

PAROLA alla DIFESA

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



www.parolaalladifesa.it

2 DUEMILADICIASSETTE
marzo-aprile

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

Editoriale

AGOSTINO DE CARO, <i>Difesa e contraddittorio: gli orizzonti minacciosi e le nuove frontiere</i>	p. 123
--	--------

Opinioni

GIORGIO SPANGHER, <i>Giustizia e divisione dei poteri</i>	» 129
GAETANO INSOLERA - PIETRO INSOLERA, <i>Dialogo tra Corti o “rimprovero” della Corte? Note a margine dell’Ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale</i>	» 135
NICOLA MAZZACUVA, <i>Le ragioni della clemenza nell’epoca del ‘delitto penale massimo’</i> »	157

Dal Parlamento / Al Parlamento

GIUSEPPE LOSAPPIO, <i>La “colpa” nel delitto di omicidio stradale</i>	» 171
CARLO DE GASPERIS, <i>Riflessioni sul nuovo delitto di traffico di organi prelevati da persona vivente: passo avanti od occasione sprecata?</i>	» 179

Dalle Corti

Trib. Livorno, 14 aprile 2016 (dep. 9 maggio 2016), n. 1021, con nota di MATTEO PICCIRILLO, <i>Il giocatore che non paga la puntata al “10 e Lotto” e vince, commette truffa ai danni dello stato?</i>	» 185
Cass. Pen., sez. V, 8 febbraio 2017, pres. Fumo – rel. Di Marzo, con nota di GHERARDO MINICUCCI, <i>Maccaroni stare decisis? Il ruolo del fallimento tra elemento essenziale, evento e condizione obiettiva</i>	» 193
Cass. pen., sez. I, 2 gennaio 2017, n. 41, con nota di MARIA FRANCESCA CORTESI, <i>La valutazione della condotta ai fini della concessione dell’affidamento in prova: una nuova decisione della suprema corte</i>	» 205
Cass. pen., sez. VI, C.c. 28 dicembre 2016, (dep. 4 gennaio 2017), n. 386, C. App. Venezia, 8 febbraio 2017 (dep. 22 febbraio 2017), con nota di GUIDO COLAIACOVO, <i>Appunti sul ruolo del Ministro della giustizia nel procedimento di estradizione ...</i> »	209

Focus / Dibattiti

Il Processo Mediatico: la ricerca di un punto di equilibrio tra i diritti della persona, la libertà di stampa e le regole processuali, a cura di RENATO BORZONE

Riflessioni sul “processo mediatico”, di GAETANO RUTA – Giornalista, “convitato

scomodo” di GIUSEPPE GUASTELLA – “*Una stampa cinica e mercenaria prima o poi creerà un pubblico ignobile.*”, *Joseph Pulitzer*, di Giovanna Cracco – ‘*Docufiction*’ e ‘*instant document*’: *il circo mediatico-giudiziario senza l’informazione*, di TIZIANA BELLANI – *Trial by media*, di ANTONELLO SORO – *Danni da processo mediatico*, di GIORGIO SPANGHER » 215

Stanza di Gaetano

di GAETANO PECORELLA

GIULIO PAOLI, *Io l’avvocato l’ho fatto così*..... » 233

Difesa e contraddittorio: gli orizzonti minacciosi e le nuove frontiere

Editoriale

AGOSTINO DE CARO

1. Il dibattito sul processo penale, le sue criticità e le prospettive di riforma ha avuto, nell'ultimo periodo, un deciso incremento ed una proiezione che consolida le riflessioni che da anni gli avvocati penalisti vanno facendo. Un significativo spunto di riflessione è stato sicuramente offerto dalle relazioni svolte nel corso dell'inaugurazione dell'anno giudiziario, e tra di esse, soprattutto, quella tenuta dal Primo Presidente della Corte di Cassazione.

Il Presidente Canzio ha evidenziato, in modo particolarmente efficace, alcune oggettive criticità del nostro rito penale, denunciando palesi anomalie e, addirittura, vistose patologie del rapporto tra giustizia e informazione mediata, ma anche affrontando ulteriori nervi scoperti della procedura penale.

Si ravviva, in questa direzione, il dibattito sul processo penale, nella prospettiva di un recupero delle garanzie piuttosto che in quella, purtroppo ricorrente, della necessità di "combattere" la criminalità incalzante, finalità, notoriamente, estranea allo scopo politico del processo penale.

Ciò mi induce a proporre una riflessione su due aspetti critici della procedura penale, peraltro molto vicini al ruolo della difesa.

Il primo coinvolge una parte della riforma del processo penale proposta dall'esecutivo, e inizialmente arenatasi in parlamento per la nota crisi di governo, post referendum costituzionale, ma ripreso con rigore. All'interno del pacchetto di modifiche, infatti, è stato previsto un deciso ampliamento del ricorso al c.d. dibattimento a distanza dell'imputato, le cui "irritanti" limitazione del diritto di difesa sono note a tutte le persone che hanno avuto occasione di partecipare ad un processo celebrato con imputati presenti a distanza (cioè in videoconferenza).

A questo dato, già particolarmente sintomatico dell'atteggiamento poco rispettoso del diritto di difesa (soprattutto, ma non solo, materiale), si affianca l'uso sempre più disinvol-

to dell'art. 611 c.p.p. nell'ambito del rito di legittimità – le “famigerate” camere di consiglio non partecipate – in parte nascosto nelle pieghe della riforma già evocata ed in altra parte (quella che più allarma) ancorato alla giurisprudenza che la ritiene la forma procedurale di elezione, generale, per il rito camerale in cassazione.

Sembra assistere ad una progressiva insofferenza per la presenza dell'imputato e del difensore, quasi fossero un orpello del quale poter fare anche a meno. E, parallelamente, declinano lentamente il diritto al contraddittorio come nucleo dialettico fondante la giurisdizione e il diritto difesa, tecnica e materiale, anche come presidio di tutela della irrinunciabile presunzione di innocenza.

Parallelamente e proporzionalmente, si assiste al deciso incremento di incidenza della figura del pubblico ministero e delle indagini preliminari, sempre più ingombranti. E questo crinale contribuisce ad ampliare una mutazione culturale apparentemente inarrestabile ed alla convinzione diffusa che riconosce nel pubblico ministero il vero padrone del processo.

2. Per chiare il mio pensiero è utile la messa a punto di qualche concetto generale.

Il principio del contraddittorio, nucleo valoriale del rito penale moderno, definito limpidamente “l'elemento nucleare della giurisdizione”, “il *diapason* della giurisdizione penale”, richiede, per un verso, che la formazione della prova dichiarativa avvenga secondo il metodo dialogico, e che l'introduzione di qualsiasi dato probatorio si realizzi nel confronto dialettico delle parti, ma, per altro verso, pretende che l'intera vicenda procedurale si sviluppi lungo i sentieri segnati dal metodo dialettico: cioè, confronto tra le parti in posizione di parità avanti al giudice terzo e imparziale.

Le particolari e plurime definizioni di contraddittorio sono collegate ad impostazioni culturali variegiate, al momento nel quale viene attivato o al segmento procedurale che lo ospita. Ed anche se il contraddittorio tipico del processo penale e della fase dibattimentale è quello proiettato verso la formazione della prova (oggettivamente diverso dal più generale significato espresso nell'art. 111 comma 2 Cost.), ciò non esclude che il termine sia diretto anche a definire gli oneri e i diritti connessi alla rappresentazione dialettica delle diverse situazioni procedurali.

In tutte le fasi procedurali, invero, lo stile dialogico costituisce una modalità indefettibile, capace, però, di attivarsi in modo peculiare e multiforme.

E la valenza del diritto non è solo limitata alle parti. Si può tranquillamente affermare che il contraddittorio, pur partendo da una naturale vocazione alla tutela della più ampia latitudine difensiva, serve (soprattutto) al giudice in quanto determina la costituzione del miglior bagaglio cognitivo possibile, quello più coerente con le necessità dell'accertamento e consente di assumere decisioni “informate” e ragionevoli.

La scelta di questo metodo dialettico, propedeutico alla formazione della prova, è, in una prospettiva coniugabile alla stessa matrice valoriale, radicato a convinzioni giuridiche ben scolpite nella cultura processualpenalistica e a scelte inderogabili della nostra Costituzione.

Dal contraddittorio emerge una sintesi che coniuga l'esigenza di verità (intesa in modo relativistico) o meglio di certezza con la consapevolezza dei limiti dell'accertamento.

Diverso, ma convergente, è il necessario confronto dei soggetti coinvolti, dal quale prende forma l'epilogo della vicenda. Ogni protagonista, cioè, contribuisce all'accertamento e la dialetticità del metodo integra quel valore aggiunto che riconnette i segmenti nella corretta ottica finalistica.

Esso rappresenta, dunque, un confronto tra soggetti, non uno scontro, dove il giudice è un attivo protagonista della relazione dialettica, la indirizza e la coniuga con le esigenze dell'accertamento.

Questa relazione tra parti e giudice costituisce l'essenza del principio, tanto da renderlo l'anima dialettica della giurisdizione oltre che il metodo "eletto" di formazione della prova. La sua caratteristica è quella di non essere "un dialogo a due, ma piuttosto un confronto a tre: parti e giudice".

Il contraddittorio, pur non rappresentando una novità dell'impianto costituzionale, è stato veicolato in modo formale nella Carta fondamentale attraverso la modifica dell'art. 111 Cost. La novità dirompende è quella di aver posizionato il diritto all'interno dei caratteri tipici della giurisdizione, facendolo, in tal modo, assurgere a principio politico ed a pilastro fondamentale del sistema.

Va anche sottolineato che il contraddittorio ha una necessaria connessione con i profili dell'oralità e dell'immediatezza, senza i quali perde la sua autenticità e le connotazioni prima richiamate. Sostenere che l'art. 111 Cost. avrebbe costituzionalizzato solo il metodo del contraddittorio, indipendentemente dall'oralità e dell'immediatezza è un errore che svilisce la portata autentica del principio e degrada la sua dimensione cognitiva.

Se l'opzione di partenza è rappresentata dalla convinzione secondo la quale il metodo scientifico maggiormente utile al raggiungimento della verità giudiziaria è il contraddittorio, non è possibile tradire la premessa senza ricevere contraccolpi pericolosi per gli aspetti cognitivi del processo.

Per realizzare un contraddittorio efficace è indispensabile un rapporto continuo tra difensore e imputato, senza il quale davvero si svilisce ogni prerogativa della giurisdizione e della sua democraticità.

Esso si coniuga, nella prospettiva essenziale di realizzare in concreto la presunzione di innocenza, col diritto difesa, inteso nella accezione più ampia, comprensiva della difesa tecnica e materiale.

La difesa vive anche nella parità con il pubblico ministero. Ma tale essenziale dimensione è una meta mai raggiunta, e neppure sfiorata. Chi pratica le aule di giustizia lo sa bene.

Questi ambiti valoriali non possono essere declinati solo in via generale ed astratta, ma devono vivere nel processo e devono essere concretamente attivati proprio nelle situazioni critiche dove la garanzia esplica una forma di tutela indispensabile a rendere l'accertamento equo e l'epilogo "giusto".

3. Una di queste è sicuramente lo stato di detenzione dell'imputato, che comporta, in sé, una oggettiva ed indiscutibile difficoltà di difendersi pienamente, di acquisire elementi utili alla propria difesa e, se la detenzione si realizza in un luogo distante dal territorio ove si svolge il processo, addirittura di avere un contatto continuo col proprio difensore. Molte volte, le esigenze di tutela della collettività obliterano completamente le prerogative

difensive con la conseguenza di celebrare un processo distante dal minimo sindacale di giustizia e ragionevolezza.

Sono proprio queste le situazioni alle quali il legislatore dovrebbe porre maggiormente attenzione e realizzare, attraverso correttivi reali, le migliori condizioni per il contraddittorio e la difesa. Invece, le preoccupazioni prevalenti sono quelle di ridurre i costi ed attivare, con una frequenza sospetta, le videoconferenze, attraverso le quali si realizza la “partecipazione a distanza” dell'imputato al suo processo.

Questa modalità mortifica il diritto di difesa e rende difficile il pieno svolgimento del contraddittorio.

La riflessione fonda su più ragioni.

L'utilizzazione della video conferenza per l'assunzione di una prova dichiarativa è un mezzo sicuramente utile per tutelare la fonte quando è vulnerabile (il collaboratore di giustizia), ma diventa una modalità estremamente limitativa se, attraverso di essa, si deve realizzare completamente il diritto ad essere presente al processo ed esercitare le prerogative proprie della difesa materiale e contribuire in modo essenziale alla difesa tecnica. Infatti, le modalità tecniche della partecipazione a distanza rendono difficile il contatto continuo col proprio difensore, raggiungibile solo attraverso il mezzo telefonico, mediato, per un verso, dall'operatore presente in aula e, per altro verso, dall'operatore penitenziario addetto al luogo “distante” ove sta l'imputato. Doppia mediazione che comporta una tempistica sideralmente distante da quella naturalmente utile ad intervenire in modo effettivo, ad esempio, durante un esame, per fare una opposizione, una domanda o solo per comprendere le dichiarazioni rese dalla fonte. E, poi, come sovente accade e come irrimediabilmente accadrà con maggior frequenza se dovesse passare la linea di politica processuale espressa dal progetto di riforma del codice di rito all'esame del parlamento, se il numero degli imputati in video conferenza è cospicuo, l'aula di udienza si trasforma in una specie di call center, dove si inseguono gli squilli del telefono e i tentativi dei difensori di catturare l'attenzione dell'operatore per farsi mettere in collegamento telefonico col proprio assistito. E ciò mentre il difensore dovrebbe essere attento all'esame e non distrarsi per tentare di colloquiare con il proprio rappresentato.

Certo, si potrebbe obiettare che il difensore, se lo ritiene, potrà sempre partecipare al processo nella stanza della videoconferenza insieme al proprio difeso. E la stessa cosa possono fare anche i difensori degli altri imputati presenti a distanza dal luogo del processo.

Ma è come dire: per avere un contatto diretto con il proprio assistito, il difensore è costretto a rinunciare a tutta una serie di prerogative che solo la partecipazione in aula consente di realizzare appieno. Si potrebbe fare la solita battuta: non si può avere tutto dalla vita. Una cosa esclude l'altra. Ma lo scenario è *ictu oculi* improponibile e, se proiettato in un processo dove cinque imputati sono in videoconferenza insieme ai loro difensori, addirittura grottesco. Un processo senza difensori in aula è la negazione del processo democratico.

A queste criticità si aggiunge la naturale limitazione di partecipazione connaturata alla visione ambigua del luogo ove si svolge il processo, le inevitabili difficoltà tecniche di comprendere i dialoghi procedurali, la necessaria mediazione telefonica (questa volta in

termini di tutela della segretezza delle conversazioni tra imputato e difensore): insomma, una difesa approssimativa ed una partecipazione dimezzata.

4. Un'ulteriore ambito problematico riguarda l'imperversare del ricorso alle camere di consiglio non partecipate. Qui sarebbe opportuno un deciso intervento legislativo diretto ad eliminarle dal sistema processuale.

Andiamo per ordine. La Corte di cassazione, da un lato, ritiene, come è noto, che nel giudizio di legittimità il rito camerale di riferimento sia quello disciplinato dall'art. 611 c.p.p. e non quello, partecipato, previsto dall'art. 127 c.p.p. (applicabile solo espressamente previsto).

Il legislatore, dall'altro, cerca di implementare la prima forma procedurale a discapito della presenza del difensore.

Nonostante il valore fondamentale della pubblicità, della presenza del difensore e della dialettica orale come strumento di partecipazione, si ritiene che la prevalente natura tecnica delle questioni dedotte in cassazione possa giustificare il rito camerale non partecipato, affidato al solo contraddittorio cartolare.

Al di là della (in) fondatezza giuridica di tale argomento e dell'eccentricità dell'idea stessa di "contraddittorio meramente cartolare", resta il dato di fondo di un progressivo allontanamento del difensore dalla aula di udienza a favore di una sua presenza mediata dallo scritto.

La tecnicità delle questioni è argomento suggestivo, e per certi versi retorico, che non può opporsi al principio di fondo del sistema processuale penale che vuole il confronto dialettico avanti al giudice come modo tipico della giurisdizione.

La maggior parte delle procedure camerale disciplinate dall'art. 611 c.p.p. (si pensi al procedimento di prevenzione, o di sorveglianza) riguarda questioni che toccano beni e diritti fondamentali dell'individuo in modo non dissimile da come questi beni vengono coinvolti nei procedimenti di diversa natura. La latitudine procedurale è la medesima ed anche il perimetro delle censure di legittimità.

Il nucleo della scelta e della progressiva amplificazione del ricorso a queste procedure risiede, invece, in ragioni di efficienza, di accelerazione che si oppongono – secondo alcuni – alla presenza del difensore in udienza.

Sicché, la dimensione del problema non è meramente tecnica, ma culturale.

Bisogna ribadire la convinzione secondo cui la presenza fisica del difensore rappresenta un valore utile per il giudice della decisione, sollecitato dalle riflessioni proposte e veicolate oralmente. Normalmente, nei giudizi camerale avanti alla Corte di cassazione, il fascicolo lo conosce solo il relatore, il ricorso e la decisione impugnata anche il presidente, ma gli altri tre giudici, tranne casi eccezionali o di particolare rilievo, non sanno assolutamente nulla (operati come sono dallo studio dei loro ricorsi e dalla redazione delle loro sentenze). La parola del difensore è l'unico stimolo che può sollecitare la loro attenzione, stimolare la loro curiosità e far germogliare dubbi e riflessioni tecnico-giuridiche.

L'assenza del difensore stimola solo un assordante silenzio che determina solo la mancanza di ogni stimolo alla riflessione.

Qual è, allora, il senso di continuare ad avere collegi di legittimità con cinque giudici? La collegialità è un valore effettivo, non solo eventuale.

5. Non è vittimismo denunciare una cultura che sopporta sempre meno la presenza del difensore.

Nel dibattito pubblico sullo stato della giustizia in generale e di quella penale in particolare (ma anche nelle discussioni su fatti concreti), il difensore tecnico e le categorie che lo rappresentano sono figure quasi sempre assenti. All'imperversare mediatica dei magistrati fa eco l'eclissi progressiva degli avvocati, come se la loro voce non avesse dignità di ingresso nel dibattito sulla riforma del sistema o sull'analisi dei mali atavici della giustizia penale.

Questa dimensione culturale ha effetti deleteri anche sul piano più tecnico. Ha contribuito a determinare l'elefantiasi delle indagini preliminari e la progressiva erosione di territori processuali al contraddittorio. E ciò senza necessità di evocare il processo contro la mafia e il terrorismo che ormai segue binari autonomi dove il contraddittorio e la difesa sono sempre meno coltivati.

Urge un recupero di legalità processuale, urge un arretramento delle fase investigativa a favore della giurisdizione, urge la creazione di finestre di giurisdizione concrete durante le indagini preliminari, urge un recupero di parità tra pubblico ministero e difensore, urge un colpo di reni per riappropriarsi degli spazi difensivi ceduti alle continue emergenze, all'idea di processo come modo per combattere i fenomeni criminali.

E probabilmente è anche venuto il momento per ridiscutere seriamente di un processo penale fondato sulla parità di parti autonome rispetto ad un giudice terzo e imparziale, diverso ed equidistante da entrambe.

Giustizia e divisione dei poteri

Opinioni

GIORGIO SPANGHER

Premessa

Il tema dei rapporti tra la giustizia e gli altri poteri dello Stato è suddivisibile in una parte statica ed in una dinamica. Nella prima si considereranno le posizioni costituzionali ed istituzionali dei due poteri. Nella seconda, saranno analizzate le dinamiche attraverso le quali la giustizia, il potere legislativo e quello esecutivo si sono, reciprocamente, dialetticamente e conflittualmente atteggiati.

1. Parte statica

1.1. Giustizia

Ai sensi dell'art. 104 Cost. si prevede che la magistratura costituisce un ordine autonomo e indipendente da ogni altro potere.

Sia che si tratti di funzione, di ordine, ovvero di un potere, la garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura è assicurata dal Consiglio Superiore della Magistratura (104, comma 2, Cost.), presieduto dal Presidente della Repubblica, che garantisce l'unità dello Stato nelle diverse articolazioni dei poteri, seppur con funzioni e ruoli diversi. Il C.S.M. è composto per due terzi da magistrati e per un terzo da laici eletti dal Parlamento. Si tratta di una istituzione nella quale la politica e la magistratura si incontrano e si confrontano.

La struttura della magistratura è governata dalla legge di ordinamento giudiziario. Al riguardo deve farsi notare come, pur con alcune modifiche anche importanti, l'organizzazione giudiziaria sia ancora governata dalla l. n. 12 del 1941. Nonostante i tentativi di riforma, la legge Grandi, introdotta dal fascismo, è rimasta inalterata, ancorché una disposizione transitoria della Corte costituzionale ne disponesse la riforma (VII disp. trans. Cost.).

Una riforma della materia è stata realizzata solo nel 2006 da parte del Ministro Castelli, peraltro, subito corretta dal Governo successivo, dal Ministro Mastella. Significativa di queste innovazioni la previsione dell'istituzione della Scuola Superiore della Magistratura, così da sottrarre alle logiche ed alle dinamiche interne al Consiglio anche la formazione e

l'aggiornamento della magistratura, pur conservando i magistrati l'intero controllo dell'organizzazione con autonomia sulle scelte culturali e sulla gestione.

A garanzia dell'autonomia e dell'indipendenza della magistratura, è attribuita al C.S.M. la competenza a valutare i comportamenti che potrebbero costituire illecito disciplinare. Va sottolineato che la presenza dei laici nella sezione disciplinare, peraltro marginale, è del tutto superata dalla successiva impugnabilità della decisione alle Sezioni unite civili.

Nei rapporti con il governo, si prevede che per la nomina delle posizioni direttive, il Ministro – nella logica della leale collaborazione – deve prestare il proprio consenso. Il dato si giustifica in relazione al fatto che spettando al Governo dotare la giustizia delle risorse necessarie per il suo funzionamento, le posizioni apicali affiancano all'attività giudiziaria anche quella gestionale. Il consenso, invertito, deve, invece, prestare il C.S.M., esprimendo il proprio parere per quanto attiene all'individuazione del rappresentante italiano di Eurojust, scelto in una rosa indicata dal Ministro.

Quanto ai rapporti con il potere legislativo, questi vanno inquadrati innanzitutto guardando a quanto si prevede in relazione al potere del C.S.M. di fornire il proprio parere in relazione alle modifiche legislative che abbiano ricadute sull'organizzazione giudiziaria. Il raggio della previsione – originariamente circoscritta – è andata – per l'interpretazione estensiva che ne ha dato il C.S.M. – incrementandosi, non esistendo ormai riforma, anche di diritto processuale o di diritto sostanziale, non implicante ricadute di segno ordinamentale, cioè, di funzionamento della macchina giudiziaria.

In secondo luogo, il rapporto con il potere legislativo si innesta nella affermata subordinazione dei giudici alla legge. Al riguardo, s'impone un chiarimento. Invero, la giustizia è – ai sensi dell'art. 101, comma 1, Cost. – amministrata in nome del popolo italiano. Ai sensi dell'art. 1 comma 2 Cost. la sovranità appartiene al popolo ed il modo più frequente di questo esercizio è costituito dall'approvazione delle leggi da parte del Parlamento, eletto dal popolo.

La riferita subordinazione dei giudici alla legge consente alla magistratura – nel caso in cui il Parlamento non abbia rispettato le previsioni costituzionali – di rimettere alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale. Si tratta, com'è noto, dell'organo previsto dagli artt. 134-137 Cost., composto di 15 membri nominati nel numero di cinque, rispettivamente dal Capo dello Stato dalle magistrature superiori e dal Parlamento. Si tratta di un altro organo ove – ad altissimo livello - la giustizia e gli altri poteri si incontrano. Oltre alla funzione di giudice delle leggi e dei conflitti, anche tra magistratura e Parlamento, come si dirà, la Corte è assunta a giudice di merito del Segreto di Stato. Non è escluso, essendosi già verificato, che le decisioni della Consulta innestino anche contrasti tra la Corte costituzionale e la Corte di Cassazione, in relazione alla tipologia di alcune decisioni della Corte costituzionale (le c.d. sentenze interpretative di rigetto).

Il significato della subordinazione alla legge va oggi ricostruito in termini ampi, considerato il multilivello delle fonti (convenzionali, pattizie, sovraordinate) e la presenza di Corti (europea e dei diritti dell'uomo) capaci di fissare regole, principi, decisioni alle quali variamente il giudice risulta subordinato.

1.2. Altri Poteri.

Quanto al potere legislativo, le guarentigie dei parlamentari già assicurate dall'art. 68, comma 1, Cost. (cui *adde* art. 9 l. n. 140 del 2003), relativamente alle opinioni espresse ai voti dati, erano racchiuse nella previsione di cui all'art. 68, commi 2 e 3, Cost. Nell'assicurare alcune garanzie ai deputati e ai senatori nei confronti del potere giudiziario, era previsto che, senza autorizzazione della Camera di appartenenza, nessun membro del Parlamento può essere sottoposto a procedimento penale, né essere arrestato o altrimenti privato della libertà personale, o sottoposto a perquisizione personale o domiciliare, salvo che sia colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è obbligatorio il mandato o l'ordine di cattura, ed eguale autorizzazione era richiesta per trarre in arresto o mantenere in detenzione un membro del Parlamento in esecuzione di una sentenza anche irrevocabile.

Com'è noto, questo presidio si è andato progressivamente indebolendo. In particolare, con la l. Cost. n. 3 del 1993 si è previsto che "senza autorizzazione della Camera alla quale appartiene, nessun membro del Parlamento può essere sottoposto a perquisizione personale o domiciliare, né può essere arrestato o altrimenti privato della libertà personale o mantenuto in detenzione, salvo che in esecuzione di una sentenza irrevocabile di condanna e se sia colto nell'atto di commettere un delitto per il quale è previsto l'arresto obbligatorio in flagranza; analoga autorizzazione è richiesta per disporre intercettazioni, in qualunque forma di conversazioni o comunicazioni e il sequestro di corrispondenza".

Da ultimo, con l'approvazione della c.d. legge Severino (d. lgs. n. 235 del 2012, Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di Governo conseguenti a sentenza definitiva di condanna per delitti non colposi, a norma dell'art. 1, comma 63, della legge 6 novembre 2012, n. 190), le tutele del ceto politico sono state ulteriormente ridimensionate. Con questo provvedimento sono state previste le conseguenze di un tema di ineleggibilità ed incompatibilità a ricoprire cariche pubbliche nei confronti di soggetti condannati. In tal modo l'esito del giudizio penale si salda con la intervenuta citata modifica dell'art. 68 Cost. che ha consentito l'avvio del procedimento davanti all'autorità giudiziaria.

Il panorama qui tracciato va completato con la disciplina dei reati commessi dal Presidente della Repubblica (art. 90, comma 2, Cost.) nonché con la rinnovata disciplina dei reati ministeriali (art. 96 Cost., come modificato dall'art. 1 l. Cost. n. 1 del 1989).

Invero, sotto quest'ultimo profilo si prevede che i reati commessi dal Presidente del Consiglio dei Ministri e dai Ministri, anche se cessati dalla carica, nell'esercizio delle loro funzioni, sono accertati dalla giurisdizione ordinaria, previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei deputati secondo le regole fissate dalla legge costituzionale che con la l. n. 219 del 1989 ha istituito il c.d. tribunale per i reati ministeriali.

In sede processuale, a tutela del Presidente della Repubblica e delle alte cariche dello Stato, sono previste specifiche modalità per l'assunzione delle testimonianze (art. 205 c.p.p.).

2. Parte dinamica

2.1. Altri Poteri vs. Giustizia

Invero, in questi anni non sono mancate le occasioni di contrasti e di conflitti, anche accesi, tra potere legislativo ed esecutivo, da un lato, e quello giudiziario dall'altro, certamente in materia penale, ma anche in relazione a temi etici e sensibili.

Sotto il primo profilo, va ricordata la vicenda attinente al Segreto di Stato (specificamente in relazione al caso Abu Omar). Non solo, il Parlamento è intervenuto modificando la legge, in materia; i giudici hanno sollevato due conflitti alla Corte costituzionale; la Cassazione ha "censurato" la decisione della Consulta; il Ministro non ha disposto rogatorie; il Presidente della Repubblica ha concesso la grazia ad alcuni condannati (americani), ma in seguito a questa vicenda la Corte costituzionale ha visto trasformato il suo ruolo, in questa materia, diventando – come anticipato – il giudice del segreto, nel senso che finisce per valutare profili di merito della materia.

Il tema del conflitto, in secondo luogo, si è evidenziato nelle note vicende dei lodi Schifani e Alfano, con i quali Governo e Parlamento intendevano arginare o differire l'esame di alcune vicende giudiziarie riguardanti alcune posizioni apicali della organizzazione dell'Esecutivo (Presidenza del Consiglio). Le eccezioni di legittimità della magistratura hanno condotto alla declaratoria di incostituzionalità delle due leggi, non senza forti frizioni tra i poteri.

Non sono, altresì, mancati interventi normativi con i quali il legislatore ha modificato specifiche decisioni della magistratura, come nel caso del decreto legge n. 60 del 1991, conv. in l. n. 133 del 1991, con il quale si è corretta la decisione della Cassazione che aveva scarcerato alcuni mafiosi per una errata interpretazione degli artt. 297-304 c.p.p. In alcuni casi, in materia di custodia cautelare, il legislatore – su sollecitazione della magistratura – è intervenuto allungando i tempi della custodia cautelare per evitare scarcerazioni di soggetti pericolosi. Si trattava di una "legislazione collaborativa" al cui fianco si colloca, tuttavia, anche quella ostativa, quella reattiva, quella adeguatrice.

Sotto il primo profilo, vanno segnalati gli interventi con i quali il legislatore, ha modificato le norme per impedire iniziative giudiziarie ritenute "inadeguate" sotto vari profili (si pensi alla c.d. l. *ex Cirielli*). Più recentemente, si può far riferimento alle vicende giudiziarie dell'Ilva di Taranto che hanno visto l'intervento del Governo per ridimensionare gli effetti (sociali) di alcune decisioni dei magistrati. In altri casi, si tratta di interventi normativi con i quali si reagisce ad una deriva interpretativa che si vuole correggere, ridisegnando i presupposti applicativi delle norme (si pensi alla l. n. 332 del 1995 in materia di misure cautelari). In alcuni casi, si tratta di legislazione che adegua la norma all'evoluzione fattuale così da offrire una risposta legislativa che dia certezza al dato interpretativo della giurisprudenza (si pensi alle modifiche del processo penale attuate con la l. Carotti del 1999). In altri casi, il Parlamento interviene in situazioni di urgenza al fine di rendere più funzionale lo svolgimento dell'attività giudiziaria (come nel caso dell'emergenza rifiuti a Napoli).

In questi contesti, nei quali il rapporto tra il potere legislativo e quello giudiziario, si modula in relazione alla tipologia dell'intervento, che varia fra ostilità, riserve, condivisione, si inseriscono anche le situazioni di forti conflittualità come nel caso del c.d. colpo di spugna, del decreto Biondi, e del caso Englaro. Quest'ultimo, in particolare, ha visto l'intervento del Presidente della Repubblica che, non condividendo l'intervento del Governo con la decretazione d'urgenza, ha consentito di dar corso alla decisione dei giudici.

2.2. Giustizia vs. altri Poteri

Non sono mancate e non mancano anche le iniziative ovvero le criticità nei rapporti tra la giustizia e gli altri poteri dello Stato. Già sono state segnalate le reazioni della magistratura, nei confronti del potere legislativo nel caso Abu Omar e più in generale in tema di Segreto di Stato. Parimenti, si è già fatto riferimento al “pronunciamento” televisivo della Procura di Milano, nei confronti del decreto Biondi ai tempi delle iniziative giudiziarie di “Mani pulite”.

Va altresì ricordata la vicenda della “Trattativa Stato-Mafia”, che ha avuto il suo acme nelle intercettazioni al Presidente della Repubblica, con intervento della Corte costituzionale a seguito di un conflitto con la procura di Palermo, preceduta dalle intercettazioni al Consigliere giuridico del Presidente, con il drammatico evento che ha riguardato lo stesso funzionario.

Non può non segnalarsi, non potendo attribuirsi alla fisiologicità, la declaratoria di incostituzionalità della legge elettorale (c.d. Porcellum), in attesa di verificare le sorti dell'*Italicum*.

Il tema dei rapporti tra giurisdizione e giustizia e della loro strisciante conflittualità – ancorché in una dimensione più avanzata e strisciante ma non per quello meno significativa. Si collega alla c.d. giurisprudenza creativa, quella, cioè, attraverso la quale i giudici estendono oggettivamente il raggio di operatività della fattispecie incriminatrici ovvero ne configurano più ampiamente i presupposti ovvero modellano diversamente i percorsi procedurali ovvero ne ridefiniscono i contorni, sia in chiave estensiva, sia in chiave restrittiva.

Sotto il profilo sostanziale, si tratta della finalità di adeguare i profili incriminatori e sanzionatori, soprattutto in materia di criminalità organizzata, a situazioni *border line* ovvero evolutive delle situazioni criminali, ovvero connesse allo sviluppo tecnologico come nel caso del concorso esterno nel reato associativo, della qualificazione come mafia capitale dell'organizzazione criminale romana, ovvero del traffico di influenze. In molti casi queste situazioni innestano, successivamente, recepimenti ovvero puntualizzazioni e messe a punto da parte del legislatore.

Sotto il profilo procedurale, la finalità è quella di assicurare l'efficienza del sistema e la funzione cognitiva del processo, ritenuti valori che legittimano la possibilità di piegare le norme ridimensionandone il significato letterale e formale, tendendo ad una giustizia in chiave sostanzialistica.

Proprio in questa dimensione efficientista si segnala il sempre più accentuato ricorso alla c.d. *soft law*, fatta di decreti, circolari, linee guida, protocolli, con i quali – *praeter legem* – si regolano dinamiche processuali che sarebbero di competenza legislativa. Ultima

della serie il recente decreto del Primo Presidente della Cassazione in materia di “sentenza semplificata” ed il protocollo sottoscritto dal Presidente della Cassazione e dal Presidente del Consiglio Nazionale Forense in materia di schema del ricorso (civile e penale) alla Suprema corte, dopo analoghi provvedimenti, alcuni però derivanti da specifici interventi normativi, per i ricorsi davanti alle Magistrature Superiori.

Esistono, infine, vere e proprie situazioni di supplenza della giurisdizione rispetto ad inerzie legislative. Si pensi alla stagione dei pretori d'assalto ed anche successivamente alla materia dei reati ambientali, ovvero a silenzi del legislatore, incapace di trovare l'equilibrio politico per introdurre le previsioni necessarie. È vero che difficilmente il legislatore anticipa gli eventi criminosi, andando quasi sempre “a rimorchio” di ciò che la società evidenzia (da ultimo: omicidio stradale; caporalato; cyberbullismo; femminicidio; *stalking*, solo per parlare dei casi più evidenti) ma spesso si tratta di "colpevoli" ritardi dettati dalle difficoltà (evidenti) della politica, anche se a volte manca una piena condivisione rispetto a quanto la magistratura sta facendo, ma difetta la “forza” per contrastare la sua azione (stante le accentuate divisioni che emergono al riguardo tra le forze politiche di maggioranza) ovvero il tema appare divisivo, risultando trasversali le opinioni favorevoli e contrarie.

A volte, l'attività di supplenza, riconosciuta come tale, non è ostacolata (si pensi ai processi in materia morti per le polveri d'amianto) perché il legislatore preferisce lasciare alla magistratura, che ha superato i limiti formali della legge, il compito di procedere, in una prospettiva che il legislatore non intende (o non può) ostacolare.

Conclusioni

Pur nella sua essenzialità, attraverso le situazioni più marcate, l'analisi svolta dovrebbe aver messo in luce come, al di là dei profili statici, delineati dalla Costituzione, il tema della separazione tra poteri, vive soprattutto nella sua dimensione dinamica, legata all'evoluzione dei rapporti di forza che si instaurano tra gli stessi, in relazione all'evolversi della società e alle dinamiche politiche, con accentuazione o meno delle conflittualità, dello spostamento in un senso o nell'altro degli equilibri, della condivisione o meno delle reciproche scelte, nella reciproca o meno collaborazione.

Saranno tutte da verificare le ricadute che, in caso di approvazione referendaria della riforma costituzionale, si potranno determinare anche su questa tematica, cioè, quella dei rapporti tra potere esecutivo e legislativo, da un lato, e quello della giustizia, dall'altro, salvo già prefigurare che ad un immobilismo politico possa contrapporsi una domanda di giustizia che veda espandersi ulteriormente il potere giudiziario.

Dialogo tra Corti o "rimprovero" della Corte? Note a margine dell'Ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale

Opinioni

GAETANO INSOLERA - PIETRO INSOLERA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La forte ed opportuna "riaffermazione" della legalità penale interna della Corte costituzionale. – 2.1. La "ragionevole prevedibilità" delle norme penali sfavorevoli. – 2.2. La determinatezza della "regola". – 3. Prove di vero "cooperative constitutionalism". – 4. Prospettive: il *dictum Taricco* può essere concretamente reso "conforme" ai principi fondamentali della Carta repubblicana? – 5. Quello che i giudici costituzionali dicono, anche se non espressamente.

1. Premessa.

Con l'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale¹, l'ormai celebre "saga" *Taricco* si arricchisce di un ulteriore, avvincente, capitolo.

¹ Corte Cost., Ord. 26 gennaio 2017 (ud. 23 novembre 2016), n. 24, *Presidente* GROSSI – *Redattore* LATTANZI, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco, e rinvia la questione alla Corte di Giustizia*, 30 gennaio 2017; fra i primi commenti v. anche V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco" (note minime all'ordinanza della Corte costituzionale n. 24 del 2017)*, in www.penalecontemporaneo.it, in corso di pubblicazione, 1 ss.; C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio della Corte di Giustizia: qualche breve riflessione a caldo*, in www.eurojus.it, 29 gennaio 2017; A. LAURITO, *Brevi considerazioni a "prima lettura" dei tre quesiti oggetto del rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale (ord. n. 24/2017) nel caso Taricco.*, in www.giurisprudenzapenale.com, 27 gennaio 2017; in lingua inglese, e concentrandosi più sugli interessanti profili di c.d. *cooperative constitutionalism* che non su quelli penalistici in senso stretto, v. M. BASSINI, O. POLLICINO, *The Taricco Decision: a Last Attempt to Avoid a Clash between EU Law and the Italian Constitution*, in *VerfBlog*, 2017/1/28, <http://verfassungsblog.de/the-taricco-decision-a-last-attempt-to-avoid-a-clash-between-eu-law-and-the-italian-constitution/>; M. FERRANTE, *L'ordinanza della Corte costituzionale sull'affaire Taricco: una decisione "diplomatica" ma ferma*, in *Dirittifondamentali.it*, 2017, 1, 1 ss.

I giudici costituzionali – condividendo buona parte dei dubbi sollevati dai giudici remittenti² e tenendo nella giusta considerazione il prevalente orientamento della letteratura sviluppatosi all'indomani della sentenza *Taricco*³ – hanno ritenuto che la “regola”, il “contenuto precettivo” della pronuncia, ovvero sia il *significato* attribuito all'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE dalla Corte di Giustizia⁴, debba essere meglio precisato, per potere essere ritenuto conforme al principio di legalità penale interno di cui all'art. 25, c. 2, Cost., nei suoi tre corollari di riserva di legge, divieto di retroattività e determinatezza.

A tal fine la Corte costituzionale ha operato un rinvio pregiudiziale alla CGUE⁵, formulando tre quesiti interpretativi relativi alla norma di cui all'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, optando così per una soluzione che, se da un lato può apparire “di compromesso”, dall'altro non ci sembra riconducibile all'ideologia di un virtuoso, pacifico, dialogo tra le Corti: continuiamo a pensare che i conflitti possano essere salutari. Quando essi garantiscono maggiori *standard* di garanzia per i diritti fondamentali colpiti dallo strumento penale⁶.

D'altra parte, la Corte di Lussemburgo ci sembra che non avesse proprio seguito una logica di “fraterno dialogo”: più o meno velatamente aveva ignorato, nella sentenza, di

² Le questioni di legittimità costituzionale – trattate unitariamente dalla Corte costituzionale – sono state dapprima sollevate con Ordinanza della Corte d'appello di Milano, sez. II, 18 settembre 2015, Pres. Maiga, Est. Locutro, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, con nota di F. VIGANÒ, *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i “controlimiti”*, 21 settembre 2015. Successivamente è stata sollevata questione di legittimità costituzionale anche dalla Corte di Cassazione, sez. III, Ord. 30 marzo 2016 (dep. 8 luglio 2016), Pres. Grillo, Est. Riccardi, Ric. Cestari, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 15 luglio 2016. Entrambi gli atti di promovimento hanno investito la Corte costituzionale della questione di legittimità dell'art. 2, l. n. 130/2008 (Ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea e alcuni atti connessi, con atto finale, protocolli e dichiarazioni, fatto a Lisbona il 13 dicembre 2007), nella parte in cui autorizza alla ratifica e rende esecutivo l'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, come interpretato dalla sentenza della Grande Sezione della CGUE dell'8 settembre 2015 in causa C-105/14, *Taricco*. Mentre l'ordinanza della Corte d'appello di Milano limitava i dubbi di incostituzionalità al solo contrasto con il principio di legalità penale di cui all'art. 25, c. 2, Cost. (*sub specie* divieto di retroattività e riserva di legge), la Cassazione lamentava anche la violazione dei parametri di cui agli artt. 3, 11, 24, 27, c. 3 e 101, c. 2, Cost.

³ Senza alcuna pretesa di esaustività, v. D. PULITANÒ, *La posta in gioco nella decisione della Corte costituzionale sulla sentenza Taricco*, in www.penalecontemporaneo.it, 5 ottobre 2016, 1 ss.; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, 2, 15 aprile 2016, 1 ss.; R. BIN, *Taricco, una sentenza sbagliata: come venirne fuori?*, in www.penalecontemporaneo.it, 4 luglio 2016; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte europea può erigere il giudice a legislatore*, in Paonessa-Zilletti (a cura di), *Dal giudice garante al giudice disapplicatore delle garanzie*, Pisa, 2016, 93 ss.; A. CAMON, *La torsione d'un sistema. Riflessioni intorno alla sentenza Taricco*, in www.latribuna.it, 1 ss.; V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovrastione di sistema”: le ragioni dei controlimiti*, www.penalecontemporaneo.it, 6 maggio 2016; V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen: Taricco versus controlimiti*, in *Cass. pen.*, 2016, 3, 1250 ss.; C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Dal giudice garante*, cit., 151 ss.; C. SOTIS, *Il limite come controlimite. Riflessioni sulla vicenda Taricco*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 14 ottobre 2016.

⁴ Com'è noto, nella sentenza *Taricco* la CGUE ha affermato che l'art. 325, §§ 1 e 2, TFUE impone al giudice nazionale di non applicare il combinato disposto degli artt. 160, u.c. e 161, c. 2, c.p. quando ciò gli impedirebbe di infliggere sanzioni effettive e dissuasive in un numero considerevole di casi di frode grave che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, ovvero quando frodi che offendono gli interessi dello Stato membro sono soggette a termini di prescrizione più lunghi di quelli previsti per le frodi che ledono gli interessi finanziari dell'Unione.

⁵ La Corte costituzionale, alla luce del grave stato di incertezza sul significato da attribuire all'art. 325, TFUE, riguardante processi penali pendenti, e dell'importanza delle questioni di diritto sollevate, ha richiesto che il rinvio sia deciso con “procedimento accelerato” ai sensi dell'art. 105 del regolamento di procedura della CGUE. Sulle peculiarità di tale procedimento, v. TESAURO G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2012, 358 ss.

⁶ G. INSOLERA, *Cassandra e il grande potere giudiziario*, in *Dal giudice garante*, cit., 139 ss.

considerare l’identità costituzionale italiana⁷ (ex art. 4.2 TFUE). Si era scelto di garantire “costi quel che costi” la protezione degli interessi finanziari europei.

Nonostante la natura *prima facie* interlocutoria del provvedimento, dunque, vale la pena approfondire le interessanti “*rivendicazioni di principio*” effettuate dalla Corte nel denso apparato motivazionale, per poi valutare quale potrà essere l’esito della domanda pregiudiziale, non potendosi comunque escludere che – qualora la CGUE non intenda “adeguarsi” ai rilievi del Giudice delle leggi – sorga la necessità di opporre effettivamente i “principi supremi dell’ordine costituzionale e i diritti inalienabili della persona umana”, *sub specie* principio di legalità, all’ingresso della “*regola Taricco*” nel nostro ordinamento.

2. La forte ed opportuna “riaffermazione” della legalità penale interna della Corte costituzionale.

Come si evince dal dispositivo dell’ordinanza, la CGUE viene sollecitata a chiarire se l’art. 325, §§ 1 e 2, TFUE, così come interpretato nella pronuncia *Taricco*, ed il conseguente obbligo di disapplicazione degli artt. 160, u.c. e 161, c. 2, c.p. con effetti retroattivi *in malam partem*, debba essere applicato anche in presenza di tre “circostanze”⁸: la carenza di una base legale sufficientemente determinata; la natura giuridica sostanziale della prescrizione, soggetta pertanto al principio di legalità nell’ordinamento italiano; il contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro.

Andiamo ad esaminare l’iter logico-giuridico che conduce i giudici costituzionali a rimettere la soluzione di tali dubbi interpretativi alla Corte europea.

Il tessuto argomentativo poggia su tre “pilastri” fondamentali.

Anzitutto, il riconoscimento del primato del diritto eurounitario, ai sensi dell’art. 11 Cost., quale dato acquisito e costantemente affermato nella giurisprudenza della Corte⁹, con la precisazione che “*l’osservanza dei principi dell’ordine costituzionale italiano e dei*

⁷ Sulla natura apertamente *anti-dialogica* del *reasoning* nella sentenza *Taricco v. M. LUCIANI, Il brusco risveglio*, 15; V. MAIELLO, *Prove di resilienza del nullum crimen*, cit., 1257.

⁸ Cfr. dispositivo ord. n. 24/2017 della Corte costituzionale: “*se l’art. 325, paragrafi 1 e 2, del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea debba essere interpretato nel senso di imporre al giudice penale di non applicare una normativa nazionale sulla prescrizione che osta in un numero considerevole di casi alla repressione di gravi frodi in danno degli interessi finanziari dell’Unione, ovvero che prevede termini di prescrizione più brevi per frodi che ledono gli interessi finanziari dell’Unione di quelli previsti per le frodi lesive degli interessi finanziari dello Stato:*

- *anche quando tale omessa applicazione sia priva di una base legale sufficientemente determinata;*
- *anche quando nell’ordinamento dello Stato membro la prescrizione è parte del diritto penale sostanziale e soggetta al principio di legalità;*
- *anche quando tale omessa applicazione sia in contrasto con i principi supremi dell’ordine costituzionale dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla Costituzione dello Stato membro”.*

⁹ Cfr. in tal senso le note sentenze nn. 183/1973 (c.d. *Frontini*) (§ 9), 170/1984 (c.d. *Granital*) (§ 7), 232/1989 (§ 3.1).

diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia" (§ 2), spettando la verifica di tale osservanza in via esclusiva alla Corte costituzionale, tramite il controllo di legittimità *"della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi"* (§ 2).

In secondo luogo, la *qualificazione certa* del principio di legalità in materia penale, ex art. 25, c. 2, Cost., quale *"principio supremo dell'ordinamento, posto a presidio dei diritti inviolabili dell'individuo, per la parte in cui esige che le norme penali siano determinate e non abbiano in nessun caso portata retroattiva"* (§ 2)¹⁰.

Infine, la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione nel sistema italiano – come viene stabilito da orientamento univoco del Giudice delle leggi¹¹ – che determina la soggezione dello stesso al principio di legalità in materia penale, imponendo che la disciplina sulla durata, sospensione ed interruzione del termine sia descritta con termini chiari, precisi e stringenti, e da disposizioni già vigenti al tempo della commissione del fatto (§ 4).

Partendo da questi "punti fermi", la Corte si interroga circa la compatibilità del *dictum Taricco* con il principio di legalità in materia penale nell'estensione riconosciutagli nell'ordinamento italiano.

