire, tra le varie opzioni ermeneutiche possibili bisogna prediligere l'interpretazione che sia maggiormente compatibile con i diritti fondamentali.

In caso di conflitto con i ben noti "diritti di libertà", questo metodo equivale al principio *in dubio pro libertate*.

Ciò significa che, in caso di dubbio, deve prevalere l'interpretazione che consenta la minor compressione possibile dei diritti fondamentali.

Le restrizioni dei diritti fondamentali sono giustificate e possono essere legittimate unicamente a causa della necessità di salvaguardare altri diritti o interessi costituzionalmente protetti, e non possono eccedere da ciò che è necessario a questo scopo (Art. 18, n. 2 della Costituzione portoghese, che prescrive: “La legge può restringere diritti, libertà e garanzie unicamente nei casi espressamente previsti nella Costituzione, e queste restrizioni devono essere limitate ai casi necessari di salvaguardia di altri diritti o interessi costituzionalmente protetti.”).

I diritti fondamentali possono essere limitati unicamente quando è indispensabile e nella misura minore possibile, al fine di salvaguardare gli altri diritti ed interessi protetti dalla Costituzione.

Le peculiarità ed il potenziale dei captatori informatici, come nel caso del *Trojan horse* ed il suo utilizzo come strumento giudiziario per raccogliere elementi di prova da riversare nei procedimenti penali, lederebbe in maniera inaccettabile svariati diritti, libertà e garanzie, non solo della persona che commette il crimine ma anche di indagati innocenti, di terzi, o di altri.

Inoltre, alcuni strumenti, considerando l'imprecisato raggio di azione, che può derivare dal loro utilizzo, non soddisfano il requisito implicito del principio di legalità, impresso per garantire la riserva di legge nella procedura penale, in modo tale che gli indagati non siano sottoposti ad ingiustizie arbitrarie.

Come conseguenza delle considerazioni svolte, deve essere chiaro che ogni istituto della procedura penale presuppone la propria conformità costituzionale che contribuisce alla definizione dei beni giuridici, dei diritti soggettivi e delle regole di comportamento. La subordinazione della legge penale rispetto alla Costituzione non è limitata ai principi costituzionali in materia penale o ai principi di politica criminale.

L'uso di simili strumenti potrebbe anche entrare fortemente in conflitto con la necessaria proporzionalità delle restrizioni dei diritti fondamentali (come già accennato).

Gli strumenti di acquisizione della prova (si può anche ragionare se il *Trojan horse* non ecceda questa definizione e se non sia più corretto qualificarlo come strumento generale di sorveglianza) comprimono i diritti fondamentali e, come tali, sono soggetti alla riserva di legge ed all'autorizzazione da parte del Giudice (per garantire un controllo preventivo da parte di un soggetto indipendente e neutrale, che tiene anche in considerazione in concreto gli interessi del titolare del diritto fondamentale che verrebbe limitato dalla misura).

Conformemente ai principi relativi ai diritti fondamentali racchiusi nella Costituzione, l'autorizzazione di una misura lesiva di diritti è necessariamente soggetta ai limiti imposti dalla necessità, dall'adeguatezza e dalla proporzionalità, ed il principio della proporzionalità richiede che la costrizione di un diritto fondamentale per la tutela del pubblico interesse sia quanto più possibile limitata.

La decisione inerente la proporzionalità di una misura che restringa diritti fondamentali non può essere assunta unicamente in pregiudizio del soggetto titolare di quel diritto. Ciò significa che è l'autorizzazione della misura restrittiva che richiede radicate motivazioni a conferma della congruità, della necessità e della proporzionalità della misura.

L'utilizzo di captatori informatici – come il *Trojan horse* – potrebbe non essere conforme alla legge, all'adeguatezza, alla necessità ed alla proporzionalità, danneggiando così diversi diritti e principi costituzionali, che dovrebbero prevalere nel momento in cui una comparazione venisse fatta al fine di ottenere la minor limitazione possibile dovuta nel caso concreto.

Dobbiamo giungere alla medesima conclusione già ipotizzata nel corso dell'introduzione di questa breve analisi: l'inammissibilità dell'utilizzo del captatore informatico *Trojan horse* come un mezzo di ricerca della prova nell'Ordinamento giuridico portoghese.

La prospettiva *de iure condendo*

Come accennato nelle premesse, il tema del captatore informatico è stato affrontato dal legislatore con un

emendamento al DDL S2067 *“Modifiche al codice penale e al codice di procedura penale per il rafforzamento delle garanzie difensive e la durata ragionevole dei processi nonché all’ordinamento penitenziario per l’effettività rieducativa della pena”*, approvato il 2 agosto 2016 dalla Commissione Giustizia del Senato e presentato all’aula per la discussione.

L’emendamento modifica l’art. 35, recante in rubrica la dicitura *“Principi e criteri direttivi per la riforma del processo penale in materia di intercettazione di conversazioni o comunicazioni e di giudizi di impugnazione”*, che prevede una delega in materia di intercettazioni.

In particolare è stata aggiunta la lettera e), che di seguito si riporta:

“e) disciplinare le intercettazioni di comunicazioni o conversazioni tra presenti mediante immissione di captatori informatici in dispositivi elettronici portatili, prevedendo che:

1) l’attivazione del microfono avvenga solo in conseguenza di apposito comando inviato da remoto e non con il solo inserimento del captatore informatico, nel rispetto dei limiti stabiliti nel decreto autorizzativo del giudice;

2) la registrazione audio venga avviata dalla polizia giudiziaria o dal personale incaricato ai sensi dell’articolo 348, comma 4, del codice di procedura penale, su indicazione della polizia giudiziaria operante tenuta a indicare l’ora di inizio e fine della registrazione, secondo circostanze da attestare nel verbale descrittivo delle modalità di effettuazione delle operazioni di cui all’articolo 268 del medesimo codice;

3) l’attivazione del dispositivo sia sempre ammessa nel caso in cui si proceda per i delitti di cui all’articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale e, fuori da tali casi, nei luoghi di cui all’articolo 614 del codice penale soltanto qualora ivi si stia svolgendo l’attività criminosa, nel rispetto dei requisiti di cui all’articolo 266, comma 1, del codice di procedura penale; in ogni caso il decreto autorizzativo del giudice deve indicare le ragioni per le quali tale specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini;

4) il trasferimento delle registrazioni sia effettuato soltanto verso il server della Procura così da garantire originalità ed integrità delle registrazioni; al termine della registrazione il captatore informatico venga disattivato e reso definitivamente inutilizzabile su indicazione del personale di polizia giudiziaria operante;

5) siano utilizzati soltanto programmi informatici conformi a requisiti tecnici stabiliti con decreto ministeriale da emanarsi entro 30 giorni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi di cui al comma 1, che tenga costantemente conto dell’evoluzione tecnica al fine di garantire che tale programma si limiti ad effettuare le operazioni espressamente disposte secondo standard idonei di affidabilità tecnica, di sicurezza e di efficacia;

6) fermi restando i poteri del giudice nei casi ordinari, ove ricorrano concreti casi di urgenza, il pubblico ministero possa disporre le intercettazioni di cui alla presente lettera, limitatamente ai delitti di cui all’articolo 51, commi 3-bis e 3-quater del codice di procedura penale, con successiva convalida del giudice entro il termine massimo di quarantotto ore, sempre che il decreto d’urgenza dia conto delle specifiche situazioni di fatto che rendano impossibile la richiesta al giudice e delle ragioni per le quali tale specifica modalità di intercettazione sia necessaria per lo svolgimento delle indagini”.

