

# PAROLA alla DIFESA

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



[www.parolaalladifesa.it](http://www.parolaalladifesa.it)

6  
DUEMILADICIASSETTE  
novembre-dicembre

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, S. Lorusso, V. Maiello, V. Manes, A. Manna, A. Marandola,  
N. Mazzacuva, G. Pecorella, D. Siracusano, L. Stortoni

  
**Pacini  
Giuridica**

La rivista **Parola alla Difesa** è un periodico online gratuito e liberamente consultabile sul sito [www.parolaalladifesa.it](http://www.parolaalladifesa.it). Oltre ai fascicoli pubblicati con cadenza bimestrale, il sito ospita gli aggiornamenti, curati dalla redazione scientifica e dal comitato di redazione, riferiti alle più recenti pronunce provenienti dalle Corti, oltre alle news relative a novità legislative in materia penale. La rivista, senza scopo di lucro, nasce da una iniziativa dell'Unione delle Camere Penali Italiane, nella persona del suo Presidente Avv. Beniamino Migliucci, e dei Proff.ri Giorgio Spangher e Giovanni Flora, i quali hanno coinvolto, nella stesura dei contributi e nei comitati, docenti, ricercatori ed avvocati. Si precisa che tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito.

**Peer review.** Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati in questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review* che garantisce il livello qualitativo della rivista. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da due revisori entrambi scelti dalla Direzione. Un revisore viene selezionato tra i membri del Comitato scientifico per la valutazione; l'altro, invece, tra i membri del Comitato di Direzione o del Comitato Scientifico. I Revisori sono scelti a rotazione, tenendo conto delle loro competenze specifiche, ed esprimono, nel rispetto dei principi di trasparenza ed autonomia, il loro parere – in forma anonima – sulla meritevolezza della pubblicazione e sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole del revisore. In caso di discordanza di giudizio, è la Direzione a valutare se pubblicare il contributo. La documentazione relativa alla procedura di *peer review* è conservata dalla Direzione della Rivista.

I contributi destinati, invece, alle rubriche web “Aggiornamenti” e “News” sono sottoposti in forma anonima alla valutazione da parte di due revisori, scelti dalla Direzione, uno tra i membri del Comitato di Redazione e uno tra i membri del Comitato Scientifico per la Valutazione i quali, in forma anonima, esprimono il loro parere sulla meritevolezza della pubblicazione. La documentazione relativa alla procedura di *peer review* è conservata dalla Direzione della Rivista.

#### **DIREZIONE**

Beniamino Migliucci; Giorgio Spangher; Giovanni Flora

#### **COMITATO SCIENTIFICO**

Agostino De Caro; Filippo Dinacci; Oreste Dominioni; Giovanni Fiandaca; Leonardo Filippi; Alfredo Gaito; Marcello Gallo; Alberto Gargani; Giulio Garuti; Angelo Giarda; Fausto Giunta; Gaetano Insolera; Alessio Lanzi; Sergio Lorusso; Vincenzo Maiello; Vittorio Manes; Adelmo Manna; Antonella Marandola; Nicola Mazzacuva; Gaetano Pecorella; Delfino Siracusano; Luigi Stortoni

#### **CONSIGLIO SCIENTIFICO INTERNAZIONALE**

Lucian Chiriac; Artan Hoxha; Carlos Japiassu

#### **CONSIGLIO SCIENTIFICO PER LA VALUTAZIONE**

David Brunelli; Piermaria Corso; Piero Gualtieri; Carlo Guarnieri; Roberto Guerrini; Luigi Kalb; Lucio Monaco; Gaetana Morgante; Gustavo Pansini; Costantino Visconti

#### **COMITATO DI REDAZIONE**

Fabrizio Galluzzo; Gherardo Minicucci

Valerio Aiuti; Gabriele Aronica; Davide Bianchi; Andrea Borgheresi; Ersi Bozheku; Pasquale Bronzo; Andrea Chelo; Antonella Ciraulo; Guido Colaiacovo; Irma Conti; Giuseppe Della Monica; Laura Dipaola; Federico Emiliani; Costanza Fenyes; Martina Galli; Luana Granozio; Luigi Ludovici; Edoardo Mazzantini; Ottavia Murro; Gherardo Pecchioni; Matteo Piccirillo; Gianrico Ranaldi; Fabio Stancati; Giuseppe Tabasco; Fabio Varone

# Indice

## Editoriale

GIOVANNI FLORA, Taricco bis: la rivincita della legalità “nel segno” della Corte Costituzionale e le insidie del futuro ..... p. 559

## Opinioni

FABIO D’OFFIZI, FRANCESCO FRATINI, TOMMASO GIUSTINIANO, *La captazione dei colloqui difensivi tra novelle legislative e linee guida delle Procure* ..... » 565

FABIO VARONE, *Elezione di domicilio presso il difensore d’ufficio e nuovo art. 162, comma 4-bis, c.p.p., tra esegesi riduttive e applicazioni contra legem*..... » 577

MARCO MARCELLI, *Epidemia dolosa - caso Talluto*..... » 591

## Dal Parlamento / Al Parlamento

ERZI BOZHKEKU, *Brevi osservazioni in merito al c.d. disegno di legge Fiano sull’introduzione del reato di propaganda del regime fascista e nazifascista*..... » 601

OTTAVIA MURRO, *Modifiche normative in tema di stalking e condotte riparatorie* ..... » 607

## Dalle Corti

Corte Edu, Sez. I, 29 giugno 2017, n. 63446/13, con nota di VALERIO AIUTI, *Corte europea e “motivazione rafforzata” nel caso Lorefice*..... » 611

Cass. Pen., Sez. IV, 20 aprile 2017 (dep. 7 giugno 2017), n. 28187, con nota di MARGHERITA PALA, *La prima pronuncia di legittimità sulla nuova responsabilità medica. Tra apparenti contraddittorietà ed eccessiva procedimentalizzazione* ..... » 621

Cass. pen., Sez. un., 27 aprile 2017, n. 34090, con nota di EDOARDO MAZZANTINI, *Mero approfittamento di situazione favorevole e delitto di furto: le Sezioni unite escludono l’aggravante della destrezza*..... » 635

Cass. Pen., sez. IV, 10 maggio 2017, (dep. 1 giugno 2017), n. 27513, con nota di ALBERTO CAPPELLINI, *Circolazione stradale e principio di affidamento: l’impervio cammino della personalizzazione dell’illecito colposo*..... » 643

## Focus

*Misure di prevenzione*

A cura di GIUSEPPE DELLA MONICA

Introduzione, di Giuseppe Della Monica – Le categorie dei soggetti socialmente pericolosi, di Antonio Nobile – La partecipazione del prevenuto al procedimento, di Armando Cervone – Il procedimento istruttorio, di Genoveffa Stanco – Requisiti soggettivi per l'applicazione delle misure di prevenzione personali. L'attualità della pericolosità: una querelle verso la soluzione?, di Luciano Marchianò – I criteri decisori per l'applicazione delle misure patrimoniali, di Donatello Cimadomo – I termini previsti per la definizione del procedimento, di Francesco Siclari – La disciplina delle impugnazioni nel procedimento di prevenzione, di Gaetano Manzi – La tutela dei terzi, di Agostino Bellucci – I rapporti tra la disciplina interna e la giurisprudenza sovranazionale, di Daniele Livreri..... »	657
<b>Stanza di Gaetano</b> ..... »	701
di GAETANO PECORELLA	

# Taricco bis: la rivincita della legalità “nel segno” della Corte Costituzionale e le insidie del futuro

GIOVANNI FLORA

SOMMARIO: 1. La sentenza della Corte di Giustizia 5 Dicembre 2017: un passo indietro ed uno di lato. – 2. I punti qualificanti dell'impianto motivazionale della sentenza. – 3. Un “dialogo forzato” tra due diverse concezioni del diritto penale? – 4. Quale futuro per la prescrizione delle “gravi frodi” all’iva?

## 1. La sentenza della Corte di Giustizia 5 Dicembre 2017: un passo indietro ed uno di lato.

Con l’attesa sentenza del 5 dicembre 2017 la Grande Camera della Corte di Giustizia ha dato risposta ai quesiti che la nostra Corte Costituzionale le aveva sottoposto utilizzando lo strumento “dialogante” del ricorso per interpretazione. Come è infatti ben noto, con ordinanza n. 24 del 2017, vero e proprio “manifesto” del moderno diritto penale liberal democratico, la Corte Costituzionale, investita della questione di costituzionalità dell’art. 325 TFUE, che, secondo la “prima” Taricco, imponeva al giudice domestico la disapplicazione delle norme del codice penale sulla prescrizione dei delitti tributari (qualora le ritenesse ostativi alla repressione di gravi frodi iva in un numero considerevole di casi), aveva a sua volta chiesto alla Corte di Giustizia di precisare se tale disapplicazione dovesse operare:

anche in assenza di base legale sufficientemente determinata;

anche quando nell’ordinamento dello Stato membro la prescrizione fosse parte del diritto penale sostanziale e (quindi) soggetta al principio di legalità;

infine, anche quando si rivelasse in contrasto con i principi supremi dello Stato membro o con i diritti inalienabili della persona riconosciuti dalla costituzione dello Stato membro.