Si tratta di comprendere *"se la regola tratta dalla sentenza resa in causa Taricco soddisfi il requisito della determinatezza, che per la Corte costituzionale deve caratterizzare le norme di diritto penale sostanziale. Queste ultime devono quindi essere formulate in termini chiari, precisi e stringenti, sia allo scopo di consentire alle persone di comprendere quali possono essere le conseguenze della propria condotta sul piano penale, sia allo scopo di impedire l'arbitrio applicativo del giudice"* (§ 5).

Giacché il profilo della determinatezza¹² si declina nel duplice senso di irretroattività e dello scopo di evitare l'arbitrio applicativo del giudice, occorre esaminarli partitamente, per cogliere l'importanza delle osservazioni svolte sul punto dai giudici costituzionali.

¹⁰ Di tale "rango" del principio di legalità penale, in tutti i suoi corollari – espresso a chiare lettere nell'ordinanza – non pareva in realtà potersi dubitare, vista la sua intima compenetrazione con il principio di separazione dei poteri ed il suo peculiare significato di garanzia in ambito penale, imprescindibile "principio di civiltà giuridica" e baluardo in ogni Stato costituzionale di diritto: cfr. ad es. F.C. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2013, 128; G. GRASSO, *Relazione di sintesi*, in Grasso, Illuminati, Sicurella, Allegrezza (a cura di) *Le sfide dell'attuazione di una Procura europea: definizione di regole comuni e loro impatto sugli ordinamenti interni*, Milano, 2013, 733, il quale evidenzia che le limitazioni di sovranità consentite dall'art. 11 Cost. non devono mai intaccare le scelte di fondo che caratterizzano il sistema costituzionale di riferimento, ed in materia penale si intende *"quell'insieme di limiti e garanzie, che caratterizzano il sistema penale in uno Stato di diritto e che rappresentano un momento essenziale dei rapporti tra autorità e libertà (anzitutto quindi il principio di legalità), costituiscano una componente ineliminabile di quel nucleo di principi fondamentali che debbono necessariamente riflettersi nella struttura costituzionale dell'organizzazione sovranazionale alla quale sia conferita una potestà penale"*. Va rilevato che autorevoli studiosi, non a caso, hanno fatto esplicitamente riferimento alla "posta in gioco" nel caso *Taricco* utilizzando l'espressione *"principi di civiltà giuridica"*, v. D. PULITANO, *La posta in gioco*, cit., 1 ss.; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 1 ss.

¹¹ Cfr. Corte costituzionale, sentt. nn. 143/2013 (§ 3), 23/2013, 393/2006 (§ 4), 394/2006 (§ 6.1), 236/2011 (§ 10).

¹² Il principio di determinatezza, quale requisito fondamentale delle norme penali – come precisa la Corte costituzionale, richiamando la giurisprudenza della Corte di Giustizia – appartiene alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, quale corollario del principio di certezza del diritto (sentenza 12 dicembre 1996 in cause C-74/95 e C-129/95, punto 25). Su quest'ultimo principio, nella dimensione eurounitaria, v. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 106 ss.

2.1 La “ragionevole prevedibilità” delle norme penali sfavorevoli.

Anche la verifica, sotto il versante della *ragionevole prevedibilità* della “regola Taricco”, quale diritto fondamentale del singolo a conoscere le conseguenze penali delle proprie condotte, deve svolgersi sulla base del *quadro normativo vigente al momento del fatto*.

È necessario cioè domandarsi se “*la persona potesse ragionevolmente prevedere, in base al quadro normativo vigente al tempo del fatto, che il diritto dell’Unione, e in particolare dell’art. 325 del TFUE, avrebbe imposto al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. in presenza delle condizioni enunciate dalla Corte di giustizia in causa Taricco*” (§ 5).

La Corte risponde a tale quesito in maniera *tranchant*, affermando di essere “*convinta che la persona non potesse ragionevolmente pensare, prima della sentenza resa in causa Taricco, che l’art. 325 del TFUE prescrivesse al giudice di non applicare gli artt. 160, ultimo comma, e 161, secondo comma, cod. pen. ove ne fosse derivata l’impunità di gravi frodi fiscali in danno dell’Unione in un numero considerevole di casi, ovvero la violazione del principio di assimilazione*” (§ 5).

Questa soluzione – argomentata dalla Corte facendo riferimento anche alla giurisprudenza-fonte della Corte Edu sul *nullum crimen, nulla poena sine lege* di cui all’art. 7 della Convenzione¹³ – è l’unica conciliabile con l’esigenza fondamentale che “*la disposizione scritta con cui si decide quali fatti punire, con quale pena, e, nel caso qui a giudizio, entro quale limite temporale, permetta una percezione sufficientemente chiara ed immediata del relativo valore precettivo*” (§ 5).

Tale presa di posizione, relativa all’imprevedibilità per il singolo dell’interpretazione della CGUE *In re Taricco* dell’art. 325 TFUE, è certamente condivisibile.

Come si è osservato da più parti¹⁴, la pacifica natura di *norma-principio* di tale disposizione, intrinsecamente indeterminata e tale da fissare un obbligo di risultato, senza però specificarne le modalità di perseguimento, rendeva impossibile per il soggetto prevedere ragionevolmente l’obbligo di disapplicazione della normativa nazionale.

A tale proposito, l’orientamento espresso dalla Corte di Cassazione, nella prima pronuncia “post-Taricco”, con la quale ha dato attuazione all’obbligo di disapplicazione della normativa sul prolungamento massimo del termine in caso di atti interruttivi, anche con riferimento a quei reati la cui prescrizione era già maturata, ma non ancora dichiarata,

¹³ In particolare Corte E.D.U., Grande Camera, sentenza 21 ottobre 2013, Del Rio Prada contro Spagna, paragrafo 93. Sulla valorizzazione da parte della Corte costituzionale della istanze di “*prevedibilità soggettiva ed individuale*” (*foreseeability*) – mutuata dalla giurisprudenza convenzionale sul *nullum crimen* – per tutelare l’affidamento del singolo rispetto all’azione dello Stato v. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, cit., 6-7.

¹⁴ Per tutti v. D. PULITANO, *La posta in gioco*, cit., 9. Esclude la “ragionevole prevedibilità” del *dictum Taricco*, tramite una puntuale analisi del quadro normativo europeo precedente e successivo al Trattato di Lisbona, anche C. AMALFITANO, *Il ruolo dell’art. 325 TFUE nella sentenza Taricco*, cit., § 2.

sulla base della asserita “natura dichiarativa” della pronuncia della CGUE, è stato oggetto di fondate critiche in dottrina, anche da parte di chi ha mostrato aperture rispetto al superamento della legalità nazionale¹⁵.

A conferma dell'assoluta imprevedibilità dell'interpretazione milita infine un dato estremamente significativo: il G.U.P. del Tribunale di Cuneo, nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale¹⁶, pur essendo animato da “sdegno” rispetto all'ineffettività delle norme interne in materia di prescrizione ed all'effetto di sistematica impunità che esse determinavano in numerosi casi di frode grave, dubitava della loro compatibilità con un insieme di altre disposizioni eurounitarie, non già con l'art. 325 TFUE¹⁷. Soltanto una imponente (e discutibile) opera di riformulazione del *petitum* da parte dell'Avvocato generale Kokott consentiva alla CGUE di individuare la fonte dell'obbligo nell'art. 325 TFUE¹⁸.

Le affermazioni sull'impossibilità soggettiva di prevedere ragionevolmente la “norma” di cui alla sentenza *Taricco*, ed in particolare gli effetti retroattivi espansivi della punibilità scaturenti dalla disapplicazione del combinato disposto degli art. 160 e 161 c.p., sono coerenti con la granitica giurisprudenza costituzionale che vuole l'intera disciplina della prescrizione – istituto di diritto penale sostanziale, la cui *ratio* attiene all'*an* della punibilità e trae fondamento dalla necessità che lo Stato, trascorso un determinato lasso di tempo dalla commissione del reato e diminuito l'allarme sociale, rinunci alla sua pretesa punitiva – coperta dal divieto di retroattività sfavorevole¹⁹.

Analogo l'orientamento maggioritario in letteratura²⁰ – con alcune, pur autorevoli, eccezioni²¹ – propenso ad accordare la piena garanzia del divieto di retroattività sfavorevole a *tutte* le norme in materia di prescrizione, per tutelare il legittimo affidamento del singolo a che non vengano arbitrariamente “cambiate le regole del gioco” dopo la commissione del fatto.

¹⁵ Il riferimento è a Cass. Pen., Sez. III, n. 2210 del 20.1.2016, Pennacchini, la quale, sulla base di un'asserita “natura squisitamente processuale” delle norme in materia di prescrizione, ha dato immediata applicazione al *dictum Taricco*, riscontrate le *condizioni* indicate dalla CGUE, non ravvisando profili di incostituzionalità (§§ 17, 18, 20, 21, 22). Critiche unanimi a tale impostazione: v. V. VALENTINI, *La ricombinazione genetica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva? Su Taricco, Varvara e altre mine vaganti*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 20 giugno 2016, 1 ss., 11-12; F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in www.penalecontemporaneo.it, 9 maggio 2016, 26-28; E. LUPO, *La primauté del diritto dell'UE e l'ordinamento penale nazionale (Riflessioni sulla sentenza Taricco)*, in www.penalecontemporaneo.it, 29 febbraio 2016, 12-13; P. FARAGUNA, P. PETRINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato. La Corte d'appello di Milano mette la giurisprudenza “Taricco” alla prova dei controlimiti*, 30 marzo 2016, 10; M. GAMBARELLA, *Caso Taricco e garanzie costituzionali ex art. 25 Cost.*, in *Cass. pen.*, 2016, 4, 1462 ss., 1477-1479.

¹⁶ GUP Cuneo (Dott. A. Boetti), ord. 17 gennaio 2014, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 7 febbraio 2014.

¹⁷ I parametri “battezzati” dal giudice piemontese erano gli artt. 101, 107 e 119 TFUE, e le disposizioni di cui alla direttiva 2006/112/CE.

¹⁸ Condivisibili sul punto le osservazioni di V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”*, cit., 6 e nt. 25 e C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco*, cit., § 4, che parla di “*riformulazione dei quesiti pregiudiziali ... al limite del contorsionismo giuridico*”.

¹⁹ Cfr. le pronunce della Corte costituzionale citate *supra* alla nota 11.

²⁰ Si vedano per tutti: M. NOBILI, L. STORTONI, M. DONINI, M. VIRGILIO, M. ZANOTTI, N. MAZZACUVA, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro It.*, 1998, V, 317 ss. e M. ROMANO, *Art. 157*, in M. Romano, G. Grasso, T. Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, Vol. III, Milano, 2011, 65.

²¹ G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, III ed., 2001, 263 ss.; V. GREVI, *Garanzie individuali ed esigenze di difesa sociale nel processo penale*, in AA.VV., *Garanzie costituzionali e diritti fondamentali*, 1997, 279; D. PULITANO, *Diritto penale*, VI ed., 2015, 600.

Ribadendo lo statuto inderogabile dell'irretroattività sfavorevole anche in materia di prescrizione, la Corte, da un lato, non recepisce alcune sollecitazioni a rivisitare la propria linea interpretativa consolidata, di matrice tanto giurisprudenziale²² quanto dottrina²³, dall'altro, riafferma un fondamentale principio di civiltà, posto a garanzia della libertà di autodeterminazione dell'individuo nei confronti dei pubblici poteri.

2.2 La determinatezza

In motivazione la Corte pare confermare con nettezza quanto già era stato oggetto di ampie e condivisibili osservazioni in sede di commento: il profilo di maggiore inconciliabilità, se così si può dire, insanabile, fra il *dictum Taricco* e la legalità penale interna è quello costituito dalla assoluta indeterminatezza delle *condizioni*, verificate le quali il giudice dovrebbe omettere l'applicazione delle norme interne, ed in particolare l'impunità in un *numero considerevole di casi* e la *gravità* delle frodi²⁴.

Aspetto questo assai delicato e centrale, poiché chiama in causa gli stessi limiti che vengono posti alla funzione giurisdizionale nel nostro ordinamento, primo fra tutti la soggezione del giudice "*soltanto alla legge*", ai sensi dell'art. 101, c. 2, Cost.

Sul punto l'argomentazione del Giudice delle leggi è ineccepibile²⁵.

Il profilo dell'intrinseca indeterminatezza delle condizioni, alla cui verifica da parte del giudice è subordinata la disapplicazione con effetti *in malam partem*, sta particolarmente a cuore alla Corte costituzionale: al § 9 dell'ordinanza si osserva che la CGUE *in re Taricco*

²² In particolare Cass. Pen., Sez. III, n. 2210, cit.

²³ In tal senso, con diverse declinazioni, v. F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., 29 ss.; P. FARAGUNA, P. PERINI, *L'insostenibile imprescrittibilità del reato*, cit., 15.

²⁴ Sulla sicura incompatibilità delle *condizioni* – all'accertamento delle quali è subordinato l'obbligo di disapplicazione del giudice della normativa interna di cui agli artt. 160, u.c. e 161, c. 2 c.p. – con i principi di certezza del diritto e di "ragionevole prevedibilità" della sanzione applicabile (*i.e.* nel linguaggio della Corte costituzionale: determinatezza e divieto di retroattività delle norme penali sfavorevoli) v. da ultimo le condivisibili considerazioni di C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco e le sue ricadute sul rispetto del principio di legalità penale. Possibile una diversa interpretazione ad opera della Corte di giustizia?*, www.forumcostituzionale.it, 5 ottobre 2016, § 4.

²⁵ Cfr. § 5: "è necessario interrogarsi, sia sul rispetto della riserva di legge, sia sul grado di determinatezza assunto nell'ordinamento penale in base all'art. 325 del TFUE, con riguardo al potere del giudice, al quale non possono spettare scelte basate su discrezionali valutazioni di politica criminale. In particolare, il tempo necessario per la prescrizione di un reato e le operazioni giuridiche da compiersi per calcolarlo devono essere il frutto dell'applicazione, da parte del giudice penale, di regole legali sufficientemente determinate. In caso contrario, il contenuto di queste regole sarebbe deciso da un tribunale caso per caso, cosa che è senza dubbio vietata dal principio di separazione dei poteri di cui l'art. 25, secondo comma, Cost. declina una versione particolarmente rigida nella materia penale. In tale prospettiva si tratta di verificare se la regola enunciata dalla sentenza resa in causa Taricco sia idonea a delimitare la discrezionalità giudiziaria e anche su questo terreno occorre osservare che non vi è modo di definire in via interpretativa con la necessaria determinatezza il requisito del numero considerevole dei casi, cui è subordinato l'effetto indicato dalla Corte di giustizia. Questa Corte non dubita che esso si riferisca alla sistematica impunità che il regime legale dell'interruzione della prescrizione comporterebbe per le frodi fiscali, tuttavia il concetto rimane per sua natura ambiguo, e comunque non riempibile di contenuto attraverso l'esercizio della funzione interpretativa. Nell'ordinamento italiano, come anche nell'ordinamento europeo, l'attività giurisdizionale è soggetta al governo della legge penale; mentre quest'ultima, viceversa, non può limitarsi ad assegnare obiettivi di scopo al giudice. Non si può allora escludere che la legge nazionale possa e debba essere disapplicata se ciò è prescritto in casi specifici dalla normativa europea. Non è invece possibile che il diritto dell'Unione fissi un obiettivo di risultato al giudice penale e che, in difetto di una normativa che predefinisca analiticamente casi e condizioni, quest'ultimo sia tenuto a raggiungerlo con qualunque mezzo rinvenuto nell'ordinamento".

“non ha esaminato l'altro profilo proprio del principio di legalità, ovvero la necessità che la norma relativa al regime di punibilità sia sufficientemente determinata”, principio generale del diritto dell'Unione appartenente alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Ciò induce a fare ritenere che l'art. 49 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE) debba essere “interpretato in armonia con dette tradizioni”, ex art. 52, § 4, CDFUE.

Anche se la prescrizione avesse natura processuale o si ritenesse accettabile che essa fosse regolata da disposizioni entrate in vigore dopo la commissione del fatto di reato, resterebbe “il principio che l'attività del giudice chiamato ad applicarla deve dipendere da disposizioni legali sufficientemente determinate. In questo principio si coglie un tratto costitutivo degli ordinamenti costituzionali degli Stati membri di civil law. Essi non affidano al giudice di potere di creare un regime legale penale, in luogo di quello realizzato dalla legge approvata dal Parlamento, e in ogni caso ripudiano che i Tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire”.

Vi è dunque un espresso e doveroso ripudio dell'idea del “giudice di scopo” – vero e proprio *leitmotiv* della vicenda *Taricco*, a partire dal rinvio pregiudiziale fino alla decisione²⁶, tutt'improntata ad una lettura “esasperatamente” funzionalistica dell'art. 325 TFUE²⁷ – che tanto e giustamente ha allarmato, non soltanto gran parte della penalistica, ma più in generale una componente consistente e autorevole della “cultura giuridica” italiana.

Sul punto si impongono ulteriori considerazioni.

È la *tipologia di verifica* che si chiede di effettuare al singolo giudice, svincolata da criteri e parametri determinati con precisione, che esorbita dai limiti assegnati alla funzione giurisdizionale. Essa si traduce a tutti gli effetti in una pura *valutazione di politica criminale* sul merito dell'adeguatezza repressiva delle disposizioni in materia di interruzione del termine di prescrizione, che va oltre la fisiologica attività interpretativa e fa sfociare la discrezionalità in arbitrio.

Come si è acutamente rilevato, il *contenuto precettivo* della sentenza *Taricco* dovrebbe essere ritenuto costituzionalmente illegittimo anche se fosse trasposto in una ipotetica “*Legge Taricco*”, emanata dal Parlamento italiano: pur rispettando la riserva di legge in senso formale, infatti, vi sarebbe un *vulnus* irrimediabile al principio di separazione dei poteri ed al principio penalistico di legalità (riserva di legge e determinatezza), in virtù dell'attribuzione al giudice di un potere sostanzialmente normativo²⁸.

²⁶ Su tali profili diffusamente V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”*, cit., 15 ss.

²⁷ C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco*, cit., § 3.

²⁸ D. PULITANO, *La posta in gioco*, cit., 7, secondo cui “È in gioco un potere che eccede quello del giudice interprete della legge e responsabile del giudizio sul fatto. La questione dei poteri attribuiti al giudice, rilevante ex art. 101 Cost., si rispecchia anche nelle questioni sollevate con riferimento al principio penalistico di legalità (art. 25): la riserva di legge e la determinatezza della legge penale sarebbero incrinata anche se il dictum della sentenza *Taricco* fosse pronunciato dal legislatore. Sarebbe il giudice, e non il legislatore, a decidere in ultima analisi sulla norma applicabile in materia di prescrizione. Il vulnus formale alla riserva di legge, e il

A ciò si aggiunge la *vis expansiva* formidabile e la “capacità distruttiva” del *dictum*, subito segnalata in dottrina²⁹ e della quale si mostra ben consapevole anche la Corte, ove afferma che “*l’art. 325 del TFUE ... omette di indicare con sufficiente analiticità il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire per conseguire lo scopo. In questo modo però si potrebbe permettere al potere giudiziario di disfarsi, in linea potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato*” (§ 9).

Si tratta del rischio – o meglio del pericolo – tremendamente vicino a trasformarsi in danno, che era stato subito fotografato con lucidità da sensibile dottrina³⁰, all’indomani della sentenza.

Ancora, si era segnalata la portata “voracemente espansiva” della logica retrostante alla pronuncia, e del generalizzato “livellamento punitivo verso l’alto” dalla stessa derivante.

Conseguenza determinata dal fatto che le sentenze pregiudiziali ex art. 267 TFUE hanno valore generale e vincolano tutti i giudici nazionali, e nel caso di specie, inoltre, si va ad incidere su un istituto di “parte generale” – la cui configurazione nazionale si ritiene idonea ad ostacolare la repressione di un certo insieme di reati posti a presidio delle finanze dell’UE – producendo uno schema facilmente ripetibile su numerose altre ipotesi³¹.

La precisa *volontà politica* espressa dalla CGUE, quando ha scelto di non porre argini precisi ed effettivi alla portata applicativa del suo *dictum*, non poteva essere acriticamente avallata dalla Corte costituzionale, che infatti ha insistito molto sull’indeterminatezza della *regula iuris*.

E qui è doveroso aprire una breve parentesi, già molto bene approfondita in dottrina³²: la decisione *Taricco* non pretende di fare penetrare nell’ordinamento italiano “ad uso e consumo del giudice comune” una regola o un principio, ma un “*canone di razionalità materiale*”, un puro *standard di adeguatezza*³³, che “*non può, per le sue caratteristiche intrinseche, essere accertata dal giudice nazionale, per un limite inerente alla natura dell’attività giurisdizionale*”³⁴.

La Corte costituzionale – ovviamente non esprimendosi in termini così netti – pare essere ben consapevole di questo *dato di fatto*.

vulnus sostanziale alla determinatezza della norma, deriverebbero dalla incompetenza del giudice a effettuare valutazioni di politica legislativa, del tipo di quelle che nel caso in esame gli sono state richieste”.

²⁹ V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovrersione di sistema”*, cit., 15-17.

³⁰ V. ad es. in tal senso L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte europea*, cit., 93 ss., 96, il quale osserva criticamente che la portata precettiva del *dictum Taricco* “*sarebbe come, infatti, se una disposizione interna dicesse al giudice: queste sono le norme legislativamente fissate in materia penale, ma ove tu, sulla base dell’esperienza che hai delle vicende giudiziarie, non le trovassi adeguate dal punto di vista dell’effettività applicativa (se non semplicemente dell’efficacia preventiva) disapplicale pure per le parti che ritieni di ostacolo*” ... “*una sorta di opposto in malam partem del giudizio di offensività*”.

³¹ V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovrersione di sistema”*, cit., 12; V. VALENTINI, *La ricombinazione genetica della legalità penale*, cit., 14-15; A. CAMON, *La torsione d’un sistema*, cit., § 5; *contra* C. AMALFITANO, *Il ruolo dell’art. 325 TFUE nella sentenza Taricco*, cit., § 5.

³² C. SOTIS, *Il limite come controlimite*, cit., 9-15.

³³ Per una descrizione dettagliata dei passaggi del giudizio di adeguatezza imposto dai punti 47 e 49 della sentenza *Taricco*, v. ancora C. SOTIS, *Il limite come controlimite*, cit., 11-15.

³⁴ E. LUPO, *La primauté del diritto dell’UE*, cit., 11.

La motivazione ritiene destituite di ogni fondamento diverse ipotesi, formulate in più sedi, laddove si sosteneva la possibilità di “*tassativizzare*”, di rendere conforme alla Carta repubblicana, la natura intrinsecamente indefinita del precetto *Taricco*, in particolare sulle “*condizioni*” necessarie per procedere alla disapplicazione, in base alla “norma” desunta dall’art. 325, § 1, TFUE (*gravità delle frodi IVA e numero considerevole di casi*).

Due esempi.

Anzitutto, nell’incidente di costituzionalità, l’Avvocatura Generale dello Stato ha sostenuto che fosse in via di consolidamento un “*diritto vivente*”, ossia pronunce della Suprema Corte di Cassazione idonee a definire in modo stringente i contorni dei presupposti della *gravità* e del *numero considerevole di casi*³⁵, rendendo così conforme al principio di determinatezza interno il *dictum Taricco*.

La Corte costituzionale – specialmente riguardo al secondo presupposto – è ferma: “*non dubita che esso si riferisca alla sistematica impunità che il regime legale dell’interruzione della prescrizione comporterebbe per le frodi fiscali, tuttavia il concetto rimane per sua natura ambiguo, e comunque non riempibile di contenuto attraverso l’esercizio della funzione interpretativa*” (§ 5).

Si nega dunque in radice la possibilità di fare affidamento su un processo di seria e precisa definizione in via interpretativa dei contorni delle condizioni di disapplicazione da parte del c.d. diritto vivente. Una passaggio importante della decisione, e coerente con il significato più profondo del principio di determinatezza della legge penale, così come scolpito nei precedenti della Corte.

Una decisione su tutte: la sentenza n. 327/2008, nella quale si sono affermati limpidamente i valori fondamentali protetti dal principio di determinatezza, da intendersi quale requisito “*originario*” del testo di legge, quale imperativo rivolto al legislatore³⁶.

³⁵ Cfr. Atto di Intervento dell’Avvocatura Generale dello Stato nella causa n. 212/2016 r.o., 15 ss.: “*la Corte di Giustizia ha correttamente rimesso ... ai giudici nazionali l’applicazione della sua decisione. Sarà compito della giurisprudenza interpretare nel modo più adeguato i principi della Corte di Giustizia. Un eventuale problema di insufficiente determinazione dei presupposti per la disapplicazione si potrebbe porre semmai qualora la giurisprudenza nazionale (ovvero anche il legislatore) non riuscisse a raggiungere un sufficiente grado di certezza. Ma già dalle prime decisioni della Corte di Cassazione si profilano soluzioni interpretative in grado di individuare i requisiti concreti in presenza dei quali il limite alla prescrizione introdotto con la legge n. 251/2005 vada disapplicato*”. A supporto di tale argomento si cita Cass. Pen., Sez. III, n. 44584/16, che, in punto *gravità della frode* rinvia criteri dell’art. 133 c.p., dovendosi valorizzare la quantità dell’imposta evasa e le modalità della condotta, e relativamente alle fattispecie rispetto alle quali dovrebbe operare la “regola *Taricco*”, non soltanto quelle che contengono il requisito espresso della fraudolenza nella descrizione della norma penale (reati di cui al D.lgs. n. 74/2000, artt. 2, 3, 11) ma anche le altre fattispecie delittuose comunque dirette all’evasione dell’IVA. Il requisito del “*numero considerevole di casi*”, secondo la succitata decisione, dovrebbe riferirsi solamente ai fatti oggetto di accertamento nel singolo giudizio – risultando al di fuori dell’orizzonte conoscitivo del giudice e non fondata su dati empirico-fattuali certi una valutazione sulla totalità dei procedimenti per frodi IVA pendenti dinanzi all’A.G. nazionale – dovendosi “*considerare il numero e la gravità dei diversi episodi di frode per i quali si procede, nonché il contesto complessivo e le ragioni di connessione fra gli stessi*”. Per una discussione approfondita degli irrisolvibili profili di incertezza relativi a tali problematiche interpretativo-applicative v. Cass. Pen., sez. III, ord. 30 marzo 2016, cit., 38-41.

³⁶ Principio di determinatezza, il cui rispetto mira ad “*evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e della riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore i confini tra il lecito e l’illecito; e, per un altro verso, nel garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico penali della propria condotta*” e che dev’essere garantito già in fase normativo-astratta, giacché “*L’esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non vale, di per sé, a colmare l’eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale*”

Da un lato, la necessità di evitare che il giudice assuma un ruolo “creativo”; dall’altro che il singolo possa apprezzare a priori *tutte* le conseguenze giuridico-penali della propria condotta.

Istanze ineludibili, calpestate irrimediabilmente dalla vaghezza delle *condizioni* enunciate nella sentenza *Taricco*, che si ritiene non possa essere “*riempita di contenuto attraverso l’esercizio della funzione interpretativa*”, *i.e.* attraverso un possibile (ma non certo) consolidamento del c.d. diritto vivente.

Anche in letteratura si erano avanzati argomenti tesi a ridimensionare l’arbitrio applicativo derivante dalla definizione incerta dei presupposti di disapplicazione *in malam partem*, evidenziando come la tipologia di valutazione rimessa “caso per caso” al singolo giudice non si ponesse *al di là* dei limiti della ordinaria attività ermeneutica e del consueto esercizio di discrezionalità “vincolata” in sede giudiziale³⁷.

I giudici costituzionali si curano invece di ribadire l’insostituibilità della *legge* (intesa come *lex scripta parlamentaria*) nello Stato costituzionale di diritto (quantomeno nei sistemi di *civil law*) nella definizione analitica, chiara, precisa e stringente di tutti i presupposti della punibilità.

A tali forti rivendicazioni di principio – che possono legittimamente indurre ad accostare l’ordinanza in commento, quanto a peso ed importanza, a precedenti arresti della Corte assai noti, inerenti ai rapporti del sistema penale con le fonti sovranazionali ed alla necessità di “porre un freno”, o comunque di regolare secondo ragionevolezza, il processo di integrazione tra ordinamenti³⁸ – segue la parte più squisitamente “dialogica”, e, per così dire, “diplomatica”³⁹, della decisione, ove vengono enunciati nel dettaglio i dubbi interpretativi sottoposti alla CGUE (§§ 6 ss.).

posto che “*affermare il contrario significherebbe ‘tradire’ entrambe le funzioni del principio di determinatezza. La prima funzione – cioè quella di garantire la concentrazione nel potere legislativo della produzione della regula iuris – verrebbe meno giacché, nell’ipotesi considerata, la regola verrebbe creata, in misura più o meno ampia, dai giudici. La seconda funzione – cioè quella di assicurare al destinatario del precetto penale la conoscenza preventiva di ciò che è vietato – non sarebbe rispettata perché tale garanzia deve sussistere fin dalla prima fase di applicazione della norma, e non già solo nel momento (che può essere anche di molto successivo) in cui si è consolidata in giurisprudenza una certa interpretazione, peraltro sempre suscettibile di mutamenti*”, così sent. n. 237/2008 della Corte cost.

³⁷ F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale: qualche riflessione sul merito delle questioni, e sulla reale posta in gioco*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, 9 maggio 2016, 32 ss., ove si fa riferimento al requisito di “gravità” delle frodi quale “*parametro quantitativo indeterminato*”, non dissimile ad altri già presenti nel sistema positivo italiano. Ad esempio, quelli su cui si fondano diverse fattispecie nel d.P.R. n. 309/1990, tanto autonome, come il “fatto di lieve entità” di cui all’art. 73, c. 5, quanto circostanziali, come l’ipotesi dell’ingente quantità di sostanze stupefacenti, ex art. 80, che determinano modificazioni significative della risposta sanzionatoria edittale (e della durata del termine di prescrizione, radicalmente differente se si inquadra il fatto nella fattispecie di cui all’art. 73, c. 1 o nell’ipotesi di cui all’art. 73, c. 5); ovvero parametri quantitativi indeterminati rilevanti persino ai fini della decisione sull’*an* della sanzione penale, come la “particolare tenuità del fatto” ex art. 131 bis c.p. Si può obiettare a queste considerazioni – in particolare sull’art. 131 bis – che alla significativa dilatazione dello spazio di discrezionalità giudiziale corrisponde un effetto in favore del reo, e non una retroazione con effetti peggiorativi, come nell’ipotesi normativa *Taricco*.

³⁸ In particolare, si veda la sentenza n. 230/2012 della Corte costituzionale, che ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 673 c.p.p., nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna nel caso di mutamento giurisprudenziale favorevole (decisione delle Sezioni Unite), riaffermando così con forza il modello di riserva di legge “formale” scolpito in Costituzione ed arginando le spinte “sostanzialistiche” della giurisprudenza di fonte CEDU. Per un efficace parallelismo volto ad accostare, per importanza e “peso”, la sentenza n. 230/2012 e l’ordinanza in commento, pronunce con le quali si pone un argine a mutamenti dell’assetto costituzionale, se non vere e proprie “sovversioni di sistema”, cfr. le osservazioni di V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, cit., 7.

³⁹ Cfr. sul punto M. FERRANTE, *L’ordinanza della Corte costituzionale sull’affaire Taricco*, cit., 17-19.

3. Prove di vero “*cooperative constitutionalism*”.

Si precisa fin da subito che chi scrive nutre più di un dubbio sul fatto che la scelta di rimettere in via pregiudiziale la questione alla CGUE costituisca la conclusione più logica, soprattutto se considerata alla luce delle premesse scolpite dalla Corte costituzionale in punto di natura giuridica sostanziale dell'istituto della prescrizione e conseguente integrale inclusione dello stesso nello spettro di protezione del principio di legalità penale di cui all'art. 25, c. 2, Cost. nell'ordinamento italiano.

Evidente che nel ragionamento della Corte entrano in gioco preoccupazioni di “opportunità politica”, relative ad un eventuale azionamento dei c.d. controlimiti nell'attuale, tumultuoso, momento storico, che sono state descritte in dottrina⁴⁰.

Nondimeno, la Corte riesce a contemperare abilmente le diverse “spinte” – senza entrare in aperto contrasto né con il primato del diritto eurounitario, né con l'interpretazione prospettata dai giudici di Lussemburgo nel caso di specie – rivolgendo alla CGUE in maniera misurata ed “elegante”, ma ferma, il quesito interpretativo sul significato attribuito all'art. 325 TFUE nella sentenza *Taricco*.

Significative le premesse, intese a valorizzare massimamente principio di leale cooperazione eurounitario, sancito dall'art. 4, § 3, TUE.

Tale disposizione di diritto primario implica “*reciproco rispetto ed assistenza*” tra UE e Stati membri, parti che si assumono “*unite nella diversità*”. Le ragioni dell'unità non debbono però incidere sul “*nucleo stesso dei valori su sui si regge lo Stato membro*”. La rinuncia a spazi di sovranità degli Stati membri presuppone che “*la legittimazione e la forza stessa dell'unità in seno ad un ordinamento caratterizzato dal pluralismo nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare la identità nazionale insita nella struttura fondamentale dello Stato membro*”.

Il fondamento costituzionale europeo – in relazione alle diverse identità degli Stati membri, firmatari dei Trattati istitutivi – deve essere preservato: “*il diritto dell'Unione, e le sentenze della Corte di giustizia che ne specificano il significato ai fini di un'uniforme applicazione, non possono interpretarsi nel senso di imporre allo Stato membro la rinuncia ai principi del suo ordine costituzionale*”.

Interessante notare il passaggio argomentativo in cui si afferma che la CGUE, interprete del diritto dell'UE, ha l'onere di valutare la compatibilità del diritto eurounitario con l'identità costituzionale di ogni Stato membro, soltanto allorquando tale valutazione sia di “*immediata evidenza*”⁴¹, altrimenti è necessario che “*il giudice europeo provveda a stabili-*

⁴⁰ Sugli inevitabili e onerosi “costi politici” di tale opzione, v. F. VIGANÒ, *Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale*, cit., 4-10.

⁴¹ È questo un profilo di estrema delicatezza: fino a che punto di preciso la c.d. “europeizzazione dei controlimiti”, pur indubitabilmente scolpita in molteplici disposizioni di diritto primario (art. 4.2 TUE “*l'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale*”; art. 6.3 TUE “*i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali*”; art. 67.1 TFUE, ove si af-

re il significato della normativa dell’Unione, rimettendo alle autorità nazionali la verifica ultima circa l’osservanza dei principi supremi dell’ordinamento nazionale”, controllo che in Italia spetta in via esclusiva alla Corte costituzionale⁴².

I giudici costituzionali si chiedono se la CGUE abbia ritenuto che il giudice nazionale debba dare applicazione alla “regola *Taricco*” anche quando essa confligga con un principio cardine dell’ordinamento italiano.

Sulla base di quanto enunciato ai paragrafi 53 e 55 della sentenza *Taricco*, dove, rispettivamente, si afferma che “se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati”⁴³ e che la disapplicazione va disposta “con riserva di verifica da parte del giudice nazionale”, si propende per una risposta negativa. La Corte si dice convinta che “con tali asserzioni si sia inteso affermare che la regola tratta dall’art. 325 del TFUE è applicabile solo se è compatibile con l’identità costituzionale dello Stato membro, e che spetta alle competenti autorità di quello Stato farsi carico di una siffatta valutazione”.

Come si è osservato, si tratta di un’interpretazione alquanto “benevola”, non del tutto coerente con il tenore complessivo della pronuncia dell’8 settembre 2015, ma funzionale alla richiesta di *reinterpretazione* (o, meglio dire, *rivisitazione?*) del *dictum*, per scongiurare un ricorso immediato ai controlimiti⁴⁴.

Qualora fosse confermata la correttezza di tale prospettiva ermeneutica, verrebbe a cessare qualsiasi ragione di contrasto con i principi supremi costituzionali interni e la questione di legittimità costituzionale non sarebbe accolta, restando ferma la responsabilità dello

ferma che lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia viene realizzato dall’UE “nel rispetto dei diritti fondamentali, nonché dei diversi ordinamenti giuridici e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri”), imponga ai giudici di Lussemburgo una verifica sulla compatibilità tra diritto eurounitario, così come interpretato, e principi fondamentali dell’ordine costituzionale degli Stati membri.

⁴² Tali *dicta* paiono sostanzialmente in accordo con le posizioni espresse dalla migliore dottrina: A. BARBERA, *Costituzione della Repubblica italiana* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VIII, Milano, 2015, 263 ss., 268-269; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 9, il quale, in prospettiva scettica rispetto ad una “europeizzazione” dei controlimiti, sostiene che “l’identità nazionale (recte: costituzionale) che l’Unione deve rispettare è solo quella che viene dichiarata tale dallo Stato interessato, nelle forme e nei modi che la sua Costituzione stabilisce. Così, del resto, si darebbe un senso al riferimento al fatto che quell’identità è ‘insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale: essendo ‘insita’ in quella ‘struttura’, infatti, è solo secondo le regole procedurali di quella struttura che può essere pienamente identificata”; ID., *Interpretazione conforme a Costituzione* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, Annali IX, Milano, 2015, 391 ss., 455 e nt. 480, laddove si fa riferimento al “dato di fondo che la natura e la funzione stesse dei controlimiti, posti a presidio dell’identità (appunto) nazionale, impongono la giurisdizione di un’autorità parimenti nazionale: nessun ordinamento può logicamente affidare l’identità propria precisamente all’altro nei cui confronti quell’identità va protetta”; v. anche A. CARDONE, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali*, Milano, 2012, 51, secondo il quale la “interpretazione integrativa” non può spettare “direttamente e solipsisticamente” alla CGUE “salvo travalicare i suoi compiti istituzionali, visto che ad essa è precluso il sindacato di conformità del diritto interno al diritto dell’Unione”; sull’importanza di evitare “lo spettro di una tirannia della Costituzione europea, di fatto esercitata dalla Corte europea”, v. D. PULITANÒ, *La posta in gioco*, cit., 13; cfr. anche V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, cit., 8.

⁴³ Si noti che gli stessi passaggi argomentativi sono stati valorizzati dalla seconda, più equilibrata e condivisibile, sentenza della Corte di Cassazione “post-Taricco” (Cass. Pen., Sez. IV, n. 7914 del 26.2.2016, Tormenti) e da parte cospicua della dottrina per sostenere l’inapplicabilità della “regola *Taricco*” alle situazioni processuali in cui il termine di prescrizione fosse già maturato alla data di pubblicazione della sentenza europea, e gli imputati avessero dunque maturato un “diritto quesito” prevalente rispetto all’istanza punitiva statale, ciò in disaccordo rispetto a quanto statuito dalla prima sentenza della Corte di Cassazione, che faceva dipendere l’applicabilità della “regola *Taricco*” dal dato “formale” dell’intervenuta dichiarazione da parte del giudice, in base all’asserita natura “dichiarativa” della pronuncia della CGUE.

⁴⁴ M. FERRANTE, *L’ordinanza della Corte costituzionale sull’affaire Taricco*, cit., 19.

Stato membro per aver omesso di apportare un rimedio efficace contro le gravi frodi fiscali contro gli interessi finanziari dell'Unione o in violazione del principio di assimilazione⁴⁵.

Occorrerebbe valutare – aggiunge la Corte – l'idoneità in tal senso dell'intervento legislativo di cui all'art. 2, c. 36-vicies semel, lett. D), d.l. n. 138/2011, conv. in l. con modificazioni dall'art. 1, c. 1, l. n. 148/2011, che ha aumentato di un terzo i termini di prescrizione dei delitti puniti dagli artt. 2-10 del d.lgs. n. 74/2000, e se esso fosse ritenuto inidoneo, “*sarebbe urgente un intervento del legislatore per assicurare l'efficacia dei giudizi sulle frodi in questione*”⁴⁶.

Precisata tale eventuale verifica da parte del legislatore, la Corte ha cura di puntualizzare i motivi per cui la propria lettura della “regola *Taricco*”, volta a preservare l'identità costituzionale italiana, “*non compromette le esigenze di uniforme applicazione del diritto dell'Unione*” e si mostra “*conforme al principio di leale cooperazione e di proporzionalità*”, non ponendo in discussione il significato che la CGUE ha autoritativamente dedotto dall'art. 325 TFUE.

Si tratta di passaggi argomentativi di estremo interesse, ove viene instaurato un dialogo interpretativo su significato e portata delle fonti sovranazionali rilevanti.

Secondo il ragionamento della Corte, l'impedimento del giudice nazionale ad applicare la regola enunciata dalla CGUE deriva non già da un'interpretazione alternativa del diritto eurounitario – preclusa ai giudici costituzionali – ma da una “*circostanza estranea ... all'ambito materiale di applicazione di quest'ultimo*”, una “*qualificazione esterna rispetto al significato proprio dell'art. 325 del TFUE*” dipendente in via esclusiva dal diritto nazionale: la natura sostanziale dell'istituto della prescrizione, soggetto dunque al principio di legalità di cui all'art. 25, c. 2, Cost.

Siffatta qualificazione viene considerata – condivisibilmente – espressione di un “*livello di protezione più elevato di quello concesso agli imputati dall'art. 49 della Carta di Nizza e dall'art. 7 della Convenzione*”.

Il principio di legalità penale nazionale non si limita infatti a coprire il binomio precetto-sanzione *stricto sensu* – differentemente da quanto previsto dall'art. 49 CDFUE, alla luce della giurisprudenza della Corte EDU sull'art. 7 della Convenzione – ma, abbracciando ogni profilo sostanziale concernente la punibilità, costituisce un innalzamento del livello di tutela dei diritti fondamentali della persona, che non può essere intaccato nell'applicazione del diritto dell'Unione o dall'azione delle istituzioni eurounitarie.

⁴⁵ È questa una prospettiva imposta dalla natura “non penale” dell'art. 325 TFUE, disposizione che si rivolge agli Stati membri, ai loro sistemi di produzione delle leggi, la cui applicazione “diretta” da parte dei giudici nazionali provoca di fatto una lesione dei diritti fondamentali dell'individuo imputabile ad una infrazione dello Stato membro: cfr. sul punto ad. es. L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte europea*, cit., 97 ss.

⁴⁶ Si è osservato che la CGUE – in un'ottica di “compromesso” – potrebbe raccogliere l'invito implicitamente formulato dalla Corte costituzionale, ritenere superato il problema alla luce dell'idoneità della disciplina penale-tributaria introdotta nel 2011 a garantire la protezione degli interessi finanziari dell'UE lesi dalle frodi IVA, restando ferma però l'inapplicabilità della stessa ai reati commessi prima dell'entrata in vigore, v. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, cit., 10.

Nell’opportuno riferimento all’art. 53 della Carte di Nizza⁴⁷ – disposizione che prevede il c.d. criterio del *Best Standard* del livello di protezione dei diritti fondamentali, ossia del “*livello più elevato di tutela possibile*”⁴⁸ – è dato cogliere una forte rivendicazione della diversa e maggiore estensione del principio di legalità penale interno rispetto a quella ricavabile dalle fonti sovranazionali (UE e convenzionali), che non può essere derogata dall’applicazione del diritto dell’Unione⁴⁹.

La decisa presa di posizione sul livello più elevato di tutela, determinato dal perimetro più ampio del principio di legalità penale dell’ordinamento italiano – che non pareva affatto scontata⁵⁰ – è, agli occhi della Corte, l’unico modo per garantire che il percorso di unificazione dell’Unione prosegua nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali (art. 2, TFUE), con la piena legittimazione per ogni Stato membro a proteggere più intensamente un diritto fondamentale, conformemente al proprio ordinamento costituzionale, non potendosi imporre un livellamento verso il basso in questo senso, rispetto al *minimum* fissato dalle disposizioni europee⁵¹.

In questo discorso si inserisce l’importante, benché forse leggermente “artificioso”, *distinguishing* rispetto al noto caso *Melloni*⁵².

⁴⁷ “Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell’Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l’Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri”.

⁴⁸ Su tale disposizione e sulle evoluzioni giurisprudenziali v. approfondimenti in V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, 72-75.

⁴⁹ Questa pare essere peraltro lo “spirito” che ha portato la Corte costituzionale, in una recente pronuncia (Sentenza n. 49 del 2015, § 4 Cons. in diritto) – seppur nel diverso contesto del rapporto tra giurisprudenza-fonte della Corte Edu e interpretazione conforme alla stessa del diritto interno – ad affermare il “predominio assiologico” della Costituzione sulla CEDU: “*il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU, appena ribadito, è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU (sentenze n. 349 e n. 348 del 2007). Il più delle volte, l’auspicabile convergenza degli operatori giuridici e delle Corti costituzionali ed internazionali verso approcci condivisi, quanto alla tutela dei diritti inviolabili dell’uomo, offrirà una soluzione del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe queste fonti. Ma, nelle ipotesi estreme in cui tale via appaia sbarrata, è fuor di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana*”.

⁵⁰ Cfr. ad es. V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”*, cit., 13 e nt. 54, il quale non vedeva “*un problema di livelli di tutela*”, giacché secondo la CGUE la disciplina degli atti interruttivi della prescrizione sarebbe al di fuori dello spettro di tutela del *nullum crimen* europeo ed avrebbe natura puramente processuale.

⁵¹ La possibilità per la Corte costituzionale di preservare lo standard di tutela più elevato deriva dalla statuizione precedente secondo cui il diritto eurounitario non impone uniformità quanto alla natura giuridica della prescrizione: cfr. § 4, “*su questo aspetto, che non riguarda direttamente né le competenze dell’Unione, né norme dell’Unione, non sussiste alcuna esigenza di uniformità nell’ambito giuridico europeo. Ciascuno Stato membro è perciò libero di attribuire alla prescrizione dei reati natura di istituto sostanziale o processuale, in conformità alla sua tradizione costituzionale*”. Il ragionamento della Corte costituzionale si mostra pienamente condivisibile: il tema della natura e dell’operare della prescrizione, attualmente oggetto di un serrato dibattito e di progetti di modifica legislativa, riguarda un istituto caratterizzato da molteplici intersezioni sistemiche, condizionate dalle caratteristiche proprie, e differenziate, dei diversi ordinamenti europei. Da ciò consegue una forte limitazione di prospettive comparatistiche finalizzate a trovare soluzioni omogenee: senza entrare nell’analisi dei molteplici snodi e dell’impatto diversificato che le varie opzioni producono nei singoli ordinamenti nazionali, basti citare la peculiarità del nostro sistema, caratterizzato dalla previsione costituzionale di obbligatorietà dell’azione penale. Su tale importante profilo, relativo all’esclusione dal “*campo di attrazione della need of harmonization del diritto UE*” delle norme in materia di prescrizione, che debbono essere lasciate al “*margine nazionale di apprezzamento degli Stati membri*” cfr. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a “Taricco”*, cit., 5.

⁵² Sentenza 26 febbraio 2013 in causa C-399/11, Melloni. In tale decisione la CGUE ha risposto al quesito posto in via pregiudiziale

In quell'occasione la CGUE escluse che, in forza delle disposizioni costituzionali di uno Stato membro, potessero aggiungersi ulteriori condizioni all'esecuzione di un MAE, rispetto a quelle pattuite con il "consenso raggiunto dagli Stati membri nel loro insieme a proposito della portata da attribuire, secondo il diritto dell'Unione, ai diritti processuali di cui godono le persone condannate *in absentia*".

Una risposta affermativa a tale quesito avrebbe però inciso direttamente sulla disciplina eurounitaria⁵³, comportando "*la rottura dell'unità del diritto dell'Unione in una materia basata sulla reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme*"⁵⁴, circostanza che deve recisamente negarsi nel caso di specie, poiché l'interpretazione dell'art. 325 TFUE non viene messa in discussione, e l'impedimento all'applicazione della "regola *Taricco*" "*non dipende dalla contrapposizione di una norma nazionale alle regole dell'Unione ma solo dalla circostanza, esterna all'ordinamento europeo, che la prescrizione in Italia appartiene al diritto penale sostanziale, e soggiace perciò al principio di legalità in materia penale*".

Il primato del diritto UE non viene così sacrificato, preservandosi al contempo il più elevato livello di tutela accordato dalla Costituzione italiana.