Una prima analisi generale sul decreto ministeriale previsto dall'emendamento Casson- Cucca

DI **STEFANO ATERNO**
(AVVOCATO DEL FORO DI ROMA)

FABIO PIETROSANTI E ANDREA GHIRARDINI
(CONSULENTI INFORMATICI)

L'emendamento c.d. Casson - Cucca proposto al Senato ed approvato a inizio agosto scorso contempla la possibilità di definire con decreto ministeriale disposizioni tecniche fondamentali per consentire l'utilizzo del captatore informatico come mezzo di ricerca della prova con il rispetto, nei limiti del possibile, di garanzie per la difesa e per gli organi di polizia. Entro il prossimo 8 settembre verrà depositato un emendamento modificativo dell'attuale testo in esame al Senato che si propone di correggere alcune questioni non esatte e tecnicamente errate indicate nell'emendamento Casson - Cucca.

La normativa che disciplinerà la regolamentazione dei captatori informatici deve essere accompagnata da un disciplinare tecnico che introduca garanzie tecniche e ponga dei limiti all'attività del programma informatico.

Il decreto deve fungere da riferimento tanto per i produttori di captatori informatici, per gli omologatori (la proposta di legge c.d. Quintarelli e gli emendamenti depositati parlano di omologazione) e per tutte le altre parti coinvolte (avvocati e consulenti), andando a stabilire nel dettaglio quali siano gli elementi funzionali nonchè di garanzia rivolti ad assicurare l'integrità e la validità temporale delle informazioni acquisite attraverso il programma informatico.

Per governare la complessità tecnica e tecnologia e garantire il rispetto dei requisiti previsti per legge, si rende necessario senza ogni ombra di dubbio, la disponibilità di regolamentazione tecnica di dettaglio, al pari di quanto già fatto ad esempio per la PEC (posta elettronica certificata), lo SPID (sistema di riconoscimento dell'identità con la PA) o il PCT (processo telematico).

Il disciplinare tecnico relativo al captatore in particolar modo deve regolamentare i seguenti aspetti:

- **Architettura informatica e moduli funzionali**

Definizione dei moduli funzionali di un sistema informatico per captatori quali; a) sistema di gestione, b) modulo captatore, c) sistema di comunicazione, d) sistema di inoculazione, e) sistema di registrazione, f) sistema di controllo dei log relativi all'attività del sistema informatico con il quale l'operatore di polizia controlla e utilizza il programma.

- **Requisiti di compliance rispetto a standard internazionali**

Definiti i requisiti ISO/IEC IS-15408 Common Criteria EAL2, usati comunemente per tecnologie per la sicurezza dello stato, come vincoli minimi di qualità e sicurezza dei software captatori.

- **Requisiti tecnici e vincoli operativi di omologazione**

Definiti i requisiti tecnici con cui devono essere documentate ed eseguite le procedure di omologazione, con particolare attenzione alla "ripetibilità certa" del processo tecnico di creazione di un agente software specularmente a quello utilizzato in una investigazione specifica, in modo analogo a quanto già avviene per le certificazioni dei software usati nei giochi a premi.

- **Requisiti e modalità di custodia dei codici sorgenti del software**

Definizione requisiti, procedure e tempistiche di deposito dei codici sorgenti del software da parte dei produttori.

- **Realizzazione di registro captatori informatici e definizione precisa dei dati ivi raccolti**

Definizione delle tipologie di informazioni (nel dettaglio) che dovranno essere comunicate al registro captatori informatici da parte sia dei produttori che dei software installati presso i centri di controllo di AG/PG.

- **Processo e procedura di generazione, uso e verifica presso centro di controllo di PG/AG dei captatori informatici per le singole investigazioni**

Definizione delle procedure con cui è possibile “generare” un captatore da inoculare in un dispositivo bersaglio, quale le sue limitazioni funzionali relative alle autorizzazioni giuridiche concesse e quali le informazioni correlate obbligatorie.

Definizione delle procedure tramite cui le parti possono effettuare una analisi preliminare di congruità e validità delle procedure attuate presso i centri di controllo di AG/PG secondo un percorso tecno-procedurale che garantisca entrambe le parti e sia soprattutto ripetibile.

- **Modalità procedurali-contrattuali per consentire alle parti di ottenere l'accesso alla copia del captatore utilizzato nella specifica investigazione garantendone i vincoli di riservatezza industriale**

Definizione dei requisiti procedurali sia per i produttori che per le parti per poter accedere allo/agli specifici captatori informatici utilizzati in una investigazione specifica, ivi inclusi i requisiti “contrattuali” di garanzia della riservatezza a tutela dei produttori.

- **Modalità di validazione della integrità e di analisi del registro/log di operatività del captatore eseguibile dalle parti**

Definizione delle modalità con cui le parti possano verificare l'integrità dei log di operatività del captatore, delle sue capacità funzionali effettive nonché di tutte le attività da questo eseguite autonomamente o governato da un operatore di PG/AG sino alla sua disinstallazione.

- **Verifica della validazione del captatore mediante interrogazione al registro captatori**

Definizione delle tipologie di interrogazione dei dati presenti nel registro nazionale dei captatori dalle parti con lo scopo di validazione preliminare per riscontro di eventuali anomalie (es: uso di captatori non certificato o uso di captatori con capacità tecniche maggiori a quelle definite nelle autorizzazioni e nel decreto)

- **Verifica della validità del processo di omologazione con sua ripetibilità indipendente**

Definizione di tutte le modalità con cui le parti possano richiedere e ri-eseguire il processo di omologazione, ivi inclusa l'ispezione dei codici sorgenti software (o di almeno parte del software) e la ri-costruzione della copia esatta del captatore informatico utilizzato nella specifica investigazione. Particolare attenzione deve comunque essere posta alla tutela del segreto industriale dei produttori e alla attribuzione di responsabilità giuridico-contrattuali dei periti tecnici di parte in merito ad accordi di riservatezza.

In considerazione della completa immaterialità degli strumenti definiti nonché delle informazioni acquisite, l'assenza di un singolo requisito tecnico procedurale definito dal captatore dovrebbe poter rendere inutilizzabili le prove raccolte o comunque determinare dubbi sulla loro integrità e genuinità.

È fondamentale che il disciplinare tecnico sia soggetto a continua revisione da parte delle Autorità Competenti con rilascio periodico di aggiornamenti tecnici-funzionali-procedurali.

È di tutta evidenza infine che il decreto ministeriale dovrà essere scritto con la partecipazione di tutte le professionalità giuridiche e tecniche necessarie nonché con i produttori dei sistemi informatici in questione.

Trojan: urge la legge

DI GIORGIO SPANGHER

(PROFESSORE ORDINARIO DI PROCEDURA PENALE)

Dopo aver mosso – quasi sotto traccia – i primi passi in alcune vicende processuali, sollevando l'interesse di pochi “addetti ai lavori” esperti in materia informatica, inascoltate le preoccupate “grida” dei difensori di quei processi sulla pervasività dello strumento, le problematiche legate all'uso del *trojan* (*virus* informatico, captatore elettronico) sono “esplose” con la sentenza delle Sezioni Unite Scurato che ha archiviato le aspettative “garantiste” aperte dalla sentenza Musumeci della VI Sezione (presidente Milo).

Le diffuse preoccupazioni per la lesione che l'uso dello strumento può determinare sui diritti di riservatezza delle persone, che rischiano di essere travolti ed annullati dalle “potenzialità” dello strumento, stante la diffusività – quasi generalizzata – del suo uso e l'estrema vastità delle informazioni acquisibili (comunicazioni, dati, immagini, suoni), sono confluite allo stato nei criteri della delega al Governo all'intero del d.d.l. di riforma della giustizia penale attualmente in discussione al Senato.

Al di là degli aspetti tecnici, emerge – con forte evidenza – l'eliminazione dell'ipotesi di “reato facenti capo a una associazione per delinquere *ex art.* 416 c.p. correlata alle attività criminose più diverse, con esclusione del mero concorso di persone nel reato” tra quelle per le quali – secondo le Sezioni Unite – invece, si potrebbe effettuare l'attività *de qua* nei luoghi di privata dimora prescindendo dal fatto che vi si stia svolgendo l'attività criminosa.