La Corte di Giustizia, dimostrando indubbiamente senso di responsabilità, ma ad un tempo anche un certo disagio nel non poter portare fino alle estreme conseguenze la propria precedente decisione, pronuncia una sentenza di compromesso: ribadisce la correttezza della interpretazione dell'art. 325 TFUE precedentemente adottata; ritiene però (disattendendo le guerrafondaie conclusioni dell'Avvocato Generale Yves Bot), che la disapplicazione delle disposizioni sulla prescrizione dei delitti tributari non possa disporsi qualora si riveli in contrasto con il principio di legalità, declinato nelle forme della determinatezza (intesa come prevedibilità delle conseguenze penali del proprio agire) e della irretroattività della legge penale; principi entrambi statuiti a livello europeo (articoli 49 e 51 della Carta e 7 § 1 CEDU), nonché parte delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri (§ § 51, 52 e 55 della sentenza). Evita però di prendere in considerazione il terzo quesito (in sostanza il tema dei controllimiti), si scansa, fa un passo di lato.

La conseguenza pratica di maggior rilievo, chiaramente enunciata, è che a coloro che hanno commesso delitti di frode all'iva, anche "gravi", anteriormente alla prima sentenza Taricco (8 Settembre 2015) potrà continuare ad applicarsi il regime di prescrizione disciplinato dagli artt. 161 e 162 c.p. Il destino del regime della prescrizione applicabile a coloro che hanno commesso (o commetteranno) simili fatti successivamente a tale data dipenderà invece dalla decisione che la Corte Costituzionale adotterà nel giudizio di rinvio.

## 2. I punti qualificanti dell'impianto motivazionale della sentenza.

I passaggi fondamentali lungo i quali si snoda il percorso motivazionale della sentenza sono dunque i seguenti.

a) L'interpretazione dell'art. 325 §§ 1 e 2, resa nella precedente sentenza dell'8 Settembre 2015, è corretta e va confermata. Anzi, l'obbligo di disapplicazione delle norme del codice penale italiano sulla prescrizione che ne discende nei casi di gravi frodi all'iva, opera "senza condizioni" (§38) [ Come dire che non c'è bisogno che il Giudice valuti se l'operatività delle regole sulla prescrizione impedisca una efficace repressione del fenomeno "in un numero considerevole di casi", come voleva la "prima" Taricco ] .

b) Il presupposto, per così dire, "sostanziale" è costituito dalla riaffermata sussistenza di un nesso diretto tra la riscossione del gettito iva interno e la consistenza delle risorse finanziarie dell'Unione Europea. È noto che in effetti una delle voci più rilevanti degli importi che i singoli paesi membri versano nelle casse dell'Unione è certo costituito da una percentuale, per vero modesta, dell'iva interna; ma non è la sola.

c) Tuttavia, in occasione della prima decisione sul caso dell'ormai arcinoto, suo malgrado, commerciante di bollicine Sig. Taricco, alla Corte di Giustizia non erano stati sottoposti i quesiti che oggi invece le sono prospettati dal Giudice remittente.

d) È certo vero che la prescrizione dei reati in materia di iva rientra comunque nella competenza concorrente dell'Unione e degli Stati membri in base all'art. 4 §2 TFUE; ma, in assenza di norme europee alla data dei fatti, la relativa disciplina è rimasta nella piena di-

sponibilità “discrezionale” degli Stati membri; almeno fino alla emanazione della Direttiva UE 2017/1371 del 5 Luglio 2017 che ha provveduto ad una, ancorché parziale, armonizzazione (§ 44). Conseguentemente del tutto legittimamente la Repubblica Italiana poteva qualificare la prescrizione come istituto di diritto penale sostanziale, soggetta al principio di legalità (§ 45).

a) Assorbente si rivela la risposta ai primi due quesiti oggetto del ricorso per interpretazione, che coinvolgono i requisiti di “prevedibilità, determinatezza ed irretroattività delle norme penali” in cui si sostanzia [ nella accezione per vero “riduttiva” della Corte di Giustizia ] il principio di legalità, ritenuto, – a ragione – patrimonio comune delle tradizioni costituzionali europee, recepito espressamente negli articoli 49 e 51 della Carta e nell’art. 7, §° 1 della CEDU (§§ 51, 52, 53). Senza contare che, come già rilevato al punto 53 della prima Taricco, “i giudici nazionali sono tenuti ad assicurarsi che i diritti fondamentali delle persone accusate di aver commesso un reato siano rispettati “ (§ 46).

b) Ne consegue che la disapplicazione delle norme italiane sulla prescrizione non può essere disposta se ciò comporta la sottoposizione ad un trattamento non prevedibile al momento del fatto, poiché basato su una norma non determinata, o comunque la sottoposizione retroattiva ad un trattamento penale più severo di quello vigente al momento del fatto [non essendo ancora intervenuta la prima Taricco, n.d.r.].

### 3. Un “dialogo forzato” tra due diverse concezioni del diritto penale?

Non v’è dubbio che la Corte di Giustizia, per evitare un clamoroso scontro istituzionale in contraddizione con lo spirito dialogico che deve informare i rapporti tra “ Corti Supreme”, abbia dovuto diplomaticamente scendere a compromessi, tentando, a volte maldestramente, di conciliare due diverse concezioni di fondo del diritto penale: la propria e quella scolpita dalla Corte Costituzionale nell’ordinanza di rinvio.

La più evidente dimostrazione ne è costituita dall’aver schivato l’ultimo e più impegnativo quesito: quello che chiamava in causa i principi irrinunciabili caratterizzanti l’architettura dell’ordine costituzionale dello Stato membro: la riserva di legge intesa come principio fondativo degli equilibri istituzionali dello Stato; la tutela dei diritti fondamentali della persona umana garantiti dallo Stato.

Misurarsi con il terzo quesito avrebbe verosimilmente fatto emergere quella diversa concezione del diritto penale che le due Corti dialoganti possiedono per consolidata formazione culturale ad avrebbe reso assai difficile, se non impossibile adottare una soluzione “diplomatica”: un diritto penale che per la Corte di Giustizia deve essenzialmente preoccuparsi della efficacia/effettività/completezza della tutela e di prevalente produzione giurisprudenziale; un diritto penale che per la Consulta è dominato dalla riserva parlamentare di legge (come espressione della divisione dei poteri) che si estende a tutte le disposizioni che riconnettono la concreta sottoposizione a pena della persona che ha

commesso un fatto di reato e connotato dalla tipicità/frammentarietà, dove le lacune sono coesenziali al tipo di tutela.

Diversa concezione che inevitabilmente traspare, quasi in filigrana, nei passaggi dove la Corte del Lussemburgo assegna indifferentemente al legislatore e/o al giudice il dovere di realizzare compiutamente la tutela degli interessi finanziari dell'Unione discendente dall'art. 325 TFUE (cfr. §§ 39 e 41); norma che chi è abituato a considerare la riserva di legge non solo come principio regolatore della disciplina delle fonti del diritto penale, ma anche come pilastro degli equilibri istituzionali tra i poteri dello Stato, non può che "leggere" come rivolta esclusivamente al legislatore. L'aver poi individuato la quintessenza della determinatezza esclusivamente nella prevedibilità delle decisioni giudiziarie, con l'ulteriore conseguenza di "bloccare" il limite della retroattività *in malam partem* alla data della emanazione della prima Taricco, rivela palesemente una concezione della legalità, nelle sue articolazioni, dove la "norma" da osservare è quella creata ex novo dal giudice (neanche quella scritta "interpretata" da giudice); concezione che è "altra" rispetto a quella recepita dalla nostra Costituzione, da sempre garantita e recentemente impressa a fuoco nella ordinanza n.24 del 2017 dalla nostra Corte Costituzionale. Solo in presenza di una chiara, inequivoca disposizione di legge parlamentare entrata in vigore prima della commissione del fatto il giudice può applicare o disapplicare una determinata disciplina che incide sulla concreta inflizione della sanzione penale ad una persona; che alla commissione di un fatto reato riconnette la conseguenza della concreta punibilità (riserva di legge di modo di disciplina).