Una volta precisata, in maniera decisiva, la natura puramente "esterna" dell'impedimento – la qualificazione giuridica della prescrizione, nei confronti della quale l'Unione non impone alcuna omogeneità tra Stati membri – e la non incidenza dello stesso sull'uniforme applicazione e sul primato del diritto dell'UE, la Corte può ritornare sul profilo che reputa centrale: l'indeterminatezza della "regola *Taricco*".

Profilo sul quale si era particolarmente appuntata la difesa dell'imputato nella questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Milano, anche a causa delle limitazioni del *petitum*, che lamentava soltanto la violazione dell'art. 25, c. 2, Cost., senza invocare ulteriori parametri.

Sul punto si sottolinea come la Corte di Lussemburgo abbia valutato la compatibilità della regola affermata con il principio di legalità di cui all'art. 49 CDFUE, ma soltanto sul

dal *Tribunal Constitucional* spagnolo, denegando la possibilità di fare valere un grado più elevato di garanzia costituzionale interna rispetto quanto previsto dal diritto dell'Unione, in un caso di cooperazione giudiziaria in materia penale, nel quale la Spagna – invocando il criterio del *Best Standard* di tutela dei diritti fondamentali ex art. 53 CDFUE – intendeva dare piena attuazione al più intenso diritto costituzionale di difesa e ad un processo equo così come previsto dalla Carta fondamentale nazionale (art. 24), rifiutando l'esecuzione di un MAE emesso dall'autorità giudiziaria italiana, a seguito di un processo svoltosi *in absentia*, e che non prevedeva alcuna possibilità di revisione della sentenza di condanna irrogata. Cfr. tra i tanti, sulla pronuncia, C. CUPELLI, *Il caso Taricco e il controlimite della riserva di legge in materia penale*, in *Dal giudice garante.*, cit., 151 ss., 152-153, e letteratura ivi citata alla nt. 5; C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio*, cit., § 2.

⁵³ In particolare sulla portata della Decisione quadro 26 febbraio 2009, n. 2009/299/GAI (Decisione quadro del consiglio che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo).

⁵⁴ Sulle peculiarità di una disciplina, come quella relativa al MAE, caratterizzata da un alto grado di armonizzazione, anche in punto di difesa dei diritti fondamentali, e sulla considerazione secondo cui "*la legittimazione degli stati membri a opporre un proprio standard di tutela dei diritti fondamentali all'applicazione del diritto UE possa variare a seconda dell'ampiezza del margine di discrezionalità di cui essi godano nell'applicare il diritto dell'Unione e, correlativamente, della presenza o meno di scelte armonizzate del legislatore europeo*", v. V. ZAGREBELSKY, R. CHENAL, L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali*, cit., 74.

versante del divieto di retroattività, non approfondendo “*la necessità che la norma relativa al regime di punibilità sia sufficientemente determinata*”.

Tale omissione potrebbe essere “corretta” in seconda battuta dalla Corte di Giustizia, se il “suggerimento” dei giudici costituzionali dovesse essere tenuto nella debita considerazione.

In questo passaggio si riscontra un significativo sforzo dialogico della Corte italiana, che diviene co-interprete delle previsioni sovranazionali segnalando come la determinatezza della legge penale costituisca “*un’esigenza comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, presente anche nel sistema di tutela della CEDU e come tale incarna un principio generale del diritto dell’Unione*”, ed è pertanto necessariamente inclusa nel contenuto di protezione dell’art. 49 CDFUE, giusto il disposto dell’art. 52, § 4, CDFUE⁵⁵.

L’aspetto forse più interessante dell’argomentazione, con cui la Corte costituzionale giunge ad ipotizzare un contrasto tra *dictum Taricco* e art. 49 CDFUE⁵⁶, riguarda il *linguaggio* impiegato: non quello, forte e “divisivo”, dell’identità costituzionale, ma quello, di gran lunga più “coesivo”, delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri⁵⁷.

Tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri di *civil law* che – come si è visto *supra* – “*ripudiano l’idea che i tribunali penali siano incaricati di raggiungere uno scopo, pur legalmente predefinito, senza che la legge specifichi con quali mezzi e in quali limiti ciò possa avvenire*” (§ 9).

Dunque, un invito espresso a garantire (pur tardivamente) la salvaguardia di quanto in realtà è già scolpito nel “codice genetico” dell’Europa, almeno nei sistemi di *civil law*: la divisione dei poteri e il limite della funzione giurisdizionale – particolarmente “rigidi” in ambito penale – messi a repentaglio dall’indeterminatezza della “regola *Taricco*”.

4. Prospettive: il *dictum Taricco* può essere concretamente reso “conforme” ai principi fondamentali della Carta repubblicana?

Fermo il grande significato delle statuizioni dei Giudici costituzionali, rimane da concentrarsi brevemente su quella che potrà essere la risposta della Corte di Lussemburgo.

In dottrina si è subito rilevato che l’alternativa pare secca⁵⁸: o ci sarà un netto passo indietro della CGUE, tramite una “*reinterpretazione correttiva*” per rendere “costituzionalmente conforme” la regola, ad esempio con una precisazione sul regime prescrizione

⁵⁵ L’art. 52, § 4, CDFUE recita: “*Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni*”.

⁵⁶ Cfr. § 9: “*Se si ritiene che l’art. 325 del TFUE ha un simile significato resta allora da verificarne la coerenza con l’art. 49 della Carta di Nizza, che ha lo stesso valore dei Trattati (art. 6, paragrafo 1, del TUE), sotto il profilo della carente determinatezza della norma europea, quando interferisce con i diritti degli imputati in un processo penale*”.

⁵⁷ M. BASSINI, O. POLLICINO, *The Taricco Decision: a Last Attempt*, cit., § *Final Remarks*.

⁵⁸ C. CUPELLI, *La Corte costituzionale ancora non decide sul caso Taricco*, cit., § 8.

derivante dall'omessa applicazione; ovvero la Corte costituzionale, coerentemente con le affermazioni dell'ordinanza di rinvio, azionerà i controlimiti⁵⁹.

Al contempo, non sono mancati apprezzabili (e probabilmente ottimistici) sforzi, volti ad ipotizzare una sentenza della Corte di Giustizia in grado di soddisfare, quantomeno nella sostanza, i rilievi svolti dal Giudice delle leggi, seguendo diverse "direzioni"⁶⁰.

Anzitutto, condividere il ragionamento e cogliere l'invito al dialogo della Corte costituzionale in punto di "estensione" del principio di legalità penale eurounitario di cui all'art. 49 CDFUE, ampliandone la portata ai requisiti di "ragionevole prevedibilità" e "determinatezza" delle norme penali sfavorevoli, anche in materia di prescrizione, sulla base delle "tradizioni costituzionali comuni" agli Stati membri (art. 52, § 4, CDFUE), in modo tale da preservare l'identità costituzionale italiana ex art. 4, § 2, TFUE, tramite una "acquisizione" dei controlimiti nel sistema giuridico dell'UE⁶¹.

Dal punto di vista degli effetti retroattivi sfavorevoli e non "ragionevolmente prevedibili", la CGUE potrebbe decidere di limitare nel tempo gli effetti della propria decisione, avendo cura di precisare che la disapplicazione della normativa nazionale controversa, in presenza delle *condizioni* indicate in sentenza, dovrebbe essere limitata ai soli delitti commessi dopo la pronuncia della nuova sentenza pregiudiziale.

Tale soluzione, tuttavia, oltre ad essere problematica, in base ai principi consolidati della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo⁶², nonché foriera di ulteriori incertezze e disparità di trattamento, non consentirebbe un adeguamento alle forti istanze di determinatezza veicolate dalla Corte costituzionale nei suoi *dicta*, di meglio precisare e definire i requisiti, le condizioni, verificate le quali il giudice nazionale deve procedere alla disapplicazione con effetti *in malam partem*.

Ed è proprio qui che risiede la criticità più seria: è lecito dubitare che la Corte di Giustizia disponga del *potere* per meglio specificare tali condizioni⁶³, di trasformare cioè lo *standard* in regola direttamente applicabile.

Una cosa è però certa: l'opera di "concretizzazione" non può essere demandata al giudice dello Stato membro.

⁵⁹ In questo senso, ad es. v. C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio*, cit., § 1.

⁶⁰ In particolare v. C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco*, cit., § 6; ID., *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio*, cit., § 4.

⁶¹ Su tale ipotesi, orientata al massimo livello di tutela dei diritti in gioco v. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, cit., 11.

⁶² Sui requisiti stringenti richiesti dalla giurisprudenza della CGUE per procedere alla limitazione nel tempo degli effetti di una sentenza resa in sede pregiudiziale: v. C. AMALFITANO, *Il ruolo dell'art. 325 TFUE nella sentenza Taricco*, cit., § 6; ID., *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio*, cit., § 4; nella manualistica v. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., 326-333.

⁶³ V., problematicamente, le considerazioni di C. SOTIS, *Il limite come controlimite*, cit., 13-15. L'opzione di una "rilettura tassativizzante" dei criteri da parte dei giudici del Kirchberg – pur appagando le istanze di determinatezza – consacrerrebbe l'"efficacia diretta" dell'art. 325 TFUE, lasciando "drammaticamente" aperto il problema della compatibilità di tale assetto con la riserva di legge nazionale. In futuro ne deriverebbe infatti una definitiva legittimazione da parte del Parlamento europeo – aggirando l'art. 83 TFUE – a fissare condizioni vincolanti per le politiche criminali degli Stati membri in materia di contrasto alle frodi contro gli interessi finanziari europei, mediante l'emanazione di direttive, e anche una competenza penale diretta, da esercitarsi tramite l'emanazione di regolamenti. Sul punto v. V. MANES, *La Corte muove e, in tre mosse, dà scacco a "Taricco"*, cit., 9-11.

5. Quello che i giudici costituzionali dicono, anche se non espressamente.

Molteplici i profili di incostituzionalità – in particolare quelli lamentati nell’ordinanza della Corte di Cassazione – che non sono stati esaminati nel dettaglio dalla Corte costituzionale⁶⁴.

Eppure, non si può certo essere critici nei confronti di un’ordinanza che rimane “alta” nel suo significato: l’esigenza di evitare uno “scontro frontale” con l’Europa, un saggio *self-restraint* e le stesse limitazioni “istituzionali” della Corte hanno consigliato una pronuncia in apparenza “interlocutoria”, ma in realtà piuttosto definitiva in molti dei suoi *dicta*.

Questo non esime quei giuristi – che, si è detto, nel criticare, anche aspramente, la sentenza *Taricco*, hanno fatto il loro mestiere⁶⁵ – dal continuare a svolgerlo.

E allora, sia consentita una riflessione: l’argine posto dalla Corte – pur se “formalmente” travestito da *ultimatum* in chiave dialogica – merita grande apprezzamento, essendo invece funzionale a proteggere il nucleo più “duro” e irrinunciabile del diritto penale italiano: il *personalismo*, insito in una molteplicità di parametri costituzionali, interconnessi sul piano sistematico.

Come si è precisato, infatti, l’indeterminatezza dello *standard* da applicarsi, e la conseguente enorme dilatazione del potere del giudice, strumentalizza il singolo per scopi politico-criminali⁶⁶, e ciò sulla base di un bilanciamento irragionevole tra valori mercantili e valori personalistici⁶⁷ (tutela delle finanze eurounitarie *versus* diritti fondamentali del reo), che manifesta una volta di più le enormi difficoltà nel processo di integrazione politico-giuridica dell’Unione Europea.

Difficoltà nel consolidamento effettivo di una identità costituzionale condivisa, o quantomeno non manifestamente frantumata, e di una “gerarchia assiologica” comune, che ponga al centro del sistema la persona.

⁶⁴ I lamentati *vulnera* agli artt. 3, 24, 27, c. 3, Cost., molti dei quali probabilmente fondati: un esame più dettagliato in M. FERRANTE, *L’ordinanza della Corte costituzionale sull’affaire Taricco*, cit., 15 ss.

⁶⁵ D. PULITANÒ, *La posta in gioco*, cit., 13. A differenza di pochi altri che ad essa hanno plaudito, forse pensando che con “colpi di mano” penalistici si possa supplire alla crisi politica dell’Unione europea.

⁶⁶ Cfr. le condivisibili considerazioni critiche di D. PULITANÒ, *La posta in gioco*, cit., 8; A. VALLINI, *Un’ingerenza grave in un sistema discriminatorio*, in *Dal giudice garante*, cit., 130; C. SOTIS, *Il limite come controlimite*, cit., 15-17; V. MANES, *La “svolta” Taricco e la potenziale “sovversione di sistema”*, cit., 9.

⁶⁷ M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 13, secondo il quale nel *reasoning* dei giudici di Lussemburgo “Nessun peso è assegnato alla diversa natura degli interessi in giuoco (libertà personale e riserva di legge penale da un lato; interesse finanziario dell’Unione e – dunque – delle sue istituzioni, Corte di giustizia compresa, dall’altro). La centralità dei diritti della persona, tante volte proclamata a dimostrazione dell’alto livello di protezione raggiunto dal diritto europeo, non la si ravvisa”, osservazioni che si ricollegano a quanto lo stesso autore sottolinea a proposito della necessità che i percorsi interpretativi non si riducano ad una partita a tre (legislatore, giuristi e giudici), dimenticando “il quarto e più importante giocatore, che è il comune soggetto di diritto” (M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., 415); cfr. anche, per una serrata critica alle operazioni di bilanciamento tra valori effettuate dalla CGUE nel caso *Taricco*, G. CIVELLO, *La Cassazione “rinvia” alla Consulta la sentenza Taricco: notizia di decisione (in attesa delle motivazioni)*, in www.archiviopenale.it, 6; vede il “nuovo” rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale come buona occasione per riponderare i bilanciamenti troppo “sbrigativi” effettuati precedentemente da parte della CGUE, C. AMALFITANO, *La vicenda Taricco nuovamente al vaglio*, cit., § 4.

Si è fermamente convinti che tale coesione vada perseguita con grandi sforzi, su tutti i piani e con tutti i mezzi, nelle opportune sedi politiche, culturali, scientifiche etc.

Al contempo, si dubita seriamente che lo strumento penale sia il più adeguato e ragionevole per perseguire tale scopo⁶⁸.

La presa di posizione della Corte, infine, dev'essere salutata con favore anche per un altro fondamentale motivo, che non viene del tutto taciuto in motivazione, ma neanche approfondito quanto gli aspetti relativi alla violazione dei principi di determinatezza e della "ragionevole prevedibilità", rimanendo, se così si può dire, "in filigrana": la riserva di legge⁶⁹.

Con l'ordinanza in commento si è posto un forte freno all'inarrestabile ascesa del *potere giudiziario*, ribadendo la necessità di rispettare le ineludibili istanze della riserva di legge in materia penale: nella vicenda *Taricco* – come ha rilevato la Corte di Cassazione nell'atto di promovimento – si è assistito all' "Apogeo della giurisprudenza fonte"⁷⁰.

La Corte costituzionale – in continuità rispetto a noti precedenti⁷¹ – ha, seppur soltanto implicitamente, ribadito l'inderogabilità della riserva di legge, quale garanzia di monopolio

⁶⁸ Una chiara ed interessante ricostruzione delle fasi di "stasi politica" della Comunità Europea (poi Unione Europea), alle quali sono puntualmente corrisposti altrettanti periodi di "eroismo giudiziario" da parte della Corte di Lussemburgo, che con le sue sentenze più importanti ha contribuito in modo fondamentale all'integrazione politica europea, in C. SOTIS, *Il limite come controlimito*, cit., 4-9, il quale fa presente (7) come la sentenza *Taricco* si iscriva paradigmaticamente in questa dinamica, fornendo numerosi esempi: "anche il diritto penale è coinvolto in questo fenomeno della propulsione giuridica che surroga le difficoltà di avanzamento politico".

⁶⁹ Qualche riflessione in punto "tradizioni costituzionali comuni" forse si deve fare considerando come con la *Brexit* non ci si debba più confrontare con un importante ordinamento non di tradizione giuspositivistica continentale: anche prima, peraltro, la peculiarità di quell'ordinamento lo smarcava completamente da un assolutamente maggioritario *mainstream* europeo. Cfr. in proposito le perspicue osservazioni di M. GALLO, *Appunti di diritto penale – Le fonti rivisitate*, in corso di pubblicazione.

⁷⁰ Cass. Pen., sez. III, ord. 30 marzo 2016, § 4.3; "un'immagine che ben si attaglia al nucleo essenziale delle questioni sollevate, in una considerazione unitaria", secondo l'autorevole opinione di D. PULITANÒ, *La posta in gioco*, cit., 8; ulteriori riflessioni in G. INSOLERA, *Cassandra e il grande potere giudiziario*, in *Dal giudice garante*, cit. 139 ss.; L. EUSEBI, *Nemmeno la Corte europea*, cit., 94-96; A. CAMON, *La torsione d'un sistema*, cit., 7, secondo il quale si assiste ad un "innalzamento del potere giudiziario, che in buona sostanza s'inserisce tra gli autori della normazione penale: la fonte del trattamento deteriore che sarà riservato agli imputati di frodi in materia di IVA non è il TFUE, bensì la sinergia fra il giudice di Cuneo e la Corte di giustizia"; M. LUCIANI, *Il brusco risveglio*, cit., 15.

⁷¹ In particolare la già citata sentenza n. 230/2012, riguardante l'irrevocabilità del giudicato penale in caso di mutamento giurisprudenziale *in bonam partem*, ove si afferma: "L'altra affermazione – che riflette, per contro, un orientamento della Corte europea da tempo consolidato – è quella in virtù della quale la nozione di "diritto" ("law"), utilizzata nella norma della Convenzione, deve considerarsi comprensiva tanto del diritto di produzione legislativa che del diritto di formazione giurisprudenziale. Tale lettura "sostanziale", e non già "formale", del concetto di "legalità penale", se pure stimolata dalla necessità di tenere conto dei diversi sistemi giuridici degli Stati parte (...) è stata ritenuta valevole dalla Corte europea anche per gli ordinamenti di civil law, alla luce del rilevante apporto che pure in essi la giurisprudenza fornisce all'esatta portata e all'evoluzione del diritto penale (tra le altre, sentenze 8 dicembre 2009, *Previti contro Italia*; Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola contro Italia*; 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. ed altri contro Italia*; Grande Camera, 24 aprile 1990, *Kruslin contro Francia*). Proprio tale seconda affermazione dimostra, peraltro, come, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, il principio convenzionale di legalità penale risulti meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso resta, infatti estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell'assetto interno – della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, secondo comma, Cost; principio che, secondo quanto reiteratamente puntualizzato da questa Corte, demanda il potere di normazione in materia penale – in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale – all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale (sentenze n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989), il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento – quello legislativo – che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione". Una opportuna valorizzazione delle istanze espresse nella sentenza n. 230/2012, come ostacolo all'ingresso nel sistema interno del *dictum* della pronuncia *Taricco*, in D. PULITANÒ, *La posta in gioco*, cit., 12-13.

parlamentare assoluto sulle scelte normative d’incriminazione, di aggravamento del regime sanzionatorio o che comunque determinano una modifica *in peius* per il reo, tra le quali rientrano quelle relative al regime della prescrizione⁷².

Sta ora alla Corte di Lussemburgo valutare attentamente se prendere in considerazione tali fermi “suggerimenti” – ad esempio raccogliendo l’invito al dialogo sull’art. 49 CDFUE, riletto alla luce delle “tradizioni costituzionali comuni” – ovvero perseverare per la sua strada, facendo degenerare inevitabilmente il dialogo in un conflitto tra ordinamenti.

⁷² Ciò, peraltro, in piena conformità al disposto letterale dell’art. 25, c. 2, Cost. Anche se da diverse prospettive, sottolineano di recente l’importanza di applicare anche al testo della Costituzione criteri interpretativi che preservino il valore del dato linguistico utilizzato, la sua direzione di senso, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme*, cit., 435 ss.; A. BARBERA, *Costituzione*, cit., 325 ss. A questo proposito si deve cogliere la forza che, in materia di riserva di legge penale, esprime il lemma “punito” a cui si è fatto ricorso: esso è capace di raccogliere tutte le vicende che convergono sulla sanzione penale.

Le ragioni della clemenza nell'epoca del 'diritto penale massimo'

Opinioni

NICOLA MAZZACUVA

SOMMARIO: 1. Pena carceraria e provvedimenti di clemenza. – 2. Pena editale e pena concretamente applicata. – 3. L'incremento dei reati: diritto penale legislativo e diritto penale giurisprudenziale. – 4. 'Diritto penale massimo': la necessità e la legalità della clemenza. – 5. Le 'tradizionali' (forti) ragioni dell'amnistia. – 6. La politica criminale (anche) mediante provvedimenti di clemenza.

1. Pena carceraria e provvedimenti di clemenza.

Mediante una *'lettera aperta'*¹, indirizzata qualche anno fa (e, precisamente, nel giugno del 2012) al Presidente della Repubblica, numerosi docenti di diritto costituzionale, diritto penale e procedura penale – nonché altri rappresentanti, a vario titolo, di enti istituzionali – richiedevano l'approvazione urgente di *'misure deflattive capaci di creare le condizioni di partenza per adeguate riforme'* in grado di incidere sulla realtà carceraria e, cioè, proprio sulla fase di esecuzione della pena detentiva ritenuta in aperto contrasto con la funzione rieducativa predicata da superiori principi costituzionali.

E si richiedeva, in particolare, di far immediato ricorso a due istituti previsti dalla Costituzione: appunto l'amnistia e l'indulto contemplati nell'art. 79 della Carta fondamentale, ma che si segnalava essere *"ormai banditi dal vocabolario della politica"*.

In effetti, l'ultima amnistia risaliva (e continua ad essere risalente) al 1990, mentre l'indulto lo si considerava *"marchiato a vita nel dibattito pubblico"* venendo indicato, dopo la

¹ La si trova pubblicata, tra l'altro, nell'appendice al volume (a cura di) CORLEONE, PUGIOTTO, *Il delitto della pena*, Roma, 2012, nonché in *Jus* 17, 2012, 33.

legge del 2006, *“a torto e con deliberata menzogna come un provvedimento criminogeno da parte di quelle stesse forze politiche che lo avevano approvato”*. Assunto ritenuto errato proprio in quanto – si osservava – i *“dati ministeriali ... attestavano che il tasso di recidiva tra i condannati indultati era risultato di molto inferiore a quello dei detenuti che scontano interamente la loro pena dietro le sbarre”*².

Fece seguito – com'è noto – il messaggio presidenziale (in data 8 ottobre 2013) in cui il Parlamento veniva invitato proprio a *‘considerare l'esigenza di rimedi straordinari’* quali, appunto, amnistia e indulto a fronte di *“precisi obblighi di natura costituzionale e all'imperativo – morale e giuridico – di assicurare un civile stato di governo della realtà carceraria”*.

Ovviamente nessuna risposta all'appello dei giuristi e del Presidente; nessun ricorso agli istituti di cui si invocava l'adozione.

Nonostante che pure nella più recente manualistica si riscontri, sempre più frequentemente, proprio l'immediato riferimento alla 'pena' come argomento centrale e davvero *‘critico’* dell'odierna questione criminale. Aniché seguire la più tradizionale esposizione che muove dai principi e dagli istituti penalistici attinenti al 'reato', la riflessione di numerosi autori di opere destinate già alla (prima) informazione didattica si sofferma oggi, infatti, anzitutto proprio sulla disamina delle ragioni giustificatrici e delle finalità della 'pena carceraria'.

Vi è, ad esempio, chi autorevolmente osserva (proprio all'esordio del manuale) come *‘la storia della pena è una continua abolizione’*. Si riprende, così, un celebre detto di un grande storico del diritto – Rudolf von Jhering – osservandosi che una siffatta tendenza segnala, appunto, come *“la pena detentiva ha via via tolto spazio alle inumane pene del passato, fino all'abolizione totale della pena di morte in molti paesi”* mantenendo, però, il carcere un *“carico di sofferenza”*³.

E studiosi altrettanto autorevoli hanno di recente dedicato proprio l'intero ciclo di lezioni alla 'pena carceraria' che ha finito, poi, per costituire oggetto di apposita monografia⁴.

Rilevandosi significativamente come la locuzione *‘pena carceraria’* sia del tutto ignota al nostro sistema normativo in quanto, appunto, non si parla di carcere in nessuna disposizione codicistica e neppure nell'ordinamento penitenziario; appunto in quelle norme (contenute nella legge del 1975 e successive modifiche) che regolano proprio l'esecuzione della pena detentiva.

Si conviene, poi, sul carattere baricentrico della pena detentiva ovvero – con espressione financo più efficace – sull'essere il diritto penale tuttora fondamentalmente *‘carcerocentrico’*.

² Le parti riportate in corsivo nel testo costituiscono, appunto, affermazioni contenute nella lettera aperta menzionata nella precedente nota.

³ In questi termini MARINUCCI, DOLGINI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Milano, 2015, 3.

⁴ PADOVANI, *La pena carceraria*, Pisa, 2014.

Osservandosi, peraltro, che la risposta carceraria, per quanto ineludibilmente baricentrica nel sistema penale, è anche una pena scandalosa: *‘è una pena che soprattutto in Italia ... ha da tempo superato la soglia dello scandalo.*

Che significa scandalo? Scandalo è tutto ciò che suscita reazione di sdegnata meraviglia per l'assurdità del suo stesso accadere e per l'apparente impossibilità che ciò che è accaduto accada davvero. In effetti, le espressioni che ormai – anche nel linguaggio delle autorità che a diverso titolo e con diverse competenze si occupano del carcere – vengono utilizzate per descrivere la situazione delle nostre istituzioni penitenziarie è quella di maltrattamenti, illegalità, tortura.

Sostanzialmente si fa perno sulla constatazione che il carcere realizza una situazione di fatto che è in contrasto con tutti i parametri normativi dettati per disciplinarla. Il carcere è, quindi, un luogo di sistematica violazione della legge: il che, considerando che si tratta del baricentro del sistema penale, è una nota inquietante. Ciò significa che il diritto penale poggia su un dato che di per sé rappresenta una violazione sistematica della legalità e il capovolgimento lascia un po' interdetti”⁵.

2. Pena edittale e pena concretamente applicata.

Ciononostante si assiste, da ultimo, proprio ad una nuova rincorsa verso la pena carceraria.

Un diffuso incremento delle pene edittali connota, invero, le soluzioni oggi prescelte dalla ‘politica’ sempre bisognosa di ottenere (già ovvero soltanto) per questa via consenso ‘popolare’. E i nuovi (più elevati) moduli sanzionatori provocano necessariamente ulteriori applicazioni di pena carceraria: sia quale custodia preventiva, sia quale pena definitiva.

Altro che progetti ovvero proposte di eliminazione della pena carceraria perpetua (ergastolo); altro che progetti (basta ricordare il cd. ‘Progetto Grosso’ del 2000) di riduzione dei ‘massimi’ delle pene detentive così come delineati nel codice Rocco: sistema normativo evidentemente ritenuto oggi financo ‘mite’ nelle commisurazioni edittali della pena tanto da imporre – nei più diversi settori oggetto di recenti riforme legislative – soluzioni *‘in pejus’* connotate, appunto, dall’innalzamento dei limiti (minimi e massimi) del trattamento sanzionatorio.

Soprattutto negli ultimi anni il legislatore è intervenuto in modo apertamente strumentale a contingenti declinazioni politiche della questione criminale.

⁵ Così, testualmente, PADOVANI, *op. cit.*, 15. Nella ricca bibliografia in argomento, mi limito a segnalare, da ultimo, COLOMBO, DAVIGO, *La tua giustizia non è la mia. Dialogo tra due magistrati in perenne disaccordo*, Milano, 2016, che riporta (nell’ultima di copertina) la significativa presa d’atto del primo Autore il quale afferma: *“a mio parere il carcere, così come lo intendiamo e lo applichiamo, invece di essere una misura utile, è dannosa”*. Proprio in questi giorni, del resto, i principali quotidiani (vedi, ad es., Il Messaggero: *‘Si impicca in cella: non doveva essere lì;* Corriere della Sera, ed Roma: *‘Giovane suicida. Troppi detenuti a Regina Coeli;* Il Tempo: *‘Ma la piaga è il sovraffollamento’*) del 26 febbraio 2017 danno notizia dell’ennesimo suicidio in carcere evidenziando il perdurante ‘sovraffollamento’ degli istituti penitenziari.

Sulla questione dello ‘spazio minimo vitale’ per i detenuti vedi, da ultimo, Cass., Sez. I, 13 dicembre 2016, n. 528190.

Qualcuno ha parlato di recente, in modo efficace, di *'pene elettorali'* riferendosi all'impronta sempre maggiormente punitiva che ha connotato e contraddistingue i manifesti programmatici dei più diversi schieramenti politici, messi continuamente alla prova dalle ricorrenti tornate elettorali: e la materia penale costituisce ormai uno dei migliori prodotti da offrire al pubblico al momento del voto.

In ambito dogmatico si parla a ragione di un diritto penale che ormai vive *'un rapporto nevrotico con il sistema politico'*: ciò in quanto l'impiego del diritto penale viene, appunto, ormai sempre modellato in chiave 'populista' per ottenere facile consenso, piuttosto che essere ispirato ad istanze razionali di politica criminale.

Soluzioni orientate ad una maggiore punizione contraddistinguono ormai anche il diritto penale applicato nel momento di commisurazione della pena.

La 'pena concreta' ha costituito, invero, proprio l'ultimo bastione della resistenza giurisprudenziale alle spinte irrazionali mosse dall'allarme sociale (indotto o reale) rispetto ai più diversi illeciti. Forse condizionata anche dalla dottrina penalistica e dagli studi criminologici, che non hanno mai mancato di segnalare limiti e vizi (anche molto gravi) della pena detentiva, la magistratura è stata spesso abbastanza cauta nella determinazione della misura dell'effettiva sanzione da applicare.

È stata abbastanza cauta, per l'appunto.

Credo, purtroppo, che l'avvitamento repressivo si stia producendo oggi anche in ordine all'entità concreta della pena (di volta in volta) inflitta. Si criticano, e persino si processano, i cattivi "punitori" (cioè i magistrati 'responsabili' di non aver inflitto pene severe), di modo che risulta sempre più difficile (giuridicamente/politicamente) anche per il giudice seguire soluzioni dettate da un approccio razionale o scientifico divenendo, invece, sempre più 'facile' assecondare le più diverse istanze di maggiore severità punitiva.

3. L'incremento dei reati: diritto penale legislativo e diritto penale giurisprudenziale.

Anche la 'legalità penale' risulta oggi un principio, se non quasi evanescente, senz'altro fortemente traditore della sua connaturale istanza di garanzia: ciò in quanto il nostro sistema positivo risulta letteralmente sommerso da un'incontrollabile moltitudine di norme incriminatrici⁶ che rende impossibile non solo conoscere tutti i reati *'legalmente'* previsti, ma financo calcolarne l'esatto numero.

Mi riferisco, appunto, all'enorme quantità di figure criminose che connota ormai l'immensa (neppure precisamente 'quantificabile') parte speciale del diritto penale.

⁶ In un recente comunicato (in data 18 gennaio 2017) della Giunta UCPI si ricorda, appunto, che *"l'Unione delle Camere Penali italiane ha sempre sostenuto che l'aumento delle pene e la dilatazione dell'area del penalmente rilevante non costituiscono un deterrente e non aumentano la sicurezza"*.

Anche e proprio per il suo 'gigantismo' può oggi essere ribadito che, in effetti, la parte speciale rappresenta il 'vero e proprio diritto penale'⁷: tutt'altro che minimo; tutt'altro che *extrema ratio*.

E indubbiamente la continua proliferazione di reati costituisce importante fattore – assieme ad altri – non solo di perdita di 'legalità', ma di crescita abnorme del numero dei procedimenti penali.

E anche politiche (invero molto timide) di 'non punibilità' richiedono spesso un vaglio giudiziario che crea comunque conseguenti aggravii (spesso inutili) sul piano procedimentale.

Risulta, altresì, agevole notare come l'ampliamento del diritto penale derivi anche dagli esiti cui si perviene nella fase applicativa.

Se davvero il primato della libertà costituisce la regola, mentre il divieto penalmente sanzionato rappresenta l'eccezione, diviene difficile giustificare l'odierna dilatazione (anche) 'interpretativa' dell'intervento punitivo.

Perché di questo, anzitutto, si tratta: l'attività interpretativa meritevole di riflessione è proprio quella che (in sede giurisprudenziale) comunque 'estende' il diritto penale legislativo⁸.

Sia che si operi surrettiziamente mediante il ricorso (vietato) all'analogia, sia che si operi tramite la (consentita) interpretazione estensiva, il risultato applicativo spesso consiste, appunto, nell'ampliamento delle possibilità di punizione offerte dal tipo normativo di volta in volta considerato.

Si fa ormai riferimento ad "un nuovo idolo: il diritto vivente"⁹.

Vecchie istanze riduzioniste del diritto penale vengono, così, contraddette assieme al principio di precisione che deve connotare la norma incriminatrice. Sembra essere davvero fuori tempo la (condivisibile) osservazione che rinviene nel principio di certezza del diritto anche l'esigenza che il sistema penale sia preciso e determinato nel suo complesso; che l'area dell'illecito penale sia contenuta e ristretta entro un numero davvero limitato di fatti legislativamente descritti e rappresentati. Invero, quanto più si infoltisce la gamma dei reati anche in chiave interpretativa, tanto meno il cittadino è posto in condizione di discernere il lecito dal penalmente illecito, nonché la stessa tipologia dei comportamenti puniti ovvero – secondo un nuovo, emergente 'canone' – di prospettarsi la 'prevedibilità' di un successivo mutamento interpretativo giurisprudenziale di tipo punitivo¹⁰.

⁷ Tale definizione risale – com'è noto – a PISAPIA, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Milano, 1948 ed è stata, poi, ripresa e commentata da autorevole dottrina (vedi, per tutti, FLORA, *Manuale per lo studio della parte speciale del diritto penale*, vol. 1, Padova, 1998; PULITANO, *Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Torino, 2010; CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale, Parte speciale*, IV ed., Padova, 2012).

⁸ Anche recentemente si vuol segnalare che "la giurisprudenza ha proseguito ed anzi ha ulteriormente sviluppato quella caratteristica ormai definita gius-creativa" e "ha ulteriormente contribuito alla crisi della legalità penale" (COSÌ MANNA, *Il lato oscuro del diritto penale*, Pisa, 2017, 37 con richiami alla letteratura in argomento).

⁹ In questi (del tutto condivisibili) termini, INSOLERA, *Dall'imprevedibilità del diritto all'imprevedibilità del giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 2001.

¹⁰ Giustamente si osserva che "il richiamo al testo come nodo cruciale dell'interpretazione e dell'applicazione si è dissolto. Rileva la prevedibilità della decisione giudiziale sul caso concreto, e i parametri a disposizione del cittadino per prevedere quale sarà la decisione giudiziale circa la propria condotta non si esauriscono certo nel testo, ma sono eterogenei e comprendono i precedenti giurispru-

Del tutto inattuale e comunque scarsamente significativa risulta, per converso, l'interpretazione analogica (senz'altro legittima) ovvero 'estensiva' nella prospettiva del *favor rei*: oggi al diritto penale si richiede, infatti, sempre maggiore punizione e ciò impone che siano bandite (deplorevoli) soluzioni ermeneutiche di 'depenalizzazione'.

Il fenomeno costituito dall'interventismo penale applicativo trova un fondamento anche nella 'incertezza' dei nuovi tipi legislativi e nella (sempre più) evidente 'precarietà' della norma incriminatrice.

Si osserva, infatti, che l'idea illuministica della legge come norma stabile, della legge come codificazione dei valori e dei principi sarebbe decisamente tramontata. La norma, anche penale, nasce come un manufatto da elaborare, da verificare: diventa sì vigente, ma viene poi affidata alla realtà pratica per il suo rodaggio. La legge nasce già come sperimentale e si affida all'inevitabile verifica pratica¹¹.

Risulta, così, davvero molto delicato il rapporto tra legge (penale) e magistrato/interprete (penale) in quanto non è solo il giudice, ma – per vero – sempre più spesso il pubblico ministero e la stessa polizia giudiziaria che segnalano, già nella fase, divenuta ormai cruciale, delle indagini preliminari, i nuovi possibili canoni interpretativi ritenuti adeguati al comune sentire che non si vede trasfuso (presente) nella norma incriminatrice di volta in volta considerata.

4. 'Diritto penale massimo': la necessità e la legalità della clemenza.

Se si è venuto, così, a formare una sorta di '*diritto penale massimo*'¹², viene spontaneo nuovamente pensare, nella contrapposta prospettiva (tanto razionale, quanto necessaria) di un suo contenimento, alla '*prepotente urgenza*'¹³ anche di provvedimenti di clemenza¹⁴.

Del resto, pure chi continua ad osservare che tali provvedimenti sono «*per definizione caratterizzati dalla rottura formale dell'uguaglianza nell'applicazione della legge*», segnala però, nel contempo, anche quel «*disincantato realismo che fa leva sulla clemenza come*

denziali, il contesto normativo anche non legislativo, e perfino il sentire sociale del momento storico" (così SGUBBI, *Osservando oggi il diritto penale: brevi riflessioni*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, Bologna, 2016, 84). In argomento vedi, altresì, diffusamente VIGANÒ, *Il principio di prevedibilità della decisione giudiziale in materia penale*. in AA.VV., *La crisi della legalità. Il sistema vivente 'delle fonti penali'*, Napoli, 2016, 213 e seguenti.

¹¹ In argomento si rinvia ai puntuali rilievi di SGUBBI, *op. cit.*, 83.

¹² Vedi, per tutti, FERRAJOLI, *Cos'è il garantismo*, in *Criminalia*, 2014, 135, secondo cui il risultato dell'odierna 'deriva' punitiva è, appunto, "un diritto penale massimo, sviluppatosi fuori da qualunque disegno razionale e perciò in crisi rispetto a tutti i principi garantisti".

¹³ Una siffatta espressione era già contenuta nella già menzionata '*lettera aperta*' intitolata appunto: '*Una questione di prepotente urgenza sempre più prepotentemente urgente*'.

¹⁴ L'uso di questa locuzione, nonostante che il termine 'clemenza' sia indubbiamente legato a realtà storiche persino remote, è ancora comunemente diffuso. La 'fortuna' di questa espressione deriva semplicemente dal fatto che essa si presta a riassumere in un unico termine i distinti concetti di amnistia e di indulto: per un'illustrazione delle ragioni 'tecnico-giuridiche' che militano a favore dell'impiego del termine onnicomprensivo 'clemenza' si veda, comunque, compiutamente MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*. IV ed., vol. III, a cura di NUVOLONE, Torino, 1961, 397.

*costante possibilità di contingente correzione politica, dall'esterno, di outputs insostenibili del sistema legale*¹⁵.

Direi di più: piuttosto che soluzione «sostanzialmente *conservatrice*» in quanto «*modellata sul sistema esistente*»¹⁶, il ricorso alla clemenza determina una forte ed anticonformista 'negazione' del ruolo (soltanto) sanzionatorio del sistema penale¹⁷ concretizzando, in modo senz'altro emblematico ed immediato, l'ambizione 'riduzionistica' che, altrimenti, si vedrebbe sempre confinata a livello ideale/utopistico nel dibattito, soltanto elitario e 'scientifico', sulla restrizione del campo dei reati e sulla diminuzione delle pene edittali.

Le ragioni della necessità dell'amnistia sono ben note, fortemente attuali e non possono davvero essere ragionevolmente contrastate¹⁸.

Anzitutto, essa serve per attuare immediatamente il diritto, costituzionale e convenzionale, ad un processo di durata ragionevole evitando, così, anche l'applicazione di quella pena atipica costituita dalla lunga sofferenza derivante da interminabili lungaggini processuali prima di un esito spesso favorevole: non foss'altro per il decorso del tempo correlato alla natura (il più delle volte) soltanto bagattellare dell'illecito; evenienza questa che non costituisce certo fattore di 'spinta' – appunto in ragione della modestia del reato – per lo svolgimento di un inutile rito processuale.

E la 'soluzione' del problema penale (tramite l'amnistia) non viene certo affidato a singole circolari delle più diverse autorità giudiziarie ovvero a incontrollabili prassi 'disapplicative' in ambito locale, bensì a scelte proprie e generali del legislatore¹⁹.

Sul piano strettamente tecnico-giuridico, infatti, il provvedimento di clemenza non comporta – di regola – alcuna discrezionalità, alcuna attività interpretativa in sede giurisdizionale in quanto le opzioni di politica criminale sono pressoché esclusivamente rimesse – come sempre dovrebbe essere – al potere legislativo residuando, in fase applicativa, soltanto una 'presa d'atto' di quanto normativamente statuito.

Basta considerare, al riguardo, i singoli provvedimenti di clemenza e il 'gioco' delle esclusioni oggettive e soggettive dal raggio di operatività (basato, di regola, soltan-

¹⁵ Così PULITANÒ, «*Seduzioni*» e costi della clemenza, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 1061.

¹⁶ Così, testualmente, ancora PULITANÒ, *op. ult. cit.*, 1065.

¹⁷ L'ultimo indulto «*imprevedibilmente generoso e quasi preterintenzionale*» costituisce la «*dimostrazione più efficace dell'inutilità e del danno del carcere*»: così SOFRI, *Nota*, in GRANDE, *Il terzo strike. La prigione in America*, Palermo, 2007, 23.

¹⁸ Nella 'lettera aperta' (segnalata alla nota 1) giustamente si osservava che «*le scelte di politica criminale dovrebbero sempre rispondere ad un progetto di riforme razionali (di cui amnistia e indulto rappresentano il necessario tassello iniziale), non agli umori variabili e suggestionabili della doxa dominante. Eppure, il silenzio generale sulla proposta di ricorrere a misure di clemenza collettiva si spiega proprio con la convinzione che una loro (anche solo) presa in considerazione tra i rimedi possibili non paghi sul piano dei sondaggi d'opinione*». L'Unione delle Camere Penali ha segnalato costantemente la necessità di provvedimenti di clemenza anche in ragione della «*drammatica situazione carceraria*» che richiederebbe, appunto, la «*emanazione di un provvedimento di clemenza, in applicazione di istituti di rilievo costituzionale come l'amnistia e l'indulto*»: tra i tanti, da ultimo, il comunicato della Giunta del 18 gennaio 2017.

¹⁹ Si veda, appunto, da ultimo il comunicato dell'Osservatorio Carcere dell'UCPI, diffuso il 10-11 febbraio 2017 all'Inaugurazione dell'anno giudiziario dei penalisti italiani, ove si rileva che talune «*Procure della Repubblica decidono autonomamente di non perseguire reati che ritengono minori, con l'effetto di un beneficio a macchia di leopardo, mentre il dibattito sull'amnistia e l'indulto* [il grassetto è nel comunicato] è fermo e la paralisi dei Palazzi di Giustizia e la vergogna per le nostre carceri aumenta».

to sull'entità della 'pena edittale') della remissione sanzionatoria per comprendere come spetti, di volta in volta, proprio al legislatore la definizione della materia oggetto di intervento deflattivo²⁰.

5. Le 'tradizionali' (forti) ragioni dell'amnistia.

Così anche la sterile descrizione dogmatica dell'istituto tuttora offerta dalla manualistica e il riconoscimento della sua astratta fondatezza (si individuano, ad esempio, aspetti soltanto positivi nelle varianti costituite dalla c.d. '*amnistia di giustizia*', dalla cd. '*amnistia strumentale*' ovvero da quella '*pacificatrice*'²¹) potrebbero ben riversarsi nella prassi applicativa, dando effettivo corpo ad istituti che altrimenti resterebbero soltanto sul 'libri' (cioè nella declamazione costituzionale - art. 79 - e in quella codicistica - art. 151 c.p.).

Lo stesso principio della 'difesa sociale', considerato cardine essenziale del sistema penale, viene spesso chiamato in causa per dare legittimazione all'impiego della clemenza.

Si sostiene infatti che, in determinati momenti storici, la concreta punizione di taluni fatti costituenti reato può risultare contraria alle stesse esigenze di «difesa sociale», non ravvisandosi alcun interesse pubblico ad una reazione con strumenti sanzionatori di tipo penalistico²².

Si osserva, inoltre, come la punizione di un consistente numero di soggetti risulterebbe in contrasto con uno dei canoni fondamentali in cui può riassumersi il tradizionale concetto di *difesa sociale*: «la criminalità è violazione della legge penale ed è, come tale, il comportamento di una minoranza deviante»²³.

²⁰ Soltanto l'indulto può, invero, essere agevolmente reso 'inoperante' a dispetto del legislatore: ovviamente, mi riferisco al cd. '*indulto improprio*' e, cioè, all'ipotesi in cui il condono viene computato in ordine ad una pena ancora da infliggere. Rispetto a reati (ritenuti gravi, e non 'esclusi', il singolo giudice potrà infatti giovare della (normalmente) ampia escursione della pena edittale per limitare (ovvero anche per annullare) in concreto la remissione sanzionatoria: basterà, infatti, elevare il tetto della 'pena concreta' per continuare a sanzionare (come prima) il fatto (e l'autore), a dispetto - così - delle finalità dell'indulto approvato e degli intangibili casi analoghi già giudicati.

²¹ Vedi, al riguardo, l'approfondita indagine monografica di MAIELLO, *Amnistia e indulto. Dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, Napoli, 2007; nonché dello stesso A., *La storia della clemenza dall'indulgentia principis all'idea dello scopo*, in *La difficile clemenza, Atti del Convegno 'Diritto penale, carcere e clemenza (nel ricordo di Franco Bricola, vent'anni dopo)*, in *Jus17*, n. 2/2014, 25.

²² I nessi esistenti tra l'istituto dell'amnistia ed il concetto di difesa sociale sono già bene illustrati in un saggio molto risalente di MARSICH, *L'obiettività giuridica dell'amnistia*, in *La Scuola positiva*, 1923, 362, secondo il quale «il fondamento logico e politico dell'amnistia sta nell'interesse dello Stato alla non punizione che in determinati casi prevale sull'interesse dello Stato alla punizione. Ciò è di semplice dimostrazione: non solo il reato costituisce una lesione sociale, ma anche la punizione, che pure è un atto di difesa sociale, costituisce una lesione sociale. La punizione del reato è una lesione sociale da vari punti di vista: anzitutto la punizione del reato offende alcuni beni fondamentali (libertà, patrimonio) i quali sono suscettibili di un apprezzamento non solo da parte dell'individuo che soffre la loro diminuzione, ma da parte dell'intera collettività che è interessata alla tutela di tali beni. Inoltre la punizione del reato in determinati casi può essere una lesione sociale perché la lotta giudiziaria rinfocola odii, risentimenti, passioni che giova siano sopiti; perché talvolta, difendendo la società offesa col mezzo dell'intimidazione, raggiunge minore efficacia di quella che potrebbe essere raggiunta col mezzo della clemenza».

²³ Così BARATTA, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in *La questione criminale*, 1975, 7 ss., definisce il principio di legalità che è uno dei concetti fondamentali su cui si basa l'ideologia della difesa sociale.

Infine: i provvedimenti di amnistia, intervenendo generalmente in ordine a fatti bagattellari ovvero a 'reati artificiali', non scalfiscono minimamente il nucleo centrale degli illeciti contenuti nei codici penali posti a presidio degli interessi fondamentali di ogni società confermando, così, anche la validità del *principio dell'interesse sociale e del reato naturale*²⁴.

Estremamente opinabili risultano, poi, i richiami alla possibilità di incentivare – mediante la clemenza – la recidiva oppure alla possibile violazione del principio di uguaglianza.

Quanto al primo profilo, è infatti evidente che il soggetto 'scarcerato' (in virtù di un provvedimento di clemenza che 'annulla' ovvero riduce la pena) avrebbe, in tempi più o meno vicini all'approvazione dell'atto di amnistia e/o indulto, comunque lasciato l'istituzione penitenziaria (sempre 'esponendosi', quindi, alla possibilità di recidiva).

In ogni caso l'eventuale recidiva segnala all'evidenza il carattere criminogeno, e non certo rieducativo, del carcere.

Inoltre, ogni istituto clemenziale (anche improprio: sospensione condizionale, pene sostitutive e quant'altro) mostra la sua utilità proprio con riguardo ai soggetti che non ricadono nel reato: e un siffatto esito può esser rilevante persino nell'ipotesi di una percentuale esigua di successi ottenuti.