Si tratta, com'è noto, di quell'elemento – non condiviso dalla Procura Generale – che aveva da subito sollevato non poche perplessità, per il significativo allargamento del “doppio binario” che si veniva ad introdurre.

Con una recente intervista a «Il Sole 24 Ore», l'Avvocato Generale presso la Procura Generale della Cassazione, nella quale precisava il senso (formale) della esclusione della ricordata ipotesi delittuosa dal raggio di operatività della deroga alla tutela dei luoghi di cui all'art. 614 c.p., ha messo in luce come in materia gli operatori dovranno “controllare” e “controllarsi” sia nel decidere se ricorrere allo strumento investigativo, sia nel fissarne le modalità operative, sia nel gestire gli spesso sconvolgenti risultati probatori. La legge può e deve dire molto al riguardo ma inevitabilmente non potrà dire tutto, anche per l'incessante evoluzione delle tecnologie. A integrare il dettato normativo, dovrà esserci perciò il fattore umano, la responsabilità delle persone che, nella ricerca delle prove, dovranno avere come imperativo categorico il rispetto dei diritti degli indagati e ancor più dei soggetti estranei o occasionalmente coinvolti. E questo vale moltissimo anche per la pubblicità delle informazioni raccolte”.

Si tratta di affermazioni sicuramente condivisibili. Non è detto – come si è visto – che siano da tutti condivise. Non ci si può, in questa materia, accontentare di un *self-restraint*. Siamo sicuri che quella soglia, per perseguire (non necessariamente raggiungere) l'obiettivo dell'accertamento, non sarà varcata? Per quanto inadeguata, come riconosciuto dall'Avvocato Generale, serve subito una legge, perché intanto si applica il *decisum* delle Sezioni Unite e si procede con una “gestione” del mezzo senza regole.

La delega fissa ad un anno dalla approvazione della legge il termine (massimo) per la sua attuazione.

Per alcune parti della riforma coperte dalla legge di delegazione (come per le impugnazioni) non solo è stata istituita una commissione ministeriale per l'elaborazione delle proposte di modifiche, ma questa ha anche ultimato i suoi lavori.

La riforma della intercettazione ed ora quella dell'uso del *trojan* non possono più attendere, non solo per il riferito “scarto” tra delega e decisione delle Sezioni Unite che – correttamente – viene applicata, ma soprattutto perché è facile sostenere che, al di là dei buoni propositi, quella “porta” viene e verrà attraversata.

“Trojan di Stato”: l’intervento delle Sezioni Unite non risolve le problematiche applicative connesse alla natura del captatore informatico

DI LUIGI ANNUNZIATA

(DOTTORANDO DI RICERCA IN DIRITTO E PROCEDURA PENALE, UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA – LA SAPIENZA)

Il recentissimo intervento delle Sezioni Unite²⁹ ha rinfocolato il dibattito attorno all’impiego di quel peculiare mezzo di ricerca della prova che va sotto il nome di captatore informatico, da più parti ribattezzato “trojan di Stato” : si tratta, in via di estrema sintesi, di un malware (ossia di un software maligno, comunemente detto virus informatico) occultamente installato dall’inquirente su un apparecchio elettronico dotato di connessione internet attiva (tra cui rientrano, dunque, tutti i moderni pc, smart-phones, tablet, ecc.), il quale consente in ogni momento all’attaccante – tra l’altro – di captare tutto il traffico dati (sia in entrata che in uscita), di attivare da remoto il microfono e la telecamera registrandone le attività, di “perquisire” gli hard disk e di fare copia integrale del loro contenuto, di intercettare (ed eventualmente decifrare) tutto quanto digitato sulla tastiera, di fotografare le immagini ed i documenti visualizzati dall’utente-obiettivo (c.d. screenshot).

Come noto, le questioni sollevate con l’ordinanza di rimessione si limitavano alla individuazione dei luoghi all’interno dei quali debba ritenersi consentita l’attività captativa eseguita attraverso il *trojan*³⁰: attenendosi scrupolosamente al *petitum*, gli Ermellini – propinando una sorta di “doppio binario” tra reati comuni e reati associativi (non solo di stampo mafioso) – hanno escluso «*la possibilità di compiere intercettazioni nei luoghi indicati dall’art. 614 cod. pen., con il mezzo indicato in precedenza, al di fuori della disciplina derogatoria per la criminalità organizzata di cui all’art. 13 d.l. n. 152 del 1991, convertito in legge n. 203 del 1991, non potendosi prevedere, all’atto dell’autorizzazione, i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico verrà introdotto, con conseguente impossibilità di effettuare un adeguato controllo circa l’effettivo rispetto del presupposto, previsto dall’art. 266, comma 2, cod. proc. pen., che in detto luogo «si stia svolgendo l’attività criminosa»*; hanno invece aperto alla «*captazione nei luoghi di privata dimora ex art. 614 cod. pen., pure se non singolarmente individuati e se ivi non si stia svolgendo l’attività criminosa, per i procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata, anche terroristica, secondo la previsione dell’art. 13 d.l. n. 152 del 1991*», precisando però che «*per procedimenti relativi a delitti di criminalità organizzata devono intendersi quelli elencati nell’art. 51, commi 3-bis e 3-quater, cod. proc. pen. nonché quelli comunque facenti capo a un’associazione per delinquere, con esclusione del mero concorso di persone nel reato*».

Si tratta di una soluzione in linea con l’ormai consolidato orientamento giurisprudenziale in materia di inutilizzabilità e divieti probatori, teso ad assicurare la conservazione della prova e chiaramente ispirato ad un (difficile) bilanciamento tra interessi contrapposti, quello all’accertamento ed alla punizione dei reati da un lato e quello al rispetto delle garanzie costituzionali dall’altro lato.

Tuttavia, sarebbe stato lecito attendersi una maggiore incisività del Collegio esteso rispetto alle proble-

²⁹ Cass. pen., SS.UU., 1° luglio 2016 (ud. 28 aprile 2016), n. 26889, in www.giurisprudenzapenale.com.

³⁰ Cass. pen., Sez. VI, ord. 6 aprile 2016, n. 13884, in www.giurisprudenzapenale.com.

matiche “tecniche” derivanti dalla installazione del captatore informatico, rimaste invece irrisolte. Ciò che sorprende negativamente è l’approccio mostrato dalla Corte rispetto alla fondamentale disamina delle caratteristiche tecniche del *trojan*: infatti, dopo una attenta dissertazione in ordine alle funzionalità di tale strumento particolarmente invasivo, gli Ermellini affermano che «l’installazione del captatore informatico in un dispositivo “itinerante”, con un provvedimento di autorizzazione motivato e nel rispetto delle disposizioni generali in materia di intercettazioni, costituisce una delle naturali modalità di attuazione delle intercettazioni al pari della collocazione di microspie all’interno di un luogo di privata dimora».

È questo il passaggio argomentativo che convince meno, poiché si limita a considerare la fisiologia dello strumento di indagine, omettendo ogni riferimento alle gravi “patologie” che contraddistinguono il *trojan*, il quale non può in alcun modo essere assimilato alle microspie: tra le “controindicazioni” notoriamente proprie del *trojan*, la più rilevante attiene alla circostanza per cui – trattandosi nient’altro che di un virus informatico, una volta installato sull’apparecchio-obiettivo – il captatore è per sua natura in grado di evolversi incontrollatamente, potendo mutare irrimediabilmente lo stato del luogo virtuale oggetto di hackeraggio³¹; caratteristica, quest’ultima, evidentemente estranea alle microspie.

Si tratta dunque di individuare una soluzione in grado di assicurare la genuinità dei dati captati attraverso l’installazione del *trojan*: in attesa di un sempre più necessario intervento legislativo regolatore della materia *de qua*, la soluzione appare ricavabile dalla disciplina vigente.