Senza dimenticare che tutelare i diritti fondamentali della persona significa anche impedire che egli sia sottoposto, per una frazione eccessivamente lunga della sua vita terrena, alla graticola del procedimento penale.

Certo, il tema della prescrizione presenta profili di particolare complessità, trattandosi di effettuare un delicato bilanciamento tra molteplici esigenze: quella della efficace repressione dei reati, quella di garantire il diritto delle persone a non essere sottoposte a pena ad eccessiva distanza dalla commissione del fatto (a tutela del principio rieducativo), quella delle vittime e degli indagati/imputati a vedere conclusa in tempi ragionevoli la vicenda processuale (artt. 2 e 111 Cost.). Ma questo contemperamento che implica scelte di politica criminale di fondo non può che essere effettuato dal legislatore come Domenico Pulitanò ha autorevolmente affermato in uno degli scritti che ha da par suo dedicato al tema (il riferimento è , in particolare, al lavoro "*La posta in gioco nella decisione della Corte Costituzionale sulla sentenza Taricco* , *Dir. Pen. Cont.*, 2016, p. 237 segg); anche quando si tratta di dare attuazione al principio di assimilazione. Rispetto al quale ultimo, "lasciato per strada" dalla Corte del Lussemburgo , mi limito ancora a ribadire che il termine di paragone, già individuato dalla prima Taricco nell'associazione dedita al contrabbando di tabacchi lavorati esteri, oltre che essere frutto di scelta "di comodo", rivela, una volta di più la scarsa dimestichezza dei Giudici di Lussemburgo con il "mondo" del diritto penale; essendo del tutto evidente che il regime di prescrizione di tale delitto è stato prescelto non tanto in funzione delle esigenze di tutela delle finanze statali, ma in ragione della particolare pericolosità delle associazioni criminali che si dedicano a tal tipo di traffici.



#### 4. Quale futuro per la prescrizione delle “gravi frodi” all’iva?

Dunque, già sulla base della sentenza del 5 Dicembre 2017 della Corte di Giustizia (che convenzionalmente abbiamo chiamato e viene chiamata “Taricco *bis*”) la prescrizione dei delitti in materia di iva, anche gravi ed anche costituenti delitti fine di associazioni criminali, commessi fino a tale data di pronuncia della prima Taricco rimane regolata dalla normativa vigente al momento dei fatti. E v’è in proposito da chiedersi se e quali rimedi potranno esperire coloro che se la sono visti disapplicare in sollecito ossequio al *dictum* eurogiurisprudenziale dell’8 settembre dalla Terza Sezione della Corte di Cassazione (Cass. Sez. Terza 15.09.2015, n. 2210, dep. 20.10.2016), subendo così una condanna (ormai) irrevocabile che si rivela però “ingiusta”, già alla sola luce della Taricco *bis*. Potranno costoro esperire un incidente di esecuzione adducendo di essere (stati) condannati ad una pena “illegale”? In analogia a quanto disposto in ordine alla “illegalità della pena” dalle SS.UU.26.02.2015, Butera? A me sembra effettivamente l’unico rimedio per sanare una palese ingiustizia.

Il destino della prescrizione delle gravi frodi iva, con tutta la irrisolta disputa sulla determinazione dei livelli di consistenza tali da integrare il requisito di “gravità”, perpetrate successivamente all’8 Settembre 2015, è invece tutto nelle mani della Corte Costituzionale.

Pur essendo sempre arduo azzardare previsioni, credo che la Corte Costituzionale manterrà ferma la posizione assunta con l’ordinanza n. 24 del 2017; a maggior ragione dopo le risposte “vittoriose” ottenute dalla Corte di Giustizia. In particolare ritengo che non potrà che riaffermare le conseguenze che discendono dal principio di legalità, nelle sue note declinazioni, nella accezione recepita nel nostro sistema costituzionale. L’alternativa che si troverà a dover sciogliere è quella tra una sentenza interpretativa di rigetto “nei sensi di cui in motivazione” (soluzione più “tenera” nei confronti della Corte di Giustizia) e una sentenza interpretativa di accoglimento, affermando che la norma è incostituzionale “nella parte in cui non venga interpretata nel senso che...” (soluzione che certo darebbe maggior risalto alla “nostra” concezione della legalità. E ne costituirebbe il definitivo trionfo). Come decisione vincolante *erga omnes* e non solo per i giudici che hanno sollevato la questione, l’adozione di quest’ultimo tipo di sentenza fungerebbe poi da efficace antidoto contro possibili iniziative personali di qualche giudice che, in preda ad un incontenibile vocazione a disapplicare le garanzie costituzionali, riavvii il medesimo processo involutivo innescato dal GUP di Cuneo.

Ma, per scongiurare questo possibile scenario oscurantista, occorrerà però che anche l’Avvocatura, soprattutto attraverso l’Unione delle Camere Penali che ben può vantarsi da avere per prima segnalato i pericoli implicati dalla sentenza dell’8 settembre 2015 (basti ricordare il Convegno fiorentino “Dal Giudice garante al Giudice disapplicatore delle garanzie”, i cui atti sono stati pubblicati nell’omonimo volume) e l’Accademia che ha a cuore i principi del diritto penale costituzionale, continuo ad impegnarsi in ogni sede affinché i buoni semi della Taricco *bis* trovino la loro più rigogliosa fioritura nella decisione che la

Consulta dovrà adottare, nella futura prassi giurisprudenziale e, possibilmente, anche nelle opzioni politico criminali della legislazione che verrà.

L'obiettivo da perseguire pervicacemente è quello di pervenire ad un assetto dei rapporti tra norme "costituzionali" europee e norme costituzionali "interne", ivi comprese quelle italiane, appena uscite vittoriose da "dialogo-confronto" con la Corte del Lussemburgo, nel quale risulti chiaramente stabilito che se le norme dei singoli Stati membri assicurano alla persona un livello di garanzie superiore a quello contemplato dalle norme di matrice europea, prevalgono quelle dei singoli Stati membri. Quelle europee entrano in gioco solo quando il livello di garanzie "interne" risulti inferiore.

# La captazione dei colloqui difensivi tra novelle legislative e linee guida delle Procure

Opinioni

**FABIO D'OFFIZI, FRANCESCO FRATINI, TOMMASO GIUSTINIANO**

La recente approvazione del decreto legislativo n. 216 del 29.12.2017 attua la delega prevista dall'art. 1, co. 82, 83 e 84, lettere a), b), c), d) ed e) della legge 23 giugno 2017 n. 103, offrendo alcuni importanti spunti di valutazione in considerazione dei non irrilevanti profili di criticità che la riforma evidenzia rispetto al diritto di difesa. Al contempo, però, l'emanazione della novella legislativa da parte dell'Esecutivo si innesta - in taluni casi - su prassi definite e normate da circolari o protocolli delle diverse Procure territoriali. Dunque, per una piena e compiuta valutazione dell'incidenza dell'attività di captazione degli uffici di Procura sulle garanzie difensive e, peculiarmente, sulle intercettazioni dei colloqui avvocato/assistito, si rende necessaria una duplice valutazione: per un verso, sulla riforma legislativa; per altro verso, sulle prassi introdotte o codificate dagli elaborati delle singole Procure locali.

In particolare, merita una segnalazione preliminare la modifica dell'art. 268 c.p.p. nella parte in cui introduce il comma 2-bis, che vieta la trascrizione anche sommaria delle comunicazioni o conversazioni irrilevanti per le indagini, nonché di quelle concernenti dati personali definiti sensibili dalla legge, imponendo che nel verbale siano indicate solo la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione risulta essere intervenuta. Va sottolineato come, nello svolgimento delle operazioni, sia stato introdotto in capo alla polizia giudiziaria il dovere di informare il titolare delle indagini affinché verifichi la effettività della prospettata irrilevanza delle comunicazioni e conversazioni, nonché l'obbligo di avvertirlo, con apposita annotazione *ex art. 357 c.p.p.*, nei casi di incertezza sulla possibilità di tra-

scriverle nel verbale. L'introduzione del comma 2-ter all'art. 268 c.p.p. prevede, inoltre, che il pubblico ministero disponga (con decreto motivato) la trascrizione sia delle comunicazioni e delle conversazioni di cui al comma 2-bis, qualora ritenga che i relativi contenuti siano utili ai fini di prova in ordine ai fatti oggetto dell'indagine, sia di quelle relative a dati personali da considerarsi *ex lege* sensibili, a condizione che le ritenga rilevanti e necessarie ai medesimi fini.