Quanto, poi, alla possibile 'tensione' con il principio di uguaglianza per le "*sperquazioni degli effetti estintivi, legati alla data di applicazione del beneficio*"²⁵, si tratta invero di profilo inevitabilmente connesso alle scelte di politica criminale poste a base del singolo provvedimento di clemenza (atto, comunque, costituzionalmente previsto) riguardante necessariamente fatti commessi sino alla data di volta in volta individuata.

E senza dover tornare a Bentham²⁶ secondo cui "*nei casi in cui la pena farebbe più male che bene ... la potestà di clemenza non solo è utile, ma è necessaria*", si possono di certo condividere taluni apprezzamenti contenuti (nonostante l'attuale 'stagione' del diritto criminale) anche nella più recente manualistica.

L'amnistia "*rappresenta una valvola di sicurezza con la quale è possibile fronteggiare situazioni eccezionali che richiedano di superare le 'normali' esigenze di repressione dei reati*" possedendo, oltretutto, tale misura assieme all'indulto la "*caratteristica di istituto di applicazione generale*"²⁷.

Senz'altro condivisibili anche i rilievi di quanti osservano che, dietro la clemenza, si può individuare un vario ed articolato ordine di ragioni che attengono al sistema penale nel suo complesso: e ciò in armonia con la polivalenza delle funzioni che la clemenza può assolvere. Ad esempio, il bisogno di amnistia, che a volte emerge nella sua dimensione

²⁴ Sul punto cfr., ancora, BARATTA, *op. cit.*, *passim*, anche per una puntuale e diffusa illustrazione di tale principio.

²⁵ Si tratta di osservazione formulata (tra gli altri) da MANTOVANI, *Diritto penale*, Padova, 2013, 828.

²⁶ E ai suoi *Traité de législation civile et pénale*, Bruxelles, 1840, t. II, 24.

²⁷ Così GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, Torino, 2013, 639.

di “*valvola per fronteggiare l’altissimo tasso di inflazione carceraria rispetto alla capienza degli istituti penitenziari, funge sia da surroga di mancata riforma, necessaria alla giustizia per adempiere alla sua funzione, sia da forma di decriminalizzazione surrettizia nel senso che equivale a riconoscimento della sostanziale inoffensività di quei reati che vengono appunto periodicamente amnistiati*”²⁸.

E anche la ricognizione storica (nel senso, appunto, che riguarda periodi per vero parecchio lontani) dà conto che l’amnistia “*nella prassi [costituiva] strumento di periodico sfolgimento delle carceri, a beneficio degli autori di reati di piccola entità*”²⁹; compito attuale secondo quanti, appunto, osservano³⁰ che anche oggi non “*si può trascurare che l’amnistia, di fatto, può svolgere (pur se impropriamente) compiti ‘lato sensu’ deflattivi (ad esempio, sfoltendo il numero dei procedimenti penali pendenti, ovvero riducendo la presenza dei detenuti nelle carceri nei periodi di sovraffollamento)*”.

Superfluo poi rilevare che, mentre l’indulto impone comunque la celebrazione del procedimento allo scopo di accertare l’eventuale responsabilità dell’imputato (applicando, in caso di riconosciuta colpevolezza, il condono), l’amnistia ‘blocca’ invece il corso del procedimento per la sua immediata e automatica applicazione in presenza dei presupposti di legge.

E, singolarmente, taluno finisce per segnalare proprio una ‘curiosa’ diversità nel raffronto tra situazione attuale e periodi storici neppure troppo risalenti.

Infatti si richiama (criticamente) il tempo in cui “*le proposte di amnistie, fatte sconsideratamente anche dal più esiguo numero di parlamentari, bastavano ad avviare un iter difficilmente arrestabile per le aspettative generali che si creavano, a cominciare dai carcerati*”³¹; divenendo l’amnistia “*quasi un fatto di ‘routine’, variamente condizionando la prassi giudiziaria*”³².

Tutto il contrario di quanto accade oggi: chi mai infatti proporrebbe, nell’attuale – così singolare – epoca del ‘*diritto penale massimo*’, un provvedimento di clemenza finalizzato ad ottenere benefici elettorali³³!

Sebbene, pur in presenza di “*sistemi penali [ormai] fuori controllo*”³⁴, giustamente si osserva come la missione dei giuristi si debba sempre ispirare “*al principio guida della*

²⁸ COSÌ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, 826, che considerano altresì “*irrazionale l’ostilità di un’opinione pubblica eccessivamente allarmata dall’aumento [dato che, invero, non corrisponde alla realtà] della criminalità*”.

²⁹ COSÌ MARINUCCI, DOLCINI, *op. cit.*, 413.

³⁰ Si tratta di osservazioni di CADOPPI, VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2015, 576-77.

³¹ COSÌ MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., 829.

³² COSÌ FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Vicenza, 2016, 703.

³³ Non credo proprio vi possa essere oggi “*il rischio che la causa estintiva venga strumentalizzata, per ragioni di vario tipo (demagogiche, elettorali, ‘colpi di spugna’, ecc.)*”: si tratta di un ‘timore’ espresso da CADOPPI, VENEZIANI, *op. cit.*, 577. Anzi il codice penale “*ha finito con il diventare oggi la ‘Magna Charta’ della politica*” in quanto “*il cittadino comune pensa che invocare più pena costituisca la soluzione e tende a valutare il comportamento dei politici sulla base della loro volontà di penalizzazione. Il mondo politico sembra aver trovato nel diritto penale non un’ultima ratio, ma un facile terreno di (apparente) soluzione di alcuni problemi del paese, non costoso, legittimante e rispondente alle domande che vengono dai cittadini*”: COSÌ VIOLANTE, *La crisi del giudice “bocca della legge” e l’emergere di nuove concezioni di ruolo giudiziario*, in (a cura di) GUARNIERI, INSOLERA, ZILLETTI, *Anatomia del potere giudiziario. Nuove concezioni, nuove sfide*, Roma, 2016, 32.

³⁴ Si tratta di definizione contenuta nel discorso del Pontefice alla delegazione dell’AIDP (Sala dei Papi, 23 ottobre 2014), in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, 459, con commento di EUSEBI, ‘*Cautela in poena*’.

cautela in poena": e anche per tale motivo richieste di provvedimenti di clemenza sono state formulate più volte dallo stesso Pontefice³⁵.

6. La politica criminale (anche) mediante provvedimenti di clemenza.

Sul piano della 'politica criminale' la storia dei provvedimenti di clemenza e, in particolare, dell'amnistia vale, poi, anche ad illustrare le linee di tendenza dell'ordinamento penale nell'opera di distinzione tra i valori 'fondamentali' costantemente protetti e quelli alla cui tutela (penale) si può, invece, più opportunamente rinunciare (anche) nella prospettiva di una possibile/razionale riduzione del sistema punitivo.

E può esser proprio utile occuparsi conclusivamente, per la rilevanza di tale profilo appunto nell'individuazione delle dinamiche della politica criminale, delle tecniche di cernita dei reati da affidare ai provvedimenti di clemenza.

Quanto all'amnistia, allo scopo di individuare i reati oggetto del singolo provvedimento, si ricorre generalmente a tre distinti modi di 'selezione' degli illeciti penali: *a)* l'enunciazione dei reati amnistiati può essere *generica* quando l'amnistia comprende tutti quei fatti punibili in astratto con pene non superiori a certi limiti massimi quantitativamente prefissati; *b)* l'enunciazione può essere, invece, *cumulativa*, nel senso che l'amnistia concerne una ampia categoria di reati contrassegnata da un denominatore comune (ad es., reati commessi per finalità politico-sindacali o dettati da un «movente politico», reati finanziari), purché le pene non siano superiori nel massimo a certi limiti; *c)* l'enunciazione può essere, infine, *specificata* quando l'individuazione dei reati da amnistiare si basa esclusivamente sul loro *nomen juris*³⁶.

La preferenza verso l'uno o l'altro criterio non è priva di conseguenze.

Se, infatti, si decide di adottare il primo criterio, la 'selezione' degli illeciti da amnistiare viene fatta dipendere *dall'entità* della sanzione e quindi, in tutta evidenza, dalle scelte precedentemente operate dal legislatore e cristallizzate in una determinata legislazione penale. Ricorrendo, cioè, ad un criterio di selezione del primo tipo, basato sull'entità della pena edittale, implicitamente si rinuncia ad una diversa e 'rinnovata' valutazione del disvalore di singoli reati in quanto si rimane comunque vincolati alle valutazioni precedentemente operate dal legislatore. Se, infatti, un determinato reato viene punito con una certa sanzione e il decreto di amnistia fa riferimento, per la sua applicazione, soltanto alla

³⁵ Vedi, appunto, quella espressa in occasione della 'marcia per l'amnistia' del 6 novembre 2016. Ma anche in precedenza il mondo cattolico si è contraddistinto per ricorrenti istanze di clemenza come, appunto, ricordato – da ultimo – anche nell'appello del Partito radicale in data 24 febbraio 2017 per una nuova iniziativa: la '*Marcia di Pasqua per l'amnistia e l'indulto*' indetta per il prossimo 16 aprile 2017.

³⁶ L'adozione di un certo criterio non esclude, ovviamente, il ricorso agli altri: può accadere, cioè, che nell'ambito dello stesso provvedimento di clemenza l'individuazione degli illeciti da amnistiare si basi, nelle singole parti, sui diversi sistemi di selezione indicati nel testo.

misura della pena edittale, ciò significa che non si procede ad una valutazione del grado di disvalore degli illeciti autonoma e diversa rispetto a quella già operata dai redattori della norma penale di riferimento.

In breve e con riferimento alla nostra legislazione: il criterio, di regola adottato e costituito dal massimo edittale, ha finito per modellare il beneficio (fino alla sua ultima applicazione) sulle valutazioni comparative e sulle tecniche sanzionatorie in vigore all'atto del provvedimento di clemenza.

Invece, un criterio di selezione (il terzo addietro indicato) basato sul *nomen juris* dei singoli reati consente proprio di operare una cernita degli illeciti da ammettere indipendentemente dalle conseguenze sanzionatorie ad essi (già) ricollegate, addivenendo così a valutazioni divergenti (da quelle del 'vecchio' legislatore) in ordine al disvalore delle incriminazioni oggetto del provvedimento.

Il criterio 'misto' di selezione, oltre a presentare i difetti del primo nella misura in cui vengono amnistiati taluni reati sulla base (anche) del trattamento sanzionatorio agli stessi in precedenza attribuito, si presta in certe ipotesi, e cioè quando l'individuazione concreta del 'carattere comune' dei reati viene affidata al giudice, a conseguente rilievo. Se, infatti, l'accertamento dell'elemento comune dipende non da fattori *prestabiliti* e *oggettivi*, ma da valutazioni in qualche misura discrezionali (si pensi, ad esempio, alla necessità dell'accertamento di un determinato '*movente*') la concreta portata del provvedimento di clemenza non deriva soltanto da scelte esclusive del legislatore, ma anche da una successiva valutazione in sede giurisprudenziale: affidandosi, così, la selezione dei comportamenti punibili o meno anche ad ogni possibile opzione interpretativa giudiziale.

Il ricorso ad istituti di clemenza segnala, infine, proprio l'esistenza di una legislazione penale in evidente 'tensione' con superiori valori costituzionali. Se, infatti, le norme penali fossero tutte finalizzate (con la previsione di sanzioni *adeguate* e *proporzionali*) alla tutela di valori costituzionalmente rilevanti e significativi³⁷, se la stessa pena criminale avesse come funzione principale quella di 'rieducare' il reo al rispetto dei valori (costituzionali) lesi o messi in pericolo, l'istituto dell'amnistia risulterebbe davvero peculiare rimedio per far fronte soltanto ad eventuali situazioni del tutto contingenti ed eccezionali.

Ma non ci si trova affatto in tale contesto essendo del tutto evidente il profondo *vulnus* arrecato oggi al volto del diritto penale costituzionale davvero 'sfigurato' nei suoi profili sostanziali e processuali³⁸.

E una anche (soltanto) sommaria considerazione degli ultimi provvedimenti di clemenza offre senz'altro spunti di rilievo per una conclusiva riflessione.

³⁷ Sulla concezione del reato come offesa (e, cioè, come lesione o messa in pericolo) di un valore costituzionalmente significativo vedi, per tutti, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIX, Torino, 1973, 15 ss.

³⁸ E si ritiene, infatti, che la clemenza senz'altro "ammissibile in un quadro istituzionale di ispirazione liberaldemocratica si identifichi in un mezzo teleologicamente orientato, indirizzato a perseguire i medesimi fini di un "sistema penale" espressivo della situazione spirituale della Carta" (COSÌ MAIELLO, *La storia*, cit., 28).

Il primo è pertinente alla 'costante' presenza di tali provvedimenti nella concreta declinazione delle scelte di politica criminale. Anche considerando soltanto l'ultimo 'ventennio (1970-1990) applicativo', si può notare il frequente e significativo ricorso all'amnistia; basta menzionare la sequenza a partire dal d.p.r. n. 283/70, sino a quello n. 413/78; ai successivi n. 744/81 e n. 865/86, nonché, appunto, all'ultimo n. 75/90.

Se le scelte di politica criminale in quel lungo lasso temporale³⁹ si sono attuate anche attraverso provvedimenti di amnistia, vuol dire necessariamente che lo strumento adottato era di volta in volta utile a far fronte a sempre presenti esigenze deflative (esigenze che oggi non sono affatto diminuite, ma anzi si sono notevolmente accentuate!).

Il secondo rilievo pertiene, invece, proprio alla selezione dei reati di volta in volta praticata dal legislatore.

Vi è stata, infatti, applicazione per reati: *"punibili con pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni di reclusione"* se commessi *"anche con finalità politiche, a causa e in occasione di agitazioni o manifestazioni sindacali o studentesche, o di agitazioni o manifestazioni attinenti a problemi del lavoro, dell'occupazione, della casa e della sicurezza sociale, e infine in occasione ed a causa di manifestazioni ad agitazioni determinate da eventi di calamità naturali"* (amnistia del 1970); quindi si è avuto riguardo ai reati sanzionati con *"una pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni"*, ma anche ai reati con *"pena detentiva non superiore nel massimo a quattro anni ... se commessi dal minore degli anni diciotto o da chi ha superato gli anni settanta"* (decreti del 1978 e decreti del 1981): con la previsione, peraltro, di molteplici 'esclusioni oggettive' che palesavano l'attenzione del legislatore verso reati astrattamente rientranti (in ragione della pena edittale per gli stessi prevista) nel beneficio, ma esclusi appunto dalla amnistia sulla base di una ritenuta perdurante meritevolezza di pena a fronte della rilevanza del bene giuridico protetto.

Analoghi criteri vengono seguiti nel 1986 (*'tre anni di pena detentiva'* come limite massimo edittale; *'quattro anni'* per il minore degli anni diciotto e per colui che avesse compiuto 65 anni) che prevedeva, peraltro, più limitate esclusioni oggettive.

Sino all'ultimo provvedimento del 1990 ove si prevedeva un significativo 'innalzamento' (sino a quattro anni) della pena detentiva di riferimento, ma congiuntamente si arricchiva, in modo significativo, il catalogo delle 'esclusioni oggettive' tenendo appunto fuori dalla portata operativa del provvedimento tutta una (lunga) serie di reati posti a tutela di beni giuridici ritenuti comunque di rilievo per la loro valenza pubblicistica o, comunque, collettiva.

Appunto a dimostrazione 'storico-legislativa' del fatto che anche l'impiego della clemenza – pur con riguardo ad illeciti presidiati da pene edittali contenute – non è (può non essere) 'indiscriminato'. E ad ulteriore, definitiva, riprova che l'uso della clemenza non è

³⁹ E non solo in quel (lungo) periodo: perché, invero, il ricorso alla 'clemenza' costituiva davvero una 'costante' della politica criminale già in epoche precedenti e, persino, nel periodo dello Stato autoritario e, cioè, anche dopo l'entrata in vigore del (nuovo) codice del 1930.

per nulla rimedio arbitrario, ma rappresenta (può rappresentare) invece strumento assolutamente idoneo a ‘immediatamente’ realizzare, in modo del tutto razionale, contingenti (e spesso proprio impellenti) esigenze di politica criminale⁴⁰ di un ordinamento (che voglia continuare a definirsi) civile.

⁴⁰ Si segnala giustamente “l’insufficienza politico-criminale della non punibilità “ordinaria” a corrispondere alle esigenze di tutela che stanno a fondamento di una clemenza “ragionevole” sul piano politico-criminale: la prima è destinata, invero, a veicolare giudizi di immeritevolezza e/o inopportunità di pena in rapporto a ‘tipi ipotetici’ di fatti ‘generalisti e astratti’; la seconda riflette il bisogno di sottrarre al corso “normale” della giustizia penale “microfenomeni” composti da fatti “tipici” già commessi che, per ragioni varie, appaiono collocabili nella zona dell’inutilità funzionale della pena così ricostruita in rapporto a compiti di prevenzione integratrice di matrice strutturale/funzionale e non funzionalistico/sistemica” (COSÌ MAIELLO, *La storia*, cit., 26).

La “colpa” nel delitto di omicidio stradale

GIUSEPPE LOSAPPIO

1. All'indomani dell'approvazione, la Giunta dell'Unione delle Camere penali definiva la legge sull'omicidio stradale «un arretramento verso forme di imbarbarimento del diritto penale, frutto di cecità politico-criminale e di un assoluto disprezzo per i canoni più elementari della “grammatica” del diritto penale»; «una norma “manifesto” che non servirà a prevenire seriamente questi gravi fatti, ma solo a placare l'allarme sociale, vero o “drogato” dai media, che questi fatti suscitano, a far sentire la classe politica con la “coscienza a posto”, a placare i bisogni di repressione della comunità sociale»¹. In altri termini, l'ennesima manifestazione del diritto penale *trend-topic* che percola dalle eruzioni emergenziali acute, transitorie, contingenti, più o meno effimere, che si affiancano o si sovrappongono alle emergenze “perenni” della mafia, del terrorismo, della c.d. droga (ecc.).

Limpida si avverte l'eco di temi non inediti, da alcune declinazioni della c.d. funzione di prevenzione stabilizzatrice della pena al rapporto tra democrazia, democrazia penale e c.d. populismo penale. Un intreccio efficacemente decodificato da Giovanni Fiandaca sottolineando l'«accentuata strumentalizzazione politica del diritto penale, e delle sue valenze simboliche, in chiave di rassicurazione collettiva rispetto a paure e allarmi a loro volta indotti, o comunque enfatizzati da campagne politico-mediatiche propense a drammatizzare il rischio-criminalità»²; l'inquietante affermazione del «governo attraverso la criminalità», di «un nuovo paradigma di *governance* incentrato sull'individuazione, sulla prevenzione e sulla neutralizzazione del rischio criminale come elementi costitutivi dell'azione di governo a ogni livello e in ogni contesto»³.

2. Nello specifico dei tratti più discutibili della nuova disciplina, il documento elaborato dall'Unione tra l'altro censurava l'istituzione di «una sorta di presunzione di colpa e di causalità fra lo stato di ebbrezza e l'evento lesivo», quasi una *culpa in re ipsa*, da contrastare valorizzando il criterio ermeneutico della «concretizzazione del rischio specifico insito

¹ Non è con una legge repressiva, sproporzionata ed incoerente che si tutelano le vittime della strada http://www.camerepenali.it/cat/7422/a_proposito_di_omicidio_stradale_.html

² G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia*, 2012, 97. Sul tema, scontato il riferimento a D. SALAS, *La volonté de punir: essai sur le populisme pénal*, Hachette, 2005.

³ J. SIMON, *Governing Through Crime: How the War on Crime Transformed American Democracy and Created a Culture of Fear (Studies in Crime and Public Policy)*, trad. it., Raffaello Cortina, 2008. La citazione è tratta G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, cit., 97-98.

nella guida in elevato stato di ebbrezza. Occorrerà insomma verificare che l'evento lesivo sia dovuto proprio alla incapacità del conducente di osservare le regole sulla circolazione stradale in ragione dell'alterazione delle sue condizioni psico-fisiche dovute all'ingestione di alcool o stupefacenti⁴.

3. Preoccupazioni ben fondate. Il testo dell'artt. 589-*bis*, oltre ad essere impreciso, non propone quella stringente correlazione tra la colpa e la violazione delle "norme sulla disciplina della circolazione stradale" che dovrebbe costituire la ragion d'essere della specifica incriminazione dell'omicidio stradale.

Il legislatore, infatti, ha persino peggiorato la formula dell'aggravante già prevista dall'art. 589, co. 2, rinunciando ad una definizione più selettiva che invece era necessaria, sia – si insiste – in nome della *ratio* della nuova incriminazione, sia per arginare gli indirizzi della giurisprudenza che avevano disancorato l'applicazione di tale circostanza dal riferimento al nucleo qualificante dal punto di vista del disvalore delle condotte colpose nell'ambito della circolazione stradale.

Si pensi alle massime secondo cui:

- è colpa nella circolazione stradale qualunque condotta colposa si manifesti nell'attività circolatoria;

- rientrano nella nozione di disciplina dell'attività circolatoria anche le fonti degli obblighi di garanzia e quindi, per esempio, la responsabilità per l'omicidio stradale non è circoscritta ai soli conducenti ma si estende anche ai garanti delle attività circolatorie, come, ad esempio, i committenti di cantieri stradali⁵;

⁴ Cfr. http://www.camerepenali.it/cat/7422/a_proposito_di_omicidio_stradale_.html

⁵ Così ad es. Cass. pen., sez. IV, 3 maggio 2012, n. 23152, in www.italgiure.giustizia.it: «appare di tutta evidenza che detta aggravante deve ritenersi sussistente, non solo quando la violazione della normativa di riferimento è commessa da un utente della strada alla guida di un veicolo e nella fase della circolazione, bensì anche nel caso di violazione di qualsiasi norma che prevede a carico di un soggetto – pur non impegnato in concreto nella fase della “circolazione” – un obbligo di garanzia finalizzato alla tutela della sicurezza degli utenti della strada. In materia, più volte questa Corte ha avuto modo di ritenere configurabile l'aggravante della violazione di norme sulla circolazione stradale, in relazione ai reati di lesioni personali colpose ed omicidio colposo, per fatti commessi da soggetti non direttamente impegnati nella fase della “circolazione”, e quindi non quali utenti della strada al momento del fatto lesivo, ma in quanto gravati – per il ruolo ricoperto o per l'attività in concreto svolta e tale da poter incidere sulla sicurezza della circolazione – da obbligo di garanzia per la tutela degli utenti della strada». In termini Cass. pen. Sez. IV, 3 ottobre 2014, n. 44811, in www.italgiure.giustizia.it. La sentenza riguarda la morte di un motociclista che percorreva a bordo del ciclomotore una strada rettilinea del centro abitato in discesa e aveva perso il controllo del veicolo nel superare un dosso artificiale collocato trasversalmente alla carreggiata come dissuasore di velocità alla fine della discesa, realizzato in precedenza da una squadra di operai comunali coordinata dall'imputato per sostituire altro analogo manufatto preesistente, rimasto danneggiato dalla spalatura della neve nel periodo invernale; l'opera non era completa in quanto mancavano le verniciature trasversali gialle e nere, trattandosi di un cantiere ancora aperto non evidenziato come tale. Causa prossima dell'accaduto doveva ritenersi l'omessa apposizione della segnaletica di cantiere, il cui obbligo incombeva in via esclusiva sull'imputato nella sua qualità di responsabile della squadra di operai, potendosi ritenere certo che l'incidente non si sarebbe verificato se la vittima avesse potuto percepire che in quel luogo esisteva un cantiere.

La difettosa vaghezza della disposizione consente alla Suprema Corte di superare l'obiezione secondo cui l'art. 3, co. 1, n. 9 del c.d.s. identifica la circolazione con «il movimento, la fermata e la sosta dei pedoni, dei veicoli e degli animali sulla strada», affermando che la *ratio* dell'aggravante è ravvisabile nella necessità avvertita dal legislatore di un inasprimento sanzionatorio allorché il fatto lesivo (lesioni personali o omicidio colposi) viene commesso anche violando le norme finalizzate a rendere sicura la circolazione stradale, non solo norme strettamente riferibili alla disciplina della circolazione.

- il "capo di imputazione" non può essere considerato generico se la contestazione non indica uno specifico profilo di colpa "circolatoria" ma si limita a profilare l'attività di cui si contesta il carattere colposo anche in termini di mera residualità rispetto ad altri aspetti di colpa specifica⁶ (con un'evidente inversione dell'onere della prova e una non meno palese trasgressione dei principi sanciti dalla Corte EDU in materia di diritto alla conoscibilità dell'accusa);
- non sussiste il difetto di correlazione tra accusa e sentenza se la decisione, pur riferendosi alla condotta descritta nella contestazione, evidenzia una violazione colposa non addebitata all'imputato o comunque diversa da quella contestata⁷.

4. Oltre ai precipitati di carattere processuale cui si è appena fatto cenno, dal punto di vista del diritto penale sostanziale le massime giurisprudenziali e la formula dell'art. 589-bis ripropongono costanti problematiche dei delitti colposi (§§ 4.1; 4.2.) e sollevano questioni, in parte inedite, più specificamente riferibili al nuovo delitto di omicidio stradale (§ 5) e all'ipotesi aggravata dalla guida in stato di ebbrezza (§ 6).

Sotto il primo profilo, si coglie la tenace resistenza di una lettura della colpa per violazione di legge in bilico tra *versari in re illicita e culpa in re ipsa*, i cui principali snodi sono due:

- la colpa per inosservanza di leggi è sempre una forma di colpa specifica (4.1.);
- l'accertamento della violazione della regola cautelare di fonte positiva assorbe l'indagine concernente prevedibilità ed evitabilità dell'evento (4.2.).

4.1. La premessa della prima affermazione si regge sul pregiudizio che le cautele poste da leggi e regolamenti presuppongono la prevedibilità/evitabilità dell'evento e, quindi, rendono superflua ogni ulteriore indagine sul rapporto tra il comportamento tenuto dal soggetto agente e il risultato vietato dalla legge penale.

Quest'affermazione è falsa. Il consenso della letteratura penalistica sul tema è pressoché assoluto e, quindi, non mette conto di approfondire ulteriormente l'argomento⁸.

⁶ Così ad es. si legge in una sentenza della Suprema Corte (sez. IV 22 maggio 2013, nr. 36400, cit.) che la «colpa contestata ... è così ampia da includere anche le condotte assunte dall'imputato nei diversi momenti» diverse da quelle espressamente addebitate nel decreto che dispone il giudizio di modo che – come sembra emergere nella vicenda processuale cui si riferisce la decisione appena citata – tocca all'imputato svolgere la difesa anche in relazione a profili di colpa non contestati ma che potrebbero comunque essere rilevati dal giudice anche dopo la lettura del dispositivo nell'elaborazione della motivazione. Cfr. ancora in materia di infortuni sul lavoro Cass. pen., Sez. IV, 5 luglio 2016, n. 33629, in www.italgiure.giustizia.it, dove si legge che il capo di imputazione non è nullo se la contestazione racchiude ipotesi alternative (nel caso di specie, appalto ovvero contratto di fornitura) e non sussiste violazione dell'art. 521 c.p.p. il fatto all'imputato viene addebitato da entrambi i giudici di merito, oltre alla colpa generica (la violazione dell'art. 2087!!!) ed al profilo di colpa specifico indicato in imputazione, anche altro profilo di colpa specifico che, tuttavia, secondo i giudici di legittimità, non rappresenta altro che interno logico sviluppo (o, se si vuole, rappresentazione) della prospettazione accusatoria contestata in rubrica.

⁷ Da ultimo Cass. pen., sez. IV, 13 maggio 2016, n. 20062, in pluris-cedam.utetgiuridica.it. Sul tema, per tutti, ancora E. MUSCO, *La contestazione dei reati colposi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1971, 330; D. CASTRONUOVO, *La contestazione del fatto colposo: discrasie tra formule prasseologiche d'imputazione e concezioni teoriche della colpa*, in *Cass. pen.*, 2002, 3836; M. CAIANIELLO, *Imputazione e garanzie: la contestazione e la qualificazione del fatto nel reato colposo*, in Donini, Orlandi (a cura di), *Reato colposo e modelli di responsabilità*, Atti del convegno di Ravenna, 23-24 marzo 2012, Bonomia University Press, 2013, 341.

⁸ «Tali nessi sono ben scolpiti (anche) nella nostra letteratura, al di là della loro collocazione nella teoria della colpa, o in quella dell'imputazione oggettiva (normativa) dell'evento»: P. VENEZIANI, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass.*

Può non essere superflua, invece, un'esemplificazione delle critiche sviluppata considerando proprio talune norme sulla circolazione stradale. Si pensi all'art. 141 del c.d.s., che (tra l'altro) impone al conducente *«di regolare la velocità del veicolo in modo che, avuto riguardo alle caratteristiche, allo stato ed al carico del veicolo stesso, alle caratteristiche e alle condizioni della strada e del traffico e ad ogni altra circostanza di qualsiasi natura, sia evitato ogni pericolo per la sicurezza delle persone e delle cose ed ogni altra causa di disordine per la circolazione»*. Si tratta, com'è evidente, di una regola cautelare generica ed elastica, che non indica un comportamento tipico ma un tipo di comportamento la cui esatta individuazione è persino impossibile senza il riferimento alla prevedibilità e all'evitabilità dell'evento. Le stesse esigenze di concretizzazione del rischio e della condotta idonea a neutralizzarlo/contenerlo si pongono anche rispetto a regole in apparenza più rigide. Si pensi all'art. 191, comma 1, del c.d.s.: *«Quando il traffico non è regolato da agenti o da semafori, i conducenti devono dare la precedenza, rallentando e all'occorrenza fermandosi, ai pedoni che transitano sugli attraversamenti pedonali»*.

Appare emblematica, in tal senso, una esemplare ancorché non datata sentenza della Suprema Corte che illustra compiutamente le scansioni del ragionamento che deve svolgere il giudice per estrapolare dalla regola di legge la regola cautelare del caso da decidere (se vogliamo del c.d. "caso concreto"): «il conducente di un autoveicolo, per adempiere l'obbligo di accordare la precedenza ai pedoni che attraversano le strisce pedonali, deve, in prossimità delle stesse mantenere una velocità non superiore ai 10 Km. Ne consegue che il conducente prefato, ove proceda alla velocità di 50 Km, limite massimo consentito nel centro abitato, deve diminuire la velocità di circa 40 Km in modo progressivo, dando principio alla manovra di rallentamento da una distanza di 20/30 metri dal punto in cui si colloca l'inizio per prossimità alla zona zebra, fissabile in circa 10 metri (prima e dopo la medesima) della fascia di strada riservata al preferenziale attraversamento dei pedoni. Il che, prendendo in riferimento il punto della strada ove sono fisicamente disegnate le strisce pedonali, comporta che il conducente deve iniziare la graduale manovra di rallentamento della velocità (di 50 Km) circa 30/40 metri prima di quel punto, onde giungere sulla zona interessata dall'attraversamento dei pedoni alla velocità di circa 10 Km, adeguata e prudente, per consentire l'agevole rispetto del diritto spettante ai pedoni»⁹.

pen., 2013, 1224.

⁹ Cass. pen., 11, maggio 1989, in *Cass. pen.*, 1990, p. 1570. Al di là delle apparenze, che in alcuni casi possono essere ingannevoli, quasi tutte le norme del codice della strada sono elastiche. Ciò accade perché il bilanciamento tra la rapidità e la scioltezza della circolazione e la difesa ottimale dell'integrità fisica individuale e collettiva, sotteso alle regole della circolazione stradale, solo in poche situazioni può essere risolto una volta per tutte mediante la prescrizione di una misura. Più spesso la "legge" non può andare oltre la prescrizione di una cautela che indica ai conducenti e agli altri soggetti della circolazione stradale alcuni elementi tipici del comportamento diligente, affidando alla "gestione" del caso specifico di ciascun autore la precisa individuazione della condotta prudente/diligente conforme al rischio consentito. Altrimenti, le norme "antifortunistiche" del c.d.s. si trasformerebbero in doveri di astensione. Di fronte «al problema delle condotte pericolose, l'ordinamento può adottare due diverse soluzioni: una è quella di consentire l'attività pericolosa «subordinandone lo svolgimento al rispetto di regole cautelari finalizzate a contenerne il pericolo»; l'altra «è quella di vietare lo svolgimento dell'attività in ragione dei suoi intrinseci coefficienti di rischio»: F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, I, *La fattispecie*, Cedam, 87-88. Cfr. sul tema ex multis MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Giuffrè,

Summa capita. La colpa per inosservanza di leggi, come qualsiasi altra forma o specie di colpa, quale che sia il «punto di vista»¹⁰ che si preferisce assumere per giudicare la possibilità che il soggetto aveva di prevenire ed evitare l'evento (la diligenza dell'uomo medio, dell'*homo eiusdem professionis ac conditionis*, la *diligentia quam suis*), è sempre in *concreto* e sempre in *astratto*. In qualsiasi modo si definisce la colpa, nell'accertarla non è possibile prescindere dalla considerazione delle circostanze concrete in cui l'agente si è trovato. La violazione del dovere di diligenza, tanto che la regola cautelare sia di fonte positiva, tanto che la sua fonte sia l'esperienza, può essere giudicata solo verificando se il comportamento tenuto dall'autore è stato allineato a quello che era doveroso in astratto.

4.2. Sul requisito della connessione di rischio tra violazione della regola cautelare ed evento sembrerebbe delinarsi un contrasto tra le decisioni di legittimità secondo cui la prevedibilità/evitabilità non dev'essere necessariamente rapportata all'evento così come storicamente si è verificato poiché basta accertare la prevedibilità/prevenibilità di un evento del tipo di quello prodottosi¹¹, da un lato, e, dall'altro, le motivazioni della stessa Corte suprema – maggioritarie negli ultimi anni – in cui si legge che «l'individualizzazione della responsabilità penale impone di verificare ... se l'autore della stessa potesse prevedere, con giudizio "ex ante" quello specifico sviluppo causale ed attivarsi per evitarlo ... la violazione della regola cautelare e la sussistenza del nesso di condizionamento tra la condotta e l'evento non sono sufficienti per fondare l'affermazione di responsabilità, giacché occorre anche chiedersi, necessariamente, se l'evento derivatone rappresenti o no la "concretizzazione" del rischio, che la regola stessa mirava a prevenire. ... Si tratta di identificare una norma specifica, avente natura cautelare, posta a presidio della verifica di un altrettanto specifico evento, sulla base delle conoscenze che all'epoca della creazione della regola consentivano di porre la relazione causale tra condotte e risultati temuti; e di identificare misure atte a scongiurare o attenuare il rischio. L'accadimento verificatosi deve cioè essere proprio tra quelli che la norma di condotta tendeva ad evitare, deve costituire "la concretizzazione del rischio"»¹².

Nonostante la chiarezza della formula, l'applicazione nella materia della circolazione stradale appare tutt'altro che immune da ambiguità. Si pensi alla massima che sancisce «l'esigenza dell'inequivoco riscontro di un obiettivo nesso di strumentalità-occasionalità tra lo stato di ebbrezza del reo e l'incidente dallo stesso provocato, non potendo certamente giustificarsi l'inflizione di un deteriore trattamento sanzionatorio a carico del guidatore che, pur procedendo illecitamente in stato di ebbrezza, sia stato coinvolto in un incidente

1966, 241 e, più di recente, soprattutto P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie". Nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Cedam, 2003.

¹⁰ V. DE FRANCESCO, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi urbinati*, 1977-78, 277.

¹¹ Così ad es. Suprema Corte, sez. IV 22 maggio 2013, nr. 36400, in www.italgiure.giustizia.it.

¹² Ad es. Cass. pen., sez. IV, 20 aprile 2016, n. 24697, in www.italgiure.giustizia.it.

stradale di per sé oggettivamente imprevedibile e inevitabile e in ogni caso privo di alcuna connessione con lo stato di ebbrezza del soggetto»¹³.

Al netto della considerazione che la sentenza si riferisce all'evento "sinistro" (nozione assai più ampia rispetto all'evento morte-lesioni)¹⁴, le prestazioni selettive del principio di diritto che enuncia sono inficiate dalla sovrapposizione(/confusione?) tra prevedibilità/evitabilità quale criterio di concretizzazione della regola cautelare e prevedibilità/evitabilità quale limite della relazione causale o comunque dell'imputazione colposa. Questa "deriva" è particolarmente evidente nell'esame della giurisprudenza relativa al "principio di affidamento" nei sinistri stradali e quindi ai limiti del dovere di diligenza nei confronti delle condotte colpose altrui. Tra non trascurabili dubbi, incertezze e, persino, aporie¹⁵, anche le sentenze che sembrerebbero tributare il credito più ampio al *Vertrauensgrundsatz*, in realtà, non sono "chiare" sul punto. Per tale ragione, la medesima massima che in alcuni giudizi conduce ad soluzione corretta del caso¹⁶, in altri non ha impedito che:

- l'imprudenza altrui fosse posta a carico del conducente se non era assolutamente imprevedibile, se non aveva cioè caratteristiche di eccezionalità/anomalia;
- fosse riconosciuta l'esistenza della circostanza aggravante della guida in stato di ebbrezza anche quando il sinistro si era verificato per un profilo di colpa estraneo al livello di alcol nel sangue dell'autore (es. il conducente ebbro aveva causato la collisione letale per un deficit di manutenzione del mezzo)¹⁷.

5. Le considerazioni svolte nei paragrafi precedenti sollecitano l'interprete a formulare un'interpretazione dell'imputazione colposa quanto più è possibile restrittiva che:

- per un verso, circoscriva la colpa dell'art. 589-*bis* alla violazione di una regola cautelare specifica dell'attività circolatoria con esclusione di ogni profilo di colpa generica o elastica ancorché riferibile ad una norma positiva (si pensi al citato art. 141 del c.d.s. per le ipotesi in cui la velocità contestata è inferiore al limite massimo prescritto per il tratto di strada in cui si è verificato il sinistro, caso in cui l'autore risponderebbe dell'omicidio colposo-base);

¹³ Cass. pen. Sez. IV, 14 marzo 2014, n. 15050, in www.italgiure.giustizia.it.

¹⁴ *Id est* «un inatteso avvenimento concretamente e significativamente idoneo a interrompere o comunque a turbare il normale svolgimento della circolazione stradale e di rilevare la potenziale idoneità dello stesso a determinare un qualunque pericolo o danno alla collettività» (ancora Cass. pen. Sez. IV, 14 marzo 2014, n. 15050, cit.).

¹⁵ Il severo giudizio è di S. Rossi, *L'onere dell'automobilista di prevedere le altrui condotte irregolari*, in *Cass. pen.*, 2010, 3196.

¹⁶ Cass. pen. Sez. IV, 6 maggio 2015, n. 24462, in www.italgiure.giustizia.it. Il rilievo di questa decisione (in assoluto e, soprattutto, con riferimento al tema del paragrafo) è accentuato dalle peculiari circostanze del fatto deciso dalla Suprema Corte: un autotrasportatore si era posto alla guida in stato di ebbrezza, mentre percorreva una strada in un orario in cui era inibito l'accesso ai mezzi pesanti, imputato di avere cagionato (per ciò solo) la morte di un motociclista che aveva tamponato il TIR nonostante l'assenza di ogni ulteriore profilo di colpa generica e specifica. Enunciazioni pressoché identiche si leggono in Cass. pen., sez. IV, 6 novembre 2009, n. 43966, in pluris-cedam.utetgiuridica.it; Cass. pen., sez. IV, 14 febbraio 2008, n. 19512, in pluris-cedam.utetgiuridica.it.

¹⁷ Ciò posto, s'intende che l'interpretazione restrittiva proposta in queste pagine può dar luogo a difficoltà di accertamento nel caso in cui uno stato di ebbrezza molto leggero concorre ad esempio con una velocità di conduzione del mezzo piuttosto elevata. Nel dubbio il giudice dovrebbe decidere a favore dell'imputato il dilemma applicativo, tanto più che il superamento dei limiti di velocità trova autonoma espressione sanzionatoria e, quindi, nel caso del conducente che guidava a velocità folle la dilatazione applicativa della circostanza in esame non è giustificata nemmeno da un'esigenza – come dire – di giustizia "materiale".

- per l'altro ancora la c.d. "causalità della colpa" solo a questa manifestazione della colpa specifica (con esclusione di ogni altro profilo di colpa, caso in cui il titolo di responsabilità sarebbe, ancora una volta, l'art. 589 c.p.)¹⁸.

Depongono ancora, in tal senso, sia le rubriche degli artt. 589-*bis* e 590-*bis*, che sollecitano l'interprete ad amplificare il rilievo dei profili di disvalore della condotta strettamente collegati alla circolazione stradale, obiettivo che solo la lettura restrittiva consente di realizzare, sia, per due ragioni, i margini edittali di entrambe le disposizioni:

- l'esigenza di una netta differenziazione dell'omicidio e delle lesioni "stradali" rispetto all'omicidio e alle lesioni colposi "comuni" può essere individuata solo sul piano del disvalore di azione e, più precisamente, sul piano di una precisa delimitazione della colpa nel perimetro delle regole specifiche della circolazione stradale;

- il confronto con gli artt. 589, co. 2 e 590 co. 3, che, prima della riforma prevedevano, sia pure a titolo di aggravante, margini edittali corrispondenti con quelli dei nuovi artt. 589-*bis* e 590-*bis*. Il dato testuale di quelle disposizioni indicava più chiaramente delle nuove formule il collegamento tra violazione delle norme sulla circolazione stradale e l'evento¹⁹. Sarebbe in contrasto con il dato storico, quindi, che l'interpretazione dei nuovi delitti (di omicidio e lesioni stradali) rendesse l'elemento della violazione delle norme "legate" alla circolazione meno rilevante di quanto lo era nelle corrispondenti circostanze aggravanti della disciplina ante-riforma.

6. Il primo comma degli artt. 589-*bis* e 590-*bis*, pare riferire l'evento ad una qualsiasi condotta colposa invece che alla violazione della specifica regola cautelare dell'art. 186, co 2, lett. b) del c.d.s.²⁰, come se per la sussistenza della circostanza bastasse che a causare colposamente il sinistro sia un conducente in stato di ebbrezza e non che l'ebbrezza sia (almeno) uno dei profili di colpa concausali.

Anche in questo caso si impone una lettura restrittiva che saldi la violazione della regola cautelare all'evento dal punto di vista della connessione di rischio. Per le stesse ragioni illustrate nei paragrafi precedenti e per un altro specifico argomento. L'ipotesi base di guida in stato di ebbrezza (alcolemia da > 0,5 a < = 0,8 g/l), a differenza di quelle più cospicue (lett. b) e c) dell'art. 186) e dello stato di alterazione psicofisica indotto da sostanze stupefacenti e psicotrope (art. 187) non determina un aggravamento della pena oltre i limiti edittali ma può rilevare solo quale profilo di colpa della fattispecie base dell'omicidio

¹⁸ Per una prima formulazione di questa tesi sia consentito rinviare a G. LOSAPPIO, *Dei nuovi delitti di omicidio e lesioni "stradali". Cenni introduttivi ad alcuni problemi interpretativi di diritto sostanziale*, in www.penalecontemporaneo.it.

¹⁹ Accenna al tema D. POTETTI, *I nuovi lineamenti dei reati di omicidio colposo e lesioni colpose, conseguenti al c.d. "pacchetto sicurezza"*, cit., 4809.

²⁰ Che si tratti o meno di reato complesso la letteratura penalistica ha risolto positivamente la questione sulla compatibilità tra colpa e violazione di norme penali, sempre che queste abbiano specifica funzione cautelare alla pari delle altre regole la cui violazione integra la condotta colposa. Così per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Cedam, 2015, 334. *Amplius* sul tema, da ultimo, cfr. G. MORGANTE, *Il reato come elemento del reato. Analisi e classificazione del concetto di reato richiamato dalla fattispecie penale*, Giappichelli, 2013, passim.

e delle lesioni “stradali” legata all’evento nell’ambito di una correlazione condizionalistica, in virtù della quale l’interprete/il giudice devono accertare se la regola cautelare è stata causa/concausa del risultato lesivo e (per converso) se questo non si sarebbe verificato senza lo specifico profilo di inosservanza che viene contestato all’indagato/imputato. Di conseguenza, sarebbe del tutto irragionevole riconoscere che nella fattispecie base la guida in stato di ebbrezza lieve dev’essere *condicio sine qua non* dell’evento mentre nella fattispecie circostanziale, in cui la pena è doppia (e il bilanciamento risulta pressoché escluso), il carattere condizionale della medesima violazione cautelare non assume la stessa vincolante pregnanza.

Riflessioni sul nuovo delitto di traffico di organi prelevati da persona vivente: passo avanti od occasione sprecata?

CARLO DE GASPERIS

SOMMARIO: 1. Il contesto normativo *ante* riforma. – 2. Il contenuto della L. 236/2016. – 3. Osservazioni e rilievi critici. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Il contesto normativo *ante* riforma.

Il 7 gennaio 2017 è entrata in vigore la Legge 11 dicembre 2016, n. 236, recante «Modifiche al codice penale e alla Legge 1° aprile 1999, n. 91, in materia di traffico di organi destinati al trapianto, nonché alla Legge 26 giugno 1967, n. 458, in materia di trapianto del rene tra persone viventi»¹.

Il testo, nei suoi quattro articoli, si propone l'obiettivo di predisporre uno strumentario adeguato a contrastare un fenomeno in continua e preoccupante espansione. Il commercio illegale di organi umani, infatti, ha assunto oramai dimensione transnazionale e minaccia alcuni tra i diritti fondamentali dell'uomo, quali l'integrità fisica, la libertà personale e la dignità umana.

A fronte di una problematica così rilevante, però, la legislazione nazionale si è sempre rivelata insufficiente ed inadeguata.

Proprio la lacunosità e la frammentarietà della disciplina hanno indotto il Legislatore ad intervenire nuovamente sulla questione, in modo da regolare compiutamente un fenomeno finora inspiegabilmente sottovalutato.

Al fine di esaminare nel dettaglio la normativa in esame, appare opportuno, in via preliminare, passare in rassegna le diverse leggi succedutesi nel tempo.

Molteplici sono le fonti normative che disciplinano il trapianto da persona vivente e

¹ Per una primissima analisi del testo di legge, cfr. PITTARO, *Traffico di organi umani destinati al trapianto: in gazzetta i nuovi reati*, in www.quotidianogiuridico.it; TRINCHERA, *Introdotta un nuovo delitto di traffico di organi prelevati da persone viventi*, in www.penale-contemporaneo.it.

da cadavere². Sul versante penalistico, al contrario, l'apparato sanzionatorio si presenta particolarmente ridotto.

In particolare, la L. 91/1999, oltre a prevedere l'istituzione del Centro Nazionale Trapianti, punisce all'art. 22 chi procura un organo o un tessuto prelevato da soggetto di cui sia stata accertata la morte³.

Per quanto riguarda il traffico di organi *ex vivo*, invece, l'area di rilevanza penale del fatto si limitava (prima della riforma) a comprendere esclusivamente la condotta di chi svolge opera di mediazione nella donazione di un rene (art. 7 L. 458/1967) o di qualsiasi altro organo (art. 22 *bis* L. 91/1999, introdotto con la L. 228/2012)⁴.

Il panorama normativo si arricchisce, infine, delle indicazioni provenienti dalle fonti sovranazionali. Il Consiglio d'Europa, infatti, prima con la Convenzione di Oviedo⁵ e poi con la Convenzione di Santiago de Compostela⁶, ha svolto un ruolo propulsivo, di impulso alla redazione del testo di legge in commento.

2. Il contenuto della L. 236/2016.

La L. 236/2016, come già detto, si struttura in quattro articoli.

L'art. 1 introduce nel codice penale l'art. 601 *bis*, il cui primo comma punisce con la reclusione da tre a dodici anni e la multa da euro 50.000 a euro 300.000 «Chiunque, illecitamente, commercia, vende, acquista ovvero, in qualsiasi modo e a qualsiasi titolo, procura o tratta organi o parti di organi prelevati da persona vivente».