Partendo infatti dal presupposto per cui l’attività captativa eseguita mediante *trojan* costituisce un accertamento tecnico non ripetibile³², in quanto modifica il luogo virtuale nel quale il *malware* viene installato, costituirebbe garanzia necessaria (ma non ancora sufficiente) l’attivazione di un meccanismo analogo a quello offerto dall’art. 360 c.p.p.³³, se del caso sfruttando l’instaurazione di quel “confronto differito” già previsto (proprio in materia di intercettazioni) dall’art. 268 c.p.p., le cui maglie larghe andrebbero però sensibilmente ristrette da un sapiente intervento del legislatore: ciò consentirebbe almeno di addivenire ad un accertamento postumo sull’apparecchio hackerato, da effettuarsi nei momenti immediatamente successivi alla conclusione delle operazioni di captazione, volto a cristallizzare le caratteristiche tecniche sia del *malware* che dell’apparecchio, nonché a certificare la quantità e la qualità dei dati captati.

Assai più adeguata parrebbe poi l’ulteriore cautela – di ordine squisitamente tecnico – costituita dalla possibilità, per il Pubblico Ministero, di ordinare l’effettuazione – contemporaneamente alla installazione del *trojan* – di una operazione c.d. di *keylogging*, eseguita attraverso *software* in grado di registrare istantaneamente sia il contenuto dell’apparecchio-obiettivo al momento dell’hackeraggio sia le attività compiute su quell’apparecchio tanto dall’utilizzatore quanto (eventualmente) dall’attaccante³⁴: si tratta cioè di una sorta di

³¹ Ancora con riguardo alle patologie affliggenti il *trojan*, si deve rilevare - per completezza di riferimento - che il *software*, una volta installato, non può essere rimosso dall’attaccante, restando dunque giacente all’interno dell’apparecchio-obiettivo: ne deriva che l’investigatore “distratto”, anche al di fuori dei limiti temporali impostigli dal provvedimento autorizzativo, potrebbe sempre riattivare la captazione da remoto. A tale ultimo proposito, occorre inoltre osservare come l’installazione del *trojan* non consenta soltanto di estrapolare fiumi di dati dall’apparecchio-obiettivo, ma permetta anche di introdurre qualsivoglia *file* o *software* all’interno dell’apparecchio hackerato, con conseguente ulteriore possibile mutamento dello stato originale del luogo virtuale.

³² Non si è infatti in presenza di una lettura “postuma” dell’apparecchio-obiettivo, tradizionalmente ritenuta accertamento ripetibile dalla giurisprudenza di legittimità. Cfr. Cass. pen., Sez. I, 25 febbraio 2009, n. 11503; Cass. pen., Sez. I, 5 marzo 2009, n. 14511.

³³ Sulla natura irripetibile di analoghe operazioni di *forensic computing* e sulla necessità di attivare (anche *ex post*) il meccanismo di cui all’art. 360 c.p.p., si vedano già D. CURTOTTI, *Rilievi e accertamenti tecnici*, Padova, 2013, p. 183; M. DANIELE, *La prova digitale nel processo penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2011, p. 284; E.M. MANCUSO, *L’acquisizione di contenuti email*, in *Le indagini atipiche*, a cura di A. SCALFATI, Torino, 2014, p. 65.

³⁴ Per maggiori approfondimenti in ordine alla natura ed alle caratteristiche dei *softwares* di *keylogging*, nonché in ordine alla relativa

captazione della captazione, che garantirebbe la genuinità del dato probatorio acquisito attraverso un semplice confronto (postumo) tra il contenuto del *keylogger* e quello del *trojan (rectius, del file* remoto nel quale viene convogliato il flusso di dati intercettato dal captatore informatico).

Questioni di tal genere non sembrano ancora preoccupare la giurisprudenza interna, che pretende di risolvere i problemi posti dalla *forensic computing* facendo ricorso ad istituti e categorie “tradizionali”, spesso del tutto inapplicabili.

Appare pertanto evidente l’indifferibilità di un attento intervento legislativo *in subiecta materia*: in particolare, dovendosi individuare una soluzione in grado di contemperare sia le esigenze di accertamento penale sia quelle concernenti il rispetto dei diritti dell’indagato, sembrerebbe auspicabile muovere dalla disciplina vigente (con particolare riguardo a quella di cui agli artt. 360 e 268 c.p.p.) per adattarla alle vette raggiunte dalle moderne tecniche di investigazione; in questo senso, parrebbe irrinunciabile un riferimento normativo alle operazioni di *keylogging*.

Rilievi conclusivi rispetto alla delega in discussione al Senato

DI RINALDO ROMANELLI

(COMPONENTE DELLA GIUNTA U.C.P.I., AVVOCATO DEL FORO DI GENOVA)

Come già sottolineato, la parte certamente di maggior impatto della norma appare l’esclusione dell’art. 416 c.p. dalle ipotesi di reato che giustificano l’attivazione del captatore informatico nei luoghi assistiti da tutela domiciliare.

Questa impostazione, che pure sembra un passo nella giusta direzione, desta però qualche perplessità e necessiterà di un adeguamento al momento del passaggio in aula a Palazzo Madama.

Ove la previsione si tramutasse in diritto positivo (a seguito di attuazione della delega), infatti, andrebbe a costituire parte integrante della disciplina delle intercettazioni di comunicazioni tra presenti attualmente delineata dall’art. 266 c.p.p. e dall’art. 13 del D.L. 152/1991, così come interpretato dalle SSUU “Scurato”.

La prima disposizione, come si è già più volte visto, detta la norma generale che consente l’intercettazione tra presenti in ambito domiciliare solo ove vi sia fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l’attività criminosa; la seconda, in deroga a tale previsione, consente, in procedimenti relativi a delitti di “criminalità organizzata”, la stessa intercettazione in ambito domiciliare “anche se non vi è motivo di ritenere che nei luoghi predetti si stia svolgendo l’attività criminosa”.

Le SSUU “Scurato” hanno chiarito che la locuzione “criminalità organizzata” deve riferirsi anche all’ipotesi delineata dall’art. 416 c.p. (condivisibile o meno, questo attualmente è il *dictum* del Supremo Collegio).

applicazione in ambito di *forensic computing*, si vedano S. ATERNO - M. MATTIUCI, *Cloud Forensics e nuove frontiere delle indagini informatiche nel processo penale*, in *Arch. Pen.*, 3, 2013, p. 875.

Il quadro che si andrebbe a comporre autorizzerebbe, dunque, le “tradizionali” intercettazioni “ambientali” in ambito domiciliare per il reato di cui art. 416 c.p., senza necessità che vi sia fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l’attività criminosa, ma non l’attivazione del captatore informatico.

Per converso, il captatore informatico, attivabile nei medesimi limiti dell’intercettazione ambientale “tradizionale” solo per i delitti di cui all’articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, sarebbe in via generale “installabile” e attivabile per tutti gli altri reati secondo i limiti di ammissibilità dettati dall’art. 266 c.p.p.

La soluzione pare irrazionale ed è, probabilmente, il frutto di una eccessiva timidezza e di un equivoco di fondo.

L’equivoco, che peraltro verte sul tema centrale della questione, sembra ruotare intorno alla specifica indicazione del luogo nel quale viene autorizzata l’intercettazione di comunicazioni tra presenti.

L’origine pare potersi rinvenire al punto n. 6 della motivazione della più volte menzionata sentenza “Scurato”.