La novella legislativa introduce, poi, una procedura che si sviluppa in due fasi distinte: prima il titolare delle indagini provvede al deposito dell'intero compendio captativo; successivamente, la loro acquisizione è disposta dal Giudice a seguito del previo contraddittorio cartolare tra le parti, salvo nei casi di necessità allorquando potrà essere fissata un'udienza partecipata per l'acquisizione ed il contestuale stralcio delle comunicazioni ritenute irrilevanti ed inutilizzabili, destinate all'archivio riservato della Procura<sup>1</sup>.

L'obbligo di deposito di tutti i documenti (annotazioni, verbali, registrazioni, decreti che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato l'intercettazione) dovrebbe consentire il tempestivo vaglio delle scelte operate dal pubblico ministero sull'esclusione di talune conversazioni<sup>2</sup> e, quindi, un pieno e pronto esercizio delle facoltà difensive. Parimenti, l'obbligo per il titolare delle indagini di individuare puntualmente le comunicazioni e le conversazioni utili nella prospettiva accusatoria (selezionando il materiale da trascrivere in forma di perizia perché ritenuto funzionale alla prova) è propedeutico all'avviso ai difensori della facoltà di esaminare quegli atti, di prendere visione dell'elenco degli esiti captativi, di ascoltare le registrazioni<sup>3</sup>, agevolando la *discovery* del contenuto delle richieste accusatorie di acquisizione. I difensori potranno pertanto individuare altre conversazioni rispetto a quelle scelte dall'accusa e/o chiedere l'eliminazione di quelle indicate dall'inquirente, così delineando il perimetro dell'oggetto delle valutazioni del Giudice. Questi, infatti, su istanza delle parti acquisirà il materiale captativo rilevante, procedendo – anche d'ufficio – allo stralcio di registrazioni e verbali inutilizzabili, documentazione da restituirsi immediatamente al Pubblico Ministero per custodirla nell'archivio riservato<sup>4</sup>.

Al fine di approntare una maggiore tutela al diritto alla riservatezza, si è poi stabilito che i difensori possano ascoltare le registrazioni ritenute di loro interesse, ma – pur aven-

<sup>1</sup> In proposito, la novella legislativa individua nel pubblico ministero il soggetto preposto a garantire la riservatezza della documentazione, onerandolo della custodia, in un apposito archivio riservato, del materiale irrilevante e inutilizzabile, con facoltà di ascolto e esame, ma non di copia, da parte dei difensori e del Giudice, fino al momento di conclusione della procedura di cui all'art. 269 co. 1 c.p.p. (allorquando viene meno il divieto di cui al comma 1 dell'art. 114 del medesimo codice relativamente agli atti acquisiti).

<sup>2</sup> Per agevolare la difesa nella valutazione del materiale registrato, vanno depositate anche le annotazioni che la polizia giudiziaria redige per informare, secondo la nuova struttura dei verbali, il titolare delle indagini in ordine ai contenuti di quelle conversazioni che potrebbero, per la loro irrilevanza, essere non trascritte.

<sup>3</sup> Su richiesta del Pubblico Ministero, il deposito può essere ritardato per decisione del giudice solamente al sussistere riscontrate esigenze di tutela delle indagini.

<sup>4</sup> In caso di provvedimento cautelare, poiché il materiale captativo rilevante è stato già individuato ed utilizzato per richiedere l'emissione dell'ordinanza, è lo stesso Pubblico Ministero ad acquisirlo al fascicolo investigativo. Tuttavia, ai sensi del comma 3 del nuovo art. 268-ter, i difensori potranno chiedere, a seguito dell'ascolto, che vengano acquisite ulteriori conversazioni (escluse dal Pubblico Ministero dal novero delle rilevanti) ovvero che siano stralciate quelle acquisite.

do il diritto di visione – senza facoltà di estrarre copia dei verbali delle comunicazioni e conversazioni intercettate. I tempi assai ristretti riservati all’ascolto ed alla valutazione dei contenuti intercettativi e l’impossibilità di avere copia dei verbali e dei supporti digitali, e la susseguente mancanza di un pieno contraddittorio davanti al giudice, rende tuttavia assai dubbia la possibilità di un effettivo e pieno esercizio del diritto di difesa. Al medesimo fine di tutela della riservatezza, il Pubblico Ministero ed il Giudice, rispettivamente nella richiesta e nell’ordinanza cautelare, dovranno menzionare solamente i brani essenziali delle comunicazioni e conversazioni captate, mentre quelle inutilizzabili o irrilevanti allegate alla richiesta vanno restituite al titolare delle indagini<sup>5</sup>.

Infine, merita di essere menzionata l’introduzione dell’articolo 89-bis nelle disposizioni di attuazione, il quale individua le modalità di accesso all’archivio riservato ed affida la sorveglianza sul suo funzionamento al Procuratore della Repubblica, all’apparente fine di limitare la pubblicazione di trascrizioni di intercettazioni o di ampi stralci. Tuttavia, ciò non soddisfa né pare sufficiente ad ottenere un *placet* dell’Avvocatura, essendo state avallate le impostazioni più retrive della Magistratura, proprio in merito agli aspetti della riforma che concernono la segretezza delle comunicazioni dei difensori.

Infatti, al di là dell’inserimento di un ulteriore periodo all’ultimo comma dell’art. 103 c.p.p. (scelta legislativa da apprezzare ma sostanzialmente ininfluenza poiché dovrebbe ribadire il dato acquisito della non trascrivibilità delle intercettazioni tra i difensori e i loro assistiti), vi è assoluta incertezza in ordine alla sorte delle captazioni successivamente al loro deposito presso l’archivio riservato, poiché sul punto nulla si prescrive. Una lacuna normativa davvero preoccupante poiché manca la previsione del soggetto obbligato ad iniziare la procedura e della tempistica secondo cui è tenuto a farlo, con ciò cagionandosi il noto rischio che tali intercettazioni rimangano nella “disponibilità” del Procuratore finché non decida di richiedere la distruzione delle stesse al Giudice competente.

La possibilità che un Procuratore della Repubblica possa tenere nel proprio archivio riservato un numero indeterminato di intercettazioni inutilizzabili (non per un vizio di forma, ma in ossequio al divieto assoluto di captazione tra un avvocato ed il suo assistito) provoca una inevitabile preoccupazione, soprattutto alla luce della sentenza n. 1 del 2013 con cui la Consulta aveva stabilito l’immediata distruzione di questa categoria di intercet-

<sup>5</sup> È opportuno sottolineare che il vaglio di rilevanza del compendio captativo può svolgersi in sede di udienza preliminare, nel dibattimento ed – addirittura – in fase di appello, attesa in tal senso l’introduzione di un ulteriore comma all’art. 422 c.p.p. Secondo la novella legislativa, qualora in udienza preliminare si verificasse la necessità di acquisire una prova decisiva ai fini della sentenza di non luogo a procedere e questa sia costituita da comunicazioni o conversazioni intercettate e non acquisite, il GUP provvederà alle operazioni di acquisizione (osservando nei limiti della compatibilità quanto previsto dagli articoli 268-ter e 268-quater c.p.p.) celebrando un’udienza “a porte chiuse” in cui valutare eventuali richieste integrative di prova ed istanze di revisione della decisione reietiva del GIP. Nella medesima maniera si procede qualora la rilevanza di comunicazioni o conversazioni non precedentemente acquisite si prospetti, per la prima volta, nel corso del dibattimento. In forza dell’articolo 598 c.p.p., tale ultima disposizione è applicabile anche nel giudizio di appello, dato che in grado di appello si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni relative al giudizio di primo grado.

tazioni inutilizzabili<sup>6</sup>. Un profilo “pericolosamente” simile a quanto previsto in alcune linee guida predisposte dalle Procure territoriali, tra cui quella tiburtina, la quale nella prima stesura della circolare summenzionata prevedeva “gli atti saranno distrutti se e quando il Giudice ordinerà la distruzione delle intercettazioni”.

Quindi, proprio nei giorni in cui viene definitivamente approvato il decreto legislativo n. 216/17, ci è parso significativo dare risalto all’esperienza di interlocuzione tra l’Avvocatura tiburtina ed i rappresentanti della Procura della Repubblica di Tivoli, a seguito dell’iniziale adozione delle “*Linee guida in tema di intercettazioni di conversazioni di difensori a tutela del mandato difensivo*”.