La scelta topografica è diretta al rafforzamento del sistema di tutela penale: la norma in esame, infatti, si colloca dopo i delitti di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù (art. 600 c.p.) e tratta di persone (art. 601 c.p.)⁷. In queste fattispecie, a differenza dell'art. 601 *bis* c.p., l'oggetto immediato del reato è la persona, mentre l'organo o parte di esso costituisce rispettivamente l'oggetto della costrizione per l'art. 600 c.p. («costringendola

² Per una completa rassegna normativa, v. Legge 3 aprile 1957, n. 235, in materia di «Prelievo di parti del cadavere a scopo di trapianto terapeutico»; Legge 26 giugno 1967, n. 458, in materia di «Trapianto del rene tra persone viventi»; Legge 2 dicembre 1975, n. 644, «Disciplina dei prelievi di parti di cadavere a scopo di trapianto e norme sul prelievo dell'ipofisi da cadavere a scopo di produzione di estratti per uso terapeutico»; Legge 12 agosto 1993, n. 301, «Norme in materia di prelievi ed innesti di cornea»; Legge 1 aprile 1999, n. 91, «Disposizioni in materia di prelievi e trapianti di organi e di tessuti»; Legge 16 dicembre 1999, n. 483, «Norme per consentire il trapianto parziale di fegato»; Legge 19 settembre 2012, n. 167, «Norme per consentire il trapianto parziale di polmone, pancreas e intestino tra persone viventi».

³ Mentre nella fattispecie delittuosa di cui al comma III è richiesto il dolo specifico del fine di lucro, il delitto *ex* comma IV, attraverso l'uso dell'avverbio «abusivamente», prescrive la contrarietà alle regole che governano il sistema legale dei trapianti da persona defunta.

⁴ Con specifico riguardo al delicato rapporto tra queste due norme, cfr. TIGANO, *La repressione del traffico di organi prelevati da vivente: verso il nuovo art. 601 bis c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 4, 2015, 1803 ss.

⁵ Protocollo aggiuntivo alla Convenzione per i diritti umani e la biomedicina concernente i trapianti di organi e di tessuti di origine umana, Oviedo, 24 gennaio 2002.

⁶ Convenzione internazionale contro il traffico di organi umani, Santiago de Compostela, 25 marzo 2015 (non ancora entrata in vigore per la mancata ratifica da parte di cinque Paesi, di cui almeno tre membri del Consiglio d'Europa). Per un'analisi approfondita della Convenzione, v. FLOR, *Prime riflessioni a margine della nuova Convenzione del Consiglio d'Europa contro il traffico di organi umani*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 6 ss.

⁷ Così come modificati dal d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, attuativo della Direttiva 2011/36/UE, in materia di prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e protezione delle vittime.

(...) a sottoporsi al prelievo di organi»), e l'oggetto del dolo specifico per l'art. 601 c.p. («al fine di indurle o costringerle (...) a sottoporsi al prelievo di organi»).

Da un'analisi logico-giuridica della disposizione si possono evidenziare i principali elementi strutturali.

Appare evidente, innanzitutto, che si tratta di un reato comune («Chiunque») e di una norma a più fattispecie, in quanto vengono descritte una pluralità di condotte fungibili e alternative mediante le quali può essere integrata un'unica norma incriminatrice.

L'avverbio «illecitamente», poi, configura una clausola di c.d. antigiuridicità speciale, attraverso cui si integra la condotta tipica con un elemento ulteriore di illiceità, desumibile da una norma diversa da quella incriminatrice⁸. La disposizione in esame, pertanto, è destinata a trovare applicazione solo in caso di violazione della disciplina attualmente in vigore in materia di trapianto di organi e tessuti prelevati da vivente.

Molteplici sono le condotte che compongono l'elemento oggettivo dell'art. 601 *bis* c.p.

L'uso del verbo «commercia» ha la finalità di reprimere la condotta di quegli intermediari commerciali che, sfruttando la loro posizione all'interno del mercato, acquistano l'organo per poi rivenderlo ad un prezzo più alto⁹.

I termini «vende» e «acquista», invece, prescindono del tutto dal fine di lucro che muove l'agente e, perciò, viene colpito direttamente il singolo atto di acquisto o di vendita. In questo modo, però, potrebbe rientrare nel novero dei soggetti attivi sia la posizione del donatore che quella del beneficiario.

Ancora, l'espressione «procura» è diretta espressione della scelta di politica-criminale di punire il traffico di organi nella totalità delle sue possibili manifestazioni. Svolge, pertanto, una funzione residuale, di completamento, in quanto rimanda a tutte quelle azioni idonee a condurre l'organo nella materiale disponibilità del terzo.

Maggiori problemi esegetici derivano, infine, dalla condotta di chi «tratta». L'ambito semantico del termine, infatti, si presta a due differenti interpretazioni: da un lato, potrebbe essere utilizzato come sinonimo di impiegare, manipolare, conservare; dall'altro, il verbo trattare potrebbe rimandare al contenuto del delitto di tratta di persone di cui all'art. 601 c.p.¹⁰.

Il dolo è generico e consiste nella coscienza e volontà di compiere una delle condotte descritte dalla norma, con la consapevolezza di non rispettare le regole che governano il sistema legale dei trapianti.

Il comma II dell'art. 601 *bis*, invece, prende in esame il fenomeno del c.d. «transplantation packages». Per turismo dei trapianti si intende sia quella pratica secondo cui i pazienti, solitamente provenienti da paesi ricchi, si recano all'estero, solitamente in paesi poveri,

⁸ Per una trattazione esaustiva dell'argomento, v. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 190 ss.

⁹ Sotto tale profilo, quindi, la norma è costruita in modo perfettamente speculare all'art. 22, comma III, L. 91/1999, in materia di organi prelevati da persona deceduta.

¹⁰ TIGANO, *La repressione del traffico di organi*, cit., 1807 ss., secondo cui la seconda interpretazione sarebbe da respingere, in quanto il termine tratta *ex art.* 601 c.p. si riferisce agli esseri umani e non agli organi.

per acquistare organi da persone in gravi difficoltà economiche; sia l'attività delle organizzazioni di intermediazione dedite alla semplice divulgazione di informazioni¹¹.

La disposizione, pertanto, punisce con la reclusione da tre a sette anni e la multa da euro 50.000 a euro 300.000 «Chiunque organizza o propaganda viaggi ovvero pubblicizza o diffonde, con qualsiasi mezzo, anche per via informatica o telematica, annunci finalizzati al traffico di organi o parti di organi di cui al primo comma».

Attraverso tale fattispecie si persegue l'intento di anticipare la tutela, incriminando condotte prodromiche rispetto al delitto di mediazione nella donazione di organi prelevati da vivente di cui all'art. 22 *bis*, comma I, L. 91/1999.

Allo stesso tempo, però, la clausola di sussidiarietà con cui si apre la norma («Salvo che il fatto costituisca più grave reato») consente a tutte le attività di pubblicità, dotate di effettiva rilevanza causale rispetto alla mediazione, di essere lette come un concorso morale nel reato realizzato, nella forma dell'istigazione.

L'art. 2 L. 236/2016 modifica il reato di associazione per delinquere, di cui all'art. 416 c.p.

Viene, nello specifico, ampliato l'elenco dei reati-scopo previsti dalla circostanza aggravante di cui al VI comma della fattispecie in esame, che ricomprende così anche le ipotesi delittuose descritte dagli artt. 601 *bis* c.p., 22, commi III e IV, e 22 *bis*, comma I, L. 91/1999.

Il Legislatore, in tal modo, sembra voler uniformare la disciplina interna ai dettami provenienti dalla Convenzione di Santiago de Compostela, la quale, all'art. 13, lett. a, richiede che la pena venga aggravata quando «the offence was committed in the framework of a criminal organisation».

Gli ultimi due articoli della L. 236/2016 hanno il compito di riordinare e razionalizzare il *corpus* di norme complementari esistenti in materia.

In particolare, l'art. 3, intervenendo sulla L. 91/1999, da un lato, aumenta la pena detentiva per il reato di mediazione nella donazione di organi da vivente (sostituendo «da tre a sei anni» con «da tre a otto anni») e, dall'altro, elimina l'illecito amministrativo di cui al comma II dell'art. 22 *bis*, L. 91/1999, oramai sostituito dal comma II dell'art. 601 *bis* c.p.

L'art. 4, infine, abroga il delitto di mediazione nella donazione di un rene, previsto dall'art. 7 L. 458/1967.

In questo modo, viene finalmente risolta alla radice la problematica interpretativa circa il rapporto tra questa norma e l'art. 22 *bis*, comma I, L. 91/1999, evitando l'irragionevole discriminazione sanzionatoria tra chi presta opera di mediazione nella donazione di un rene e chi effettua la mediazione nella donazione di altri organi¹².

¹¹ Al riguardo, v. FRATI, CAMPOLONGO, DI SANZO, LA RUSSA, SANTURRO, TORSELLO-FINESCHI, *Il commercio di organi umani fra normativa nazionale e internazionale*, in *Riv. it. med. leg.*, fasc. 2, 2016, 683 ss.; MC GUINNES, MC HALE, *Transnational crimes related to health: how should the law respond to the illicit organ tourism?*, in *Legal Studies*, vol. 34, 4, 2014, 682 ss.

¹² Nello specifico, il dibattito concerneva la perdurante vigenza dell'art. 7 L. 458/1967 a seguito dell'introduzione dell'art. 22 *bis*. Mentre una prima tesi riteneva che in assenza di un'abrogazione espressa dovesse applicarsi il brocardo *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, un differente approccio ermeneutico reputava che dovesse prevalere la regola cronologica dell'operatività della legge

3. Osservazioni e rilievi critici.

Dopo aver esaminato le modifiche e le novità apportate dalla L. 236/2016, occorre interrogarsi sull'effettivo valore del testo di legge, soffermando l'attenzione sia sulle note positive della riforma che sulle questioni problematiche rimaste irrisolte.

Innanzitutto, è da salutare con favore e da non sottovalutare la scelta di intervenire direttamente sul codice, senza incrementare ulteriormente la frammentarietà della legislazione speciale. È perfettamente condivisibile, infatti, l'intenzione del Legislatore di restituire centralità e organicità al codice penale, inteso come espressione dei valori condivisi nella società.

Di conseguenza, la collocazione sistematica dell'art. 601 *bis* c.p. all'interno della Sezione I, del Capo III, del Titolo XII, del Libro II consente l'operatività dell'art. 604 c.p. Questa norma, in deroga agli artt. 9 e 10 c.p., garantisce la punibilità del traffico di organi prelevati da persona vivente anche «quando il fatto è commesso all'estero da cittadino italiano, ovvero in danno di cittadino italiano, ovvero dallo straniero in concorso con cittadino italiano».

La L. 236/2016 ha, poi, il merito fondamentale di aver rigenerato l'attenzione e l'interesse nei confronti di un fenomeno grave ed incombente, quale il traffico di organi umani.

Le maggiori perplessità, invece, scaturiscono dalla discutibile scelta di includere tra i possibili soggetti attivi sia i donatori che i beneficiari.

La vulnerabilità fisica del beneficiario e la vulnerabilità economica del donatore, infatti, inducono a considerare questi individui quali “soggetti deboli” del sistema. Per tali ragioni, si sarebbe potuta costruire una causa di non punibilità od una circostanza attenuante speciale, capace di sanare questa contraddizione.

Queste considerazioni problematiche, a cascata, si riflettono sull'individuazione del bene giuridico tutelato.

Diviene, dunque, complicato conciliare l'incriminazione di donatore e beneficiario con il bene giuridico di categoria. La libertà individuale, infatti, consiste nella «pretesa strettamente individuale all'assenza di limitazioni poste da terzi a talune specifiche forme di manifestazioni della sfera di autonomia del singolo»¹³. L'impostazione legislativa, al contrario, non limitando la rilevanza penale alla condotta degli intermediari e di tutti i soggetti terzi che concorrano nel processo di circolazione illecita dell'organo, sostiene la visione paternalistica secondo cui il fine di tutelare il commercio lecito di organi giustifica la punibilità dello stesso soggetto passivo del reato¹⁴.

successiva, poiché la discordanza logica tra le due norme è tale da rendere inconcepibile la coesistenza tra la normativa speciale anteriore e quella generale successiva.

¹³ FLICK, *Libertà individuale (delitti contro la)*, in *Enciclopedia del diritto*, Vol. XXIV, [INSERIRE CITTÀ?], 1974, 539 ss.

¹⁴ La stessa considerazione critica viene mossa dalla dottrina spagnola nei confronti del nuovo art. 156 *bis* del codice penale spagnolo, che introduce il delitto di “Tráfico de órganos”. Per una esauriente disamina della materia v. CALDERÓN, *Una primera aproximación al artículo 156 bis del código penal: ¿un futuro ejemplo más del derecho penal simbólico?*, in *Revista de derecho penal y criminología*, n.

In altre parole, al fianco dell'integrità fisica e della dignità umana si configura un altro bene-funzione, costituito dal corretto andamento del circuito legale dei trapianti. La persona indicata come offesa dal reato, quindi, potrebbe allo stesso tempo essere responsabile della violazione di tale bene giuridico superindividuale.

Dal punto di vista formale, inoltre, l'elemento oggettivo avrebbe potuto essere arricchito delle condotte di istigazione e reclutamento, per anticipare la tutela penale a condotte preliminari alla mediazione, adeguando così il dettato normativo all'art. 7 della Convenzione di Santiago de Compostela, nella parte in cui prevede che venga punita «the solicitation and recruitment of an organ donor or a recipient, where carried out for financial gain or comparable advantage for the person soliciting or recruiting, or for a third party».

Da ultimo, ci si sarebbe potuti aspettare dal Legislatore l'inserimento dei delitti in materia di traffico di organi nell'elenco dei reati-presupposto per la responsabilità delle persone giuridiche *ex* d.lgs. 231/2001¹⁵. Appare, infatti, davvero complicato ipotizzare che la commissione di questi reati avvenga al di fuori delle strutture sanitarie e senza il contributo del personale specializzato.

4. Considerazioni conclusive.

Alla luce delle novità legislative introdotte dalla L. 236/2016, che in questa sede si è tentato di riportare nel modo più chiaro ed esauriente possibile, appare opportuno esprimere qualche ultima brevissima riflessione.

Al fine di verificare la concreta ed effettiva capacità repressiva della riforma sarà certamente necessario attendere l'elaborazione giurisprudenziale ma, ad avviso dello scrivente, il testo di legge in commento, nonostante le diverse perplessità rimaste insolte, rappresenta un piccolo passo avanti nella regolamentazione di un fenomeno difficile da inquadrare, di frontiera, che interessa tanto il diritto interno quanto la normativa emanata a livello internazionale.

Le indicazioni provenienti dal Consiglio d'Europa e la presa di coscienza di una normativa frammentata ed insufficiente, infatti, hanno condotto alla stesura di una legge che si propone di approntare uno strumentario penalistico serio ed organico.

Al contempo, però, occorre sottolineare che il quadro normativo non sarà completo fino a che non verrà approfondito il versante preventivo, completamente trascurato dalla legge in esame. Un ulteriore passo avanti, infatti, non può che consistere nella realizzazione, a livello internazionale, di una cooperazione giudiziaria e di una armonizzazione normativa volta alla omogeneizzazione delle risposte sanzionatorie.

11, 2014, 147 ss.

¹⁵ In conformità, altresì, con l'art. 11 della Convenzione di Santiago de Compostela, che descrive i casi di «Corporate liability».

Trib. Livorno, 14 aprile 2016 (dep. 9 maggio 2016), n. 1021, pres. Perrone – rel. Ciardi

Truffa ai danni dello Stato – vincita alla lotteria non preceduta dal pagamento della puntata

Risponde di truffa ai danni dello Stato il titolare di una ricevitoria che simula l'avvenuto pagamento della puntata – pagamento in realtà non avvenuto – al gioco a premi denominato “10 e Lotto” in caso di estrazione dei numeri giocati. Infatti per effetto della registrazione della puntata “virtuale” l'Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato viene indotta in errore circa la regolarità della giocata, così da compiere un atto dispositivo del proprio patrimonio, ossia il pagamento del premio, con conseguente ingiusto profitto per i giocatori e danno per lo Stato.

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

Il giocatore che non paga la puntata al “10 e Lotto” e vince, commette truffa ai danni dello Stato?

1. Il fatto oggetto della pronuncia.

Il Tribunale di Livorno condanna i gestori di una ricevitoria del Lotto per il reato di truffa ai danni dello Stato per aver vinto ingenti somme al “10 e Lotto” giocando allo scoperto, ossia senza pagare le puntate.

In pratica facevano sistematicamente risultare nell'apposito apparecchio elettronico puntate molto alte senza sborsare materialmente la somma corrispondente alla giocata. In questo modo, viene loro contestato, ottenevano abnormi possibilità di vincere senza però sostenere le relative spese. Inoltre, in caso di estrazione vincente potevano pagare a Lottomatica la somma della giocata; se invece non vincevano si trovavano effettivamente esposti per la differenza che tentavano di ripianare sfruttando le numerose estrazioni giornaliere previste dal gioco.

Va subito precisato che nelle specie nessuna contestazione viene mossa in ordine alla regolarità delle estrazioni: “*ai militari non era risultata alcuna vincita irregolare*”; la truffa si risolveva unicamente nell'effettuare un numero spropositato di puntate senza il corrispondente esborso economico.

2. Le (sintetiche) motivazioni offerte dal Tribunale e la delimitazione del campo di indagine.

Mentre ad avviso dei difensori i fatti come sopra descritti non costituiscono reato, ponendo al più dar luogo ad un mero inadempimento civilistico allorquando la ricevitoria non fosse stata in grado di coprire con le vincite i soldi delle puntate, il Tribunale al con-

trario ravvisa tutti gli elementi del delitto di truffa previsto dall'art. 640 c. 1 e c. 2 c.p.

Ritiene, infatti, che l'artificio sia rappresentato dalla registrazione virtuale dell'avvenuta giocata, in realtà scoperta.

L'artificio avrebbe poi indotto in errore Lottomatica, quale società concessionaria dell'Agenzia delle Dogane e dei Monopoli, sulla regolare stipulazione del contratto di gioco, così da indurre l'Amministrazione pubblica a compiere l'atto di disposizione patrimoniale coincidente con il pagamento del premio e dell'aggio spettante alla ricevitoria.

Quanto ai requisiti dell'ingiustizia del profitto e del corrispondente danno ingiusto patito dalla persona offesa, secondo il Collegio non si vede come sia possibile dubitare che il pagamento della vincita così ottenuta e dell'aggio siano *contra ius*.

Nulla quaestio infine sulla sussistenza dell'aggravante contestata, avendo gli imputati agito a danno dell'Erario seppur truffando il concessionario del gioco Lottomatica.

Orbene, la conclusione secondo cui il gioco allo scoperto nelle lotterie ben può integrare il delitto di truffa *ex art.* 640 c.p. merita di essere vagliata sotto il triplice profilo: del nesso causale tra la condotta e gli eventi della fattispecie; dell'ingiustizia del profitto rispetto all'ingiustizia della condotta; dell'aumento delle probabilità di vittoria rispetto a quelle che si hanno nel gioco regolare e della sua eventuale rilevanza ai fini del delitto di truffa.

Va però premesso che l'analisi concernerà esclusivamente il pagamento delle vincite da parte dello Stato e non terrà conto delle somme pagate a titolo di aggio alla ricevitoria, sebbene la sentenza riguardi anche queste. Non se ne terrà conto perché la questione non pone particolari elementi di interesse ai nostri fini, ma concerne unicamente il piano fattuale e trova soluzione nella complessa procedura prevista dalla normativa di settore che riconosce alle ricevitorie una somma (l'aggio appunto) su ogni giocata registrata¹.

3. Il presunto nesso causale tra la registrazione "scoperta" della puntata ed il pagamento del premio.

Quanto al primo dei tre profili sopra indicati, il giudice labronico afferma che, per effetto della registrazione nel sistema meccanizzato della scrittura contabile rappresentativa del materiale versamento della posta in realtà non avvenuto, si determina "*l'induzione in errore del concessionario Lottomatica, e per esso AMS, in ordine alla regolare conclusione della transazione (sotto il profilo civilistico: la stipulazione del contratto, reale, di gioco, quale previsto dalla normativa), cui consegue il rilascio, con procedura automatizzata dello scontrino concernente la giocata*". Al rilascio degli scontrini segue un complesso

¹ In effetti l'art. 29 D.P.R. n. 303/1990 stabilisce che i soggetti c.d. "raccoltori", ossia le ricevitorie e altri esercizi autorizzati, sono tenuti a versare settimanalmente al concessionario Lottomatica gli importi relativi alle giocate al netto dell'aggio loro spettante (si veda per conferma Corte dei Conti, Sezione Giurisdizionale per la Lombardia, 18 gennaio 2013, ordinanza n. 7, Est. Musumeci). Quindi se è vero che l'aggio costituisce la parte di ogni singola giocata spettante alla ricevitoria, in questo caso, presupponendo una giocata virtuale, è evidente che gli imputati non hanno trattenuto alcuna somma "reale" a titolo di aggio.

iter di verifiche, riscontri e validazioni in esito al quale Lottomatica liquida gli importi delle vincite. In altre parole, secondo il Tribunale, la registrazione "scoperta" della giocata costituirebbe il primo anello della catena causale che, attraverso l'induzione in errore sull'esistenza della giocata, porterebbe lo Stato a considerare valida la puntata e quindi a liquidare un ingiusto premio in caso di vittoria.

A questa sorta di "automatismo causale" verrebbe prima di tutto da obiettare che, come autorevolmente notato², il processo eziologico tipicizzato dall'art. 640 c.p., pur essendo unitario nella valutazione globale del fatto di truffa, presuppone l'accertamento del nesso causale in riferimento ad ogni evento tipico della norma: la condotta deve provocare nel suo destinatario un errore, l'errore deve tradursi in un atto di disposizione patrimoniale da parte del soggetto passivo (requisito tacito della truffa), ed è a tale atto che va ricollegato il verificarsi del danno e del profitto ingiusto.

Occorre allora soffermarsi sul secondo anello della catena, ossia sul rapporto tra l'errore ingenerato in Lottomatica e l'atto di disposizione concernente il pagamento della vincita.

A tal proposito è centrale la considerazione che nella truffa il reo non viene punito per il solo fatto di aver provocato un danno patrimoniale con conseguente ingiusto profitto, ma viene punito per aver conseguito un tale scopo inducendo altri in errore ed aver ottenuto che la vittima, grazie allo stato di errore, "si sia danneggiata da sé"³. Per questo la dottrina pacificamente ritiene necessario che l'atto dispositivo debba essere *determinato* dall'errore⁴. Per dirla in altri termini: per ritenere sussistente la truffa non basta che il destinatario dell'inganno abbia compiuto l'atto di spoliamento patrimoniale, ma è parimenti necessario che l'atto in questione sia coerente rispetto all'errore che lo ha motivato, cioè sia strettamente conseguente al tipo di rappresentazione della realtà indotta falsamente dall'agente⁵.

Riportando queste riflessioni al caso oggetto della sentenza ci si accorge subito che il Tribunale ha trascurato un elemento essenziale. E cioè che anche nel gioco allo scoperto il pagamento del premio non dipende causalmente dallo stato di errore cagionato dagli artifici e raggiri in concreto posti in essere, ma dipende solo ed esclusivamente dall'estrazione dei numeri il cui procedimento, come riconosce anche il Tribunale, non è stato in alcun modo alterato dagli imputati. In altre parole: il fatto che il reo si procacci fraudolentemente la possibilità di partecipare alla lotteria non si pone certo in rapporto causale con il risultato finale dell'estrazione, sempreché quest'ultima avvenga regolarmente. Sia consentito un esempio tratto dall'esperienza comune. Si pensi al tabaccaio che "fa credito" allo scommettitore abituale momentaneamente sprovvisto di soldi, registrando in cassa la

² G. MARINI, *Delitti contro il patrimonio*, Torino, 1999, 418.

³ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, quindicesima edizione, Milano, 2008, 364.

⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale - Delitti contro il patrimonio*, terza edizione, Padova, 186; E. MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio*, in C.F. GROSSO - T. PADOVANI - A. PAGLIARO (diretto da), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2013, 403.

⁵ G. MARINI, *Delitti contro il patrimonio*, cit., 422.

solita ingente puntata sul campionato di calcio: ebbene, se al termine della giornata calcistica i risultati delle partite coincidessero con quelli giocati nella schedina “virtuale”, si potrebbe forse considerare sussistente il delitto di truffa a carico dello scommettitore solo perché ha giocato allo scoperto?

D'altra parte anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione sembra in linea con queste considerazioni, avendo affermato che per aversi truffa nel settore delle lotterie e dei giochi è sempre necessario che gli artifici e i raggiri posti in essere siano idonei ad alterare l'alea del risultato del gioco e a far conseguire, a sé o ad altri, un profitto ingiusto corrispondente all'entità della prestazione che il concessionario deve erogare non più in conseguenza di un evento casuale e incerto, ma in quanto derivante da una vincita truccata⁶.

4. (Segue) La frode nelle manifestazioni sportive.

Per meglio comprendere i profili causali della truffa in questo settore, è utile un breve accenno al reato di frode nelle manifestazioni sportive, previsto e punito dall'art. 1 L. 13 dicembre 1989, n. 401⁷.

Prima dell'entrata in vigore della norma il reato di truffa risultava di difficile applicazione pratica per le frodi sportive. Si osservava, infatti, che la truffa in una gara sportiva poteva sussistere solo quando, congiuntamente: la gara fosse stata artificiosamente alterata; in conseguenza dell'alterazione fosse derivato un danno patrimoniale a taluno; il danneggiato avesse compiuto l'atto di disposizione patrimoniale, fonte di ingiusto profitto e di ingiusto danno, perché indotto in errore dalla c.d. frode sportiva⁸.

Ebbene se in alcuni casi il nesso eziologico appare chiaro – come, ad esempio, nell'ipotesi di due soli concorrenti, uno dei quali commetta la frode in un momento decisivo della competizione – nella generalità dei casi è arduo, se non impossibile, stabilire con certezza se la frode influito sull'esito della gara⁹. Pertanto quando invece sul risultato della gara influiscono altri fattori diversi dai comportamenti fraudolenti, per ravvisare la sussistenza del reato previsto dall'art. 640 c.p. è necessario offrire la prova che l'esito della gara sia stato determinato dalla frode¹⁰. Ed è proprio per sopperire alla sostanziale carenza di strumenti

⁶ Si veda Cass., sez. II, 4 novembre 2015, n. 44475 in un caso di manomissione fraudolenta del tagliando del “gratta e vinci” da parte del titolare di una ricevitoria.

⁷ Si riporta il testo della norma: “*Chiunque offre o promette denaro o altra utilità o vantaggio a taluno dei partecipanti ad una competizione sportiva organizzata dalle federazioni riconosciute dal Comitato olimpico nazionale italiano (CONI), dall'Unione italiana per l'incremento delle razze equine (UNIRE) o da altri enti sportivi riconosciuti dallo Stato e dalle associazioni ad essi aderenti, al fine di raggiungere un risultato diverso da quello conseguente al corretto e leale svolgimento della competizione, ovvero compie altri atti fraudolenti volti al medesimo scopo, è punito con la reclusione da due a sei anni e con la multa da euro 1.000 a euro 4.000.*

Le stesse pene si applicano al partecipante alla competizione che accetta il denaro o altra utilità o vantaggio, o ne accoglie la promessa. Se il risultato della competizione è influente ai fini dello svolgimento di concorsi pronostici e scommesse regolarmente esercitati, per i fatti di cui ai commi 1 e 2, la pena della reclusione è aumentata fino alla metà e si applica la multa da euro 10.000 a euro 100.000.

⁸ P. NUVOLONE, *L'illecito sportivo nella prospettiva dell'art. 640 c.p.*, in *L'Indice Penale*, 1981, 27-28.

⁹ T. PADOVANI, *Commento all'art. 1 della L. 13/12/1989, n. 401*, in *Legislazione Penale*, X, 1990, 92.

¹⁰ P. NUVOLONE, *L'illecito sportivo*, cit. 29, ove l'illustre Autore osserva che mentre in taluni tipi di gare, come ad esempio quelle ippiche,

sanzionatori in questo specifico settore che è stata emanata la disciplina normativa della L. 13 dicembre 1989, n. 401¹¹.

Ancora due brevi considerazioni sul punto.

La prima concerne la struttura della fattispecie di frode sportiva. Si tratta di un delitto caratterizzato dalla condotta di corruzione o di impiego di atti fraudolenti e dal dolo specifico di raggiungere un risultato diverso da quello conseguente al corretto e leale svolgimento della competizione. Inoltre prevede una pena più grave quando il risultato della competizione influisce su concorsi pronostici e scommesse regolarmente esercitati. Quindi il legislatore ha inteso apprestare una difesa nei confronti di condotte che ledono il dovere di correttezza, così da tutelare il risultato della competizione ed il rispetto dell'alea correlata ad ogni manifestazione sportiva, e lo ha fatto attraverso un reato che non richiede – a differenza della truffa *ex art. 640 c.p.* – l'accertamento della diretta incidenza della frode sul risultato del gioco, ma solo il dolo specifico di aver agito per alterare il corretto svolgimento della gara, così anticipando la soglia di punibilità¹².

La seconda è che mentre presupposto della frode sportiva è che uno o più atleti sono parte attiva della frode, adoperandosi concretamente per alterare l'esito della gara, e che quindi almeno in parte (in modo decisivo o meno, non rileva) la loro condotta truffaldina incide sullo svolgimento della manifestazione, nel caso all'attenzione dei giudici livornesi gli artifici o i raggiri sono serviti agli imputati solo per partecipare all'estrazione. Si vuol cioè sostenere che nella specie non solo non vi è rapporto causale tra condotta e gli eventi del reato, ma addirittura rispetto alle ipotesi di frode sportiva – dove pure, per quanto detto, non è applicabile il reato di truffa – non è proprio possibile influenzare lo svolgimento del concorso.

5. L'ingiustizia della condotta e l'ingiustizia del profitto.

Venendo alla seconda delle tre questioni prospettate, si riportano le parole della sentenza: *“È stata posta in dubbio anche l'ingiustizia del profitto, ma non si vede come sia possibile negare che l'intero aggio corrispondente a giocare non accompagnate dal versamento della somma ed il pagamento, eventuale, del premio, siano contra ius”*. L'ingiustizia del profitto e del danno sarebbero, insomma, il prodotto necessario della condotta.

A tali affermazioni si può muovere un duplice ordine di critiche.

In primo luogo circa i rapporti tra il profitto ed il fatto: è noto infatti che l'ingiustizia del profitto non va identificata con l'ingiustizia del fatto offensivo, trattandosi di due distinti

può risultare relativamente agevole dimostrare che l'esito è stato falsato, bastando l'accordo con un solo fantino, in altri tipi di competizioni (come una partita di calcio) può essere più difficile, atteso che l'azione di uno o di alcuni giocatori "corrotti" non necessariamente è in grado di alterare il risultato finale che comunque dipende dal comportamento dei ventidue in campo e degli eventuali subentranti.

¹¹ Cass., sez. II, 29 marzo 2007, n. 21324.

¹² T. PADOVANI, *Commento all'art. 1 della L. 13/12/1989, n. 401*, cit., 92. L'Autore esclude peraltro che il reato in questione abbia come oggetto giuridico il patrimonio.

requisiti entrambi necessari per l'esistenza del delitto patrimoniale¹³. Ma se il profitto è ingiusto solo quando non si fonda in alcun modo su una pretesa tutelata dall'ordinamento, pare molto dubbio che nel caso di specie lo sia. Infatti *contra ius* potrà essere, al più, lo stratagemma ideato, ma non anche la vincita che si fonda sulla pretesa – giusta – di vedersi riconosciuto un premio per aver indovinato i numeri vincenti, a prescindere dalla ultronea considerazione di non aver coperto la puntata.

In secondo luogo valgono qui *mutatis mutandis* gli argomenti spesi a proposito della carenza del nesso causale. Infatti il profitto ed il danno costituiscono, assieme all'atto dispositivo, gli eventi tipici della truffa. Il profitto, peraltro, nei reati con la cooperazione della vittima non può derivare come indiretta conseguenza del reato¹⁴, ma si deve porre al termine della concatenazione causale come derivato dell'atto di spoliazione patrimoniale causato, a sua volta, dallo stato di errore prodotto dalla condotta ingannatoria. Invece nel nostro caso il "profitto" non è assolutamente in correlazione con la condotta ingannatoria: di nuovo, infatti, va sottolineato che l'essersi fraudolentemente messi nelle condizioni di giocare al "10 e Lotto" senza aver pagato la puntata non ha alcuna incidenza causale sul premio che viene assegnato, invece, per il solo fatto di aver azzeccato i numeri giusti.

6. L'aumento delle probabilità di vincere attraverso il gioco allo scoperto e la sua eventuale rilevanza ai fini del delitto di truffa.

Resta da valutare l'ultimo punto, ossia se l'aumento delle probabilità di vincere con il gioco allo scoperto abbia una qualche rilevanza ai fini del delitto di truffa. Per meglio inquadrare la questione conviene considerare separatamente i due versanti del problema, ossia, da un lato il rapporto tra il truffatore e gli altri giocatori onesti, dall'altro il rapporto tra il truffatore ed il "banco", cioè lo Stato.

Principiando con il primo, va detto che il regolamento del "10 e Lotto" non prevede una divisione del montepremi in caso di più schedine vincenti. A differenza di altri concorsi, la cifra vinta dal giocatore onesto a questo gioco dipende solo dal *quantum* da lui puntato e non dall'eventuale contemporanea vincita di altri, per cui per lui è del tutto indifferente che qualcun altro abbia vinto grazie al gioco allo scoperto.

Inoltre, ove anche così non fosse, il terzo resterebbe comunque estraneo allo schema del delitto di truffa perché soggetto passivo di questo reato è la persona che per effetto della condotta compie l'atto dispositivo o comunque la persona il cui patrimonio viene pregiudicato per effetto dell'atto di spoliazione patrimoniale causato dall'inganno. Si tratta di reato offensivo sia della libertà di autodeterminazione della vittima, sia dell'interesse

¹³ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 44-45.

¹⁴ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 43.

patrimoniale, ma solo della vittima – di cui tutela, in definitiva, l'effettiva autonomia dispositiva – non certo di altri soggetti. Per questo è da escludere che il legislatore abbia voluto predisporre una tutela di tipo pubblicistico al fine di conservare l'ordine giuridico generale¹⁵.

Nella specie, quindi, il giocatore terzo non è destinatario della condotta fraudolenta, né viene tratto in inganno circa la correttezza dell'estrazione e neppure compie un atto dispositivo del proprio patrimonio causalmente provocato dall'inganno altrui: paga la giocata e se vince incassa in proporzione alla puntata, mentre resta totalmente estraneo alle vicende degli altri giocatori, onesti o truffatori che siano.

Resta allora da capire se l'aumento delle probabilità di vincere valutato nel rapporto scommettitore/banco possa effettivamente avere rilevanza ai fini del delitto di truffa. Per rispondere al quesito occorre chiedersi quale elemento della fattispecie potrebbe concorrere ad integrare.

Invero, non sembra attenere all'artificio o al raggirio (che infatti la sentenza individua della registrazione della puntata scoperta), né all'induzione in errore (che concerne semmai la parvenza di regolarità della giocata). All'apparenza sembrerebbe collocarsi come anello di congiunzione tra lo stato di errore e l'atto di disposizione patrimoniale, in questi termini: giocando allo scoperto si possono giocare tante schedine senza preoccuparsi di coprire le giocate e nel lungo periodo si hanno perciò molte più probabilità di indovinare i numeri vincenti, ottenendo così una posizione di vantaggio nei confronti del banco che presto o tardi dovrà pagare (atto dispositivo con profitto ingiusto e altrui danno). Se ciò fosse vero il cerchio si chiuderebbe e l'aumento delle probabilità garantito dal gioco allo scoperto diventerebbe l'elemento sul quale fondare il nesso di causalità tra la condotta e gli eventi del reato.

Ma così non sembra. Infatti costituisce principio non giuridico, ma, si direbbe, matematico di qualsiasi gioco, scommessa o lotteria quello per cui più soldi si puntano e più probabilità di vincere si ottengono; ma a fronte di maggiori possibilità di vincere, si vincono, in proporzione, importi più bassi rispetto a quelli che si potrebbero vincere con una puntata più bassa. Se, infatti, per ipotesi si decidesse di investire un euro su tutte le combinazioni possibili di numeri, certamente si vincerebbe l'intero *Jackpot*, ma l'importo sarebbe sempre inferiore alla puntata. In questa prospettiva il giocatore allo scoperto ha le stesse probabilità di vincere (e di vincere gli stessi importi) del giocatore onesto che sborsi (lui effettivamente) la stessa cifra. Ma allora dov'è la convenienza di giocare allo scoperto? Essa non viene tanto dalla vittoria del premio, ma dal risparmio su quanto si sarebbe dovuto corrispondere per la giocata; persino la sentenza lo dice: "*le eventuali vincite vanno a ripianare in parte i mancati versamenti esistenti al momento delle giocate*". D'altra parte

¹⁵ Ciò sarebbe confermato anche dal fatto che la L. n. 689/1981 è intervenuta sul regime di procedibilità, facendo venir meno la procedibilità d'ufficio, v. E. MEZZETTI, *Reati contro il patrimonio*, cit., 380.

quale sarebbe la differenza tra un giocatore facoltoso che vince “onestamente” puntando su determinati numeri e quello che vince la stessa cifra puntando sugli stessi numeri, ma senza aver pagato la giocata? È evidente: che il primo intasca una cifra complessivamente più bassa, dovendosi sottrarre i soldi della puntata a quelli della vincita, mentre il secondo incassa la cifra netta. Ma la condotta di gioco è la stessa, cioè non vi è una diversa incidenza della “condotta” del secondo sul procedimento che porta alla liquidazione del premio.

7. Conclusioni.

Alla luce di quanto detto sinora, di contrario avviso rispetto alla sentenza in commento, si può concludere che il gioco allo scoperto nelle lotterie non possa integrare di per sé il delitto di truffa ai danni dei Monopoli, non potendo a ciò bastare la mera falsificazione dell'avvenuto incasso della puntata caratterizzante il gioco allo scoperto. La truffa infatti richiede l'accertamento della falsificazione del risultato dell'estrazione, ossia che lo Stato abbia subito un danno ingiusto con altrui profitto per aver pagato una vincita non soggetto all'alea del gioco, ma causalmente determinata dagli artifici e raggiri posti in essere dall'agente. Nel mero gioco allo scoperto non si ha, invece, alcuna falsificazione del risultato del concorso, né alcuna possibilità materiale di farlo.

Inoltre non si può attribuire alcun rilievo causale al presunto aumento delle possibilità di vittoria dato dall'impiego virtuale di notevoli risorse economiche. E ciò perché si tratta della naturale conseguenza dell'impegno di maggiori risorse nel gioco, al quale corrispondono sia il rischio di perdere di più, sia l'aspettativa di un premio più basso rispetto a chi impegna minori risorse, ma nessuna possibilità di influenzare il procedimento di estrazione dei numeri vincenti.

In definitiva il gioco allo scoperto non configura il reato di truffa in relazione ai soldi delle vincite, ma dà luogo solo ad un inadempimento di natura civilistica che riguarda, sia nel caso di estrazione vincente, sia nel caso di estrazione non fortunata, il denaro non effettivamente sborsato per le puntate.

MATTEO PICCIRILLO

Cass. Pen., sez. V, 8 febbraio 2017, (dep. 22 marzo 2017), n. 13910, pres. Fumo – rel. Di Marzo

Bancarotta prefallimentare - Ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento

Nei reati di bancarotta pre-fallimentare la sentenza dichiarativa è condizione obiettiva di punibilità; conseguentemente, il momento consumativo – anche ai fini della competenza territoriale e del decorso della prescrizione – rimane fissato nel momento e nel luogo ove tale condizione si verifica.

Dalle
Corti

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

Maccaroni stare decisis? Il ruolo del fallimento tra elemento essenziale, evento e condizione obiettiva

1. Cenni introduttivi.

L'eterna disquisizione circa il ruolo da assegnare al fallimento nell'economia delle fattispecie di bancarotta sta trovando nuova linfa in una recente notizia di decisione della Suprema Corte, della quale, al momento in cui si scrive, non si conoscono le motivazioni ma che è già stata ampiamente pubblicizzata come uno storico *revirement* della Cassazione. In particolare, nell'informazione provvisoria n. 3/2017 è dato leggere che la V Sezione ha stabilito che *“la sentenza dichiarativa di fallimento costituisce condizione obiettiva di punibilità. Ciò, peraltro, comporta la conseguenza che il termine di prescrizione decorre, ai sensi dell'art. 158 c.p., dalla data della predetta sentenza e che la competenza territoriale appartiene al giudice del luogo nel quale si verifica tale condizione”*.

Nell'attesa di leggere la parte motiva della pronuncia, pare opportuno svolgere una rassegna degli argomenti che si sono avvicendati nel tempo sul tema della qualificazione penalistica della sentenza dichiarativa di fallimento, evidenziandone le relative caratteristiche e la genesi, nonché mettendo in luce come quest'ultimo precedente sia il prodotto di uno sviluppo le cui cellule embrionali erano forse già individuabili nella più recente produzione giurisprudenziale.

Primo necessario contraltare, da cui prendere le mosse, sarà pertanto l'orientamento tradizionale della V Sezione, il quale com'è noto affonda le sue radici nel “particolarismo fallimentare”: occorrerà metterne in luce il percorso argomentativo per comprendere le insoddisfazioni, concettuali e pratiche, derivanti dal monolitico ossequio di cui è oggetto. In un secondo momento, invece, ci si occuperà delle sentenze più importanti che si sono discostate, esplicitamente o meno, dalla totale svalutazione dei profili di soggettività e offensività del fatto di bancarotta patrimoniale, lumeggiandone tratti comuni e intenti consimili pur nelle profonde diversità di premessa e di esito teorico-pratico.

2. La tesi tradizionale e i dubbi di costituzionalità.

Com'è noto, la Suprema Corte ha un consolidato orientamento che consacra opzioni interpretative del tutto eterogenee rispetto alla recente decisione dalla quale si originano queste brevi riflessioni. È noto, infatti, che la giurisprudenza di legittimità è tetragona nel qualificare le fattispecie di bancarotta quali reati di pericolo, coadiuvate da un non meglio identificato elemento essenziale, o “di esistenza”, del reato¹ (ovvero “*elemento al cui concorso è collegata l'esistenza del reato*” o “*elemento normativo interno alla fattispecie*”²; o “*elemento indispensabile per attribuire la qualifica di reati a condotte altrimenti lecite o penalmente indifferenti*”³; ovvero ancora “*elemento costitutivo del reato in senso improprio*”⁴).

La non solo apparente equivocità delle formule stilistiche si sposa nondimeno ad un contenuto concettuale identico a se stesso, che ha storicamente condotto ad affermare che “*i reati previsti dalla legge fallimentare, siccome connessi con la struttura del fallimento, sono sottratti alla disciplina comune del codice penale e sono regolati dalla legge fallimentare sia per quanto riguarda l'identificazione degli elementi costitutivi dei reati, sotto il profilo oggettivo e soggettivo, sia per quanto riguarda le circostanze aggravanti ed attenuanti*”⁵. Più che evidente, in proposito, il contrasto con l'art. 16 c.p., sul quale non occorre neanche soffermarsi.

Volendo sintetizzare i termini della posizione in esame, conviene riprendere testualmente le parole delle Sezioni Unite, secondo cui “*la dichiarazione di fallimento, pur costituendo un elemento imprescindibile per la punibilità dei reati di bancarotta, si differenzia concettualmente dalle condizioni obiettive di punibilità vere e proprie, perché, mentre queste presuppongono un reato già strutturalmente perfetto, sotto l'aspetto oggettivo e soggettivo, essa, invece, costituisce, addirittura, una condizione di esistenza del reato o, per meglio dire, un elemento al cui concorso è collegata la esistenza del reato, relativamente*

¹ Cfr. Cass. pen., SS.UU., 25 gennaio 1958, n. 2, in *Giust. pen.*, II, 1958, 513 ss.

² Cass. pen., SS.UU., 26 febbraio 2009, n. 24468, in *Cass. pen.*, 2010, 1619 ss.

³ Cass. pen., Sez. V, 15 dicembre 1988, n. 2234, in *Cass. pen.*, 1990, 1165 ss.

⁴ Cass. pen., Sez. V, 7 maggio 2014, n. 32031, in *Cass. pen.*, 2015, 3727 ss., con nota di PANTANELLA, *La Corte di Cassazione e la damnatio memoriae della “sentenza Corvetta” in tema di bancarotta fraudolenta propria e nesso di causalità*, *ivi*.

⁵ Cass. pen., Sez. V, 26 febbraio 1986, n. 5637, in *CED*, *rv.* 173143; gli accennati “particolarismi” del diritto penale fallimentare, lungi dall'indurre il Giudice delle Leggi ad intervenire, sono stati ratificati, pur implicitamente, in un risalente giudizio costituzionale. In proposito cfr. Corte Cost., 20 giugno 1972, n. 110, in *Giust. pen.*, 1972, I, 459 ss: “*A proposito dell'ipotesi criminosa dell'art. 217, comma secondo, e giusta l'interpretazione che ne dà la Corte di cassazione, il legislatore ha ritenuto che il semplice comportamento dell'imprenditore commerciale [...] non metta in pericolo il bene che con quella ipotesi ha inteso tutelare; ed ha invece ravvisato come attuale, codesta messa in pericolo solo se e all'atto in cui l'imprenditore commerciale venga dichiarato fallito. L'attività dell'imprenditore commerciale, per gli interessi che tocca o su cui incide, è fonte per lo stesso suo autore di responsabilità, collegata al rischio dell'impresa. Ed in relazione ad essa, appare quindi razionale che solo alcuni dei comportamenti che quella attività integrano, siano penalmente riprovati e che lo siano se ed in quanto si presentino con una certa gravità. Il legislatore avrebbe potuto considerare la dichiarazione di fallimento tra l'altro come semplice condizione di procedibilità o di punibilità, ma ha invece voluto – come è riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte di cassazione – richiedere l'emissione della sentenza per l'esistenza stessa del reato. E ciò perché, intervenendo la sentenza dichiarativa del fallimento, la messa in pericolo di lesione del bene protetto si presenta come effettiva ed attuale*”. Inoltre cfr. Corte Cost., 27 luglio 1982, n. 145, in *Giur. cost.*, 1982, 1272, e Corte Cost., 27 luglio 1982, n. 146, in *Giur. cost.*, 1982, 1277, nelle quali è dato leggere che il fallimento è elemento costitutivo del delitto di bancarotta semplice.

*a quei fatti commissivi od omissivi anteriori alla sua pronunzia, e ciò in quanto attiene così strettamente alla integrazione giuridica della fattispecie penale, da qualificare i fatti medesimi, i quali, fuori del fallimento, sarebbero, come fatti di bancarotta, penalmente irrilevanti*⁶.

Niente si potrebbe obiettare – in punto di coerenza, e al netto della fondatezza degli argomenti riportati – laddove a simili considerazioni facesse seguito una pari valorizzazione dell'elemento soggettivo dei delitti in esame, tale da abbracciare proprio quell'elemento che si ritiene caratterizzante e “specializzante” le fattispecie di bancarotta patrimoniale. Tuttavia, la nota peculiarità di tale indirizzo sta proprio nel sottrarre l'“elemento costitutivo” alle regole dell'imputazione oggettivo-soggettiva delineate dagli artt. 40, 41, 42, 43 e 44 c.p. e imposte dall'art. 27 Cost.: in particolare, da un lato, non si ritiene necessaria la sussistenza del nesso eziologico tra la condotta ed il fallimento; dall'altro, il fallimento è pacificamente escluso dall'oggetto del dolo⁷.

La *ratio* dell'orientamento suindicato è chiaramente individuabile in esigenze di marca processuale, oltre che nella semplificazione-formalizzazione del tipo criminoso associato ai fatti di bancarotta.

In effetti, ritenere la dichiarazione di fallimento una mera condizione obiettiva di punibilità escluderebbe ugualmente l'imputazione soggettiva e il nesso di causa, ma imporrebbe l'individuazione del luogo della consumazione in quello della realizzazione dell'azione, non necessariamente coincidente con quello della sede dell'impresa e quindi del Tribunale competente ad emettere la sentenza dichiarativa⁸. Val la pena di ribadire, poi,

⁶ Cfr. ancora Cass. pen., SS.UU., 25 gennaio 1958, n. 2, cit., 513 ss.