In esso la Corte, in modo per la verità non del tutto chiaro, pare escludere la possibilità di utilizzare il captatore informatico per intercettazioni ambientali fuori dalle ipotesi di criminalità organizzata, tra l’altro perché “[.] b) all’atto di autorizzare una intercettazione da effettuarsi a mezzo captatore informatico installato su di un apparecchio portatile, il giudice non può prevedere e predeterminare i luoghi di privata dimora nei quali il dispositivo elettronico (smartphone, tablet, computer) verrà introdotto, con conseguente impossibilità di effettuare un adeguato controllo circa l’effettivo rispetto della normativa che legittima, circoscrivendole, le intercettazioni domiciliari di tipo tradizionale c) peraltro, anche ove fosse teoricamente possibile seguire gli spostamenti dell’utilizzatore del dispositivo elettronico e sospendere la captazione nel caso di ingresso in un luogo di privata dimora, sarebbe comunque impedito il controllo del giudice al momento dell’autorizzazione, che verrebbe disposta al buio [...]”.

Appare però evidente un errore concettuale: il giudice non può prevedere in quali luoghi verrà introdotto il dispositivo portatile, ma la circostanza non ha alcuna rilevanza.

Ciò che il giudice dovrebbe limitarsi a valutare è in quale luogo domiciliare può essere autorizzata l’intercettazione perché ricorre il presupposto del comma secondo dell’art. 266 c.p.p., o perché, trattandosi di criminalità organizzata, vi è un interesse investigativo che, in quel luogo e solo in quello, consente la compressione della libertà domiciliare (sarà l’abitazione dell’indagato, l’ufficio, o un altro domicilio abitualmente frequentato rispetto al quale vi siano fondate ragioni di ritenere che l’attivazione dell’intercettazione possa fornire elementi utili all’indagine).

Quando il dispositivo accede al domicilio ove è autorizzata l’intercettazione questa viene attivata; se è già attiva e il dispositivo accede a un domicilio nel quale l’intercettazione non è autorizzata, viene disattivata.

Se il captatore informatico consente la geolocalizzazione satellitare, tale operazione pare possibile in accordo con le altre previsioni del DDL secondo le quali l’attivazione non deve essere permanente a seguito dell’installazione (cosa, peraltro, allo stato attuale della tecnica difficilmente ipotizzabile in un dispositivo portatile la cui batteria verrebbe molto rapidamente consumata dall’attività del Trojan), ma deve essere effettuata di volta in volta dalla polizia giudiziaria sulla base delle disposizioni impartite nel decreto autorizzativo.

Se così è, però, non si comprende con immediatezza per quale ragione escludere l’art. 416 c.p. dal novero dei delitti per i quali può utilizzarsi il Trojan in ambito domiciliare, lasciando immutata la disciplina che consente le intercettazioni “tradizionali”.

Forse perché con l’ambientale “tradizionale” il giudice autorizza la captazione in un domicilio ben determinato e, dunque, valuta espressamente che rispetto a quello specifico luogo sussistono effettive e concrete ragioni investigative che legittimano la compressione delle libertà domiciliari?

Si ritiene, dunque, che solo per reati di cui all’articolo 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, sia accettabile un’intercettazione “itinerante” che si traduca di fatto in una molteplicità di imprevedibili intercettazioni domiciliari?

Come si è visto, però, l’ipotesi dell’intercettazione “itinerante” non è necessitata dalle caratteristiche del

Trojan e concettualmente non appare accettabile per le numerose ragioni che sono già state esposte nei vari interventi che compongono questo “Focus”.

La soluzione corretta sarebbe stata allora piuttosto quella di prevedere nella delega – anziché la generica locuzione “[...] l’attivazione del microfono avvenga solo in conseguenza di apposito comando inviato da remoto e non con il solo inserimento del captatore informatico, nel rispetto dei limiti stabiliti nel decreto autorizzativo del giudice [...]” – i criteri cui deve attenersi il giudice nel dettare tali limiti, inserendo tra questi la specifica indicazione del luogo assistito da tutela domiciliare nel quale viene autorizzata l’intercettazione e la specificazione delle ragioni che la giustificano, estendendo espressamente tali principi ad ogni tipologia di intercettazione, ivi incluse quelle tradizionali (che pure, di fatto, già sono necessariamente collegate ad un luogo predeterminato).

Se poi, come pare, il legislatore ha voluto in qualche modo cogliere le oggettive distanze che separano una qualunque associazione riconducibile alla fattispecie delineata dall’art. 416 c.p. da fenomeni di criminalità organizzata ben più pericolosi quali quelli di tipo mafioso o terroristico, in un’ottica di coerente ridefinizione del quadro normativo di riferimento, sarebbe stato meglio superare le timidezze cui si è accennato (ed è auspicabile che ciò avvenga nel corso dell’ulteriore esame cui sarà sottoposto il DDL al Senato) ed escludere del tutto l’ipotesi associativa semplice prevista dall’art. 416 c.p. dall’ambito di applicazione dell’art. 13 del D.L. 152/1991.

Come condivisibilmente affermato dal Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione al punto n. 7 della memoria depositata nel procedimento Scurato, in riferimento alla disposizione da ultimo menzionata: *“Nella norma derogatoria è infatti prefigurato un peculiare e specifico bilanciamento di interessi nel cui ambito la segretezza delle comunicazioni e la tutela del domicilio subiscono più consistenti limitazioni in ragione della eccezionale gravità e pericolosità, per gli individui e o per l’intera collettività, dei reati dei quali si ricerca la prova”*.

Il riferimento all’associazione per delinquere semplice in questa prospettiva appare del tutto improprio, ove si consideri che essa può costituirsi anche con la finalità di commettere reati di modesto allarme sociale e perfino procedibili a querela di parte.

Sempre in accordo con le ragioni espresse nella richiamata memoria del Procuratore Generale, certamente più corretto sarebbe limitare l’ambito di operatività dell’art. 13 del D.L. 152/1991 a quei reati di criminalità organizzata che effettivamente si connotano per essere di eccezionale gravità e pericolosità, quali sono le associazioni con finalità di terrorismo e di eversione dell’ordine democratico (art. 270 *bis* c.p.), le associazioni di tipo mafioso (art. 416 *bis* c.p.) e le associazioni finalizzate al traffico di sostanze stupefacenti (art. 74 D.P.R. 309/90).

Nella memoria si sosteneva, con apprezzabili argomentazioni, che tale dovesse essere, *de iure condito*, l’interpretazione da darsi alla nozione di criminalità organizzata.

L’ipotesi ermeneutica è stata, evidentemente, rigettata dalla Suprema Corte, che ha ritenuto di individuarla anche nel delitto di cui all’art. 416 c.p.; mutando però la prospettiva *de iure condendo*, poco importa quale tra le due sia l’interpretazione attualmente corretta, quanto piuttosto quale delle soluzioni si presenti come maggiormente rispettosa di quel criterio di “proporzionalità” che deve sussistere tra la “necessità democratica” di investigare che giustifica l’ingerenza dello Stato nella comunicazione privata del cittadino e la libertà che allo stesso deve essere garantita.

Appare fin troppo evidente che il regime delineato dal diritto vivente, dopo la sentenza “Scurato”, non rispetti tale proporzione per due ordini di ragioni: consente l’intrusione in un numero indeterminabile di domicili che non hanno alcun collegamento con l’interesse investigativo; la consente per associazioni finalizzate alla commissione di qualunque reato, anche di modestissima gravità e pericolosità.

Nessuno dei due profili è stato adeguatamente affrontato e risolto dall’emendamento introdotto nel DDL S2027 e ciò dovrà, dunque, avvenire nel prossimo esame del testo nell’aula del Senato.

Vi è poi da attendersi che alcuni temi trattati dal DDL C3762, cui fa cenno anche la pronuncia “Scurato” (punto 2.4. a cui si rimanda), possano essere recepiti attraverso un emendamento *ad hoc* nel testo del DDL “processo”, estendendo l’ambito della disciplina dall’intercettazione di conversazioni tra presenti alle altre modalità acquisitive della prova che il captatore consente (ampiamente descritte nei vari contributi che compongono questo “Focus”).

Ogni asservazione a riguardo sarebbe prematura, atteso che il testo iniziale ha subito modificazioni ed aggiustamenti e non è ancora nota la proposta nella sua ultima versione.