Una esperienza territoriale che – all’esito dell’instaurazione di un vero e proprio tavolo di lavoro al quale hanno preso parte il Procuratore, i rappresentanti della locale Camera Penale e del Consiglio dell’Ordine degli Avvocati – ha anticipato e contribuito a disciplinare la questione complessa della captazione dei colloqui correnti con il difensore nell’ambito del mandato difensivo. Di fronte ad un testo ampio ed articolato, che si proponeva di disciplinare la materia delle intercettazioni di conversazioni “a tutela del mandato difensivo”, la Camera Penale di Tivoli ha inteso verificare quali fossero i principi, le norme e le prassi posti a fondamento della funzione defensionale e, ancor di più, delle garanzie di difesa di ciascun indagato o imputato di reato. Ciò non per la pretesa di assicurare al difensore o, viepiù, all’avvocato in quanto tale, un’immunità personale, ma per la convinta affermazione di quella “immunità di funzione” che è condizione necessaria per l’esercizio della Difesa tecnica. Tuttavia, la circostanza che l’intervento del Procuratore fosse incentrato non già sulla complessiva materia delle intercettazioni *lato sensu*, ma sulla specifica questione della captazione dei colloqui difensivi, ha imposto una riflessione sui limiti e sulle prerogative dell’avvocato, rispetto ad attività captative. Per questo l’Avvocatura non poteva rimanere inerte di fronte ad un qualsivoglia intervento, pur latamente normativo, che andasse ad incidere su elementi fondamentali e fondanti l’esercizio del mandato difensivo. Ha prevalso la convinzione che, nell’inerzia del Legislatore, non potesse e non dovesse divenire legislatore l’Ufficio di Procura territoriale, dando agio al Pubblico Ministero di divenire arbitro (nel dettare le regole che presiedono alla captazione dei colloqui, anche difensivi) e successivamente giocatore di quella difficile partita che è il processo penale<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. sent. n. 1 del 2013 «*Le intercettazioni inutilizzabili per vizi di ordine procedurale attengono a comunicazioni di per sé non in conoscibili, e che avrebbero potuto essere legittimamente captate se fosse stata seguita la procedura corretta. La loro distruzione può pertanto seguire l’ordinaria procedura camerale, nel contraddittorio fra le parti. Nel caso invece si tratti di intercettazioni non utilizzabili per ragioni sostanziali, derivanti dalla violazione di una protezione “assoluta” del colloquio per la qualità degli interlocutori o per la pertinenza del suo oggetto, la medesima soluzione risulterebbe antitetica alla ratio della tutela. L’accesso delle altre parti del giudizio, con rischio concreto della divulgazione dei contenuti del colloquio anche al di fuori del processo, vanificherebbe l’obiettivo perseguito, sacrificando i principi e i diritti di rilievo costituzionale che si intende salvaguardare. Basti pensare alla conoscenza da parte di terzi – o peggio alla diffusione mediatica – dei contenuti di una confessione resa ad un ministro di culto, ovvero all’ostensione al difensore della parte civile del colloquio riservato fra l’imputato ed il suo difensore (possibile ove la procedura di cui all’art. 271 comma 3 c.p.p. fosse avviata dopo l’esercizio dell’azione penale)*».

<sup>7</sup> Questa vicenda ci pone dinanzi anche al diverso problema dell’influenza della magistratura sul processo decisionale della politica, atteso che già da una sommaria lettura della legge e del contenuto del decreto legislativo si percepisce lo spirito (se non interi pas-

Proprio in tal senso si è orientata la principale censura a quelle linee guida, poiché fondate su approdi interpretativi che, seppur prospettati come pacifici, non potevano essere elevati al rango di regola, costituendo piuttosto il frutto di un'interpretazione "creativa", distante – se non del tutto contrastante – con i principi di rango costituzionale afferenti la materia. In particolare, è stata criticata la tendenza (a onor del vero avallata da certa giurisprudenza di legittimità benché a sezioni semplici) di affidare il contenuto delle comunicazioni telefoniche intercettate tra l'indagato ed il suo difensore alla c.d. valutazione postuma. Tale prassi, nonostante l'apparente fine di dover decidere dell'eventuale inutilizzabilità a fini probatori delle captazioni, aggira sistematicamente il divieto *a priori* di intercettare tali conversazioni interpretando la previsione dell'art. 103 co. 7 c.p.p. alla stregua di un avallo normativo a quella valutazione postuma. Appare palmare che in tal modo si tradiscono le finalità della previsione dell'art. 103 co. 5 c.p.p., rendendo regola l'eccezione di cui all'ultimo periodo dell'anzidetto comma settimo che, invece, mira a rafforzare la previsione di inviolabilità emendando l'avvenuta violazione (che si assume essere stata accidentale e non preordinata) con la sanzione espressa dell'inutilizzabilità probatoria.

La conseguente fermezza della posizione assunta dall'Avvocatura del Foro di Tivoli sull'argomento in parola è stata quindi proporzionale alla nettezza della convinzione che l'illecita captazione delle conversazioni tra difensore ed assistito costituisca una grave violazione di garanzie costituzionalmente preordinate. Diversamente ritenendo, si è convinti che la parità tra Accusa e Difesa nel processo ne risulterà compromessa, poiché l'autorità inquirente potrebbe venire a conoscenza di elementi a fondamento di scelte e strategie difensive, traendone un indebito vantaggio o, viepiù, ricavandone elementi indizianti a carico dell'indagato. Pertanto, nel valutare la captazione di conversazioni tra assistito e difensore, è ineludibile valutare l'affermata garanzia costituzionale dell'inviolabilità del diritto di difesa e della parità fra le parti processuali, nonostante il tema comune – sotteso all'orientamento di legittimità sopra citato – che non intercettare *a priori* le conversazioni tra l'avvocato ed il suo assistito rappresenterebbe un inammissibile privilegio di categoria. Seppur utilizzato per giustificare la necessità di un contemperamento delle garanzie di-

---

saggi) di quelle linee guida che le Procure della Repubblica hanno predisposto negli ultimi anni. A conforto, si consideri l'inquietante assenza di ogni rimando all'art. 24 Cost. che proprio il diritto di difesa e le garanzie del difensore tende a tutelare, nonostante venga citato l'art. 15 Cost., il decreto legislativo sulla Privacy, (addirittura) la giurisprudenza sovranazionale a tutela della libertà di stampa e del diritto dei cittadini all'informazione, mentre nulla si accenna su diritti e prerogative defensionali. Ci si trova, così, dinanzi ad un curioso fenomeno: mentre l'UCPI portava avanti la proposta di riforma sulla separazione delle carriere tra magistratura requirente e magistratura giudicante, era all'opera la commistione tra politica e magistratura, una *governance* che la dottrina aveva paventato come un rischio degenerativo del moderno stato di diritto (in tal senso, C. SCHMITT, *Il Custode della Costituzione*, Milano, 1981, 41 «è facile concepire come ideale dello Stato di diritto il disbrigo in forma giurisdizionale di tutti i problemi politici e vedere quindi come, con l'espansione della giurisdizione in materia forse non giurisdizionale, la giurisdizione può essere soltanto danneggiata. Giacché la conseguenza sarebbe, come ho dimostrato spesso, tanto per il diritto costituzionale quanto per il diritto internazionale, non una qualche giuridificazione della politica ma una politicizzazione della giurisdizione»). Benché nelle materie più tecniche e complesse la politica condivisibilmente può esser assistita da tecnici che ne possano orientare le scelte, in questo caso si è assistito, però, a qualcosa di diverso, ossia la prefigurazione del contenuto di un testo di legge ad opera di circolari di Procuratori della Repubblica. Colmando un vuoto di potere, si è giunti alla supplenza della magistratura rispetto al legislatore, non nel senso tante volte criticato di interpretazioni "creative" del diritto, ma di introduzione di una paralegislazione.



fensive, tale ultimo argomento è, a ben vedere, debole intrinsecamente, poiché non considera minimamente il dirompente effetto distruttivo che causerebbe (proprio) sul sistema complessivo delle garanzie difensive: forzare la lettera del codice al di là del suo precetto più immediato, cagionerà l'adozione di prassi orientate alla costante compressione e compromissione delle garanzie costituzionali. Un timore acuito dalla generale (e malcelata) acquiescenza rispetto a "innovativi" approdi giurisprudenziali che intaccano progressivamente, ma inesorabilmente le garanzie costituzionali, sacrificandole sull'altare di un presunto efficientismo che, attesa la condizione attuale del "sistema giustizia", sarebbe da perseguire attraverso ben altri canali.