⁷ In tema val la pena di ricordare le parole di NUVOLONE, *Problemi legislativi e giurisprudenziali in tema di bancarotta*, in ID., *Il diritto penale degli anni settanta*, Padova 1982, 291, secondo il quale non vi sarebbe modo di spiegare “*come mai un fatto futuro e incerto, estraneo alla condotta, in linea oggettiva e in linea soggettiva, possa considerarsi elemento costitutivo del reato*”. Ancora, FLORA, *Verso una “nuova stagione” del diritto penale fallimentare?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2012, 896, rileva che si tratterebbe di “*un requisito anomalo che non trova riscontro nella teoria del reato, ma serve alla giurisprudenza soprattutto ai fini di individuare più che il tempus (utile a fini prescrizionali) il locus commissi delicti*”. Infine, DONINI, *Per uno statuto costituzionale dei reati fallimentari. Le vie d'uscita da una condizione di perenne “specialità”*, in *Jus*, 2011, 54, il quale richiama l'attenzione sulla “*insanabile contraddizione etica*” della posizione descritta, accedendo alla quale si può affermare che “*si possa restare impuniti per anni per fatti che, se poi invece segue un evento non imputabile – perché non imputiamo l'evento –, comportano pene di grande rilevanza, come quelle previste per la bancarotta dolosa*”. C'è una discrasia tra il disvalore di azione tipizzato e l'evento, *che non viene imputato ma che serve per applicare la sanzione a fatti che possono avere un nesso di rischio con questo evento. [...] La cultura dominante ha sempre cercato di superare questa contraddizione, sostenendo che il comportamento dell'imprenditore, in realtà, è sì sanzionato solo a fallimento avvenuto, ma di fatto la sua condotta era già pressoché un reato anche prima; se il fallimento è una condizione di punibilità, si dice, il fatto era già reato e di qui la qualificazione del fallimento come condizione obiettiva di punibilità (anche se la giurisprudenza non segue nominalmente questa qualificazione). Però la contraddizione segnalata rimane palese, perché mentre prima del fallimento tutto è possibile, dato che il ritorno in bonis prima di un crack santifica ogni distrazione, ogni dissipazione, ogni occultamento, ogni pagamento preferenziale, ogni preconstituzione fraudolenta di titoli di prelazione, poi solo il tracollo rende definitivamente, ma in realtà soltanto in quello specifico momento, punibili quei comportamenti pregressi*”.

⁸ Su tutti, FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento nei reati fallimentari*, in BORSARI (a cura di), *Crisi dell'impresa, procedure concorsuali e diritto penale dell'insolvenza. Aspetti problematici*, Padova 2015, 328, il quale ulteriormente osserva che “*la giurisprudenza compie un'operazione di politica criminale giudiziaria e ad un tempo di ‘semplificazione’ organizzativa processuale di rara intelligenza. Peccato che ne venga sacrificato un principio costituzionale portante del sistema penale, come quello di personalità della responsabilità penale ed anche [...] un principio cardine più generale dell'ordinamento, come quello di uguaglianza. Senza contare che, comunque, ‘i conti non tornano’: come s'è appena accennato, infatti, se si può convenire che un requisito del reato di-*

che la tesi del delitto condizionato non consentirebbe – come invece costantemente accade – l’impiego dei reati fallimentari quali succedaneo di una generale *untreue* societaria⁹, posta non tanto a presidio non del patrimonio dei creditori, quanto della stessa “fedeltà” degli amministratori all’ente governato.

Al netto degli effetti “indiretti” (processuali e/o di politica criminale), è in ogni caso manifesta la chiara scelta per la minimizzazione del ruolo dell’offesa, posto anche il fatto che la bancarotta patrimoniale è pacificamente un reato a dolo generico: eliminata – o comunque non richiesta – dal fatto tipico, essa non è neanche recuperabile sfruttando allo scopo il fine del dolo specifico (che al contrario ricorre in relazione all’ipotesi dell’esposizione di passività inesistenti).

Ancora. Sulla qualità del pericolo necessario per l’integrazione dei fatti di bancarotta (e segnatamente di bancarotta patrimoniale pre-fallimentare), la giurisprudenza si è storicamente assestata sulla tesi, per quanto non sempre del tutto esplicitata, del pericolo presunto¹⁰: spostando il *focus* della lesività dalla condotta al fallimento in quanto tale, si è infatti avuto buon gioco a sostenere l’irrelevanza della situazione economico-patrimoniale dell’impresa al momento del fatto, a nulla valendo che le condotte potessero essere ritenute pericolose *ex ante*, ed essendo al contrario centrale una valutazione *ex post*, che retrocede senza ostacoli sino ai momenti in cui il dissesto non era (né previsto, né tantomeno) prevedibile¹¹.

Così, si realizza una triplice presunzione, tesa a sanare tutti i deficit ascrittivi e descrittivi: in tema di nesso di causa¹², di colpa, di lesività¹³.

verso dall’evento, diremmo ‘per definizione’, non debba essere avvinto da nesso causale con la condotta, non si può davvero accettare che esso rimanga fuori dall’oggetto del dolo”. Sul punto, peraltro, la notizia di decisione offrirà notevoli spunti, essendo chiaramente stabilito che la competenza appartiene al giudice del luogo ove è dichiarato il fallimento.

⁹ In questi termini DE SIMONE, *Sentenza dichiarativa di fallimento, condizioni obiettive di punibilità e nullum crimen sine culpa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 1161 ss.

¹⁰ Osserva lucidamente PISANI, *Attualità dell’offesa e “zona di rischio penale” nei reati di bancarotta fraudolenta patrimoniale*, in Id. (a cura di), *Diritto penale fallimentare. Problemi attuali*, Torino, 2010, 9, che “prende così corpo un disvalore di condotta che rende i fatti di bancarotta patrimoniale in se stessi meritevoli di pena, a prescindere dalla circostanza che le condotte distrattive, depauperative, etc., si colleghino ad una situazione patrimoniale compromessa. Concepite in chiave di pericolo presunto, le fattispecie di bancarotta patrimoniale si trasformano in un potentissimo e temibilissimo strumento di controllo giudiziario sulla gestione delle risorse dell’impresa”.

¹¹ Per un esempio chiaro della giurisprudenza cui si fa riferimento, cfr. per tutte Cass. pen., Sez. V, 22 ottobre 2008, n. 39546, in *Il fall.*, 2009, 313 ss.: “[...] i fatti di distrazione, una volta intervenuta la dichiarazione di fallimento, assumono rilevanza penale in qualunque tempo essi siano stati commessi, e quindi anche se la condotta si è realizzata quando ancora l’impresa non versava in condizioni di insolvenza. Tutte le ipotesi alternative previste dalla norma di realizzano mediante condotte che determinano una diminuzione del patrimonio, diminuzione pregiudizievole per i creditori: per nessuna di queste ipotesi la legge richiede il nesso causale o psicico tra la condotta dell’autore e il dissesto dell’impresa, sicché né la previsione dell’insolvenza come effetto necessario, possibile, probabile dell’atto dispositivo, né la percezione della sua esistenza nel momento del compimento dell’atto possono essere condizioni essenziali ai fini dell’antigiuridicità penale della condotta”.

¹² Con la quale presunzione, riprendendo gli insuperabili argomenti di PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 900 ss., l’illegittimità delle fattispecie di bancarotta emergerebbe già avendo riguardo ad un significato minimo dell’art. 27 Cost., poiché, non essendo richiesto alcun legame causale tra condotta e fallimento, all’imprenditore potrebbe venire addossata una responsabilità per fatto non proprio.

¹³ In questi termini ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta? Vecchi quesiti e nuove risposte (o magari viceversa), alla luce della giurisprudenza di legittimità sul ruolo del fallimento nella bancarotta fraudolenta prefallimentare*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*,

3. La rivalutazione dell'offesa: l'idoneità lesiva e la bancarotta "riparata".

V'è da dire, tuttavia, che si è progressivamente assistito ad uno sviluppo *in melius* della giurisprudenza di legittimità, la quale – riprendendo talune delle argomentazioni di Pedrazzi – ha cominciato a esplicitare la necessità che le condotte siano intrinsecamente idonee a porre in pericolo l'interesse creditorio *ex art. 2740 c.c.*, ovvero sia che sia presente un'offesa della quale il soggetto attivo possa dirsi cosciente.

Le suggestioni teoriche dalle quali muovono, consapevolmente o meno, le sentenze di cui si dirà appresso si centrano sul fatto che la punibilità sarebbe posticipata per mere ragioni di opportunità e su di una lettura dell'enunciato normativo illuminata dal costante riferimento al bene giuridico, quale lente capace di selezionare efficacemente le condotte penalmente rilevanti¹⁴.

Tre sarebbero le ragioni di fondo a sostegno della tesi in esame.

In primo luogo, assumerebbe rilievo centrale la misura della pena, associata ad una dimensione economico-imprenditoriale sempre più soggetta a violenti e frequenti squilibri, che di per sé imporrebbe oculatezza nelle attribuzioni di responsabilità.

In secondo luogo, occorrerebbe tener presente il bilanciamento degli interessi in gioco: la tutela del patrimonio del fallito in funzione di garanzia per il ceto creditorio, infatti, postula e richiede una spinta uguale e contraria verso la compressione del diritto di proprietà e di impresa, costituzionalmente tutelati (artt. 41 e 42 Cost.), a fronte di un interesse, anch'esso, di natura privatistico-patrimoniale¹⁵.

In terzo luogo, riconosciuta pari dignità costituzionale alla libertà di iniziativa economica (e dunque affermata la piena legittimazione del rischio d'impresa), non sarebbe possibile concepire una tutela incapace di modulazione rispetto al dinamismo patrimoniale della stessa, che deve essere lasciata libera di operare sul mercato con la piena disponibilità dei suoi averi. In effetti, ritenere il contrario sarebbe singolare, considerato anche il fatto che la tutela civilistica (ed in particolare le azioni previste dagli artt. 2900 ss. c.c.) pacificamente richiede che il creditore abbia il fondato sospetto che il patrimonio del debitore

2014, 123 e 125.

¹⁴ Cfr. PEDRAZZI, Sub art. 216, in PEDRAZZI - 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, 12: "Solo in apparenza il linguaggio delle norme è puramente descrittivo. Termini come 'distrazione' o 'dissipazione' sono impregnati da una connotazione negativa che solo una tangibile incidenza sul bene tutelato può riempire di contenuto: intese come modelli astratti di condotta, la distrazione e la dissipazione si sottrarrebbero ad una soddisfacente determinazione. D'altra parte l'occultamento e la dissimulazione sottintendono un interlocutore concreto (a chi?) reperibile solo nell'orbita dell'oggettività giuridica. La stessa 'distruzione' non può esaurirsi in termini di pura materialità: nessuno penserebbe di punire l'imprenditore che 'distrugga' attrezzi divenuti inservibili o scarti di lavorazione; solo l'interesse tutelato può fornire l'indispensabile parametro valutativo".

¹⁵ Diversi sono i casi, a mero titolo di esempio, dell'art. 423, comma 2, c.p. e dell'art. 499 c.p., laddove il diritto di proprietà viene sì compresso, ma nel bilanciamento con interessi sovra-individuali di rilevante portata (rispettivamente, l'incolumità e l'economia pubblica).

sia incapiente. In breve, la garanzia non potrebbe estendersi al di là della sua funzione: l'obbligo di conservazione dovrebbe essere circoscritto ai valori attivi necessari alla soddisfazione delle obbligazioni, secondo la scadenza di ciascuna di esse¹⁶; in questo senso, gli atti dispositivi esulanti dalla garanzia summenzionata non sarebbero leciti in quanto espressione di un diritto scriminante, bensì in ragione di un limite di tipicità della fattispecie, la quale non potrebbe pertanto annoverarsi tra i reati di pericolo presunto, bensì tra i reati di pericolo concreto¹⁷.

In conclusione, la dichiarazione di fallimento non sarebbe posta *“a carico dell'agente [...] ancorché al suo verificarsi maturino taluni parametri di qualificazione del fatto in senso stretto”*¹⁸: in quanto condizione estrinseca, essa sarebbe immune da censure di costituzionalità. Al contrario, il criterio selettivo della punibilità sarebbe appunto la concreta offensività del fatto rispetto alle ragioni dei creditori, il cui accertamento andrebbe rapportato al momento della condotta, disconnettendolo dal momento dell'intervento della declaratoria civile.

Ecco che, anche in giurisprudenza, si è talora affermato che il disvalore del fatto non può e non deve ridursi al semplice fallimento (la cui funzione è solamente quella di rendere attuale e meritevole di pena l'offesa), ritenendosi altresì necessario il profilo rappresentativo dell'idoneità lesiva della condotta¹⁹; ancora, si è implicitamente richiesta la rappresentazione che, a seguito della condotta, possa derivare un danno alle ragioni patrimoniali dei creditori, alla cui tutela si pone il sistema di tutela delineato dagli artt. 216 ss. l.f.²⁰. A ben vedere, pertanto, si è via via affermato un orientamento, che, pur con equivoche ricadute teorico-sistematiche, ha cominciato a non ritenere più sufficiente la mera consapevolezza dell'atto distrattivo, richiedendo anche la rappresentazione degli effetti dannosi per la classe dei creditori: così delineandosi quantomeno la concretezza del pericolo, ovvero – sotto la lente della celebre sentenza “Corvetta”²¹, sulla quale si tornerà in seguito – la vivificazione implicita della procedura concorsuale in evento (di pericolo) del delitto²².

In una prospettiva simile, ancora, si colloca l'insieme delle pronunce che si è confrontato con il tema della c.d. “bancarotta riparata”: si tratta di tutti quei casi nei quali l'ammancio economico prodotto con la condotta criminale sia stato oggetto di completo ripristino prima del dissesto, o comunque prima della declaratoria civile²³. Questo fascio

¹⁶ Così PEDRAZZI, Sub art. 216, cit., 14; CONTI, *I reati fallimentari*, in ID., *Diritto penale commerciale*, Torino, 1991, 88 ss.; LANZI, *Le responsabilità penali nelle procedure concorsuali: legislazione attuale e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 494 ss.

¹⁷ CONTI, *I reati fallimentari*, cit., 94.

¹⁸ PEDRAZZI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 916.

¹⁹ In particolare cfr. Cass. pen., Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, in *Dir. pen. cont.*, 13 maggio 2015.

²⁰ Per un esempio, cfr. Cass. pen., Sez. V, 24 marzo 2010, n. 16579, in *CED*, *rv.* 246879.

²¹ Cass. pen., Sez. V, 24 settembre 2012, n. 47502, in *Cass. pen.*, 2013, 1429 ss.

²² Così, in particolare, Cass. pen., Sez. V, 24 marzo 2010, n. 16579, in *CED*, *rv.* 246879; Cass. pen., Sez. V, 25 febbraio 1997, n. 14905, in *CED*, *rv.* 137341; Cass. pen., Sez. V, 10 maggio 1983, n. 7178, in *CED*, *rv.* 160107; Cass. pen., Sez. V, 13 marzo 1980, n. 5919, in *CED*, *rv.* 145258.

²³ In questi termini, Cass. pen., Sez. V, 26 settembre 1990, n. 15850, in *CED*, *rv.* 185892; Cass. pen., Sez. V, 26 gennaio 2006, n. 7212, in *CED*, *rv.* 233604; Cass. pen., Sez. V, 22 novembre 2006, n. 523, in *CED*, *rv.* 235694; Cass. pen., Sez. V, 19 dicembre 2006, n. 3622,

di pronunce afferma decisamente l'irrilevanza penale della condotta qualora la riparazione intervenga “*prima della soglia cronologica costituita dall'apertura della procedura, quantomeno, prima dell'insorgenza della situazione di dissesto produttiva del fallimento*”, dovendo sussistere la lesività della condotta “*al momento della dichiarazione giudiziale di fallimento [...] non già al momento della commissione dell'atto antidoveroso*”²⁴.

Come si è detto, simili – e condivisibili – prospettive ermeneutiche non hanno sinora portato con loro una pari evoluzione nell'interpretazione globale delle fattispecie incriminatrici, con asserzioni talora stridenti e concettualmente incompatibili. Difatti, posporre la valutazione del “danno” al momento della dichiarazione di fallimento – che, peraltro, è spesso cronologicamente lontana nel tempo – equivale a fissare il termine di valutazione del pericolo ad un momento che vede la lesione concreta del bene giuridico, ovvero la completa inoffensività, in ragione delle restituzioni effettuate.

Vi sarebbe, dunque, un disvalore a emersione posticipata, che avrebbe la funzione di illuminare – ora per allora – i fatti commessi dall'imprenditore, insindacabili in assenza della declaratoria fallimentare²⁵. Il che vale quanto dire che la bancarotta (almeno nel caso della “riparazione”) costituisce un reato di danno e non già un reato di pericolo, mediante un giudizio *ex post* che si riesce a concepire attraverso la classificazione del fallimento quale elemento “di esistenza”²⁶.

Com'è evidente, ciò che non risulta chiaro è quale sia, al fondo, l'opzione giurisprudenziale, ovverosia se si possa dir superato, almeno nei fatti, l'orientamento tradizionale.

Naturalmente, accedendo alla tesi del delitto di evento (di pericolo), il giudizio sull'offensività dovrebbe posticiparsi al momento in cui sussiste l'evento pericoloso dello squilibrio fra attività e passività, con la conseguenza che, se durante predetta fase della vita dell'impresa dovesse intervenire una riparazione annullatrice del disavanzo, non si dovrebbe ritenere che il bene giuridico abbia corso un pericolo (concreto) imputabile in ragione del fatto di bancarotta.

Diversamente, si dovrebbe concludere nel senso dell'inefficacia delle condotte restitutorie sull'integrazione del reato di bancarotta, essendo il giudizio sull'offesa da collocarsi al momento della realizzazione della condotta; con la conseguenza, tutt'altro che trascu-

in *CED*, *rv.* 236051; Cass. pen., Sez. V, 21 settembre 2007, n. 39043, in *CED*, *rv.* 238212; Cass. pen., Sez. V, 3 febbraio 2011, n. 8402, in *CED*, *rv.* 249721; Cass. pen., Sez. V, 23 aprile 2013, n. 28514, in *CED*, *rv.* 255576; Cass. pen., Sez. V, 4 novembre 2014, n. 52077, in *CED*, *rv.* 261347. Per una chiara panoramica cfr. ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 139 ss.; ZAMPANO, *Bancarotta “riparata” e principio di offensività*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 745 ss.; CHIARAVIGLIO, *Danno e pericolo nella bancarotta cd. “riparata”*, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2015.

²⁴ Cass. pen., Sez. V, 22 ottobre 2014, n. 6048, in *Dir. pen. cont.*, 29 maggio 2015.

²⁵ In questo senso, per tutti, D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta e ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento: la Suprema Corte avvia una revisione delle posizioni tradizionali?*, in *Dir. pen. cont. - Riv. Trim.*, 3/2013, 359 ss.

²⁶ È infatti indiscusso insegnamento dottrinale che il pericolo si misura con un giudizio che non può che essere strutturato *ex ante* e collocato contestualmente all'azione posta in essere dall'agente, ovvero alla realizzazione dell'evento di pericolo. Su tutti cfr. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie*, Milano 1994, 195 ss.; PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo fra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990, 367 ss.; CATENACCI, *I reati di pericolo presunto fra diritto e processo penale*, in DOLCINI, PALIERO (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, II, Milano, 2006, 1415 ss.

rabile, che gli effetti della restituzione/riparazione sarebbero estranei alla valutazione del giudice²⁷, e con la consacrazione della natura di pericolo presunto degli illeciti in parola (essendo ben possibile che una valutazione così anticipata finisca con l'obliterare la conoscenza delle reali cause dell'insolvenza fallimentare, che potrebbero anche essere – ed in effetti spesso sono – del tutto distinte dalle conseguenze della condotta del reo)²⁸.

4. *In memoriam* della sentenza Corvetta.

La celeberrima sentenza Corvetta è forse l'esempio del picco assoluto della tensione verso la vivificazione dei contenuti offensivi dell'illecito penal-fallimentare: nell'ottica di una ancor maggiore compenetrazione tra i presupposti del fallimento e i delitti di bancarotta patrimoniale, il fallimento sarebbe da considerare come l'evento del reato²⁹. Due sono le considerazioni dalle quali muove l'argomentazione in esame: da un lato, viene rilevata l'impossibilità di legare il dolo specifico di danno all'ipotesi della bancarotta patrimoniale in senso stretto; dall'altro, viene ribadita la necessaria finalità lesiva concreta della condotta tipizzata³⁰.

Quanto al contenuto degli argomenti dottrinali che hanno indotto la V Sezione alla decisione in parola, in prima battuta si osserva che la condotta dell'art. 216, comma 1, l.f. pare incidere sui presupposti sostanziali della sentenza dichiarativa di fallimento, con un dolo che si rivolge alla creazione, all'aggravamento o alla perpetuazione della situazione di disarticolazione patrimoniale o di incapacità irreversibile dell'impresa di far fronte alle obbligazioni assunte.

In secondo luogo, "attivandosi" le fattispecie solo con la formale dichiarazione di fallimento, si rileva che il danno per la massa si concretizzerebbe a quel dato momento, così inscindibilmente legando il disvalore della fattispecie tipica alla sentenza civile³¹. In particolare, si puntualizza che mentre i presupposti sostanziali del fallimento possono essere considerati quali evento del reato, dall'altro lato – e conseguentemente – una sentenza dichiarativa in qualche modo "necessitata" non può che qualificarsi in termini di condizione obiettiva (sebbene abbia pacificamente natura anche costitutiva, e non già meramente

²⁷ In questo senso, per tutti, CONTI, *I reati fallimentari*, cit., 131 ss.

²⁸ Cfr. PEDRAZZI, Sub art. 216, cit., 24 ss. e 72; NUVOLONE, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 43 ss., secondo cui la situazione di pericolo per il bene protetto deve essere sussistente – e dunque verificata – anche al momento in cui si avvera la condizione obiettiva, con l'esclusione della punibilità delle ipotesi tipiche, ma la cui pericolosità concreta possa ritenersi riassorbita prima della crisi terminale; così, peraltro, limitando l'eventuale infinita regressione temporale che il sistema di tutela potrebbe consentire.

²⁹ ZANCHETTI, *Incostituzionali le fattispecie di bancarotta?*, cit., 143; FLORA, *Verso una "nuova stagione"*, cit., 899; LANZI, *La Cassazione "razionalizza" la tesi del fallimento come evento del reato di bancarotta*, in *Ind. pen.*, 2013, 117 ss.

³⁰ Sul punto PEDRAZZI, Sub art. 216, cit., 16, pur riconoscendo il ruolo esclusivamente condizionante del fallimento, afferma nondimeno che "l'offensività dei reati di bancarotta patrimoniale, normativamente cristallizzata alla fase del pericolo, gravita per definizione sul dissesto: si propone come attitudine vuoi (nelle manifestazioni più gravi) a provocare essa stessa il dissesto, vuoi ad aggravare un dissesto determinato da altri fattori".

³¹ In questi esatti termini FLORA, *Il ruolo della sentenza dichiarativa di fallimento*, cit., 339.

dichiarativa³²); quest'ultima, non concentrando in sé tutta la sostanza del disvalore penale del fatto, non può infatti aspirare ad assurgere al rango di elemento costitutivo del reato.

La tesi dottrinale in parola ha l'indiscusso merito di disvelare le ambiguità insite nella sussunzione del fallimento nella categoria delle condizioni obiettive di punibilità e di rivendicare con vigore l'applicazione del principio di colpevolezza nel sistema penale fallimentare; cosa che, peraltro, sarebbe coerente anche con la ricostruzione giurisprudenziale del fallimento come elemento costitutivo del reato. Nella sentenza Corvetta – notoriamente contraddetta dalla medesima Sezione, dal medesimo Collegio, il medesimo giorno – la tesi in esame è stata sposata anche – e, forse, soprattutto – proprio per eludere le notevoli questioni di legittimità costituzionale avanzate dalle difese, a mezzo di una propria interpretazione costituzionalmente conforme³³.

La motivazione ruota attorno a due fuochi.

Da un lato, la valorizzazione giurisprudenziale della dichiarazione di fallimento quale “elemento di esistenza” del reato necessiterebbe di una pari valorizzazione in punto di causalità e di inclusione della medesima nell'oggetto del dolo, in termini quantomeno di previsione dell'evento dannoso. È infatti da notare che un certo accadimento o rileva come elemento costitutivo della fattispecie, ovvero come condizione obiettiva, come tale esterna al perimetro del fatto³⁴: *tertium non datur*³⁵. Ogni altra qualificazione sarebbe pertanto scorretta, “sgrammaticata”, e dunque bisognosa di un correttivo interpretativo.

Dall'altro lato, la Suprema Corte ha affermato che, altrimenti, “*sarebbe esente da responsabilità quell'imprenditore che, pur avendo causato il dissesto della sua impresa con gravi atti di spoliazione, riuscisse ad ottenere il consenso ad una procedura di soluzione negoziata della crisi, mentre sarebbe penalmente sanzionato l'imprenditore che compie un atto di distrazione di modesta entità e molto risalente nel tempo, se non incontra il favore dei creditori. E ciò anche se il dissesto dell'impresa dipende esclusivamente da fattori esterni alla sua condotta*”, con ciò concretandosi una chiara violazione del principio di uguaglianza/ragionevolezza. Il che, val la pena di sottolinearlo, è esattamente quanto accade accedendo alla ricostruzione della giurisprudenza assolutamente maggioritaria.

Lo sforzo manifestato nella pronuncia appena menzionata, diretto alla ricomposizione della frattura tra principî costituzionali (soprattutto in tema di imputazione soggettiva del fatto) e la disciplina penale del fallimento, è stata oggetto di più rilievi critici.

In primo luogo, è ben chiara la più semplice delle obiezioni ad un simile argomentare: la dizione letterale delle norme in gioco (artt. 216 e 223 l.f.), essendo diversa, indurrebbe a ritenere che il legislatore abbia optato per una precisa differenziazione delle fattispecie

³² Così Cass. civ., SS.UU., 4 dicembre 2007, n. 26619, in *Foro it.*, 2008, 803. In tema cfr. PATTI, *La sentenza dichiarativa di fallimento e i reati fallimentari*, in *Il fall.*, 2002, 1033 ss.; SOANA, *I reati fallimentari*, Milano, 2012, 55.

³³ Per una prospettiva privilegiata sulla vicenda fattuale e processuale cfr. MELCHIONDA, *La labile “certezza interpretativa” della legittimità costituzionale del reato di bancarotta*, in *Dir. pen. cont.*, 8 aprile 2016.

³⁴ Così Corte Cost., 16 maggio 1989, n. 247, in *giurcost.it*.

³⁵ MELCHIONDA, *La labile “certezza interpretativa”*, cit., 34.

proprio in relazione alla derivazione causale del fallimento rispetto alla condotta; per di più, attesa la – pacifica, almeno in giurisprudenza – punibilità a titolo di colpa per le fattispecie di bancarotta semplice, ci si dovrebbe avvedere dell'antinomia costituita dal fatto che un addebito colposo possa essere ascritto unicamente se prevedibile³⁶.

In secondo luogo, e ancora sul piano letterale, si è correttamente evidenziato come la locuzione “*se dichiarato fallito*” sia semanticamente incapace di ricomprendere un elemento di fattispecie che si caratterizzi per essere l'evento del reato, se non in una prospettiva che si collochi ben oltre i limiti dell'interpretazione, sia essa costituzionalmente orientata o meno. Val tuttavia la pena di ricordare che altro è l'insolvenza, altro è il fallimento: pur vero che la dizione normativa colloca inequivocabilmente quest'ultimo nell'alveo delle condizioni obiettive, la critica in parola non frappone ostacoli alla possibilità di ritenere la prima quale elemento implicito della fattispecie, eventualmente qualificabile come evento³⁷.

In terzo luogo, si è sostenuto che le difficoltà probatorie e di accertamento processuale del nesso di causa comporterebbero la necessità di non ritenerlo sussistente in relazione ai fatti indicati nell'art. 216 l.f.³⁸. Sorprende, tuttavia, la scelta di spendere un simile argomento, sia perché il nesso di causa è pacificamente richiesto per la sussistenza del delitto di cui all'art. 223, comma 2, n. 1, l.f., sia, e soprattutto, perché la legittimità di modellare in via interpretativa un reato sulla base delle contingenti esigenze processuali è tutt'altro che lampante.

In quarto luogo, e con maggior pregnanza, si obietta alla ricostruzione in esame che essa, centrandosi sull'uniformità disvaloriale espressa dalla (identica) pena prevista, non riuscirebbe a “spiegare” l'omogeneità in punto di pena della bancarotta fraudolenta documentale, in relazione alla quale, proprio in ossequio al principio di uguaglianza, dovrebbe richiedersi una pari derivazione causale del dissesto, in effetti difficilmente concepibile. La sentenza “Corvetta”, peraltro, si occupa della questione, affermando esplicitamente che nulla osterebbe a che la dichiarazione di fallimento assuma una diversa funzione in ragione dell'incriminazione evocata, correlandosi alla consapevolezza della prossimità della dichiarazione, ricavabile dal dolo specifico e dalla fenomenologia dell'illecito.

5. La “restaurazione” della sentenza Parmalat e le incrinature dell'orientamento tradizionale.

L'analisi più severa del contenuto della sentenza “Corvetta” - e della dottrina che l'ha in qualche modo ispirata - è stata sviluppata dalla Suprema Corte nella pronuncia che

³⁶ Così MUCCIARELLI, *Sentenza dichiarativa di fallimento e bancarotta: davvero incolmabile il divario fra teoria e prassi?*, in *Dir. pen. cont.*, 23 febbraio 2015, 3.

³⁷ In tema cfr. FLORA, *Verso una “nuova stagione”*, cit., 899, osserva che, essendo un “fatto di terzi”, la sentenza dichiarativa di fallimento non può rientrare nel fuoco del dolo, potendo essere prevista ma non voluta, laddove può essere oggetto di previsione e volontà il “fallimento inteso in senso sostanziale, ovvero lo stato di insolvenza [...]”.

³⁸ D'ALESSANDRO, *Reati di bancarotta*, cit., 362 ss.

si è occupata della vicenda “Parmalat” (c.d. sentenza “Parmalat 2015”³⁹): la pronuncia si centra sulla considerazione secondo la quale le condotte indicate all’art. 216 l.f. hanno di per sé una sufficiente carica di offensività, resa attuale dal venire ad esistenza giuridica del fallimento, che sarebbe del tutto estraneo dal fuoco dell’offesa. La sentenza pare così riprendere proprio la teorica tradizionale del fallimento in qualità di condizione obiettiva, quantomeno con riferimento alle premesse del discorso giuridico; tuttavia, trae conseguenze del tutto incongrue, mantenendone la qualificazione quale “elemento essenziale/condizione di esistenza” del reato.

Sono di assoluto interesse le dissertazioni sulle nozioni di “dichiarazione di fallimento”, “fallimento”(/insolvenza) e “dissesto”⁴⁰: la Suprema Corte, rilevando il dato - incontestato - per cui la dichiarazione di fallimento è richiamata nelle fattispecie penal-fallimentari nella sua veste di provvedimento giurisdizionale, e che l’insolvenza null’altro è se non il presupposto “sostanziale” del fallimento, disegna un’ulteriore distinzione con riferimento al dissesto, il quale sarebbe un concetto non qualitativo (come il fallimento/insolvenza, il quale, una volta manifestatosi, non ammette alternative), bensì quantitativo, misurabile e finanche suscettibile di essere causato dalla condotta del soggetto agente⁴¹.

Precorritrice della sentenza Parmalat è un’altra pronuncia di legittimità⁴², la quale si pone come un ideale ponte tra quest’ultima e la sentenza Corvetta, pur con un minore sforzo argomentativo sul tema del ruolo della sentenza dichiarativa.

In particolare, la motivazione si slancia verso la copertura psicologica dell’insolvenza/fallimento, recuperando quasi completamente la (necessaria) coscienza dell’offesa per i diritti patrimoniali dei creditori. Nello specifico, si fa chiaro riferimento al fatto che *“l’elemento soggettivo del delitto di bancarotta fraudolenta implica un’adeguata conoscenza della concreta situazione aziendale e, in genere, patrimoniale e la rappresentazione della futura dichiarazione di fallimento, rappresentazione fondata sull’attualità del dissesto con volontarietà dell’atto distrattivo; soltanto nella consapevole prospettiva del dissesto finanziario gli episodi distrattivi assumono - anche sotto il profilo psicologico - un potenziale offensivo. Il soggetto agente deve, quindi, prefigurarsi che la sua condotta depauperativa cagionerà verosimilmente il dissesto - cui si correla la lesione del diritto di credito costituente il principale interesse protetto dalla norma incriminatrice - ed accettare questo rischio. Se la situazione di dissesto che dà luogo al fallimento deve essere rappresentata e voluta (o quanto meno accettata come rischio concreto della propria azione) dall’impre-*

³⁹ Cass. pen., Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, cit., con nota di BRAY, *La Cassazione sul caso Parmalat- Capitalia (e sul ruolo del fallimento nel delitto di bancarotta)*, *ivi*; cfr. anche ROSSI, *Causazione del fallimento della società “con dolo o per effetto di operazioni dolose”: peculiarità, anomalie testuali e controversie esegetiche alla luce della sentenza sul caso Parmalat-Capitalia*, in *Dir. pen. cont.*, 13 ottobre 2015. Sulla sentenza “Parmalat 2014” (Cass. pen., Sez. V, 7 marzo 2014, n. 32352, in *Dir. pen. cont.*, 16 febbraio 2015, con nota di BALATO, *Sentenze Parmalat Vs. Corvetta: il dilemma della struttura della bancarotta fraudolenta*, *ivi*).

⁴⁰ Cass. pen., Sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613, cit., 95 ss.

⁴¹ In parziale assonanza con quanto già dedotto da DONINI, *Per uno statuto*, cit., 48.

⁴² Il riferimento è a Cass. pen, Sez. Fer., 10 settembre 2013, n. 41665, in *Cass. pen.*, 2014, 2638 ss. (con nota di BOZHEKU, *Riflessioni in ordine alle tematiche del pericolo e del dolo nella struttura del delitto di bancarotta fraudolenta per distrazione*, *ivi*).

ditore, non integra il dolo di bancarotta per distrazione la volontà di porre in essere una condotta finalizzata ad estinguere posizioni debitorie della società”.

Col che la perdita di terreno della teorica tradizionale si appalesa chiaramente, lasciando spazio al mutamento giurisprudenziale del quale si attende la motivazione.

6. L'utopia della sistematica e della nomofilachia.

L'orientamento della giurisprudenza, inteso nel suo complesso, suscita perplessità che non possono che essere notevoli.

Una prima perplessità riguarda la posizione tradizionale della giurisprudenza, arroccata su formule stereotipate dal contenuto impalpabile; la teorica dell'“elemento essenziale”, a ben vedere, non è che una sgrammaticatura rispetto alla teoria del reato, un “chimerismo”, quando non si accompagni ad una precisa collocazione concettuale sia in relazione agli elementi oggettivi del fatto, sia con riguardo al nesso psichico con l'autore. Deve chiaramente ribadirsi l'incostituzionalità dell'interpretazione in parola, secondo la quale può esistere nel sistema penale un requisito essenziale, susseguente rispetto alla condotta e che incide in modo decisivo sul disvalore del fatto non qualificabile come evento, o comunque non legato psichicamente all'autore del fatto.

Un secondo ordine di rilievi, più in generale, concerne la perdita della benché minima capacità sistematica e ordinatrice da parte dei precedenti, anche di legittimità. Pur vero che essa è tradizionalmente un appannaggio semi-esclusivo della dottrina, è altrettanto vero che simili contraddizioni, aperte e lampanti – peraltro su tratti certamente essenziali dell'analisi dei delitti di bancarotta –, non giovano né alla giustizia del caso concreto né all'emersione di un'opzione ermeneutica che sia in qualche modo condivisa o condivisibile.

In questo senso, sarà certo dirimente la motivazione della decisione che ha dato spunto a queste riflessioni: ponendosi in una linea che pare chiaramente individuabile, la sentenza ha l'occasione di mettere ordine nella materia, finalmente abbandonando gli equilibrismi dogmatici e concentrandosi sulla reinterpretazione della bancarotta in chiave costituzionalmente orientata.

Par paradossale, in effetti, invocare un simile intervento a fronte della dichiarata qualificazione del fallimento come condizione obiettiva: tuttavia, se ad una consimile interpretazione si accompagnerà, come emerso già nei precedenti citati, la rivalutazione della coscienza dell'offesa ai diritti patrimoniali dei creditori, essa in effetti comporterà un notevole passo in avanti rispetto al diritto vivente, così finalmente ricompattando il diritto penale fallimentare al costituzionalismo penale.

GHERARDO MINICUCCI

Cass. pen., sez. I, 2 gennaio 2017, n. 41 – Pres. Mazzei – Rel. Centonze

Affidamento in prova al servizio sociale – Criteri di valutazione per applicazione

La concessione dell'affidamento in prova al servizio sociale non può mai prescindere da una valutazione della condotta del condannato che guardi al compimento di comportamenti positivi messi in atto successivamente alla commissione del reato. Tale valutazione non può fermarsi alla sola gravità del fatto commesso e ai soli elementi negativi intervenuti durante la condotta illecita.

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

Dalle
Corti

La valutazione della condotta ai fini della concessione dell'affidamento in prova: una nuova decisione della Suprema corte

La Corte di cassazione nella decisione in epigrafe affronta una tematica di stretta attualità, capace di riverberare i suoi effetti nella prassi applicativa.

L'indirizzo interpretativo accolto dai giudici non è connotato, invero, da tratti di assoluta novità, ma nell'esplicitare alcuni profili definisce con maggiore chiarezza l'oggetto di indagine da parte del tribunale di sorveglianza allorquando debba verificare la sussistenza dei presupposti applicativi dell'affidamento in prova al servizio sociale.

L'importanza della precisazione del percorso di verifica, che deve essere intrapreso nel caso *de quo*, assume, infatti, un peculiare rilievo, poiché in tal modo si colmano di contenuto le locuzioni troppo generiche e, dunque, suscettibili di difformi letture interpretative previste nell'art. 47 ord. penit.

L'art. 47 ord. penit. consente di espiare la pena detentiva inflitta nelle forme della misura alternativa in parola se, accanto al requisito del *quantum* di pena (tre anni ovvero quattro anni), sulla base dei risultati dell'osservazione scientifica della personalità si può ritenere che il provvedimento contribuisca alla rieducazione del reo ed assicuri la prevenzione del pericolo che il condannato commetta altri reati.

La durata e le modalità di svolgimento dell'osservazione del soggetto, che preludono il vaglio dell'istanza, costituiscono l'elemento differenziale tra le due diverse ipotesi di accesso all'istituto in esame.

Nel caso delineato a norma dell'art. 47, comma 1, ord. penit. l'analisi della personalità è compiuta collegialmente per almeno un mese in istituto ovvero si può omettere lo svolgimento di detto periodo di verifica quando il condannato, dopo la commissione del reato,

da libero, ha serbato un comportamento tale da consentire l'elaborazione del giudizio richiesto (art. 47, commi 2 e 3, ord. penit.).

L'art. 47, comma 3-bis, ord. penit. precisa, invece, che la condotta oggetto di valutazione da parte dei giudici deve riguardare l'anno precedente alla presentazione della richiesta trascorso in esecuzione di pena, in esecuzione di una misura cautelare ovvero in libertà.

Seppur con siffatte differenti indicazioni emerge in modo palese, anche dalla sola lettura del dato normativo, come l'osservazione della personalità, che sia eseguita all'interno dell'istituto penitenziario o meno, costituisca un elemento indefettibile al fine di consentire quel giudizio prognostico circa la rieducabilità del condannato attraverso l'affidamento in prova.

La stessa giurisprudenza ha, in ripetute decisioni, sottolineato che l'acquisizione della relazione sull'osservazione del soggetto condotta *intra moenia* costituisce un onere da parte del tribunale di sorveglianza. La sua mancanza agli atti non può, infatti, ricadere negativamente sull'interessato, sempre che il beneficio richiesto sia ammissibile ed il periodo di detenzione sofferto sia idoneo a consentire l'osservazione del detenuto e ad elaborare il programma di trattamento (Cass. pen., sez. I, 29.09.2015, n. 48678). Detto onere, a parere dei giudici di legittimità, viene meno, infatti, solo quando la stessa non riguardi un lasso di tempo consistente e dalle altre risultanze documentali emerga con evidenza dimostrativa inidoneità della misura richiesta (Cass. pen., sez. I, 30.11.2015, n. 8319; Cass. pen., sez. VII, 12.11.2013, n. 7724).

È, pertanto, di primario rilievo definire i confini entro cui tale giudizio debba essere formulato e, soprattutto, quali elementi debbano essere considerati nell'ottica della valutazione dello stesso, con particolare riguardo alle ipotesi in cui, in assenza di un periodo di detenzione, l'osservazione della personalità del soggetto è desunta dalla condotta mantenuta in stato di libertà, non integrata questa volta dal giudizio degli esperti.

Il principio di diritto che costituisce la base ermeneutica da cui, in modo del tutto condivisibile, si muove il ragionamento della Corte nella decisione in epigrafe precisa, infatti, che, ai fini della concessione dell'affidamento in prova, pur non potendosi prescindere, dalla natura e dalla gravità dei reati per cui è stata irrogata la pena in espiazione, quale punto di partenza dell'analisi della personalità del soggetto, è tuttavia necessaria la valutazione della condotta successivamente serbata dal condannato, essendo indispensabile l'esame anche dei comportamenti attuali del medesimo, attesa l'esigenza di accertare non solo l'assenza di indicazioni negative, ma anche la presenza di elementi positivi che consentano un giudizio prognostico di buon esito della prova e di prevenzione del pericolo di recidiva (cfr. Cass. pen., sez. I, 05.05.2015, n. 31420).

L'orientamento giurisprudenziale concorde indica, pertanto, la necessità di procedere ad una valutazione articolata e complessa che dia debito conto di tutte le risultanze acquisite capaci di incidere sul giudizio personologico, le quali devono essere valutate nell'ottica a cui tende la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale, che, così come imposto dalla norma, deve contribuire alla rieducazione del reo, ai sensi dell'art. 27 Cost., e deve assicurare dal pericolo di recidiva (Cass. pen., sez. I, 17.02.2016, n. 26687; Cass. pen., sez. I, 06.12.2013, n. 775). La valutazione dei giudici prima, nonché il percorso

logico giuridico che sorregge la decisione, poi, devono, pertanto, essere correttamente ed esaurientemente sviluppati nelle motivazioni dell'ordinanza, in modo, tra l'altro, da consentire un adeguato vaglio, eventualmente, in sede di impugnazione (art. 666, comma 6, c.p.p.).

Nel caso di specie il tribunale di sorveglianza ha, invece, incentrato il rigetto dell'istanza di concessione dell'affidamento in prova argomentandolo, esclusivamente, sulla gravità dei reati commessi e sulla pregressa esperienza professionale del condannato, sottolineando, poi, l'assenza di elementi indicativi di una rivisitazione critica del vissuto criminale.

In diverse occasioni i giudici di legittimità hanno, però, rammentato come, ai fini della decisione sulla richiesta di affidamento in prova, ai sensi dell'art. 47, comma 4, ord. penit., la prognosi sul probabile reinserimento sociale del detenuto deve tener conto non solo degli elementi relativi alla natura ed alle modalità del reato commesso, dei precedenti penali, delle pendenze processuali e di altre eventuali indicazioni provenienti dalle informative di PS, ma anche ed in pari grado della condotta carceraria mantenuta e dei risultati dell'indagine socio-familiare operate dalle strutture carcerarie di osservazione (Cass. pen., sez. I, 05.04.2013, n. 18437).

Hanno precisato, inoltre, che se, da un lato, non può essere trascurata la tipologia e la gravità dei reati commessi, dall'altro, si deve avere soprattutto riguardo al comportamento ed alla situazione del soggetto dopo i fatti per cui è stata inflitta la condanna in esecuzione, per verificare se sussistano, o non, i sintomi di una positiva evoluzione della sua personalità e le condizioni che ne rendano possibile il reinserimento sociale attraverso la richiesta di misura alternativa (Cass. pen., sez. I, 09.07.2009, n. 31089).

Ai fini proprio di delineare il percorso valutativo che deve essere intrapreso dal tribunale di sorveglianza i giudici di legittimità sempre in precedenti sentenze hanno, in modo specifico, sottolineato che, nell'ottica della formulazione del giudizio prognostico in ordine alla realizzazione delle prospettive cui è finalizzato l'istituto di cui all'art. 47 ord. penit. e, quindi, dell'accoglimento o del rigetto della relativa istanza, non possono, di per sé, da soli, assumere decisivo rilievo, in senso negativo, elementi legati alla gravità del reato oggetto della condanna, i precedenti penali o la mancata ammissione di colpevolezza, né può richiedersi, in positivo, la prova che il soggetto abbia compiuto una completa rivisitazione critica del proprio passato, essendo sufficiente che, dai risultati dell'osservazione della personalità, emerga che siffatto processo critico sia stato almeno avviato (Cass. pen., sez. I, 03.12.2013, n. 773).

Su quest'ultimo punto, in modo più esplicito ed anche con una formulazione lessicale e contenutistica più condivisibile, si precisa che per la concessione di una misura alternativa alla detenzione non è necessaria la confessione, avendo il condannato diritto di non ammettere le proprie responsabilità, pur dovendosi attivare per prendere parte in modo fattivo all'opera di rieducazione (Cass. pen., sez. I, 05.03.2013, n. 13445).

La correttezza dell'impostazione ermeneutica sopra rammentata trova, dunque, fondamento nelle caratteristiche tipiche del trattamento penitenziario che non può e, soprattutto, non deve focalizzarsi in modo statico sulla natura e la gravità dei reati oggetto della condanna, se così fosse, infatti, verrebbe meno proprio l'intima natura di siffatto sistema

e con estrema difficoltà sarebbe ammissibile una qualsivoglia prognosi positiva di rieducazione.

Tali elementi debbono costituire solo ed esclusivamente il punto di partenza per i giudici di sorveglianza, a cui aggiungere l'analisi della condotta tenuta successivamente dal soggetto nonché l'attenta valutazione dei suoi comportamenti attuali. La ponderazione equilibrata e completa dell'assenza di fattori negativi accompagnata dalla presenza di fattori positivi consentono, infatti, di elaborare un giudizio prognostico corretto circa il possibile esito della prova e circa la prevenzione del pericolo di recidiva, nel rispetto del dettato normativo ordinario, ma, circostanza ancora più importante, in ossequio ai dettati costituzionali (cfr. Cass. pen., sez. I, 05.05.2015, n. 31240; Cass. pen., sez. I, 05.02.2013, n. 11573).

MARIA FRANCESCA CORTESI

Cass., sez. VI, C.c. 28 dicembre 2016, (dep. 4 gennaio 2017), n. 386 – Pres. Conti – Rel. Calvanese – P.m. Lori (concl. diff.)

Rapporti giurisdizionali con autorità straniera – Estradizione – Motivi di rifiuto – Poteri del Ministro della Giustizia

In tema di estradizione per l'estero, la valutazione compiuta dalla autorità giudiziaria concerne esclusivamente la legale possibilità della estradizione passiva, esulando dalle sue attribuzioni ogni valutazione di opportunità, che rientra, invece, nell'esclusiva sfera di competenza del Ministro della Giustizia (in applicazione di tale principio, la Suprema Corte ha affermato che non spetta all'autorità giudiziaria, ma al Ministro della Giustizia, la decisione sul rigetto della richiesta di estradizione se in relazione ai fatti per i quali è stata formulata sussiste la giurisdizione italiana ovvero se l'estradando è cittadino italiano).

App. Venezia, Ud. 8 febbraio 2017, (dep. 22 febbraio 2017) – Pres. Termini – Rel. Medici

La Corte d'appello può rifiutare l'estradizione se in relazione ai fatti per i quali è stata richiesta sussiste la giurisdizione italiana ovvero se la persona richiesta in consegna è cittadino italiano.

I testi integrali delle sentenze sono accessibili sul sito della rivista.

Appunti sul ruolo del Ministro della giustizia nel procedimento di estradizione

1. Le vicende processuali: sintesi.

Il Brasile ha chiesto all'Italia l'estradizione di due cittadini italiani, destinatari di provvedimenti restrittivi della libertà personale perché ritenuti responsabili, in concorso tra loro, dei reati di lesioni, minacce e maltrattamenti. I reati sarebbero stati commessi in Italia e in Brasile tra il 2009 e il 2010 e hanno destato le attenzioni delle autorità giudiziarie di entrambi gli Stati.

Le richieste di estradizione, tuttavia, hanno seguito due distinti *iter*.