In ogni caso, v’è d’augurarsi che ciascun aspetto non solo venga trattato tenendo ben presenti i diversi punti di vista offerti da chi, a vario titolo, si pone a confronto con questo strumento (così come si è cercato di fare di in questo scritto) – evitando così che il legiferare sia frutto delle ragioni di una sola “parte”, o peggio di equivoci anche di natura tecnica – ma soprattutto che la linea guida sia quella di ricercare la necessaria proporzione tra interesse investigativo e libertà del cittadino, in un contesto nel quale il peso sempre crescente della tecnologia rischia di comprimere quest’ultima fino ad annientarla.

Il rapporto Stato, tecnologia, cittadino e libertà non è (solo) la sfida del “Trojan horse”, ma la sfida del futuro ed in questa prospettiva consapevole e responsabile va affrontata.

Ho scelto di pubblicare, in questa prima “stanza”, uno scritto che non è nuovo, ma che probabilmente pochi ricorderanno, se non altro perché sono trascorsi quasi venticinque anni, e molta acqua è passata sotto i ponti.

Ho fatto questa scelta per due motivi.

Il primo è che l'articolo fu pubblicato nel 1992, sulla rivista “Difesa penale”, che rappresentò il cahier de doléance della Unione, e in generale dei penalisti italiani per molti anni. Con ciò ho voluto rendere omaggio a quel grande uomo, oltre che avvocato, che fu Ernesto Baccino, che ci ha lasciato prematuramente; ed ho voluto tracciare una specie di linea ideale tra quella esperienza e questa nuova iniziativa della Unione.

Un secondo motivo è che quelle riflessioni restano assolutamente attuali, e che l'uso strumentale del processo, in certi settori, da eccezione è diventato la regola.

I miei interventi saranno sempre dettati da un sentimento: ricordando con rabbia ciò che avremmo potuto fare, e non abbiamo fatto; ricordando con rabbia le illusioni di un processo giusto, che non c'è e non c'è stato; ricordando con rabbia le storture a cui abbiamo fatto l'abitudine. Il trattamento disumano, da parte dello Stato, di chi umanità non aveva, come Provenzano, è un atto di cui tutti dobbiamo vergognarci, perché non abbiamo fatto sentire prima la nostra voce. C'è una categoria di imputati che non ha più diritti.

Questo è l'articolo: due anni dopo la Difesa penale ha terminato la pubblicazione.

Finalità proprie del processo penale e rischi di strumentalizzazione

Il concetto di «strumentalizzazione» del processo. – L'argomento, anche se non è nuovo, si ripropone oggi alla luce delle prassi che ricorrono nei processi in materia di criminalità economica e politica. Perciò richiede più che mai rigore e prudenza perché non si attribuisca alla classe forense l'intento occulto e inconfessabile di far passare sotto il nome di garantismo la difesa di settori delinquenziali.

Per evitare ambiguità bisogna determinare, anzitutto, le caratteristiche del fenomeno a cui ci si vuole riferire allorché si parli di «strumentalizzazione del processo penale»: in sé il concetto di «strumentalizzare» designa la deformazione di un fatto per sfruttarlo come mezzo per determinati fini, cosicché, se fosse intesa in tal senso, l'espressione avrebbe riguardo ai casi in cui il processo penale non è utilizzato con lo scopo di «far giustizia», bensì, in assenza di effettivi delitti, per interessi d'altro tipo, pubblici o privati, di pura repressione politica o economica, o, talora, per incidere sugli assetti socio-istituzionali.

Deviazioni tanto macroscopiche dai fini del processo penale, anche se non possono escludersi in democrazia, appaiono sicuramente rare e di facile individuazione. Così, per stare al tema d'attualità, non può certo affermarsi che le indagini riguardanti fatti di corruzione politica non siano effettivamente dirette alla scoperta di fatti criminosi ed alla punizione dei colpevoli e che tali fatti non esistano nella realtà, ma siano il frutto di una diabolica macchinazione della corporazione dei giudici.

Tuttavia, in un'accezione meno grossolana, il concetto di «strumentalizzazione del processo penale» è applicabile ad un'area ben più vasta, potendosi considerare tale ogni situazione in cui il processo penale sia

si utilizzato per l'accertamento di fatti criminosi, ma, per il modo come si procede, sia in realtà la dissimulazione di un puro atto di forza, ovvero sia comunque diretto anche a scopi ulteriori che non sono essenziali al «far giustizia».

Mentre nel primo senso la strumentalizzazione indica un'assoluta deviazione dai fini del processo penale, in questa seconda accezione, la strumentalizzazione è relativa, ed è relativa con riferimento a due possibili parametri: il primo attiene alle regole che devono essere rispettate perché si abbia una verità processuale giuridicamente accettabile, di modo che, se tali regole sono violate, il processo perde la sua natura di strumento giuridico, per diventare «occasione» per punire (eventuali) autori di reati: il secondo parametro concerne la funzione della magistratura, e più in particolare della giurisdizione, che è esclusivamente quella di applicare le leggi vigenti senza nulla fare che possa incidere sugli assetti istituzionali dello Stato o comunque sugli indirizzi politici del Paese.

Peraltro i due aspetti della strumentalizzazione (che ho chiamato «relativa») sono tra loro strettamente connessi, nel senso che le deroghe alla «integrità del processo», quale insieme di criteri che legittimano la decisione, sono determinate proprio dai fini che, attraverso il processo, il magistrato si propone di raggiungere. In sostanza, se il processo è concepito come risoluzione di conflitti, allora il più alto risultato si avrà solo in quanto siano rispettate tutte le regole a cui le parti e il giudice debbono attenersi. Se, viceversa, il processo è uno strumento per attuare determinati orientamenti politici, allora poco conta la correttezza delle procedure impiegate, dato che le decisioni sono legittimate dal raggiungimento degli obiettivi sostanziali che siano stati individuati come fine ultimo delle indagini. Può dunque formularsi questo principio: quanto più il processo (o parte di esso) viene usato come strumento per promuovere scelte politiche e finalità più ampie della risoluzione di un particolare conflitto, tanto meno la procedura e di riflesso i diritti individuali saranno considerati valori che meritano tutela.

Il processo come «conflitto» e come «attuazione di finalità politiche». – L'alternativa tra questi due tipi di processo è presente per tradizione nella cultura giuridica e si manifesta in varie contrapposizioni, che sono riconducibili alle idee del processo accusatorio o inquisitorio, del processo come «conflitto» o come «indagine». In un quadro più ampio i due tipi di processo sono espressione dello Stato liberal-democratico o dello Stato a tendenze autoritarie.

Più specificamente. Da un lato si attribuisce al processo penale la funzione di lotta alla criminalità, perché sarebbe attraverso il processo penale che potrebbero controllarsi i soggetti pericolosi. Con la strumentazione del processo, perciò, dovrebbe intervenire tempestivamente su ogni manifestazione di devianza; le misure cautelari, di riflesso, sarebbero l'ossatura portante della giustizia penale, salvo poi, quasi a verifica delle prime, il controllo finale su chi è colpevole e chi è innocente. Dall'altra parte, si sostiene, invece, che il processo penale non ha nulla a che vedere con la lotta alla criminalità, che ha una finalità diversa, non potendo che risultare il luogo in cui si accerta una eventuale responsabilità individuale. La criminalità, dunque, andrebbe combattuta fuori del processo, attraverso l'intervento della polizia, per il tramite di misure a carattere sociale. Tutto ciò deve essere fatto prima e fuori delle sedi giudiziarie: davanti al giudice l'unico obiettivo dovrebbe riguardare l'accertamento della verità.