Pertanto, non avendo inteso abdicare alla dialettica sulle garanzie difensive avallando "principi" di cui non si rinveniva un fondamento sistematico, è stata proposta una lettura dell'art. 103 co. 5 c.p.p. ragionata e costituzionalmente orientata. Solo in tal modo, a parere degli scriventi, si può compensare l'amara consapevolezza che nell'odierna esperienza processuale e procedimentale, fin troppo frequentemente, si tradisce il principio di diritto posto a fondamento del noto divieto *ex art. 103 co. 5 c.p.p.* Per questo l'Avvocatura del Foro tiburtino ne ha inteso sollecitare un'interpretazione che, senza dar luogo ad un privilegio in favore della classe forense, evitasse una eccessiva ed odiosa compressione delle facoltà e dei diritti difensivi, nonché il sacrificio del diritto alla riservatezza delle conversazioni difensore/indagato (magari utilizzando il contenuto della conversazione illegittimamente captata come spunto investigativo o elemento a sostegno di ulteriori indagini nei confronti dell'indagato o di terzi ai quali lo stesso si riferisca). I principi proposti paiono maggiormente ossequiosi dell'arresto costituzionale n. 1 del 2013, *ab initio* sposato e sostenuto dall'Avvocatura del Foro, che lo ha assunto a "documento programmatico" nei vari incontri istituzionali e negli elaborati prodotti a riscontro dei propri convincimenti, soprattutto con riguardo alla natura funzionale di certe immunità sostanziali. D'altronde, pur trattando delle intercettazioni relative al Presidente della Repubblica di cui si chiedeva (ed è stata disposta<sup>8</sup>) la distruzione *ex art. 271 c.p.p.* in quanto eseguite "*fuori dei casi consentiti dalla legge*", tale approdo ha l'innegabile merito di aver messo in risalto la peculiarità del concetto di funzione svolta e la conseguente necessità di riservatezza "assoluta" di cui gode un soggetto nell'esercizio delle proprie funzioni.

Proprio in tal senso, si è sottolineato come al primo periodo del quinto comma dell'art. 103 c.p.p. risulti vietata *tout court* l'intercettazione delle conversazioni e comunicazioni dei difensori, mentre solo al secondo periodo è vietata la captazione tra questi ed i loro assistiti. Di talché, appare manifesta la *ratio* di questa specifica ed eccezionale tutela: intendere il divieto di intercettazione alla stregua di una vera e propria immunità<sup>9</sup>, funzionale

<sup>8</sup> Sussiste "l'obbligo per l'autorità giudiziaria procedente di distruggere, nel più breve tempo, le registrazioni casualmente effettuate di conversazioni telefoniche del Presidente della Repubblica".

<sup>9</sup> Una classificazione delle immunità è quella che distingue tra immunità di carattere processuale ed immunità sostanziali. Le prime sono forme di tutela che «sottordinano ad autorizzazione o l'inizio del procedimento o lo svolgimento di taluni atti di esso o l'adozione



all'espletamento dell'esercizio del diritto di difesa garantito dall'art. 24 della Costituzione. Così inteso, quindi, il divieto in parola costituisce una forma di tutela in ordine alla quale la Consulta ha chiarito che *“il legislatore ordinario ben può operare in tal senso al di là delle ipotesi espressamente previste dalle fonti sopraordinate, purché le scriminanti così stabilite siano il frutto di un ragionevole bilanciamento dei valori costituzionali in gioco”* (Sent. n. 148/1983). È perciò ineludibile il dovere di conformarsi a questo *acquis* costituzionale, essendo stata chiaramente (e ripetutamente) precisata, puntualizzata ed illustrata la natura funzionale delle immunità e la conseguente necessità di intenderle finalizzate alla tutela non della persona fisica, quanto della funzione da essa ricoperta<sup>10</sup>.

Per tali ragioni, in sede di confronto istituzionale, si è premessa quella che, almeno nell'ambito forense, è una ovvietà: in ossequio a quella immunità funzionale, qualora l'ascolto della telefonata o della comunicazione tra presenti sia contemporaneo alla intercettazione, l'operatore nel momento in cui si rende conto che l'indagato sta conversando con il proprio legale deve interrompere registrazione ed ascolto senza annotazione alcuna del contenuto nel brogliaccio. Parimenti in caso di remotizzazione, ipotesi in riferimento alla quale è stata chiarita la doverosa necessità di cessare l'ascolto e distruggere la telefonata e, ancor prima, ove consentito dai mezzi tecnici a disposizione, andrebbe verificata la possibilità di poter disporre un vero e proprio blocco tecnico della registrazione se l'indagato contatta le utenze riconducibili al proprio legale<sup>11</sup>.

Gli insegnamenti offerti dalla celebre sentenza n. 1 del 2013 (purtroppo mai menzionata nelle linee guida tiburtine del Marzo 2017) hanno costituito la bussola forense nel *mare magnum* di una delicatissima e pruriginosa tematica che – inevitabilmente – impone

---

di misure restrittive o la stessa esecuzione delle sentenze», mentre le immunità sostanziali «impediscono l'ascrizione di responsabilità a determinati soggetti per gli atti compiuti nell'esercizio delle loro funzioni» (cfr. F. SORRENTINO, *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, in AA.VV., *Immunità e giurisdizione nei conflitti costituzionali*, Milano, 2001, 66). Le immunità processuali sono di solito di carattere temporaneo, essendo legate alla titolarità della carica ricoperta, mentre le seconde non vengono meno con la perdita della carica in quanto incidono sulla qualificazione giuridica del fatto (cfr. A. PAGLIARO, *Immunità (diritto penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XX, Milano, 1970, 218; D. BRUNELLI, *Immunità*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XV, Roma, 1989, 2 il quale sottolinea inoltre che le immunità sostanziali non tollerano «successive rimozioni eventualmente fondate su valutazioni di opportunità politica e istituzionale»).

<sup>10</sup> Si noti che la Corte costituzionale ha accolto questa nozione delle prerogative nella sentenza n. 262 del 2009, (sul c.d. Lodo Alfano) ed in particolare al par. 7.3.1 del “Considerato in diritto”, ove si afferma che «*le prerogative costituzionali (o immunità in senso lato, come sono spesso denominate) si inquadrano nel genus degli istituti diretti a tutelare lo svolgimento delle funzioni degli organi costituzionali attraverso la protezione dei titolari delle cariche ad essi connessi*» e che «*presentano la duplice caratteristica di essere dirette a garantire l'esercizio della funzione di organi costituzionali e di derogare al regime giurisdizionale comune*».

<sup>11</sup> Nella dialettica istituzionale intrapresa francamente con i vertici della Procura tiburtina in merito alla prima stesura delle predette linee guida, si è quindi sottolineato come – pur nella disponibilità ad avanzare puntuali ed articolate proposte di integrazione del primo elaborato – non possono, né potranno condividersi affermazioni quali “*non è possibile prevedere, a tutela del mandato difensivo, un potere autonomo di interruzione dell'attività di intercettazione in capo alla polizia giudiziaria, in considerazione dell'assenza di norme in tal senso e dell'evidente necessità del controllo “successivo” che ricade sotto la responsabilità del Pubblico Ministero*”, poiché la ritenuta necessità di una c.d. “verifica postuma” del Pubblico Ministero cela una natura surrettizia di tale procedura rispetto agli espressi divieti *ex lege*; mentre la presunta assenza di norme che possano o debbano indurre l'Autorità procedente ad interrompere immediatamente l'attività di captazione è stata risolta dalla (già citata) sentenza n. 1 del 2013. In particolare, è stato stabilito il divieto di captazione *ex ante* del Capo dello Stato (che diviene inutilizzabilità *ex post* solo in caso di intercettazioni casuali) nonostante l'assenza di una specifica norma in tal senso.

la valutazione ed il bilanciamento di molteplici diritti ed interessi fra loro concorrenti, se non addirittura contrapposti. Tuttavia, a parere di chi scrive, tale pregevole approdo è una pietra miliare che doveva, deve e dovrà orientare ogni interprete nelle proprie concrete valutazioni, nella consapevole convinzione che *“se l’intercettazione è stata casuale, cioè non prevedibile né evitabile, il problema non è quello di affermare il suo divieto preventivo, che, in via generale, esiste, ma non è applicabile nella fattispecie – anche per le modalità tecniche della relativa esecuzione – proprio per la casualità e l’imprevedibilità della captazione (considerazione che priva, tra l’altro, della sua necessaria premessa logica la richiesta del ricorrente di dichiarare che non spettava agli inquirenti non interrompere la registrazione delle conversazioni). La funzione di tutela del divieto si trasferisce dalla fase anteriore all’intercettazione, in cui rileva la direzione impressa all’atto di indagine dall’autorità procedente, a quella posteriore, giacché si impone alle autorità che hanno disposto ed effettuato le captazioni l’obbligo di non aggravare il vulnus alla sfera di riservatezza delle comunicazioni presidenziali, adottando tutte le misure necessarie e utili per impedire la diffusione del contenuto delle intercettazioni. Si tratta di conclusioni perfettamente compatibili con la logica dei divieti probatori nel processo penale, cui si connette la sanzione dell’inutilizzabilità della prova (art. 191 cod. proc. pen.). Tale sanzione processuale opera a garanzia dell’interesse presidiato dal divieto, a prescindere dalla responsabilità dell’inquirente per la violazione di regole procedurali nell’attività di acquisizione. Il carattere casuale di una captazione non consentita (si pensi all’episodico contatto, da parte di una persona legittimamente sottoposta ad intercettazione, con un soggetto tenuto al segreto professionale) non incide sulla necessità di tutela della riservatezza del relativo colloquio”*.