In un primo procedimento, la Corte d'appello di Venezia si era espressa in senso favorevole all'estradizione e la Suprema Corte, chiamata a pronunciarsi su tale sentenza, ha condiviso la statuizione, precisando, in risposta ai motivi di ricorso, che le doglianze attinenti alla possibilità di rifiutare la consegna in ragione della cittadinanza italiana dell'estradando e della commissione in Italia dei reati per i quali era stata inoltrata la richiesta di consegna sono materia rimessa alla valutazione del Ministro della Giustizia.

Successivamente, proprio per tali ragioni, il Ministro ha deciso di negare l'estradizione.

Preso atto di tale conclusione, la Corte d'appello di Venezia, che nelle more era stata chiamata a pronunciarsi in un altro procedimento sulla posizione del secondo soggetto, ha rigettato la richiesta, affermando che la nazionalità italiana e il *locus commissi delicti* ostavano a una decisione favorevole.

Le decisioni annotate attirano l'attenzione su tre tematiche: in prima battuta, su alcuni casi di rifiuto dell'estradizione; in seconda battuta, sul riparto di competenze tra l'autorità giudiziaria e il potere esecutivo nelle dinamiche di cooperazione internazionale; infine, sulla possibilità di intravedere nuovi significati da attribuire al ruolo che il Ministro svolge una volta conclusa la fase di garanzia giurisdizionale.

2. I profili di interesse: i motivi di rifiuto dell'estradizione.

Tra i motivi che consentono di rigettare una richiesta di estradizione, viene in rilievo, innanzitutto, quello che opera qualora la persona sia cittadino dello Stato al quale si chiede di prestare la propria cooperazione. Si tratta di una clausola che, sebbene animata da finalità che sono andate mutando con il passare del tempo, rappresenta una costante dei trattati che disciplinano la materia: se nella originaria concezione dell'istituto era una previsione che ribadiva la sovranità dello Stato, tanto nei rapporti internazionali che nei riguardi del singolo, con l'affinarsi e l'intensificarsi dei legami interstatuali ha iniziato a tutelare anche diverse esigenze, non ultima, quella di garantire la finalità rieducativa della pena (sul punto, sia consentito il rinvio a COLAIACOVO, *osservazioni* a Cass., sez. VI, 17 luglio 2014, n. 43170, in *Cass. pen.*, 2015, 1933).

Anche nella facoltà di rifiutare la consegna qualora i fatti siano stati commessi nel territorio dello Stato estradante si può scorgere l'influenza delle più risalenti concezioni dell'istituto, in base alle quali sono preminenti le prerogative e le esigenze della giustizia nazionale su quelle degli altri ordinamenti (sul punto, CHIAVARIO, *Manuale dell'estradizione e del mandato di arresto europeo*, Torino, 2013, 72).

Questi particolari ingranaggi del congegno estradizionale sono mossi prevalentemente da istanze di carattere politico, come testimonia il fatto che la decisione sul punto è rimessa al Ministro della Giustizia e non all'autorità giudiziaria (in questo senso, *ex plurimis*, sul tema della cittadinanza, Cass., sez. VI, 17 luglio 2014, n. 43170, cit.; sulla giurisdizione italiana, Cass., sez. VI, 25 gennaio 2012, n. 9119, in *C.E.D. Cass.*, n. 252040).

3. (segue) Il ruolo del Ministro della Giustizia.

La conclusione del paragrafo precedente introduce il secondo tema di indagine, relativo al ruolo che il Ministro della Giustizia svolge sulla base di un assetto normativo che appare immutato, nonostante l'avvicinarsi dei codici (l'attuale ripartizione dei poteri è sostanzialmente identica a quella del Codice Rocco, che, a sua volta, recepiva le impostazioni del Codice Finocchiaro Aprile e del Codice Zanardelli; su questa continuità, in tono critico, RANALDI, *Il procedimento di estradizione passiva*, Torino, 2012, 55 e ss.).

Tale attribuzione consente, innanzitutto, di ribadire che l'extradizione è un istituto nel quale il Ministro svolge funzioni di assoluta importanza. In questo contesto, infatti, ad adempimenti di carattere burocratico (ricezione e trasmissione degli atti, raccordo con l'autorità straniera *et similia*, sui quali, RANALDI, *Il procedimento*, cit., 157 e ss.), si affiancano altre prerogative molto significative e incisive: si pensi, fra tutte, al potere di richiedere l'applicazione di una misura coercitiva nei confronti della persona richiesta in consegna, ai sensi del primo comma dell'art. 714 c.p.p. o del terzo comma dell'art. 704 c.p.p., o anche in attesa che pervenga la richiesta di estradizione, ai sensi dell'art. 715 c.p.p. (sul punto, per letture critiche delle previsioni, MARZADURI, *Libertà personale e garanzie giurisdizionali nel procedimento di estradizione passiva*, Milano, 1993, 217 e ss., nonché SPANGHER - MARRANDOLA - GARUTI - KALB, *Procedura penale – Teoria e pratica del processo*, vol. IV, Torino, 2015, 955) ovvero alla possibilità, pur nel rispetto delle indicazioni contenute nell'art. 697 c.p.p., di dare precedenza a uno Stato piuttosto che ad un altro nel concorso di più richieste di estradizione (sul punto, MARCHETTI, sub art. 697, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, vol. VI, Torino, 1991, 695). La latitudine di questi poteri, d'altro canto, si manifesta in tutta la sua ampiezza nella clausola generale contenuta nel terzo comma dell'art. 699 c.p.p., che consente al Ministro di apporre alla decisione favorevole all'extradizione ogni altra condizione ritenuta opportuna.

La discrezionalità del Ministro incontra un limite invalicabile, tuttavia, nella decisione negativa della Corte d'appello: se, infatti, potrà negare l'extradizione anche qualora la Corte d'appello si sia espressa in senso favorevole, non avrà analogo potere nella speculare situazione in cui la Corte d'appello non abbia ravvisato i presupposti per concedere l'extradizione (CHIAVARIO, *Manuale*, cit., 119).

Questo riparto di competenze emerge con nitidezza nella decisione della Suprema Corte che, dopo aver esaminato il “fondamento probatorio dell'extradizione” (ossia la verifica circa la sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza; anche sul tema, sia consentito, per ulteriori richiami, il rinvio a COLAIACOVO, *osservazioni*, cit., 1935), si arresta nel momento in cui le censure del ricorrente toccano i temi affidati alla valutazione dell'autorità politica. In tal modo, la Suprema Corte si allinea alla pacifica interpretazione giurisprudenziale secondo la quale la valutazione compiuta dalla autorità giudiziaria concerne esclusivamente la legale possibilità della estradizione passiva, esulando dalle sue attribuzioni ogni valutazione di opportunità, che rientra, invece, nell'esclusiva sfera di competenza del Ministro della Giustizia (Cass., sez. VI, 12 giugno 2008, n. 26587, in *C.E.D. Cass.*, n. 240570).

4. Considerazioni conclusive.

Alla luce di questa sintetica ricostruzione, si può concludere con alcune considerazioni.

La prima attiene al significato che, attualmente, potrebbe essere attribuito al ruolo del Ministro della giustizia.

Se nel corso degli anni l'architettura legislativa non è mutata, non per questo si deve ritenere che le stesse previsioni, insieme alle tradizionali esigenze di tutela delle ragioni politiche dello Stato, non possano anche proteggere la persona richiesta in consegna.

In questa ottica, conviene muovere da una osservazione preliminare: l'estradando nelle dinamiche di cooperazione è stato tradizionalmente collocato in una posizione di assoluta soggezione, poiché nei rapporti tra Stati tanto l'accoglimento della richiesta di consegna (consegna che, peraltro, poteva anche essere offerta spontaneamente), che il rigetto di questa assumevano un significato ben preciso nella cura delle relazioni diplomatiche, alle quali era subordinata la sorte della persona.

Tuttavia, una rilettura di tale approccio suggerisce di ricercare un diverso punto di equilibrio tra i contrapposti interessi. In altri termini, nell'economia del giudizio del Ministro, la cura delle questioni di carattere politico non dovrebbe avere carattere di preminenza assoluta, ma dovrebbe essere temperata con le differenti esigenze dell'estradando.

Per restare nel solco tracciato dalla decisione in rassegna, si potrebbe ipotizzare che, nell'assumere le proprie determinazioni circa l'opportunità di rifiutare la consegna del cittadino, il Ministro valuti non solo le implicazioni politiche, ma anche le esigenze del singolo, soprattutto quelle derivanti dalla necessità di non sradicare la persona dal suo contesto sociale, familiare e lavorativo per l'esecuzione della pena in un sistema straniero.

Allo stesso modo, anche la valutazione sulla giurisdizione potrebbe essere ispirata non soltanto da esigenze di carattere pubblicistico, ma anche dalla differente finalità di consentire all'estradando di esercitare più efficacemente il diritto di difesa.

In altre parole, pur nella preminenza degli interessi nazionali, non appare impossibile ipotizzare che al Ministro sia affidato anche il ruolo di garante dei diritti dell'estradando, in tutte quelle situazioni che non rientrano nel perimetro della garanzia giurisdizionale o nel caso di estradizione extraconvenzionale o qualora l'estradando stesso abbia eliminato la garanzia giurisdizionale prestando il proprio consenso.

Indubbiamente, a differenza di quanto avviene nel sistema del mandato di arresto europeo o, più in generale, nel contesto della cooperazione giudiziaria nell'Unione Europea, per soddisfare simili finalità si incontreranno difficoltà maggiori sotto il profilo procedimentale e sostanziale.

Ad esempio, se nei rapporti tra Stati membri dell'Unione Europea è l'autorità giudiziaria che può procedere al riconoscimento della sentenza provvedendo contestualmente alla sua esecuzione, nel sistema estradizionale non è sufficiente che il Ministro rifiuti la consegna, ma è necessario anche attivare, se possibile, il procedimento per il riconoscimento della sentenza straniera (in questo senso, Cass., sez. VI, 24 novembre 2015, n. 7750, in *C.E.D. Cass.*, n. 266125).

Sotto altro aspetto e in chiave critica, un passaggio della sentenza della Corte d'appello di Venezia merita di essere esaminato.

La Corte distrettuale, infatti, dopo aver preso atto della decisione negativa assunta dal Ministro nel caso precedente, ha dichiarato l'insussistenza delle condizioni per l'accoglimento della richiesta di estradizione anche nel secondo procedimento. Tuttavia, tale conclusione, benché ispirata da esigenze di economia processuale e tutela del singolo, non appare coerente con l'impianto legislativo e con la costante giurisprudenza secondo la quale il giudizio sul punto è rimesso al Ministro.

Un'ultima osservazione, infine, attiene alla statuizione della Corte veneziana sulla nozione di pendenza del procedimento per gli stessi fatti.

Qui la sentenza, ispirata dai medesimi intenti che hanno giustificato l'altra statuizione, ritiene sufficiente la notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari, così ponendosi in contrasto con il costante insegnamento che pretende, invece, che sia stata esercitata l'azione penale ovvero quella cautelare (in questo senso, *ex plurimis*, Cass. sez. VI, 18 settembre 2008, n. 38850, in *C.E.D. Cass.*, n. 241262).

GUIDO COLAIACOVO

Il Processo Mediatico: la ricerca di un punto di equilibrio tra i diritti della persona, la libertà di stampa e le regole processuali

A CURA DI RENATO BORZONE

(RESPONSABILE DELL'OSSERVATORIO SULL'INFORMAZIONE GIUDIZIARIA DELL'UNIONE DELLE CAMERE PENALI ITALIANE, AVVOCATO DEL FORO DI ROMA)

La ricerca svolta dall'Osservatorio informazione giudiziaria è stata, per l'Unione Camere Penali, un punto di partenza per una riflessione che si va gradualmente estendendo ed assume un rilievo sempre maggiore in ordine al problema dei rapporti tra mezzi di informazione e processo penale.

Con l'intento di affrontare la questione nel rispetto del contraddittorio, come nostro costume, questo *focus* accoglie le riflessioni di diversi "soggetti" del processo e dei mezzi di informazione.

Il primo dato rilevante che emerge dalla ricognizione dei diversi punti di vista, sembra essere rappresentato da una sorta di unanime autocritica che ciascuna "categoria" non ha evitato di affrontare.

I vari interventori danno l'impressione di ritenere che la soluzione debba passare attraverso un ineludibile ripensamento della deontologia professionale, oltre che dalla professionalità di ciascun protagonista delle dinamiche processuali o informative, custode di beni costituzionalmente protetti. Ma, in qualche caso, sembrano andare oltre questo aspetto "interno" ai singoli ruoli.

Il contributo del dr. Gaetano Ruta, Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano, muove da un'interessante premessa: *"Il magistrato può così trovarsi ad indossare tanto la veste del cittadino che viene informato dai media quanto quella di chi è oggetto della informazione, per effetto della attività che compie. Entrambe le prospettive presentano risvolti molto delicati"*. E prosegue soffermandosi sul rischio, talora misconosciuto, per il magistrato, *"di lasciarsi condizionare da fattori esterni al giudizio e tra di essi vi possono essere i media, quali portatori non soltanto di informazioni, ma anche di sentimenti e di aspettative collettive"*.

Si tratta di osservazioni – relative alla possibile interferenza delle distorsioni informative sui meccanismi decisionali e sulle dinamiche processuali – che trovano riscontro nel "libro bianco" dell'Osservatorio sull'informazione giudiziaria dell'Unione delle Camere Penali italiane.

Il primo approdo, individuato dall'autore nelle norme esistenti, consiste senza dubbio nella corretta applicazione dell'art. 114 c.p.p., che *"esige una salda disciplina professionale sia in capo al magistrato, sia da parte dei giornalisti o comunque da parte di chi veicola le informazioni all'esterno"*

Il punto dolente, tuttavia, è l'incertezza interpretativa di tale norma.

Dal mondo dei giornalisti, si riconosce molto lealmente il deprecabile meccanismo per il quale – dice Guastella del Corriere della Sera: *"nella stragrande maggioranza dei casi sui giornali finisce solo l'inizio di un'inchiesta penale oppure la sentenza, quando va bene"*. Medesima la premessa di Giovanna Cracco, fondatrice della casa editrice e della rivista Paginauno, che si sofferma sul meccanismo che *"fa sì che l'informazione si concentri sulle fasi iniziali delle indagini, quando scoppia lo scandalo, e si disinteressa poi del momento processuale, nel quale la fondatezza delle tesi della procura viene messa al vaglio. Ne risulta una cronaca giudiziaria basata esclusivamente sugli atti dell'accusa"*.

I due interventi divergono in modo significativo nella analisi successiva, ma giungono, per diverse strade, a ridefinire la professionalità della propria categoria.

Il primo conclude auspicando *“un’informazione autorevole, completa e professionale, in una parola: credibile”* e individua una soluzione piuttosto opinabile ovvero la possibilità *“che i giornalisti giudiziari abbiano accesso alle informazioni in maniera ufficiale, almeno a parte di esse, come avviene in Paesi come gli Stati Uniti dove questo è previsto espressamente da un emendamento alla Costituzione. Finirebbe la dipendenza da fonti interessate a dare solo parte delle notizie o ad orientarne l’interpretazione e nessun giornalista potrebbe più sostenere di aver scritto solo quanto era stato in grado di trovare”*.

Il secondo spunto che proviene dal mondo dei professionisti della stampa, nelle (amare, ma realistiche) conclusioni della direttrice Giovanna Cracco, sembra recepire l’invito alla riflessione proveniente dalla ricerca dei penalisti italiani: *“Se l’informazione mainstream esercitasse ancora il ruolo di Quarto potere, dovrebbe interrogarsi su come uscirne, impegnandosi a immaginare e costruire un diverso giornalismo giudiziario, più lento, più approfondito. Ma visto che l’aver rinunciato alla propria autonomia non sembra togliere il sonno nelle redazioni dei grandi quotidiani, la risposta che si riceve ponendo la questione è superficiale quanto auto-assolutoria: questa è oggi l’informazione, vivere o morire”*.

Il rapporto tra il processo e la carta stampata presenta indubbiamente profili di criticità, scandagliati approfonditamente dall’Osservatorio. Tuttavia, al di là di periodici e quotidiani scritti, sembra quanto mai urgente ampliare la riflessione al giornalismo televisivo ed ai “prodotti” televisivi (non necessariamente “giornalistic”) che si occupano dei fatti di cronaca parallelamente al processo.

In proposito, tra le “patologie” evidenti, l’avvocato Tiziana Bellani analizza le cosiddette “docufiction” e denuncia *“una consolidata deformazione che trova nell’asse tra giornalismo e magistratura inquirente una fucina di alimentazione della mediatizzazione della vicenda giudiziaria, per di più a senso unico”*.

Un tema quanto mai attuale, vista la recente messa in onda di una distorta “docufiction” nel c.d. “processo Bossetti”. Si tratta dunque di una pertinente lettura di politica giudiziaria, che richiama una non casualità della “intersezione” tra inchieste giudiziarie e giornalistiche, che interagiscono reciprocamente culminando in un perverso meccanismo di pressione mediatica *contra reum*.

I richiami alle *“conseguenze in termini di violazione della presunzione di innocenza dell’imputato, del suo diritto a un fair trial con un giudice indipendente e neppure potenzialmente intaccato (biased) dalle distorsioni mediatiche generate sui fatti oggetto del processo”* ed alle disposizioni della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, trovano invece eco nell’analisi del dott. Antonello Soro, Garante per la protezione dei dati personali.

È significativo che il presidente dell’Autorità per la riservatezza dei dati personali stigmatizzi così il processo mediatico: *“Non più, semplicemente, un trial with, ma by, the media: reso possibile, celebrato, attraverso i media, non soltanto alla loro presenza; un processo il cui fine non è l’accertamento della verità ma lo stesso spettacolo”*.

Interessante, nel lavoro del Presidente Soro, è l’analisi delle conseguenze sul piano pubblico e su quello individuale: *“Sotto il primo profilo, l’anticipazione del giudizio di colpevolezza che si determina nell’opinione pubblica rende ancora più difficile l’esercizio, da parte del giudice, del suo dovere di terzietà”*. E ancora: *“La giustizia deve prescindere tanto dalla ricerca del consenso, quanto dall’ideologia della trasparenza”*.

Ancor più va condiviso, in quest’ultimo intervento, l’allarme per la sistematica violazione dei diritti e della dignità delle persone indagate o “coinvolte”, per le quali *“la gogna della rete costituisce, così, un “fine pena mai”, a prescindere da come si concluda il processo”*. L’analisi svolta ha messo in luce vari aspetti del “pregiudizio” creato dal processo mediatico, nel contributo a cura del prof. Giorgio Spangher, se ne esaminano gli effetti nel processo, sul sistema, e sulle persone.

L’autore ribadisce che il processo mediatico può determinare nelle contrapposte “tifoserie” in relazione all’esito non condiviso della decisione, un senso di sfiducia nella macchina giudiziaria e nei confronti della giustizia.

L'analisi dei vari profili di danno che il processo cagiona ai diversi soggetti, dentro e fuori dal processo conduce ad una proposta finalizzata ad una "risposta multilivello". L'autore afferma che: "Con riferimento al processo vanno considerate le risposte endoprocedimentali a tutela della vittima del processo e la necessità di nuovi strumenti di tutela sia durante, sia dopo la conclusione della vicenda giudiziaria".

La conclusione, in sintonia con il Garante per la protezione dei dati personali, pone la questione da un diverso punto di vista: la necessità che i soggetti lesi siano consapevoli di esercitare un diritto fondamentale di rango costituzionale: quello della dignità della persona, della propria integrità.

In conclusione, si tratta di riflessioni articolate, che hanno il merito di non banalizzare il problema (spesso riduttivamente ricondotto a "patologie" dei singoli) e di aprire quella riflessione auspicata dall'Osservatorio e fondata sui dati scientificamente raccolti dallo stesso.

Riflessioni sul "processo mediatico"

DI GAETANO RUTA

(SOSTITUTO PROCURATORE – MILANO)

Il tema è di scottante attualità e costituisce il crocevia lungo cui si posizionano visioni giuridiche, culturali e sociali talvolta molto lontane.

Come sovente accade rispetto a questioni aspramente dibattute, neppure è facile stabilirne con precisione i confini. Le indagini intorno al "processo mediatico" sono le più varie, poiché rispetto a questo argomento si intrecciano chiavi di lettura che impegnano discipline tra loro molto diverse.

Esprimendo un giudizio a caldo, verrebbe da dire che il processo mediatico offende la coscienza dell'uomo di legge: evoca infatti un giudizio senza regole, fuori dalle aule di tribunale, in cui le opinioni si trasformano in prove e la diceria assurge a sentenza.

La questione è in realtà più complessa e richiede una riflessione che, per chi esercita funzioni giudiziarie, deve essere tarata soprattutto entro orizzonti normativi.

Il magistrato non vive in una *turris eburnea* ma partecipa della vita sociale ed è quindi permeabile, a seconda della propria sensibilità umana e culturale, a quanto avviene nel mondo che lo circonda. Il rapporto con i *media* ha quindi molto a che vedere con la formazione umana e professionale del magistrato, come di qualsiasi altro cittadino. I *media* informano – bene o meno bene è un tema che esula da questo discorso – ed il magistrato è fruitore di quanto attraverso di essi viene veicolato.

Allo stesso tempo la funzione giurisdizionale, che è l'attività caratteristica del magistrato, è oggetto essa stessa di interesse da parte dei *media*: i procedimenti giudiziari (generalmente quelli penali) possono suscitare interesse nell'opinione pubblica per la materia che vi è trattata e costituire così il volano per un circuito informativo di dimensioni più o meno ampie.

Il magistrato può così trovarsi ad indossare tanto la veste del cittadino che viene informato dai *media* quanto quella di chi è oggetto della informazione, per effetto della attività che compie.

Entrambe le prospettive presentano risvolti molto delicati.

Il magistrato deve evitare, nell'esercizio delle proprie funzioni, di lasciarsi condizionare da fattori esterni al giudizio e tra di essi vi possono essere i *media*, quali portatori non soltanto di informazioni, ma anche di sentimenti e di aspettative collettive. Questo valeva nel passato e vale ancora di più oggi, in cui l'informazione non

passa solo attraverso i tradizionali canali della stampa, della radio e della televisione, ma è fortemente condizionata dai nuovi mezzi di comunicazione (*facebook, twitter...*), che consentono pressoché a tutti di fornire autonome ricostruzioni e valutazioni dei fatti. In una cornice di questo tipo, l'esercizio delle funzioni giudiziarie non deve essere inquinato dal falso consenso di cui è portatrice l'opinione pubblica o da pressioni sociali comunque manifestate: molti degli errori giudiziari, è stato riscontrato, derivano da un approccio investigativo affrettato e superficiale, soprattutto nella fase iniziale avviato sull'onda della emotività. Occorre procedere secondo le tecniche ed il sapere scientifico più accreditati, diffidando di soluzioni di comodo ed evitando i pericoli insiti in rapidi "salti alle conclusioni" [RUMIATI ed altri, *Il giudice emotivo*, Bologna, 2017, 172].

Può verificarsi, e alcune delle vicende giudiziarie degli ultimi anni lo stanno a dimostrare, uno *iato* tra il metodo applicato dalla stampa nel reperimento e nella diffusione delle notizie e quello tutt'affatto diverso applicato dagli organi giudiziari nella valutazione delle prove effettivamente a disposizione: si tratta di un cortocircuito che produce degli effetti fortemente negativi rispetto alla rappresentazione che la collettività ha dei fenomeni processuali, minando gravemente la fiducia nel sistema giudiziario [ACCINNI, *Civiltà giuridica della comunicazione*, Milano, 2017, 103].

I risvolti sono ancora più temibili se questo iato deriva da reciproche ed incontrollate interferenze tra organi di informazione ed organi investigativi e giudiziari.

Si entra qui nella seconda delle prospettive prese in considerazione: il rapporto con i mezzi di informazione costituisce uno degli snodi più delicati dell'attività giudiziaria, giocato sul difficile equilibrio di "segretezza" e "pubblicità".

Il processo penale, è un dato condiviso nella nostra cultura, deve essere "pubblico". La segretezza è tipica dei più retri schemi inquisitori e, nel nostro ordinamento, è confinata alla fase delle indagini preliminari, in funzione essenzialmente della salvaguardia delle attività che vi vengono condotte.

La pubblicità del processo è un bene per le parti del processo e per la collettività: «Pubblici siano i giudizi e pubbliche le prove del reato, perché l'opinione, che è forse il solo cemento delle società, imponga un freno alla forza ed alle passioni, perché il popolo dica "noi non siamo schiavi e siamo difesi", sentimento che ispira coraggio e che equivale ad un tributo per un sovrano che intende i suoi veri interessi», sono le parole con cui si invocava, nella temperie illuministica che fa da sfondo al diritto penale moderno, l'attuazione del principio di pubblicità [BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, § XIV].

Nella cultura penalistica, dunque, la pubblicità è presidio delle garanzie primarie dell'imputato, assicurando «il controllo sia interno che esterno dell'attività giudiziaria. In base ad esso le procedure di ipotizzazione e di accertamento della responsabilità penale devono svolgersi alla luce del sole, sotto il controllo dell'opinione pubblica e soprattutto dell'imputato e del suo difensore» [FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, Bari, 2011, 632].

Sul piano delle fonti del diritto, la pubblicità del processo è assicurata da una fonte sovraordinata alla legge ordinaria: l'art. 6 CEDU prevede che "Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale ...", prevedendosi come eccezione ad una regola di carattere generale la limitazione dell'accesso del pubblico e della stampa all'aula di udienza, "nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico, della sicurezza nazionale, a protezione dei minori o della vita privata delle parti in causa o quando lo richiedano in circostanze speciali gli interessi di giustizia".

Tutto ciò, in definitiva, per giustificare come la pubblicità del processo – e dunque il fatto che esso sia conosciuto o comunque conoscibile dall'esterno – costituisca un *bene*: un valore su cui si fondano le garanzie delle parti in causa ed un modo di controllo da parte dei consociati sull'esercizio della giurisdizione, contro il rischio di abusi e di storture. L'intervento dei *media* si inserisce quindi in un sistema che fa della pubblicità, nelle forme disciplinate dalla legge (artt. 471 ss. c.p.p.), uno dei presidi di legittimità del processo.

Il discorso è diverso, e presenta le implicazioni più delicate, nella fase delle indagini preliminari. La tendenziale segretezza di questa fase fa sì che ogni falla nel sistema sia fonte di storture: rispetto all'indagine,

che ne viene pregiudicata, ma anche rispetto ai diritti delle parti in causa (indagato e persona offesa). Sono questi i passaggi in cui maggiori possono presentarsi le deviazioni informative, che fanno gridare allo scandalo, evocando come *antimodello* processuale il “processo mediatico”. Le informazioni che filtrano nel corso delle indagini sono per loro natura provvisorie, spesso frammentate ed incomplete, relative ad elementi di prova suscettibili di verifica e controllo da parte di una pluralità di organi giudiziari.

Non di meno, una esigenza di informazione è forte e insopprimibile nella fase delle indagini preliminari, venendo sovente in gioco dati di grande rilevanza pubblica. La risposta, per quanto approssimativa possa apparire una prospettiva di questo tipo, sta nella prudenza.

Già sotto l'impero del vecchio codice era stata teorizzata la distinzione tra *segretezza interna* e *segretezza esterna*, con la prima richiamandosi il limite di conoscibilità di determinati atti istruttori da parte dei difensori, con la seconda facendo riferimento al divieto per le parti pubbliche del procedimento di divulgare gli atti di istruzione compiuti [PISAPIA, *Compendio di procedura penale*, Padova, 1975, 184].

Nel sistema attuale è nota la disciplina fissata dall'art. 114 c.p.p., che distingue tra pubblicazione degli atti (a seconda della fase in cui versa il procedimento) e pubblicazione del contenuto di atti non più coperti da segreto. Distinzione da molti ritenuta non appagante, per la divulgazione che inevitabilmente si ha di atti processuali e per la esposizione delle parti private (nella posizione di debolezza tipica delle indagini preliminari) ad una incontrollata rappresentazione di dati informativi.

Pure discutibile è ritenuto il supporto sanzionatorio contro le violazioni del segreto di indagine: a prescindere dalle sanzioni disciplinari (art. 115 c.p.p.), le disposizioni di cui agli articoli 326, 379 bis e 684 c.p., vuoi per i limiti di pena e vuoi per le difficoltà applicative, sono viste dai più come un deterrente molto blando.

Un nodo non semplice da sciogliere, quindi, dove la tutela della segretezza – nell'interesse del buon andamento delle indagini e della salvaguardia dei diritti delle parti – deve essere temperato con il diritto dell'opinione pubblica ad essere informata.

L'art. 114 c.p.p. costituisce, nonostante tutto, una buona base per la disciplina di questa materia.

Non ci si deve tuttavia accontentare dello stato attuale delle cose. È innegabile che storture vi siano state, anche nel recente passato, e debbano essere per quanto possibile prevenute per il futuro. Il venir meno del segreto non giustifica la pubblicazione incontrollata di intercettazioni telefoniche o ambientali (talvolta del tutto prive di rilevanza processuale), né stralci più o meno lunghi di ordinanze cautelari, che a loro volta richiamano atti di indagine.

La corretta applicazione dell'art. 114 c.p.p. esige una salda disciplina professionale sia in capo al magistrato, sia da parte dei giornalisti o comunque da parte di chi veicola le informazioni all'esterno.

Le circolari e le linee guida adottate da diversi uffici giudiziari, proprio in tema di intercettazioni, sono il segno di una rinnovata sensibilità per un tema che nessuno sottovaluta, dove l'intersecarsi di esigenze contrapposte non deve pregiudicare le une a discapito delle altre, ma orientare tutti verso la ricerca di un punto di equilibrio.

Giornalista, invitato scomodo

DI GIUSEPPE GUASTELLA

Tra le centinaia e centinaia di migliaia di inchieste e di processi penali e civili che ogni anno si svolgono in Italia, quanti trovano spazio sulla stampa? Non ne ho idea, ma sono certo che si tratta di una percentuale irrisoria e che nella stragrande maggioranza dei casi sui giornali finisce solo l'inizio di un'inchiesta penale

oppure la sentenza, quando va bene. E quanti procedimenti vengono seguiti, diciamo così, passo passo dai giornalisti? Sarei pronto a giurare che anche in questo caso parliamo di un numero infinitesimale se rapportato al totale, forse non più di quello delle dita di due mani. E allora, che senso ha parlare insistentemente di processo mediatico come se in questo Paese, culla del diritto, tutti i procedimenti giudiziari fossero irrimediabilmente viziati dall'ingerenza di una stampa ossessionata in grado di condizionare indagini e sentenze al traino di una magistratura, di una polizia giudiziaria, e perché no, di avvocati poco disinteressati? E come la mettiamo con il mondo della rete? Con i social? Con i blog?

Premesso questo, ammetto che nei casi in cui i processi vengono <assedati> dai giornalisti, in particolare quelli di un certo tipo di tv che si nutre di un sensazionalismo *pret à porter*, la presenza incombente della stampa può provocare distorsioni che, però, i giudici professionali e gli investigatori dovrebbero essere in grado di contrastare agevolmente. Qualche problema in più, ovviamente, può verificarsi sugli eventuali giudici popolari, se ad esempio si è di fronte a un caso clamoroso di omicidio che finisce in Corte d'Assise. Con questo non voglio sostenere che la mediaticità di un processo non faccia danni al processo stesso e soprattutto all'indagato/imputato. Tutt'altro. Dico solo che, quando il rischio si concretizza, tutti gli attori dovrebbero già essere in possesso degli strumenti necessari ad evitare le derive più pericolose.

Prima di tutti i magistrati, siano essi pubblici ministeri che giudici. L'esperienza professionale mi suggerisce che spesso non sanno come trattare i giornalisti. I giudici il più delle volte si rifiutano anche solo di parlare con i cronisti, anche quando una minima spiegazione tecnica eviterebbe che l'interpretazione di una decisione o di una sentenza complicatissima venga lasciata ai pm o agli avvocati, che spesso neppure sono in grado di individuarla con precisione dopo la lettura del dispositivo. I pubblici ministeri, di norma, intervengono pubblicamente solo durante la conferenza stampa che segue la sempre <brillante operazione> della pg. Per norma, non possono parlare con i giornalisti se non autorizzati dal loro capo al quale è riservata ogni comunicazione ufficiale, con il rischio, specie negli uffici medi e grandi, che gli stessi Procuratori non siano in grado di andare oltre una conoscenza sommaria delle inchieste.

Parliamo degli avvocati. Neppure loro hanno imparato a trattare con i giornalisti. Si dividono tra coloro che non vogliono assolutamente farlo, in nome di un rispettabilissimo interesse superiore del cliente che meno finisce sui giornali e meglio è, e quelli che comprendono la necessità di avere un rapporto con i giornalisti, anche loro nell'interesse supremo del loro assistito, perché consci che almeno possono provare a limitare i danni, quando è necessario, o a riabilitarne quanto più possibile la reputazione. Ci sono poi quei legali che sfruttano la ribalta per sé stessi, a volte addirittura guadagnandoci dei soldi, rischiando di danneggiare il cliente, ma parliamo di una minoranza esigua, seppure presente, come dimostrano i procedimenti disciplinari dell'Ordine.

E i giornalisti? Anche loro non sono esenti da colpe. Approssimazione, ignoranza, malafede, fretta per coprire troppe vicende a pochi euro al pezzo nel caso dei precari non sono inesistenti, ma anche per questa categoria mi sentirei di escludere che il fenomeno sia diffuso in modo preoccupante. Ma attenzione alle liste di proscrizione, ad additare con nomi e cognomi, come pure è avvenuto anche tra gli avvocati, quei cronisti che hanno avuto il solo torto di esprimere opinioni discordanti con il *mainstream* di alcuni settori tra i penalisti, o a creare un indice delle testate in base a ricerche dal contenuto scientifico opinabile.

Giudici, pm, avvocati, giornalisti, quando non lavorano con professionalità, quando non capiscono quali possono essere le conseguenze dirompenti di un'informazione errata non si rendono conto di causare danni gravissimi e, il più delle volte, irreparabili. Prima di tutto alle persone direttamente coinvolte nei processi, siano esse imputati o vittime, ma anche alla formazione della coscienza dell'opinione pubblica che si vede rappresentare una realtà giudiziaria distorta e fuorviante.

Per provare a trovare una soluzione condivisa, credo che più che limitare e contenere l'accesso della stampa, come pure vorrebbero alcuni magistrati e avvocati che preferiscono restare nel chiuso degli uffici

e delle aule a celebrare riti per solo iniziati, ma incomprensibili alla massa dei cittadini, sia perfettamente inutile e anche pericolosamente dannoso. Inutile, perché nell'era di internet è impossibile bloccare l'informazione che corre in rete, si ingigantisce alimentandosi come una valanga e travolgere tutto e tutti. Che senso ha, come accade sempre più spesso, impedire alle tv e alle radio di riprendere un processo se basta un solo spettatore tra il pubblico per diffondere in un secondo un'immagine, un audio, un filmato o una notizia con un semplice clic sul cellulare raggiungendo potenzialmente un pubblico al cui confronto quello di un grande giornale è nulla? Come sta dimostrando il dibattito sulle notizie false in rete, ampliatisi dopo le elezioni Usa e, in Italia, dopo il referendum sulle riforme istituzionali, ciò di cui c'è disperato bisogno sono giornalisti professionalmente preparati ed in grado di approfondire le informazioni. E' interesse degli stessi editori che, per sopravvivere alla crisi inarrestabile dei giornali e tv, in futuro dovranno inevitabilmente puntare sempre di più su un'informazione autorevole, completa e professionale, in una parola: credibile.

Per farlo è necessario che i giornalisti giudiziari abbiamo accesso alle informazioni in maniera ufficiale, almeno a parte di esse, come avviene in Paesi come gli Stati Uniti dove questo è previsto espressamente da un emendamento alla Costituzione. Finirebbe la dipendenza da fonti interessate a dare solo parte delle notizie o ad orientarne l'interpretazione e nessun giornalista potrebbe più sostenere di aver scritto solo quanto era stato in grado di trovare.

I giornalisti devono diventare soggetti <esistenti> e non invitati scomodi da sopportare con diffidenza o mezzi per farsi pubblicità. Questo, però, deve avvenire nel pieno rispetto delle esigenze, dei diritti e degli interessi di tutti i protagonisti del processo. In cambio, si potrebbe anche discutere una forma di sanzione, ma qui la cautela deve essere davvero massima per evitare rischi di condizionamento, per quei cronisti, faccio solo un esempio, che sfacciatamente e dolosamente non rispettano le regole deontologiche già fissate dalla legge istitutiva dell'Ordine, la numero 69 del 1963, che prevede il rispetto della completezza delle informazioni. La categoria dei giornalisti, come si sa, purtroppo al pari di quella degli avvocati, non gode in Italia di buona fama. Sia gli uni che gli altri ci hanno messo del loro per arrivare a questo, ma anche qui si parla di minoranze che però hanno avuto la forza di inquinare le restanti maggioranze. Solo una chiarezza definitiva sui ruoli e sui rapporti può riportare fiducia su questi professionisti, che solo così dovrebbero essere considerati. Categorie indispensabili per la democrazia, continuare a screditarle fa solo gli interessi di chi non vuole un Paese veramente libero.

(Non) È la stampa, bellezza!

DI GIOVANNA CRACCO

(DIRETTRICE EDITORIALE DELLA RIVISTA PAGINAUNO)

“Una stampa cinica e mercenaria prima o poi creerà un pubblico ignobile.”

Joseph Pulitzer

Quando nel 1970 nasce il Movimento dei Giornalisti Democratici – c'è stato il '68, l'autunno caldo del '69, la strage di Piazza Fontana – punto centrale messo in discussione è la questione dell'*obiettività*. Che nella scrittura di un articolo l'obiettività non potesse esistere, era ormai ampiamente riconosciuto: un giornalista ricostruisce i fatti di una vicenda inevitabilmente attraverso la lente del proprio bagaglio culturale e della propria chiave di

lettura della società, sceglie quali elementi inserire nell'attacco del pezzo, che cosa è rilevante e cosa non lo è, quali fonti cercare ecc., e tutto questo influisce sulla percezione del fatto da parte del cittadino. Nel 1970 tuttavia, la riflessione fa un passo ulteriore: se obiettività significa che il giornalista deve ritirarsi, riportando i fatti evitando il più possibile di inserirvi la propria interpretazione, questo fa del giornalista un megafono al servizio delle verità ufficiali propagandate dai diversi poteri che agiscono nella società: politico, economico, giudiziario ecc. Ne va dunque della sua autonomia, non solo come singolo ma come potere – il cosiddetto Quarto potere.

Il concetto di obiettività viene quindi superato da quello di 'onestà', che tra i punti cardine ha il principio di 'verità', che non significa, solo e banalmente, che non si falsificano i fatti, ma che il giornalista ha il *dovere* di stabilirne l'autenticità, di non contrabbandare verità precostituite da altri e dunque di investigare oltre le versioni ufficiali. Un giornalista non è un passacarte, insomma: deve esercitare un ruolo critico e autonomo. È un principio fondamentale, perché da esso dipendono quelli di responsabilità e libertà.

La responsabilità è di tipo *sociale*, attiene al modo in cui il giornalista svolge la propria funzione, ed è duplice. Per prima cosa in una democrazia egli è in posizione privilegiata per controllare il funzionamento dei diversi poteri e i loro eventuali abusi, nel ruolo di *watchdog* – cane da guardia – dei cittadini; in secondo luogo l'informazione crea la pubblica opinione, crea schemi culturali, contribuisce quindi fortemente a creare il cittadino e di conseguenza il tipo di società. Il giornalista deve sentire il peso di questa responsabilità quando decide di che cosa scrivere e come scriverlo, o ha sbagliato mestiere.

Il principio di libertà attiene non solo al singolo giornalista ma anche alla testata: entrambi devono essere liberi, da poteri istituzionali, pubblici o privati, dalle pressioni del mercato (pubblicità e vendite), dalle fonti delle notizie, ecc.

Ora: è evidente come nell'informazione giudiziaria tutti questi principi siano oggi disattesi – con le dovute eccezioni, che per fortuna sempre ci sono. Generalmente la denuncia si focalizza sul fatto che il processo mediatico, il 99% delle volte di impronta colpevolista, influisce su quello giudiziario, e dunque porta conseguenze negative sul diritto dell'imputato ad avere un giusto processo. Ma è altrettanto importante un'altra prospettiva, che va oltre la responsabilità nei confronti del singolo individuo per assumere connotati collettivi: l'attuale informazione giudiziaria, prona alle ricostruzioni fornite dalla procura, ha creato una società colpevolista e giustizialista. Ed è con questo che, per prima cosa, dovrebbe fare i conti il campo di potere dell'informazione mainstream, interrogandosi sugli effetti sociali prodotti dalla rinuncia alla propria responsabilità, autonomia e libertà.

L'abdicazione ha diverse ragioni, alcune culturali, altre utilitaristiche.

Con Tangentopoli è nata la figura mediatica del magistrato-eroe, paladino del *bene* in lotta contro il *male*, quest'ultimo rappresentato da una classe dirigente politica – per quanto quella imprenditoriale fosse responsabile in egual misura – ladra e corrotta. È seguito il ventennio berlusconiano, con le leggi ad personam sul falso in bilancio, la prescrizione ecc., che ha alimentato nella società la tifoseria pro magistratura – e fare il tifo è un atto di fede, non un processo mentale ragionato. Il risultato è ciò che si registra oggi: uno schema culturale diffuso secondo cui le inchieste della procura, che riguardino corruzione o cronaca nera, sono sempre corrette e fondate.

La stampa ha cavalcato con toni sensazionalistici entrambi i periodi, per una ragione molto semplice: titoli strillati e di scatola, vendono. È contenta la proprietà e hanno il proprio tornaconto gli inserzionisti pubblicitari. Il problema è che una volta creato questo pensiero collettivo, modificarlo è un processo culturale dai tempi lunghi, che un'informazione divenuta merce da vendere sul mercato – e non più diritto del cittadino – non ha alcun interesse a mettere in atto. La figura del mostro fa alzare la tiratura, fabbricarlo è facile e porta consenso, e dunque si dà orrore, morbosità e sangue a una società che si è abituata quotidianamente a consumarlo.

Questa impostazione fa sì che l'informazione si concentri sulle fasi iniziali delle indagini, quando scoppia lo scandalo, e si disinteressa poi del momento processuale, nel quale la fondatezza delle tesi della procura viene messa al vaglio. Ne risulta una cronaca giudiziaria basata esclusivamente sugli atti dell'accusa: docu-

menti o veline che escono dai palazzi di giustizia, spesso infarciti di stralci a effetto di intercettazioni telefoniche, e su queste univoche fonti, e con ben poca fatica, il giornalista imbastisce il pezzo. Raramente negli articoli compare la voce della difesa, anche perché in questa fase gli avvocati restano spesso silenti – e su questo dovrebbe interrogarsi la categoria, se non è il caso di modificare l’atteggiamento verso la stampa. È chiaro che non è certo sufficiente aggiungere l’aggettivo ‘presunto’ per dare un’impronta non colpevolista all’articolo, e nemmeno usare toni sobri o parole neutre: nel momento in cui si propone solo la versione della procura, la tesi accusatoria diventa il *fatto* che si consegna al cittadino, per di più già convinto che la magistratura stia sempre dalla parte della ragione. L’accusa sbattuta in prima pagina si cristallizza e diviene memoria collettiva; dopo qualche giorno scompare, sostituita da altri scandali, e il processo mediatico ha già prodotto la sua sentenza: colpevole.

A questo approccio si aggiunge il problema delle fonti. La gestione di quelle continuative vive sempre di un delicato equilibrio per un giornalista. Se le si vuole mantenere – in questo caso il rapporto privilegiato con i pubblici ministeri e la polizia giudiziaria – è chiaro che non le si può criticare: sputare nel piatto in cui si mangia non è mai una buona idea. Nella cronaca giudiziaria, tuttavia, il problema è aggravato dal fatto che la procura è praticamente l’unica fonte del giornalista, perché quest’ultimo non si preoccupa di camminare con le proprie gambe, di indagare da solo oltre la verità ufficiale che gli viene servita, di ragionare con senso critico.

È evidente a chiunque abbia frequentato l’aula di un tribunale, anche non lungamente. Dopo aver scritto articoli nella fase delle indagini facendo copia/incolla dai documenti forniti dalla procura, il giornalista compare ogni tanto a qualche udienza per una mezz’ora, capendo nulla di ciò che accade. Parla con il pm, chiedendo lumi, cerca di avvicinarsi all’imputato augurandosi di ottenere un breve virgolettato a effetto, se va dall’avvocato non sa nemmeno che domande porre, insegue la parte lesa sperando di strappare una lacrima. Se poi il processo è mediaticamente importante, si ritrova a spintonare tra i colleghi accorsi in massa alla lettura della sentenza, per attaccarsi immediatamente allo smartphone e trasmetterla prima della concorrenza.

La velocità, dovuta alla rete e al flusso continuo di notizie, e la paura di bucare l’ultima news, è certamente un aspetto che si è aggiunto, aggravando la già pessima situazione. Se l’informazione mainstream esercitasse ancora il ruolo di Quarto potere, dovrebbe interrogarsi su come uscirne, impegnandosi a immaginare e costruire un diverso giornalismo giudiziario, più lento, più approfondito. Ma visto che l’aver rinunciato alla propria autonomia non sembra togliere il sonno nelle redazioni dei grandi quotidiani, la risposta che si riceve ponendo la questione è superficiale quanto auto-assolutoria: questa è oggi l’informazione, vivere o morire. Di certo agonizza il diritto del cittadino a formarsi un’opinione sull’operato del potere giudiziario, partendo da un’informazione libera e indipendente che lo informi davvero.

***‘Docufiction’ e ‘instant document’*: il circo mediatico-giudiziario senza l’informazione.**

DI TIZIANA BELLANI

(OSSERVATORIO SULL’INFORMAZIONE GIUDIZIARIA)

Tra i fenomeni patologici della mediatizzazione giudiziaria si collocano quei sotto-prodotti televisivi conosciuti per lo più come “docufiction”, denominati nella casistica anche “instant document” o più semplice-

mente “documentari”. Si tratta della messa in onda televisiva di rappresentazioni drammatizzate di inchieste giudiziarie, con attori più o meno professionisti che recitano il ruolo dell'imputato e del pubblico ministero, qualche volta del giudice. Le televisioni –incluso il servizio pubblico della Rai – perseguono in questo modo lo *share* mettendo in scena un caso giudiziario in voga: di cui offrono apparenti ricostruzioni accurate, che sono invece la riorganizzazione di inchieste secondo narrazioni ad uso di *audience*.

L'*instant document* sul caso Yara Gambirasio, per citarne uno: andato in onda il 19 luglio 2016 sul canale *Crime Investigation*, pochi giorni dopo la sentenza di primo grado che aveva condannato l'imputato Bossetti all'ergastolo, è lo *special* di una cronista del Corriere della Sera, che, si legge nella presentazione, ha seguito il caso fin dalle prime battute. A ripercorrere quattro anni di indagini davanti alle telecamere, sono il questore di Bergamo, il genetista forense della famiglia Gambirasio, quello del pubblico ministero, la biologa della Polizia dello Stato. L'*instant document* non concede spazio a questioni aperte o controverse e la narrazione “onnisciente” della cronista accompagna lo spettatore fino alla chiusura del cerchio dell'investigazione giudiziaria i cui risultati, pur dopo la sentenza di primo grado, sono ancora *sub iudice*: in attesa del giudizio di appello viene messa una pietra tombale sui diritti dell'imputato, dentro e fuori del processo.

Un anno prima, il 14 agosto 2015, il pubblico ministero di Bergamo titolare dell'inchiesta aveva ripercorso davanti alle telecamere della BBC i quattro anni di indagini sull'omicidio di Yara, non “*per un racconto romanzato*” si premurano di puntualizzare i cronisti di Corriere.it, ma per “*un documento cinematografico diretto dal regista Hugo Berkeley*” (“Yara, il giallo del Dna appassiona la BBC: riprese per un documentario. Il pm Letizia Ruggeri ha ripercorso i 4 anni di indagini per la tv inglese” di Giuliana Ubbiali).