Per altro verso, e parallelamente, si tende ad attribuire al processo penale la funzione di individuare una verità reale: il processo penale, cioè, servirebbe per distinguere il vero dal falso, il male dal bene. È probabile che questo tipo di cultura abbia le sue origini, le sue fondamenta anche nella cultura religiosa, o meglio nel processo ecclesiastico, nella inquisizione che riservava al giudice anche compiti di redenzione e di lui faceva quasi lo strumento della divinità. Dall'altra parte, più empiricamente, si concepisce il processo penale non come sede di accertamento della verità reale, ma come un complesso di regole per cui la verità, il vero o il falso, è ciò che si raggiunge attraverso queste regole. In sostanza la verità (o falsità) discende dal metodo

con cui si è arrivati alla decisione; non si ha una verità in assoluto, anche se alla verità reale, naturalmente, si deve tendere ed a questa verità mirano le regole a cui debbono attenersi i soggetti del processo. Nel primo sistema, che è di impronta inquisitoria, l'accusatoregiudice ha un ruolo centrale; nel secondo, invece, è il contraddittorio, sono le parti, che assumono una funzione primaria.

Un'ulteriore contrapposizione si collega alla funzione della sanzione, e cioè al modello garantista o a quello della difesa sociale. Il processo penale, per le dottrine garantiste, è il luogo in cui lo Stato si propone di punire il cittadino del quale sia stata stabilita la colpevolezza, riconoscendogli però la più ampia difesa dalla sanzione. Per la teoria della difesa sociale, viceversa, il processo penale è destinato a sfociare, se vi sono i presupposti, in una misura di trattamento, che per definizione non è un male per colui al quale sarà applicata, ma è anzi a suo beneficio (oltre che della società): anche il processo penale, perciò, è in funzione di colui che viene giudicato, è anche nel suo interesse. Non vi è limite, conseguentemente, alla necessità che costui collabori, né può avere spazio il diritto di difesa, una volta che non vi è un atteggiamento dello Stato da cui egli deve difendersi, ma vi è uno Stato che opererebbe a vantaggio della persona da giudicare e poi da «trattare».

Un altro aspetto riguarda il tema dei rapporti tra processo e strumenti di conoscenza. Da un lato, vi è chi concepisce il processo penale come un atto politico, e cioè come un'attività per la quale i criteri di conoscenza, di accertamento e di decisione sono soprattutto di natura politica. È lo Stato che si pone di fronte alla devianza, e che affida soltanto ai suoi organi la risposta alla devianza. È per questo che gli strumenti di conoscenza restano di tipo giuridico-istituzionali, senza lasciare troppo spazio agli apporti della scienza e della tecnica. D'altra parte, vi è invece la concezione del processo penale come ricerca del vero con gli apparati tecnici adeguati al caso concreto, e quindi con tutta la moderna strumentazione che può essere offerta dall'intervento del criminologo o di altri esperti di scienze sociali. In un caso la prova decisiva, e talora l'unica, è la collaborazione degli imputati; nell'altro sono le risultanze obiettive.

Al diverso ruolo attribuito all'imputato come fonte di prova si collega una ulteriore, nettissima divaricazione tra i due tipi di processo. Il processo come risoluzione di conflitti tende a evitare che una parte sia trasformata in mezzo di prova. Viene meno, se ciò accade, il requisito che ciascuna delle parti provi le sue affermazioni e adempia ai suoi oneri probatori. È davvero uno strano onere quello che una parte può soddisfare costringendo l'avversario a sopportarne il carico.

All'opposto il processo come strumento di attuazione di scelte politiche incorpora come uno dei suoi tratti distintivi il dovere delle parti di rispondere sinceramente alle domande dei magistrati. Infatti, se la supremazia dello scopo (a cui viene data la qualifica di interesse sociale) è riconosciuta ed esaltata, il rifiuto delle parti, e dello stesso imputato, di collaborare con l'autorità giudiziaria, a causa della spinta contraria di interessi personali, non trova giustificazione, né consenso sociale.

Infine, è l'avvocato ad assumere connotati assai diversi a seconda del sistema punitivo. Nel processo come conflitto il difensore ha la funzione di rappresentare una delle parti, di garantire solo ed esclusivamente i diritti dell'individuo. Senza l'avvocato non può aversi contraddittorio, e perciò neanche una verità secondo ragione: e cioè una verità che sia il prodotto di un corretto uso della dialettica.

Viceversa, in un ordinamento caratterizzato dalla tendenza a facilitare una pronta attuazione di taluni orientamenti politici non c'è posto per avvocati che servano l'interesse personale dei loro clienti e creino ostacoli alla realizzazione dei programmi dell'apparato giudiziario. Ci si attende, in sostanza, che l'avvocato aiuti il magistrato a raggiungere il risultato desiderabile.

Le ragioni di una scelta di campo. – Si possono così riassumere i caratteri dei due modelli di processo penale.

Il processo come risoluzione di conflitti ha questi connotati:

- 1) serve soltanto ad accertare una eventuale responsabilità individuale, senza che i mezzi usati e il risul-

tato stesso tengano conto degli effetti sulla lotta alla criminalità;

- 2) la verità è tale solo se è il risultato di determinate regole conoscitive, cosicché colpevolezza o innocenza non sono categorie naturalistiche o morali, bensì sono il frutto di meccanismi processuali;
- 3) alla persona si riconoscono tutti i diritti perché possa difendersi dalla sanzione, che è vista come un atto di violenza legale posto in essere dallo Stato;
- 4) l'indagine sul fatto deve essere delegata agli apparati tecnici più adeguati, dandosi la preferenza alle prove oggettive piuttosto che alle fonti soggettive;
- 5) la parte del processo non può essere tenuta a diventare *telum adversarii sui*, cioè un'arma di offesa del suo avversario;
- 6) l'avvocato è il garante dei diritti individuali, è uno dei soggetti del rapporto che trae causa dalla necessità di risolvere una situazione controversa. Il processo come attuazione di scelte politiche ha i caratteri diametralmente opposti:
 - 1) è attraverso il processo che si controllano i soggetti pericolosi, cosicché le misure cautelari sono la spina dorsale della giustizia penale;
 - 2) scopo del processo è la verità reale, per cui tutti i mezzi, o quasi, sono giustificati da questa finalità;
 - 3) il condannato sarà sottoposto ad una misura che è anche nel suo interesse, e perciò da questo trattamento egli non ha da difendersi;
 - 4) la conoscenza è prerogativa del giudice che tutto sa ed è sovraordinato ad ogni scienza;
 - 5) le parti hanno il dovere di collaborare per la realizzazione di un fine comune, cosicché anche l'imputato deve dire la verità;
 - 6) l'avvocato deve farsi collaboratore del magistrato altrimenti si porrà in contrasto con gli interessi della società.

Così delineati i due sistemi, appare chiaro un fatto: i due tipi di processo non costituiscono alternative strutturali per raggiungere lo stesso obiettivo; sono rivolti a scopi diversi. In uno è il modo in cui la decisione viene presa, che conta. Nell'altro, i mezzi usati sono giustificati dalla bontà dei risultati.

Proprio quest'ultima osservazione fa capire che la scelta dell'uno o dell'altro modello è di natura meramente politica, nel senso che ciascuno Stato può ritenere preferibile un processo in cui la sentenza trova la sua giustificazione in base alla procedura, anche se la decisione può non soddisfare i fini del potere politico; ovvero può privilegiare un processo in cui gli scopi di chi amministra la giustizia sono l'unico vero valore, motivo per cui le procedure devono essere funzionali agli scopi stessi. È necessario, però, che si abbia piena consapevolezza delle radici ideologiche dell'una o dell'altra soluzione, nonché degli effetti sul sistema giuridico-sociale.

La natura strumentale del processo si concilia con uno Stato che considera i diritti individuali come notevolmente affievoliti rispetto agli interessi di natura pubblicistica; i primi, perciò, possono essere sacrificati alla realizzazione di finalità politiche. Ciò, tuttavia, comporta anche una svalutazione dei criteri di certezza in ordine alla conoscenza dei fatti: purché le decisioni siano fonte di legittimazione di chi le assume, in quanto rispondono alle attese sociali, i procedimenti attraverso i quali si perviene ad esse costituiscono una premessa di limitata rilevanza.