Ne è, allora, indefettibile corollario la convinzione per cui, solo in presenza di un’intercettazione non prevedibile né evitabile di una conversazione episodica, la tutela *ex ante* delle conversazioni del difensore può cedere il passo alla inutilizzabilità *ex post*, atteso che la c.d. verifica postuma travalica i confini normativamente e costituzionalmente posti, vanificando le prescrizioni dettate a garanzia della libertà dell’esercizio delle funzioni difensive ed affievolendo il principio di inviolabilità delle conversazioni tra il difensore e l’indagato rendendolo inoperante.

Da ultimo, l’ulteriore profilo problematico evidenziato dall’Avvocatura del Foro, in sede di confronto sulle “prime linee guida” tiburtine, è stata la mancata regolamentazione delle (già avvenute) trascrizioni delle intercettazioni di comunicazioni difensore/assistito. In realtà, a parere di chi scrive, l’unico spazio operativo effettivamente offerto dal codice di rito era (proprio) la normativizzazione della tempistica per celebrare la c.d. udienza stralcio, un’esperienza giurisdizionale che – per quanto consta agli scriventi – molti penalisti italiani non hanno mai avuto il piacere di vivere. Proprio per tale ragione, è stata sottolineata l’assoluta opportunità di individuare almeno dei momenti processuali (*rectius*: pro-

cedimentali) certi e puntuali, indispensabili a scandire l'attivazione e lo svolgimento della procedura di distruzione delle intercettazioni ritenute inutilizzabili per ragioni sostanziali<sup>12</sup>.

Nella convinzione di dover proporre una procedura che tutelasse appieno la funzione difensiva, è stata perciò evidenziata la necessità che l'intercettazione, oltre a non confluire negli atti del procedimento, nei casi di trascrizione e valutazione postuma andasse distrutta evitando fenomeni di accumulo di dati<sup>13</sup> attraverso l'attivazione, entro tempi certi, dell'auspicata procedura *ex art. 271 co. 3 c.p.p.* (ad esempio collegandola alla richiesta emissione misura cautelare, all'avviso conclusione indagini preliminari, alla richiesta di giudizio immediato). A parere degli scriventi, solamente di tal guisa, sul Pubblico Ministero graverà l'obbligo di attivarsi immediatamente per richiedere un'udienza finalizzata alla distruzione della documentazione (preferibilmente nel contraddittorio fra le parti, atteso che la norma anzidetta né prevede né esclude tale possibilità) ed il Giudice sarà tenuto – dal canto suo – a disporla tempestivamente, sovrintendendo alla successiva attività materiale di eliminazione. Del resto, è pacifico che *«a proposito delle regole da seguire ai fini della distruzione del materiale inutilizzabile, il trattamento delle due categorie di intercettazioni deve essere diverso. Le intercettazioni inutilizzabili per vizi di ordine procedurale attengono a comunicazioni di per sé non inconoscibili, e che avrebbero potuto essere legittimamente*

<sup>12</sup> A tal fine, soccorre la distinzione offerta (ancora una volta) dalla sentenza n. 1 del 2013: l'inutilizzabilità "può derivare, per un verso, dall'inosservanza di regole procedurali, che prescindono dalla qualità dei soggetti coinvolti e dal contenuto delle comunicazioni captate: tali, in particolare, le prescrizioni degli artt. 267 e 268, commi 1 e 3, specificamente richiamate dal comma 1 dell'art. 271 cod. proc. pen., in materia di presupposti e modalità di esecuzione delle operazioni. Ma l'inutilizzabilità può connettersi anche a ragioni di ordine sostanziale, espressive di un'esigenza di tutela "rafforzata" di determinati colloqui in funzione di salvaguardia di valori e diritti di rilievo costituzionale che si affiancano al generale interesse alla segretezza delle comunicazioni (quali la libertà di religione, il diritto di difesa, la tutela della riservatezza su dati sensibili ed altro). È questo il caso, specificamente previsto dal successivo comma 2, delle intercettazioni di comunicazioni o conversazioni dei soggetti indicati dall'art. 200, comma 1, cod. proc. pen. (ministri di confessioni religiose, avvocati, investigatori privati, medici ed altro), allorché abbiano ad oggetto fatti conosciuti per ragione del loro ministero, ufficio o professione".

<sup>13</sup> Proprio di recente della materia si sono occupate le istituzioni europee, tanto che nell'ambito del regolamento (Ue) 2016/679 e della direttiva (Ue) 2016/680 del parlamento europeo e del consiglio del 27 aprile 2016, relativi alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/ce (regolamento generale sulla protezione dei dati), si legge: [4] ... Il diritto alla protezione dei dati di carattere personale non è una prerogativa assoluta, ma va considerato alla luce della sua funzione sociale e va temperato con altri diritti fondamentali, in ossequio al principio di proporzionalità. ... (cfr. regolamento citato) [26]... Il principio di trattamento corretto proprio della protezione dei dati è una nozione distinta dal diritto a un giudice imparziale sancito nell'articolo 47 della Carta e nell'articolo 6 della convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU). ... I dati personali dovrebbero essere adeguati e pertinenti alle finalità del trattamento. Dovrebbe, in particolare, essere garantito che la raccolta dei dati personali non sia eccessiva e che i dati siano conservati per un arco di tempo non superiore al conseguimento delle finalità per le quali sono trattati. I dati personali dovrebbero essere trattati solo se la finalità del trattamento non è ragionevolmente conseguibile con altri mezzi. Onde garantire che i dati non siano conservati più a lungo del necessario, il titolare del trattamento dovrebbe stabilire un termine per la cancellazione o per la verifica periodica. Gli Stati membri dovrebbero stabilire garanzie adeguate per i dati personali conservati per periodi più lunghi per finalità di archiviazione nel pubblico interesse o per finalità scientifiche, storiche o statistiche. [34] Il trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, incluse la salvaguardia contro e la prevenzione di minacce alla sicurezza pubblica, dovrebbe riguardare qualsiasi operazione o insieme di operazioni compiute nei confronti di dati personali o insiemi di dati personali per tali finalità, con l'ausilio di strumenti automatizzati o in altro modo, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione del trattamento, la cancellazione o la distruzione. ... (cfr. direttiva citata).

*captate se fosse stata seguita la procedura corretta. La loro distruzione può pertanto seguire l'ordinaria procedura camerale, nel contraddittorio fra le parti. Nel caso invece si tratti di intercettazioni non utilizzabili per ragioni sostanziali, derivanti dalla violazione di una protezione "assoluta" del colloquio per la qualità degli interlocutori o per la pertinenza del suo oggetto, la medesima soluzione risulterebbe antitetica alla ratio della tutela. L'accesso delle altre parti del giudizio, con rischio concreto della divulgazione dei contenuti del colloquio anche al di fuori del processo, vanificherebbe l'obiettivo perseguito, sacrificando i principi e i diritti di rilievo costituzionale che si intende salvaguardare. Basti pensare alla conoscenza da parte di terzi – o peggio alla diffusione mediatica – dei contenuti di una confessione resa ad un ministro di culto, ovvero all'ostensione al difensore della parte civile del colloquio riservato fra l'imputato ed il suo difensore (possibile ove la procedura di cui all'art. 271 comma 3 c.p.p. fosse avviata dopo l'esercizio dell'azione penale)»<sup>14</sup>.*

A fronte delle presenti convinzioni, ampiamente esposte anche negli incontri istituzionali svolti, apprezzabilmente la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli, in data 4.7.2017, ha emanato "Linee guida in tema di procedimento da seguire per la distruzione delle intercettazioni inutilizzabili, in particolare con riferimento alle conversazioni dei difensori a tutela del mandato difensivo". L'elaborato, per stessa volontà dell'estensore, è da intendersi in continuità con il precedente il quale – come esposto – non disciplinava compiutamente il procedimento per la distruzione dei risultati delle intercettazioni inutilizzabili e della relativa documentazione.