La *docufiction* intitolata “Infiltrato-Operazione clinica degli orrori”, è un altro esempio: trasmessa in prima serata su Rai3 il 13 dicembre 2014, riguarda il caso giudiziario della Clinica Santa Rita di Milano in cui tre chirurghi toracici (tra cui il dott. Pier Paolo Brega Massone) sono imputati di omicidio volontario. La messa in onda è a ridosso della fissazione del processo d'appello davanti alla Corte di Assise di Milano (con una condanna all'ergastolo inflitta in primo grado) mentre il giudizio di Cassazione è ancora pendente su un primo troncone del processo. Nella scheda del programma si legge che la ricostruzione è fatta “*attraverso l'utilizzo di tutti gli atti e i documenti di indagine riorganizzati in una narrazione adatta a comprendere i fatti nella loro complessità, con uno sguardo d'insieme mai visto prima*”. Ma, a parte i proclami, la *fiction* è costruita con atti di indagine e documenti del processo solo funzionali alla tesi d'accusa e registra una certissima pretermissione di tutto quanto ne è di intralcio. Si pensi solo a questo: si intervista una paziente che afferma di avere subito un intervento inutile, contestato nel processo, ma si omette di informare che su quell'intervento è stata fatta una perizia *super partes* che ha concluso per la correttezza dell'opzione chirurgica. Oltre alle omissioni, ci sono le pure finzioni: fantasiose intercettazioni ambientali a casa del chirurgo e in clinica, mai esistite nel processo, pubblici ministeri che rilanciano a carico del chirurgo pretese denunce per plagio mai intervenute. Furoreggiano i dialoghi delle intercettazioni telefoniche, enfaticamente recitati, decontestualizzati e tagliati a beneficio della accusa che viene celebrata nelle sue *performance* dialettiche anche con stralci di riprese televisive dal processo vero. Scorrono titoli di coda in cui si ringrazia la polizia giudiziaria e si enfatizzano le figure dei pubblici ministeri che hanno condotto le indagini, con fotografie che pomposamente li ritraggono. La difesa dell'imputato non compare e non è evocata, neppure quella tecnico-scientifica che ha animato il contraddittorio nel processo con autorevoli consulenti tecnici.

È da domandarsi perché avviene tutto questo e perché in questo modo: le *fiction*, dopo tutto, sono prodotte per lo più quando il processo è in corso e ne sono facilmente identificabili e rintracciabili i protagonisti, imputati (liberi e non), avvocati difensori, consulenti tecnici, pubblici ministeri. Non vi è l'urgenza dell'informazione, sovente invocata per giustificare la messa in onda di una notizia sbilanciata sul versante dell'accusa, come ad esempio accade con le notizie sui provvedimenti cautelari. Ci sarebbe insomma tutto il tempo per documentarsi, studiare le carte, ascoltare le parti processuali contrapposte. E tuttavia questo non accade. Per

sciatteria editoriale, certo, ma anche per una consolidata deformazione che trova nell'asse tra giornalismo e magistratura inquirente una fucina di alimentazione della mediatizzazione della vicenda giudiziaria, per di più a senso unico.

Questi format televisivi non sono destinati a battute d'arresto, a giudicare non solo da qualche decisione di tribunali amministrativi che ne ha consentito la messa in onda, ma, più significativamente, da un generale *trend* che vede il processo mediatico affiancarsi (sin dalle prime indagini) poi superare e anteporsi a quello vero, tirandogli la volata. Con tutte le conseguenze in termini di violazione della presunzione di innocenza dell'imputato, del suo diritto a un *fair trial* con un giudice indipendente e neppure potenzialmente intaccato (*biased*) dalle distorsioni mediatiche generate sui fatti oggetto del processo. La psicologia cognitiva da tempo mette in guardia dalle influenze che i mass media possono esercitare sulla decisione del giudice nei casi in cui si fornisca una ricostruzione dei fatti in forma distorta. Accreditati studi scientifici affermano che il fenomeno dell'influenza esercitata dai media sul giudizio non riguarda solo i giudici popolari, meno attrezzati sul piano dell'esperienza e privi di preparazione professionale, ma investe anche i giudici togati in forza di meccanismi inconsci che influenzano i processi mnestici e cognitivi.

È infine da sfatare, una volta per tutte, il proclamato contenuto informativo di questi prodotti televisivi: per un mix di sciatteria e di generico appiattimento sulle posizioni della magistratura inquirente (con l'eccezione del documentario "Amanda Knox", i cui protagonisti principali sono il pubblico ministero, gli imputati e un giornalista freelance e che è stato diretto da due registi statunitensi), queste *docufiction* tradiscono il ruolo dell'informazione che dovrebbe consistere nel non omettere dati rilevanti su quanto si ha la pretesa di volere informare.

Si è di fronte a un panorama sconcertante. Le ansie della cultura italiana dell'informazione a sprovvincializzarsi vagano probabilmente in un equivoco incancrenito. Tanto sono aliene da quella disposizione della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma nel 1950 e ratificata nel 1955: la libertà dell'informazione può subire limitazioni che "costituiscono misure necessarie, in una società democratica, per garantire l'autorità e l'imparzialità del potere giudiziario" (art. 10, par. 2); e dallo spirito di quel "*contempt of Court*" di marca anglosassone.

Trial by media

DI ANTONELLO SORO

(PRESIDENTE DEL GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI)

Che il populismo sia un'espressione della crisi della rappresentanza che caratterizza il nostro tempo, è un dato ormai noto. Meno noto è, forse, l'impatto prodotto sul sistema democratico da quel particolare tipo di populismo che può definirsi penale o giudiziario, perché identifica nella giustizia penale la principale, anzi l'unica forma possibile di giustizia sociale. *"Negli ultimi decenni si è diffusa la convinzione che attraverso la pena pubblica si possano risolvere i più disparati problemi sociali(...). Non si tratta di fiducia in qualche funzione sociale tradizionalmente attribuita alla pena pubblica, quanto piuttosto della credenza che mediante tale pena si possano ottenere quei benefici che richiederebbero l'implementazione di un altro tipo di politica sociale, economica e di inclusione sociale"*: lo rilevava Papa Bergoglio nel discorso alla delegazione dell'Associazione italiana di diritto penale nell'ottobre 2014.

E se da quest'attribuzione al giudiziario di aspettative che non gli sono proprie deriva, fatalmente, una lacerazione tra giustizia attesa e giustizia amministrata, tale lacerazione si approfondisce sino a divenire insanabile nell'epoca dei processi (e della sovranità) mediatici. Quando, cioè, ad alimentare quelle aspettative sul giudiziario è un pubblico indeterminato come il "popolo dei social", che assiste con sempre maggiore coinvolgimento allo spettacolo offertogli dal "circo mediatico-giudiziario". Espressione che sottolinea non soltanto la contiguità, quasi osmotica, tra stampa e magistratura, media e giustizia, ma anche la spettacolarizzazione subita dal procedimento penale, con un clamore che è ad un tempo effetto e causa di una profonda distorsione del senso della pubblicità del processo.

È una conquista della modernità l'aver reso pubblico (e quindi non arbitrario) il processo. *L'affaire Dreyfus* dimostrava già, sul finire dell'Ottocento, l'importanza del controllo esterno (sociale e per esso dell'informazione) sulla potestà punitiva. La tradizionale segretezza dell'istruzione nel rito inquisitorio o misto, fino a due secoli fa, la sua sottrazione a ogni sguardo esterno erano la condizione della sua arbitrarietà. Nella dimensione pubblica era invece attratta la pena, segnata da esecuzioni il più possibile esemplari, spettacolarizzate, essenzialmente per amplificarne la forza deterrente.

La successiva sottrazione del processo alla segretezza avrebbe soddisfatto l'esigenza di un sindacato esterno sull'amministrazione della giustizia e avrebbe plasticamente rappresentato la derivazione della potestà punitiva dalla sovranità popolare, quale sua espressione peculiare. In contrapposizione all'amministrazione della giustizia "in nome del re" – come disponeva lo Statuto albertino – l'art. 101 Cost. recita: "*La giustizia è amministrata in nome del popolo*", sancendo così non certo l'obbligo del giudice di decidere seguendo gli indirizzi della maggioranza, in rappresentanza della volontà popolare, ma l'indipendenza del giudiziario da ogni altro potere in quanto espressione, autonoma, di sovranità.

E proprio per questo, pubblicità del giudizio non significa – e non può significare – gogna mediatica: è ineludibile garanzia di legalità nel giusto processo, non delocalizzazione della scena giudiziaria sul web, dinanzi a un pubblico planetario chiamato ad amplificare istanze non soltanto punitive ma addirittura ritorsive. Che è quanto, invece, rischia di avvenire per effetto del combinato disposto tra la sempre più accentuata mediatizzazione del processo e le potenzialità della rete. Il vero salto di qualità determinato dal web (con i corollari della connessione perenne e della "mistica della condivisione") si apprezza nel fatto che il processo mediatico non si limita a sovrapporsi, affiancandolo, al processo "istituzionale" nella sua fase dibattimentale, ma addirittura lo sostituisce sin dalla fase delle indagini. Non più, semplicemente, un trial *with*, ma *by, the media*: reso possibile, celebrato, attraverso i media, non soltanto alla loro presenza; un processo il cui fine non è l'accertamento della verità ma lo stesso spettacolo.

Dall'imputazione alla condanna, il procedimento si celebra direttamente sul web ed è il suo popolo a emettere il giudizio di colpevolezza, stravolgendo ovviamente l'equità e correttezza del giusto processo, il rapporto tra indizio, prova e responsabilità, il principio del contraddittorio quale presupposto ineludibile del diritto di difesa. È un altro degli effetti distorsivi della retorica della disintermediazione: qui il web sostituisce direttamente il giudice terzo, eludendo come inutile impaccio quel "rito" penale accusatorio improntato al criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio. L'etica del limite e del dubbio non sono, del resto, materia da sondaggi e televoto: ciò che per gli inquirenti è mera ipotesi investigativa, per il fatto di essere diffuso, condiviso, propagato sul web diviene per ciò solo certezza (mediatica, sì, ma è quel che conta). Nonostante la Cedu abbia più volte, sin dal 1997 (casi Worm contro Austria e, tre anni dopo, Daktaras contro Lituania), ravvisato una violazione dei principi del giusto processo nella descrizione dell'indagato o anche solo dell'imputato come colpevole, sul web non vige la presunzione d'innocenza ma di colpevolezza; *in dubio contra reum*.

Gli effetti della mediatizzazione, in rete, del processo, sono dunque dirompenti, tanto sul piano pubblico quanto su quello individuale. Sotto il primo profilo, l'anticipazione del giudizio di colpevolezza che si determina nell'opinione pubblica rende ancora più difficile l'esercizio, da parte del giudice, del suo dovere

di terzietà. Chi siede in una Corte viene 'inondato' da una valanga di informazioni da parte dei media che finiscono per costruire "senso comune". Il principio – cardine del nostro codice di rito, come di ogni processo accusatorio – secondo cui la prova si forma in dibattimento, dinanzi a un giudice terzo, è asseverato dal divieto di diffusione della documentazione investigativa in fase d'indagine, dal divieto di pubblicazione di atti o immagini, da una rigida disciplina sulla formazione del fascicolo del giudice, non a caso distinto da quello del pubblico ministero. Poco senso ha, allora, questo principio, se già prima dell'udienza preliminare l'intero quadro indiziario (neppure probatorio!) è stato scandagliato in ogni suo aspetto su giornali, social media, blog, come se il processo si esaurisse nelle indagini.

A tutto questo contribuisce, del resto, l'amplificazione offerta dal web alle varie espressioni della potestà punitiva: informazioni di garanzia "anticipate" dai giornali e rilanciate da un sito all'altro come fossero sentenze di condanna, immagini di imputati in vincoli senza neppure il volto oscurato, provvedimenti limitativi della libertà con motivazioni dense di intercettazioni spesso del tutto irrilevanti ai fini della misura, ma utili a ricostruzioni giornalistiche fondate su una presunta indegnità morale della persona; interrogatori di indagati, a volte addirittura in stato di detenzione, divulgati in rete senza filtri. E poi la categoria dei "coinvolti"¹: coloro che, né imputati né indagati, sono meramente citati nelle ordinanze applicative di misure cautelari o anche solo nelle informative di polizia giudiziaria. Ma per ciò solo, per la mera comparsa del loro nome in un atto d'indagine, vengono così sui giornali dati in pasto all'indignazione collettiva, che non ha la cura di distinguere tra le diverse posizioni processuali, con un "mascariamento"² che assimila chiunque nella stessa, inaccettabile, gogna mediatica. Ora, in presenza di campagne mediatiche segnate da un colpevolismo estremo e dal bisogno delle testate di autorappresentarsi come il baluardo dell'intransigenza più assoluta, come può il giudice (soprattutto se popolare) mantenere la propria neutralità cognitiva?

Lo stesso Primo Presidente della Corte di Cassazione, nella Relazione di apertura dell'anno giudiziario, ha sottolineato i rischi che la mediatizzazione del processo può produrre rispetto alla tenuta della presunzione di innocenza. E nella sentenza di Cassazione sull'omicidio di Meredith Kercher, le ragioni di molte *defaillance* o 'amnesie' investigative che avrebbero caratterizzato le indagini sono così spiegate: *"l'inusitato clamore mediatico del delitto Kercher e i riflessi internazionali della stessa vicenda, non hanno certamente giovato alla ricerca della verità provocando un'improvvisa accelerazione delle indagini nella spasmodica ricerca di colpevoli da consegnare all'opinione pubblica internazionale"*.

La giustizia deve prescindere tanto dalla ricerca del consenso, quanto dall'ideologia della trasparenza, ricordava anni fa il giurista Antoine Garapon, proprio a sottolineare come la dipendenza del processo dall'*audience* rischi di pregiudicare la terzietà, l'autonomia e l'indipendenza esterna del giudice.

Ma gli effetti sulla persona della mediatizzazione del processo – con la trasposizione integrale in rete di ogni singolo dettaglio di vita privata che sia presente negli atti giudiziari – sono, se possibile, ancora più gravi.

Il voyeurismo, in primo luogo, alimentato da quel giornalismo "di trascrizione" che sfrutta strumenti d'indagine preziosissimi, quali le intercettazioni, ma estremamente pervasivi, per soddisfare la curiosità morbosa del pubblico, spesso ben oltre le esigenze informative rispetto a fatti, essi sì, di interesse pubblico. Riversando in rete, senza alcuna selezione, atti investigativi nella loro integralità si mettono così a nudo l'indagato e i terzi, a qualsiasi titolo coinvolti nel processo, rivelando aspetti spesso privatissimi e intimi della loro vita, con danni a volte irreparabili nella vita familiare e di relazione (si pensi alla scoperta di una paternità naturale

¹ Lo sottolinea L. VIOLANTE, *Populismo e plebeismo nelle politiche criminali*, in *Criminalia*, 2015, 203.

² G. FIANDACA, *Contro la magistratura custode della morale*, in *Il Foglio*, 8 aprile 2015.

diversa da quella dichiarata). Gran parte di queste notizie resta, poi, in rete tendenzialmente per sempre, accessibile con i comuni motori di ricerca anche solo digitando un nome. Il principale “effetto penale” (non già della condanna, ma) della stessa imputazione diviene così il vedere la propria intera esistenza ridotta a un dettaglio, spesso deformato e deformante.

La gogna della rete costituisce, così, un “fine pena mai”, a prescindere da come si concluda il processo. Quella della “biografia ferita” è, infatti, una sottovalutata implicazione della cronaca giudiziaria on-line: che porta l’indagato poi prosciolti ad essere ricordato per sempre – “etichettato” – come colpevole (magari anche di un reato infamante) per la diversa risonanza che hanno le assoluzioni rispetto alle imputazioni. Un arresto fa molta più notizia di un proscioglimento, per quell’esigenza – figlia di un certo giustizialismo – di dare un nome e un volto al “nemico pubblico”, ancor prima che il quadro probatorio si sia cristallizzato, quasi per placare un’ansia collettiva. L’indagato poi prosciolti subirà, così, uno stigma perenne dal vedere accostato al suo nome un’imputazione rivelatasi infondata, in violazione anche della presunzione d’innocenza.

Di qui il diritto – sancito dal Garante oltre che dalla giurisprudenza – ad ottenere, quantomeno dagli archivi on-line dei giornali, un link agli sviluppi successivi della notizia, così da garantire un’informazione aggiornata e completa e, insieme, a dignità dell’interessato. Ma anche il condannato, a distanza di molto tempo dal fatto e in assenza di ragioni che rinnovino l’interesse pubblico della notizia, ha diritto “all’oblio”: a non vedere, cioè, la complessità di una vita ridotta a quell’unica “colpa”. Di qui la possibilità di minimizzare lo stigma perenne della rete, richiedendo agli stessi motori di ricerca la deindicizzazione di queste notizie, pur presenti nei siti-sorgente, così coniugando memoria collettiva e storia individuale; giudizio pubblico e diritto al reinserimento sociale.

Se questi sono rimedi “*ex post*”, a quelli “*ex ante*” sta in certa misura provvedendo, per parte sua, la magistratura, con un provvedimento del Csm del 29 luglio e le direttive di talune Procure, volte a contenere – nel pieno rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa – la trascrizione di intercettazioni inerenti aspetti irrilevanti ai fini delle indagini o terzi estranei. Limitando così l’ingresso, nel fascicolo procedimentale, di dati personali non strettamente pertinenti al reato contestato, relativi a terzi o, comunque, dei quali si possa fare a meno senza per questo nuocere alle indagini, si potrebbe quindi evitare, già a monte, il rischio di una loro indebita divulgazione sulla stampa. È, questa, una strada già da noi auspicata e che ci auguriamo il legislatore possa percorrere, per garantire – nel rispetto dei diritti della difesa e della libertà di stampa – che negli atti processuali e, quindi, nella cronaca giudiziaria non siano riportati interi spaccati di vita privata – delle parti e, soprattutto, dei terzi –, privi di reale rilevanza pubblica.

Tutti questi “rimedi” non possono però sostituire l’esercizio responsabile del diritto di cronaca, che nel caso della giudiziaria tocca quanto di più prezioso abbiamo, come singoli – la reputazione e la dignità – e come collettività – l’esercizio imparziale della funzione giurisdizionale.

Danni da processo mediatico

DI GIORGIO SPANGHER

Al momento della celebrazione del processo all’imputato per l’omicidio di Robert Kennedy fu difficile formare la giuria: quasi tutta l’America aveva visto e rivisto l’incolpato sparare al Ministro statunitense della Giustizia. Lo stesso accadde in occasione del processo ad O.J. Simpson. Le opinioni e i pregiudizi dei possibili giurati sono motivo della loro esclusione dai dodici soggetti chiamati a formulare il verdetto.

L'esito del processo deve essere basato sulle prove assunte in udienza. Quando si discute di questioni procedurali la giuria è congedata dall'udienza, ovvero il giudice che non ha poteri decisori nel merito riceve le parti – pubblica e privata – nel suo studio.

Durante la celebrazione del *trial*, i giudici della giuria sono segregati, senza possibilità di usare strumenti informatici, di vedere la televisione e quant'altro li colleghi all'esterno. Non possono scambiare opinioni tra di loro sul processo.

Un momento di criticità – ineludibile però – è costituito dai colloqui coniugati.

Nel regolare sul modello accusatorio il nostro sistema processuale il legislatore – pur nella diversità dei due riti – ha tenuto – in qualche modo – conto di questo elemento.

Il tema è racchiuso nell'art. 329 che disciplina il segreto delle indagini e nell'art. 114 che disciplina la pubblicabilità degli atti processuali.

La prima previsione tutela l'attività di indagine, evitando che le attività investigative del p.m. e della p.g. possano essere inquinate da interventi tesi alla loro deviazione o inquinamento. Sintomatico, nella stessa prospettiva, il potere di segretazione e di desegretazione, nonché i vari strumenti destinati a rinviare la conoscenza di notizie o di attività che più potrebbero essere conosciute.

Oscuramento delle iscrizioni nel registro degli indagati, differimenti nel deposito degli atti ai quali il difensore avrebbe potuto assistere, inserimento di *omissis* in alcuni atti processuali pure estensibili.

Il tutto è incrementato da discipline specifiche: intercettazioni preventive; attività dei servizi; intercettazioni illegali.

Il segreto delle indagini cessa quando l'imputato ne ha conoscenza – diretta o per il tramite del difensore – e non sussiste per gli atti del giudice e per quelli delle parti o di soggetti estranei al processo.

Segreti e potere di segretazione sono previsti nei casi in cui l'attività dell'accusa e della p.g., da un lato, e quella del difensore, dall'altro, si intersecano (artt. 362 - 391 bis c.p.p.).

Il tutto viene circondato dalle previsioni sanzionate sotto il profilo penalistico (art. 379 bis c.p.).

Su di un altro piano, non destinato a tutelare il momento investigativo, si colloca la disciplina della pubblicabilità degli atti. La materia, come anticipato, è regolata dall'art. 114 c.p.p.

La prospettiva della norma, che si correla all'art. 329 c.p.p., nel delineare le materie coperte o meno dal segreto, si muove nella garanzia della tutela del sistema bifasico introdotto dalla riforma del 1988.

Senza arrivare alla rigidità del sistema americano, di cui all'esordio, si vuole tutelare il convincimento del giudice che non deve essere pregiudicato dalla pregressa conoscenza del materiale probatorio. Due sono i cardini della disciplina. La distinzione tra atto e contenuto dell'atto; la distinzione – su questa base – delle scansioni processuali. Il divieto di pubblicazione dell'atto di indagine nella sua integralità è condizionato dal passaggio delle fasi: indagini, dibattimento, appello, fine del procedimento e conoscibilità del giudice dibattimentale. La pubblicabilità del contenuto dell'atto nel caso in cui non sia coperto dal segreto di cui all'art. 329 c.p.p.

Esulano, conseguentemente, da questo contesto, le notizie sui fatti storici, gli atti non riconducibili ad attività di investigazione, le attività di soggetti estranei (ad esempio, liste dell'Agenzia delle entrate su esportatori di capitali, gli atti riconducibili ad attività extraprocessuali).

In questo contesto, va collocato il c.d. processo mediatico, nelle sue varie declinazioni. Un processo parallelo che si celebra nelle varie sedi della comunicazione (giornali, media vari, siti informatici, fra gli altri). Naturalmente, non tutti i processi suscitano un interesse tale da essere oggetto di questo circuito e di questa attenzione. L'orizzonte è segnato dal processo politico, da quello scandalistico e da quello, comunque, chiamato a sollecitare a vario titolo (sicurezza, etica, morale) l'attenzione d'una vasta (o più o meno vasta) platea di soggetti ritenuti interessati.

Il più delle volte l'attenzione o la curiosità (morbosa o meno) viene indotta e stimolata dall'enfasi di descrizione dell'evento.

Le dinamiche di questi percorsi extraprocessuali sono diverse, e ad essi non si sottraggono neppure gli organi dell'investigazione e quelli dell'accusa.

Sotto questo profilo, al di là dell'orgoglio di imprimere il proprio marchio, anche in termini formali, sull'attività di indagine e sui suoi risultati, inserendo il "logo" dell'organo che ha espletato le attività o i singoli atti, la diffusione delle attività attraverso conferenza stampa, diffusione di notizie, di articolazioni (anche fotografiche) degli arrestati, c'è l'idea della procura di blindare con il marchio della verità l'impianto accusatorio connotandolo di indicazioni e riscontri accreditandone la solidità dei risultati, che non consentirebbero soluzioni alternative.

Si sposta, così, da subito l'attenzione dell'opinione pubblica sulla colpevolezza delle persone implicate.

Alla luce di una recente direttiva europea in tema di presunzione di non colpevolezza simili attività, in quanto tese a evidenziare la colpevolezza delle persone dovrebbe essere esclusa, irrilevante risultando la previsione della legge di ordinamento giudiziario che consentirebbe al capo della procura di intrattenere rapporti informativi con la stampa.

Per questo genere di processi, spesso – o quasi sempre – riguardanti fenomeni di criminalità organizzata l'esercizio difensivo nel circuito mediatico è molto difficile, risultando problematico sviluppare discorsi e argomenti difensivi.

Su di un altro piano si colloca il processo politico, quello – cioè – che vede coinvolti – sotto vari profili – i personaggi (locali o nazionali) della vita pubblica.

Oltre nelle aule "dei tribunali" questo tipo particolare di procedimenti si articola nella contrapposizione pubblica tra le forze coinvolte, in difesa e in attacco, tese ad accentuare il disegno avversativo o finalizzato a ridimensionare i danni di immagine delle vicende, spettatore l'elettorato chiamato a supportare con il consenso o il distacco, il sostegno alle varie forze politiche antagoniste.

La partita si svolge, soprattutto, nel momento "iniziale" – salvo sviluppi nel proseguo, condizionati dal ruolo che il soggetto implicato continuerà o meno a svolgere. Invero, il più delle volte la partita mediatica si chiude nelle fasi iniziali o di medio periodo, in quanto temendo l'erosione del consenso il soggetto coinvolto viene "abbandonato" al suo destino processuale, che qualche volta si conclude con esiti variamente favorevoli (più prescrizioni che estraneità ai fatti).

L'appartenenza politica, spesso elemento negativo della vicenda, qualche volta si volge in fatto "positivo" nella misura in cui il gruppo di appartenenza sappia fare "quadrato". Più spesso, o quasi sempre, il soggetto viene abbandonato – comunque – al suo "destino".

Il dato trova ancora più precisi riscontri nelle vicende che riguardano i magistrati coinvolti in vicissitudini penali variamente articolate o connotate.

Su di un piano ulteriore e diverso si collocano le vicende più strettamente intersoggettive, legate alle dinamiche dei rapporti tra (supposto) autore del fatto e (supposta) vittima dello stesso.

In questo caso si scatenano contrapposizioni mediatiche tese a spostare gli equilibri delle opinioni esterne al processo. La natura delle ipotesi delittuose e le modalità dell'accadimento accentuano la domanda di conoscenza e innestano non disinteressate ricostruzioni degli accadimenti.

È difficile dire quanto il processo mediatico, più o meno articolato e protratto nel tempo possa influire sull'esito del processo, non tanto – forse – in relazione alla decisione di merito, ma sicuramente rispetto all'atteggiamento dei partecipanti, al loro convincimento. Sicuramente il faro acceso dai *media* può determinare qualche "attenzione" maggiore da parte degli organi dell'investigazione e dei titolari dell'azione penale.

Deve, invece, ritenersi sufficientemente condivisibile l'assunto per il quale il processo mediatico può determinare nelle contrapposte "tifoserie" in relazione all'esito non condiviso della decisione, un senso di sfiducia nella macchina giudiziaria e nei confronti della giustizia.

Nel contesto di queste contrapposizioni un ruolo ulteriore è costituito da quelle situazioni caratterizzate

da una pluralità di persone offese, situazione riconducibile alla c.d. società del rischio ed alle situazioni riconducibili ai c.d. disastri. In questi casi, è innegabile la pressione mediatica alla quale è sottoposto il processo penale che subisce una pressione ambientale non agevolmente arginabile, sia nel suo svolgimento, sia nel suo esito, quasi mai interamente condiviso dalle persone offese ovvero dai danneggiati, trattandosi quasi sempre di situazioni connesse ad eventi mortali e fortemente impattanti sulla sensibilità dell'opinione pubblica.

Esiste un ulteriore aspetto da prendere in considerazione. Molto spesso la "pesca a strascico" dell'attività probatoria, secondo una logica onnivora del sistema a conservata valenza inquisitoria consente ovvero determina l'ingresso nel materiale processuale di elementi del tutto estranei ai fatti, confinati nella dimensione rigorosamente "privata" dei protagonisti e dei comprimari del processo, se non spesso di persone assolutamente estranee alla vicenda giudiziaria.

Si tratta della situazione più inquietante della diffusione mass mediatica di una vicenda processuale.

Se, invero, le situazioni sin qui esaminate alla fine confluiscono nel percorso processuale, con le "garanzie" – forti e deboli – che esso possiede, in questo caso la tutela dell'*estreneus* è assolutamente insufficiente. Il soggetto è "nudo" di fronte alla divulgazione di ciò che lo riguarda.

Le tematiche qui affrontate richiedono, quindi, una riflessione articolata ed una risposta multilivello.

Con riferimento al processo vanno considerate le risposte endoprocedimentali a tutela della vittima del processo e la necessità di nuovi strumenti di tutela sia durante, sia dopo la conclusione della vicenda giudiziaria.

Si tratta di consolidare il bagaglio degli strumenti di solidarietà a ristoro di una vicenda sicuramente lesiva della persona, sotto il profilo economico, morale, familiare, sociale. I tempi purtroppo della messa in campo di questa rete sono lunghi e comunque in ogni caso inadeguati a ristorare i danni – se ingiusti – che il processo ha determinato.

Quanto all'ipotesi della diffusione di elementi estranei alla vicenda giudiziaria, il discorso appare suscettibile di "risposte" più immediate e soddisfacenti. Pur dovendosi rimarcare – sulla scorta della giurisprudenza Cedu – il ruolo pubblico o meno della persona, l'interesse all'informazione, la completezza e la precisione della stessa – è necessario che a livello processuale siano previsti e attivati filtri destinati ad impedire queste divulgazioni. Stralci, segretazioni, oscuramenti in varie forme attivate, possono costituire un elemento "a monte", senza che ciò determini in nessun modo pregiudizio per l'esercizio del diritto di cronaca.

Ove ciò non si determini, devono operare gli strumenti a tutela della *privacy*, da attuarsi con l'intervento sanzionatorio della giurisdizione e delle *Authorities*.

È vero che il "danno" è già stato causato, ma devono esserne ridotti, ridimensionati gli effetti e risarciti i comportamenti illegali e nocivi.

Si tratta di percorsi inediti, nuovi, inesplorati lungo i quali tuttavia è necessario incamminarsi, velocemente. Bisogna che i soggetti lesi siano consapevoli di esercitare un diritto fondamentale di rango costituzionale: quello della dignità della persona, della propria integrità.

Giulio Paoli, chi era costui? Temo che qualche giovane collega, e anche non più giovane, sentendo questo nome si porrà la famosa domanda che Don Abbondio si pose rispetto a Carneade. Del resto, anche Giovanni Flora, nella bella introduzione alla raccolta degli scritti di Giulio Paoli, curata da Mario Pisani, confessa che allorché lesse di lui per la prima volta, “gli rimaneva sconosciuto”.

Giulio Paoli nacque a Firenze nel 1879 e vi morì nel 1942. Fu avvocato a Firenze dove insegnò sinché non fu estromesso dalla cattedra di diritto e procedura penale e trasferito all’Università di Pavia rifiutandosi di appoggiare la lista fascista alle elezioni del 1928.

Magnifico oratore, e grande giurista, in queste belle pagine sogna di essere in punto di morte e di raccontare al figlio come aveva fatto l’avvocato. Si può sintetizzare in queste parole: “Un grande amore mi ha guidato, che, a dir vero, se dovessi fare una graduatoria di gerarchie, dovrei indicare non come *ultimo* ma come *primo*: quello per la toga del difensore”.

Un altro insegnamento mi piace ricordare in tempi in cui l’oratoria forense è, talvolta, o una inutile esibizione, o un piatto dire senza *pathos*: “il difensore che parla perché sa di poter mettere insieme un bel discorso, quando sarebbe più utile la rinuncia a parlare e il silenzio, è un cattivo patrono: l’arringa non è fatta per giovare ai difensori, è fatta per giovare ai difesi, chi non capisce questo, è un pover’uomo!”.

Era mia intenzione dedicare una delle “stanze” alla figura del difensore. Giovanni Flora mi ha proposto questo scritto che a me pare insuperabile per la sua chiarezza, per la sua passione e per la sua attualità. Sarebbe stato impossibile fare di meglio.

GAETANO PECORELLA

Io l’avvocato l’ho fatto così

*Firenze, Le Monnier,
MCMXXXIV-XII, pp. 19*

L’altra notte ho fatto un sogno.

Non troppo allegro.

Ho sognato che ero sul letto di morte, e che Giustiniano (mio figlio) – da pochi mesi dottore in giurisprudenza – mi stava vicino vicino, tenendomi la mano, quasi fredda ormai, con gli occhi pieni di lacrime, e con gli orecchi tesi, intento a raccogliere quanto io gli dicevo piano, come in un soffio, come in un sospiro...

Gli dicevo così.

Io ho finito ormai di far l’avvocato, tu comincerai tra poco: e, dunque, voglio che tu sappia come l’ho fatto io.

Testamento morale?

Ma che testamento morale! Queste sono cose da grandi uomini, e io sono un modestissimo uomo.

Mandato a continuare la tradizione?

Ma neanche per ombra! questo presumerebbe che io sono stato ottimo, mentre è perfettamente possibile

che sia stato appena appena buono, o mediocre, o anche cattivo.

No, mio caro, non si tratta né di testamento né di un mandato, si tratta di un'informativa: se in essa troverai qualcosa che valga la pena di essere raccolta, raccoglila, e questo allora consideralo pure come mandato: il resto – quello che non vale la pena di raccogliere – consideralo come una confessione *in articulo mortis*... e dimenticalo.

Bada, non intendo parlarti del lato, dirò così, tecnico della professione: studiare accuratamente tutte le cause, per modo che non sfugga all'esame critico neanche una pagina, neanche un rigo (talvolta la soluzione che interessa alla difesa è sparsa in centinaia di pagine, ma tal'altra è... nascosta in un rigo!); rendersi conto di tutte le questioni di fatto e di diritto, che la causa può presentare e rivederle, sempre, una per una, anche se trattate infinite altre volte, tenendo presente, per quanto riguarda il fatto, che ben di rado se ne verificano due assolutamente identici, e per quanto riguarda il diritto, che se gli orientamenti della dottrina variano con una certa lentezza, quelli della giurisprudenza riserbano delle vere e proprie sorprese anche a distanza di pochi giorni: la dottrina è, in generale, (o, per lo meno, dovrebbe essere) più profonda, ma è... più pesa, si muove adagio; la giurisprudenza, se anche è meno approfondita (le sentenze, d'altronde, non debbono essere né trattati né monografie!) è certamente più duttile, più snella, è più vicina alla vita, ne tiene il polso, ne segue il ritmo; si muove continuamente: (vedi per esempio – finché fui sano le guardie campestri erano sempre state, per il Supremo Collegio, pubblici ufficiali; il giorno prima di mettermi a letto, lessi sull'ultimo fascicolo di una rivista che le guardie campestri, per il Supremo Collegio, non erano altrimenti pubblici ufficiali: sarebbe stato lecito, sarebbe stato onesto per un avvocato, che avesse dovuto difendere una causa di oltraggio contro una guardia campestre, aver ignorato il novissimo - e, ritengo, giustissimo - responso?); nei processi più gravi, quelli di più alta responsabilità professionale, che generalmente sono anche di maggior volume, come istruttoria, e di maggior durata, come dibattimento, preparare l'arringa con ogni più vigile cura, per modo che nulla sfugga e che tutto sia detto con ordine. Bada: prepararla, non impararla a memoria; quello è non soltanto un pregio, ma un preciso dovere, questo è un notevole difetto, che può talvolta tramutarsi in un vero e proprio guaio e perfino cader nel ridicolo: tra l'argomento vivo, rovente, robusto, anche sgrammaticato (meglio se no!) e la *consecutio temporum*, bella, pulita, elegante, ma fredda, ma piatta, preferisci l'argomento ed infischiate della *consecutio*...

Ma, pur seguendo gli stessi principi dello stesso vangelo, ognuno poi li adotta rivestendoli del proprio spirito, della propria anima, del proprio carattere, del proprio *pathos*. M'intendi?...

Dammi un goccio di caffè. Prima di affrontare la parte più grave di un discorso ho sempre sorbito un goccio di caffè...

Ecco... grazie...

Io, vedi, ho avuto un grande difetto: in verità, non volgare, ma, insomma, un difetto: io ho amato troppo la mia professione. E non soltanto in linea generale – il che forse sarebbe stato, invece, un pregio –, ma anche in ogni suo particolare: processo per processo. Io ho amato troppo le mie cause ed ho creduto troppo nelle ragioni che deducevo in giudizio, fino all'angoscia, fino all'irritazione.

Io mi sono finito, in questi trent'anni di lavoro nelle aule giudiziarie, convinto sempre che la mia tesi fosse quella giusta. Evidentemente ho avuto torto. Ma questo spiega assai bene, mi sembra, la mia sofferenza al dibattimento, la mia intolleranza all'ostacolo, la mia eccessiva durezza nell'attacco, la mia violenta reattività di fronte all'attacco avversario. Credendo sempre che la verità fosse la mia, mi è accaduto, non di rado, di considerare chi mi intralciava la strada, opponendosi all'affermazione di questa mia verità, quasi come un profanatore della giustizia.

Questo mi è stato sempre rimproverato, molto con le buone maniere, un poco anche con le cattive.

Poiché questa è ora di raccoglimento, di pentimento e di perdono, dichiaro di accettare con ogni umiltà (oggi... per allora) i rimproveri fattimi e anche quelli soltanto pensati; dichiaro di perdonare a tutti coloro che

esorbitarono nel formularli, e domando d'essere perdonato.

Ma vedi – mio caro – poiché sono convinto che molto mi si fraintese, vorrei non essere frainteso da te in questo momento supremo.

È vero che fui sempre ardente, anche rovente; assillante, anche intemperante, rude, anche violento, lo riconosco e ne fo ammenda, ma bada, questo *non fu mai nel mio interesse*, sempre bensì nell'interesse di chi mi si era affidato: il grosso e il piccolo; il ricco e il povero; il potente precipitato dal piedistallo, e il meschino sempre vissuto rasente terra e scivolato anche più in basso, non feci mai la voce grossa né contro il debole, né contro il caduto, né contro l'indifeso. Facile cosa sarebbe stata questa, ma ingenerosa; io prescelsi la più difficile, anche se più pericolosa.

Tra le norme dello scontro cavalleresco sta scritto il divieto dei colpi bassi: io non ho violato mai questo divieto: ho sempre tirato alto.

E poiché è accaduto, purtroppo, alcuna volta (quantunque pochissime volte) che io sia venuto ai ferri corti con qualche magistrato, non è mancata l'anima buona che ha insinuato com'io non avessi per la magistratura il riguardo che si conviene.

Stolta meschinità!

Io, mio caro, amo la magistratura infinitamente, assai più e meglio di tutti coloro che da mattina a sera le sculettano intorno, tenendo in una mano la spazzola e nell'altra la cera sempre pronti a lucidarle gli stivali. Ed ho considerato come squisito titolo di nobiltà il fatto che scorra nelle mie vene sangue di magistrato (e di uno tra i più insigni ed eletti). I rapporti affettuosi tra curia e magistratura non costituiscono, per me, una vecchia frase adusata, ma sono una vera e chiara tradizione della mia famiglia. Voglio alludere, tu m'intendi, all'amicizia teneramente fraterna che corse tra Baldassarre Paoli e Francesco Carrara.

Ma se nei riguardi della magistratura io abbia qualche volta peccato – e può darsi – anche questo è avvenuto per troppo amore.

Pensando alla funzione della giustizia come la più alta e la più luminosa tra tutte le funzioni statuali, ho sempre agognato (sognato, forse) i giudici perfettissimi.

Mussolini ha detto che «la legge di un Paese è la parola d'onore dello Stato». Scultoreo. Ma da questo principio deriva un corollario, che è il seguente: «con l'applicazione della legge al fatto lo Stato mantiene la sua parola d'onore».

Victor Hugo definì l'amore così: ridurre l'universo ad una sola creatura, elevare questa creatura sino a Dio. Ecco l'amore.

Ora possono esservi momenti nella vita d'un uomo (di colui che deve esser giudicato) in cui l'universo è ridotto ad una sola creatura (il giudice), e questa creatura è desiderata degna di assidersi presso il trono di Dio.

Pensa: poter disporre della libertà di una persona, del suo onore, dei suoi averi, della sua posizione nella famiglia e nella società, poter indagare sul suo passato, poterne penetrare i segreti più gelosi e reconditi, poter decidere del suo avvenire, persino della sua vita, talvolta irremissibilmente: può esservi nulla di più pauroso e di più grande? Non credo.

E pertanto essendomi foggiate il giudice a somiglianza di un Arcangelo ed avendolo parificato all'Amore nella concezione vittorughiana, non ti posso nascondere che sono incorso in qualche delusione...

E quando la delusione è stata un po' troppo forte, allora io ho reagito un po' troppo vivacemente.

Ma ho reagito per amore.

Mi capisci?

Ma l'hai tu un'idea chiara di che cosa sia - per esempio - il mandato di cattura nelle mani di un uomo, se quest'uomo non è, oltreché di diritta coscienza (la qual cosa, in verità, non ho avuto mai occasione di dover mettere in dubbio, neppure lontanamente), anche di equilibrio perfetto, di saldo carattere, di mente elettissi-

ma, di notevole cultura, di assoluta serietà?

Il mandato di cattura colpisce spesso il colpevole, diciamo pure – e anzi speriamolo! – la maggior parte delle volte, ma talora, purtroppo, e per imprescindibile necessità di cose, colpisce anche l'innocente: comunque, sempre, non il *condannato*, ma il *giudicabile*.

E pensa, dunque, quale orrendo strumento di tortura potrebbe riuscire quest'arma se affidata a mani che ne usino eventualmente, non con la più austera dovuta cautela, ma con qualche leggerezza.

L'uomo è soggetto ad errare: qualunque uomo, anche il migliore, e il giudice è un uomo: né si può chiedere a lui più di quanto l'umanità possa dare, ma quanto può dare bisogna poterglielo chiedere tutto.

Ora, dimmi tu, se pensando così la giustizia ed agognando così il giudice, io possa o no rivendicare a me, contro tutti i devotissimi lustrascarpe della terra, l'amore più vivo, più sano, più forte, più puro nei riguardi di questa superbamente grande istituzione sociale che si intitola MAGISTRATURA!

L'ossequio ad occhi chiusi e ad ogni costo è stucchevole blandizie e balorda piaggeria: l'ossequio che deriva da una mente che pensa, da un cuore che pulsa, da un carattere che non transige e non s'accomoda è l'ossequio vero, quello forgiato nel bronzo, il solo che si dovrebbe concedere, il solo a cui si dovrebbe aspirare.

Finalmente, un grande amore mi ha guidato, che, a dir vero, se dovessi fare una graduatoria di gerarchie dovrei indicare non come *ultimo* ma come *primo*: quello per la toga del difensore.

Anzi, se tu ritenessi opportuno, un giorno o l'altro, di render pubbliche queste mie estreme confessioni, chiedi ospitalità al giornale che si chiama così: *La Toga*).

Ti ho detto «difensore» perché, vedi, avvocati ce ne sono di tante qualità: ci sono quelli che si occupano di contratti, quelli che si occupano di banche, quelli che si occupano di borse, quelli che si occupano di società anonime, quelli che si occupano di politica, ecc.; io non dubito, neanche per un momento, che tutte queste sieno cose degnissime, comunque non me ne intendo: ma io non ho detto «avvocato», ho detto «difensore»: la differenza è notevolissima: tutti i difensori debbono essere avvocati, ma non tutti gli avvocati sono difensori. Quello che distingue il genere avvocato dalla specie difensore è precisamente la toga. Non la toga in senso astratto, ma la toga in senso concreto, quella di panno nero, con gli alamari d'oro o d'argento, quella che si veste insieme con la facciola, e col tocco: la nostra casacca di lavoro, *la nostra veste sacerdotale!*

Io, morendo, ti lascio poche lire, pochissime; sono stato un lavoratore, non un guadagnatore: ma, bada, tra quelle che mi sono servite per vivere e quelle che serviranno a te dopo il mio grande viaggio, non ce n'è una, dico *una*, che non sia stata guadagnata con la toga addosso.

E con la toga addosso io mi sono sempre sentito come trasfigurato, come trasumanato.

Ho sempre ritenuto che giudicare, accusare, difendere siano bensì funzioni diverse, ma che partecipano di natura assolutamente identica, e che tutte interessano ugualmente, e nel medesimo grado, la sovranità dello Stato.

Presumendo pochissimo di me, ho presunto moltissimo della funzione: sconfinatamente.

Il difensore non deve soltanto dare tutto di sé, deve prodigarsi; la causa di chi lo ha prescelto e che egli ha accettato deve essere sempre la sua causa (senza, beninteso, confondere mai la propria personalità con quella di colui che difende); deve dimenticare tutti quanti, fino ad uno, i suoi eventuali particolari interessi, per sostituirvi tutti, fino ad uno, gli interessi di colui che difende: deve sapersi sacrificare, rinunciando, se occorra, anche a sicure soddisfazioni di amor proprio pur di giovare alla parte che assiste: il difensore che parla perché sa di poter mettere insieme un bel discorso, quando sarebbe più utile la rinuncia a parlare e il silenzio, è un cattivo patrono: l'arringa non è fatta per giovare ai difensori, è fatta per giovare ai difesi, chi non capisce questo è un pover uomo!

Il difensore deve gioire della vittoria, deve soffrire della sconfitta, deve trepidare nell'attesa del responso. Chi non sappia né soffrire, né trepidare, né gioire... prognosi infausta: è un difensore di quint'ordine, anche

se, per avventura, abbia larga informazione dottrinale, acuto senso giuridico, parola facile ed elegante, voce armoniosa e gradevole. Sono tutte ottime cose queste: la coltura, l'acutezza giuridica, l'eloquenza, la voce; ma «difensore» non è sinonimo né di giurista, né di oratore, né di baritono!

Il difensore che vede profilarsi lo spettro dell'ingiustizia, deve porsi di traverso, deve gridare: «non si passa», non importa a chi, non importa in che tono, costi quello che deve costare, segua quello che vuol seguire. Come l'eroe spartano, il difensore non può che tornare o con la toga immacolata, o sulla toga immacolata.

Non deve consentire – anche questo in qualunque modo e a qualunque costo – che si avvili o si deprima o si tenga in scarso conto, e molto meno che si offenda la sua funzione. Ho parlato della funzione, non di lui personalmente: perché, già ti ho detto, egli deve, come uomo, sapersi abolire: il ripicco di amor proprio, il fatto personale, la bizza, il pettegolezzo, debbono essere evitati, sempre, come piccole deplorabili cose. Ma sulla tutela della funzione deve essere irremovibile: rivendicandone il prestigio e la sacertà, non difende se stesso, difende un sacerdozio civile.

L'offesa che si faccia a lui riguarda lui solo, può non raccogliarla, può trascurarla, può perdonare, ma l'offesa che si faccia alla veste che lo ricopre riguarda tutti coloro che hanno il diritto e la gioia di indossarla, riguarda l'idea che essa rappresenta ed esprime: non è autorizzato a transigere. Se transige, tradisce: così come tradirebbe il soldato in guerra se venisse a patti privati col nemico che ha di fronte.

Deve essere vigile, sempre, sempre pronto e forte, non deve arretrare di un passo, mai, senza conoscere disagio, senza conoscere stanchezza: un attimo solo di distrazione o di debolezza o di condiscendenza può far precipitare la causa: colpa gravissima.

Certo per mantenere questa linea è qualche volta necessario pervenire a duri contrasti, anche dolorosi. Ma quando si pensi con quale anima la linea è tenuta, con quali ideali la battaglia è combattuta, quando si pensi che il difensore, sotto la toga, ha abolito il proprio io, come uomo, ha fatto tacere i propri interessi, i propri bisogni, le proprie ambizioni, le proprie tendenze, e, anche, occorrendo, i propri affetti, per sostituirvi completamente e devotamente soltanto la propria religione, io penso che gli si possa indulgere, anche se talvolta – come purtroppo accade – incorra in errore. Lasciate che deponga la veste, ed egli tornerà uomo tra gli uomini, umile e dimesso, dubitoso di sé, convinto della propria modestia, così come dianzi, vestito di toga, convinto della propria forza, era duro, incrollabile, arcigno.

Io, mio caro, l'avvocato l'ho fatto così...

E adesso dammi ancora un goccio di caffè, e lasciami morire in pace...

Senonché avvenne che, invece di morire in pace, mi svegliai.

E al lato del mio letto non c'era mio figlio, anche perché, purtroppo, io di figli non ne ho mai avuti, e se mi fosse toccato la gioia di averne uno, non me la sarei certo amareggiata chiamandolo Giustiniano.

Così la toga non posso lasciarla a lui: vuol dire, che, quando sarà giunta l'ora, essa scenderà con me nella tomba; ci faremo buona compagnia in morte come ce la siamo fatta in vita.

Ed intanto io continuerò a fare l'avvocato... così.

GIULIO PAOLI