La critica più radicale che può farsi ad una tale concezione del processo, è che l'adeguamento dei mezzi ai fini contraddice la funzione naturale dell'indagine che è quella di non proporsi a priori un obiettivo. Così facendo non si cerca la verità secondo regole, ma si cercano le regole che per mettono di pervenire ad una verità predeterminata.

Il processo come conflitto, invece, si colloca in uno Stato nel quale i diritti individuali sono riconosciuti come preminenti e qualunque limitazione deve essere contenuta nei minimi essenziali per garantire anche i beni collettivi. In sostanza la parità delle parti ha come presupposto che Stato-amministrazione e individuo

sono entità quanto meno di eguale dignità giuridica, di modo che l'individuo conserva integri tutti i propri diritti sino a quando non si dimostri che ha rotto il «patto sociale».

L'obiezione che viene mossa a questo tipo di processo, ha per oggetto l'eccesso di formalità che lo caratterizzerebbe e che costituirebbe un ostacolo ad un efficace intervento sulla criminalità. Per quanto suggestiva la tesi è errata. Le formalità altro non sono che regole per far sì che l'inquirente proceda secondo prudenza e ricerchi le prove rispettando i diritti della persona: esse, perciò, rappresentano la strada che deve essere seguita per arrivare ai risultati, non certo gratuiti sbarramenti al corso della giustizia. Chi è convinto del contrario dovrebbe leggersi il brano con cui J.P. Marat, oltre due secoli or sono, così identificava le formalità giudiziarie: «Costringendo il giudice a procedere a passo a passo, esse lo mettono in guardia contro la leggerezza delle decisioni. Fermanone la mente su tutti i punti essenziali, esse lo garantiscono da omissioni funeste. E mediante tutte queste precauzioni, prese per pervenire alla scoperta del vero, il legislatore proclama quanto valore egli attribuisca alla libertà, all'onore, alla vita degli uomini, e si giustifica agli occhi dei criminali, facendo loro sentire quanto sia ponderato e imparziale il giudizio che li condanna».

Perciò, se la scelta è politica, l'adesione al modello di processo come conflitto ha il suo fondamento ideale nella supremazia dei diritti della persona sull'Autorità, della razionalità sulla violenza. Per questo non si può non essere in disaccordo con ogni specie di strumentalizzazione del processo penale.

Aspetti di strumentalizzazione dell'attuale processo penale. – Oggi in Italia tuttavia, non dovrebbe esservi ragione di discutere sull'uno piuttosto che sull'altro tipo di processo, posto che una scelta di sistema è stata fatta e secondo un complesso di principi che non lasciano dubbi. L'attuale codice, infatti, è concepito sul modello del processo come risoluzione di un conflitto: accusa e difesa dovrebbero parteciparvi su basi di parità; le modalità dell'interrogatorio dovrebbe essere disciplinate in funzione della sua natura di strumento di difesa; le patti dovrebbero avere eguale diritto alla prova; questa dovrebbe essere formata in contraddittorio e sotto gli occhi di chi emetterà la decisione.

Nondimeno forse mai come ora ha preso corpo il rischio della strumentalizzazione del processo penale. Ciò vuol dire che la struttura e la filosofia del nuovo codice sono state alterate così da poter usare la procedura, pensata per regolare lo scontro, per altre finalità, e cioè con lo scopo di attuare determinate scelte politiche. La strumentalizzazione del processo, quindi, va doppiamente riprovata. Va riprovata in sé, in quanto è contraria ai principi di un ordinamento liberal-democratico. Va riprovata perché le prassi seguite hanno mutato volto al processo, ridisegnandolo. Questa non è un'affermazione polemica. È una constatazione che si fonda sull'esame dei caratteri concreti che ricorrono in procedimenti di altissima rilevanza sociale.

Si pensi, in primo luogo, alla parità delle parti, che avrebbe dovuto costituire il segno distintivo del nuovo processo. Perché questa vi sia, il giudice dovrebbe porsi come terzo, equidistante da accusa e difesa. Già la concentrazione in capo allo stesso giudice, e cioè allo stesso G.I.P., del controllo su tutte le attività del Pubblico Ministero, quando tutte riguardino fatti di corruzione politica (il che accade quasi dovunque), crea una contiguità tra giudice ed accusa che fa del primo un collaboratore del secondo, o viceversa, senza che sia pensabile una effettiva contrapposizione. Prova ne è che vi è sempre un pieno accordo per l'emissione di provvedimenti restrittivi della libertà personale, e che tali provvedimenti sono quasi sempre emessi poche ore dopo la loro richiesta.

La legge delega aveva riaffermato la natura di mezzo di difesa dell'interrogatorio. Viceversa, fonte pressoché esclusiva di prove sono oggi le confessioni e le chiamate in correità, sulle quali si reggono i processi di corruzione. Attorno a questo obiettivo ruota l'intera strategia dell'accusa che utilizza tutti i mezzi a sua disposizione. Non si tratta soltanto di un uso smodato della custodia cautelare: all'interno di essa vi sono gradazioni di sofferenza a secondo della collaborazione data o sperata; si utilizza il carcere anche per reati di limitata gravità, come il puro finanziamento, così da fiaccare la resistenza e avere più consistenti rivelazioni;

si arriva ad un giorno prima della scadenza dei termini per emettere un nuovo provvedimento facendo precipitare nella disperazione chi già era sulla soglia del carcere; non si interroga su fatti specifici, ma si chiede di fare piena confessione, rassegnando al Pubblico Ministero tutto ciò di cui si ha conoscenza, sotto la minaccia che se l'abiura non sarà totale, allora si riapriranno le porte della cella e per tempi ancora più lunghi.

Uno dei canoni del processo come conflitto è che l'accusa deve provare i fatti e che, pertanto, l'imputato è innocente sino alla condanna. Proprio per scongiurare il rischio di pregiudizi per l'indagato il codice aveva limitato l'invio dell'informazione di garanzia ai casi in cui si compisse un atto garantito. I Pubblici Ministeri, invece, hanno spedito (e pubblicizzato) decine di informazioni di garanzia a parlamentari, in situazioni per le quali le indagini avrebbero dovuto restare riservate. Saranno, costoro, anche responsabili dei fatti a loro addebitati, nondimeno tali iniziative, poiché sono estranee alle regole del processo, non possono non apparire strumentali.

Con la scomparsa del contraddittorio anche la voce dell'avvocato nel processo si è fatta debole, rivestendo un ruolo a metà tra il collaboratore del Pubblico Ministero e l'assistente spirituale del detenuto. Si è arrivati, su un settimanale, a formulare una graduatoria, una *hit parade* degli avvocati che hanno fatto scarcerare più rapidamente i propri assistiti avendo costoro collaborato con l'accusa. C'è chi, tra i difensori, alla domanda: se fosse giustificata la carcerazione per far confessare, ha risposto «Scherza? È stata fondamentale». Altri ha dichiarato che è riuscito ad avere la libertà del suo assistito «capendo il più chiaramente possibile cosa vogliono i magistrati».

Mi è tornato alla mente, leggendo queste parole, l'appello di Gaetano Foschini: «Riscoprire la giurisdizione: questo è il compito attuale ed urgente dei giuristi – si intende, di quelli desti ed avvertiti – se si vuole salvare il diritto inteso quale espressione non di autorità ma di giustizia e se, con esso, si vuole salvare la democrazia intesa non quale espressione di demagogia ma quale reciproco della tirannia».

Questo stesso appello è tempo di tornare a rivolgere non soltanto ai giudici e ai Pubblici Ministeri, ma, come si vede, anche a noi stessi.