La Procura tiburtina ha quindi ritenuto meritevole di maggior attenzione la scelta del procedimento da seguire per la distruzione della documentazione delle intercettazioni ritenute inutilizzabili, all'uopo passando in rassegna i procedimenti previsti dagli artt. 268 e 271 c.p.p. e quelli disciplinati dalle altre disposizioni di settore. Alla luce delle differenti possibilità offerte, vagliate le caratteristiche tipiche delle anzidette procedure, è stata adottata una soluzione che – per lo meno apparentemente – assume a proprio punto di riferimento il bilanciamento di interessi contrapposti costituzionalmente garantiti.

Segnatamente, sulla base del combinato disposto delle due circolari in commento, qualora vi fossero intercettazioni ritenute (e dichiarate dal PM) inutilizzabili, il pubblico ministero assegnatario seguirà il procedimento di distruzione con le seguenti modalità:

a) avvierà il procedimento di cui all'art. 271 c.p.p., con richiesta formulata al GIP contestualmente all'avviso ex art. 415 bis c.p.p. All'esito dell'eventuale consolidarsi di univoche interpretazioni da parte del Giudice sull'applicabilità del procedimento non partecipato la richiesta sarà avanzata appena possibile. Nella richiesta al GIP saranno elencate le intercettazioni interessate con i dati essenziali per consentirne l'individuazione, senza sintesi alcuna del contenuto (dati del provvedimento autorizzativo, data e ora e utenza intercettata o estremi identificativi di comunicazioni informatiche o telematiche oggetto del deposito).

Alla richiesta saranno allegati i documenti eventualmente stralciati ai sensi delle linee guida del 156 marzo 2017 (richiedendo al Procuratore della Repubblica il plico sigillato che li contiene) e si preciserà che le registrazioni sono custodite senza possibilità di ascolto. La richiesta e i documenti saranno consegnati alla segreteria del GIP evidenziando che trattasi di atti riservati e da custodire in modo adeguato (in attesa delle indicazioni che riterrà di impartire il Giudice). Nell'avviso ex art. 415 bis c.p.p. si preciserà che è stata richiesto al GIP l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 271 c.p.p. con riferimento a intercettazioni inutilizzabili (senza ulteriori indicazioni). Eventuali istanze dei difensori in ordine alle intercettazioni in esame saranno trasmesse immediatamente, con il parere, al GIP;

b) nel caso di richiesta di giudizio immediato, il PM avvierà contestualmente il procedimento di cui all'art. 271 c.p.p., con richiesta formulata al GIP. All'esito del consolidarsi di univoche interpretazioni da parte del Giudice sull'applicabilità del procedimento non partecipato la richiesta potrà essere avanzata anche prima. Si procederà come indicato alla lett. a) in ordine al contenuto della richiesta avanzata al GIP, specificando che con separato provvedimento è stata avanzata istanza per l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 271 c.p.p. con riferimento a intercettazioni inutilizzabili (senza ulteriori indicazioni). La conoscenza dell'avvio del procedimento sarà nota con la notifica del decreto che dispone il giudizio (e della relativa richiesta) ai difensori. Eventuali istanze dei difensori in ordine alle intercettazioni in esame saranno trasmesse immediatamente, con il parere, al GIP. È evidente che il GIP, ricevuta la richiesta, potrà in ogni momento adottare i provvedimenti che riterrà utili o necessari.

In ogni caso sarà richiesto al Procuratore della Repubblica il visto sui provvedimenti adottati<sup>15</sup>.

Questa scelta procedurale della Procura tiburtina di rimettersi all'imparzialità del Giudicante si muove nell'alveo costituzionale del Giusto Processo e della parità fra le parti, poiché è demandato al Giudice terzo il potere/dovere di adottare i provvedimenti ritenuti opportuni a tutela dei diritti dei soggetti interessati.

<sup>15</sup> Così pp. 12 e 13 Linee Guida 4.7.2017.



# Elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio e nuovo art. 162, comma 4-*bis*, c.p.p., tra esegesi riduttive e applicazioni *contra legem*

FABIO VARONE

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. La compatibilità costituzionale e convenzionale della disciplina della elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio anteriore alla l. n. 103/2017. – 3. Il significato precettivo del nuovo comma 4-*bis* dell'art. 162 c.p.p. – 4. Esegesi riduttive degli organi inquirenti e applicazioni *contra legem* dell'art. 162, comma 4-*bis*, c.p.p. – 5. Revoca dell'assenso all'elezione di domicilio da parte del difensore d'ufficio e profili di diritto intertemporale.

## 1. Premessa.

La legge 23 giugno 2017 n. 103 (c.d. legge Orlando) ha introdotto nell'art. 162 c.p.p., rubricato «comunicazione del domicilio dichiarato o del domicilio eletto», il nuovo comma 4-*bis*, a mente del quale «l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio non ha effetto se l'autorità che procede non riceve, unitamente alla dichiarazione di elezione, l'assenso del difensore domiciliatario». Il *novum* normativo è stato dettato dal legislatore allo scopo di porre rimedio al famigerato fenomeno della cosiddetta falsa reperibilità, dovuto alla elezione di domicilio, suggerita o indotta dalla polizia giudiziaria, da parte di indagati spesso stranieri e/o senza fissa dimora, nel primo atto compiuto con il loro intervento *ex*



art. 161, comma 1, c.p.p., presso lo studio del difensore nominato di ufficio<sup>1</sup>, di frequente prima della stessa iscrizione del loro nominativo nel registro delle notizie di reato e della conseguente formale instaurazione del procedimento penale. Siffatto fenomeno, più volte denunciato in dottrina<sup>2</sup>, lede in modo irreparabile il diritto alla difesa personale e tecnica, poiché, venendo meno la effettività delle notifiche e delle conseguenti comunicazioni alla persona sottoposta alle indagini e, poi, all'imputato, annichilisce, di fatto, sia la conoscenza dell'accusa e del processo a suo carico, nella sua dimensione spazio-temporale, sia la possibilità del difensore di instaurare un rapporto con l'assistito per concordare e predisporre una adeguata linea difensiva, anche al fine della eventuale scelta di riti alternativi. A maggior ragione, tenuto conto che, secondo un significativo indirizzo ermeneutico della suprema Corte, sebbene il difensore d'ufficio presso il cui studio l'indagato abbia eletto domicilio possa rifiutare l'elezione e la ricezione delle conseguenti notifiche a lui destinate in qualità di domiciliatario *ex art. 161, comma 1*, tale rifiuto non neutralizza il meccanismo delle notificazioni al medesimo difensore *ex art. 161, comma 4, c.p.p.*, perché esso causa una sopravvenuta inidoneità della elezione di domicilio<sup>3</sup>; ciò, in ossequio ad un altro orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità<sup>4</sup>, anche a sezioni unite<sup>5</sup>, affermatosi, in generale, per tutte le ipotesi di inidoneità dell'elezione di domicilio.

Questo è tanto più grave alla luce dell'interpretazione, avallata da diversi arresti dei giudici di legittimità<sup>6</sup>, secondo la quale, in ragione della riforma attuata con la l. n. 67 del 2014 – che ha soppresso lo strumento della restituzione nel termine *ex art. 175, comma 2, c.p.p.* per le sentenze contumaciali, data l'abrogazione dell'istituto della contumacia, coniando, al contempo, quello della rescissione del giudicato *ex art. 625 ter c.p.p.* per il condannato nei cui confronti si sia proceduto in assenza, e ha introdotto nell'art. 420 *bis*, comma 2, c.p.p. una presunzione *iuris tantum* di conoscenza del processo in tutte le ipotesi di elezione di domicilio, inclusa quella presso il difensore d'ufficio – la stessa elezione di domicilio non solo legittima il giudice a procedere in assenza dell'imputato, a mente

<sup>1</sup> Per prassi degli uffici inquirenti, ciò avviene anche al di fuori dei casi di compimento del primo atto per il quale sia prescritta l'assistenza difensiva *ex art. 97, comma 3, c.p.p.* (il più frequente, ad es., è quello della identificazione della persona nei cui confronti vengono svolte le indagini *ex art. 349 c.p.p.*, che non è un atto "garantito").

<sup>2</sup> V. REBECCHI, *Il difensore d'ufficio*, in *Quaderni per la formazione professionale – la difesa d'ufficio*, serie diretta da SPANGHER, Pisa, 2017, 52; VARONE, *Elezione di domicilio dell'imputato presso il difensore d'ufficio e processo in absentia: un discutibile caso di self-restraint della Corte costituzionale*, in *Cass. pen.*, 2017, 2267.

<sup>3</sup> Cass., sez. I, 9 aprile 2013, n. 22073, in *C.E.D. Cass.*, n. 256082; Cass., sez. I, 21 settembre 2012, n. 45566, in *www.dirittoegiustizia.it*; Cass., sez. I, 25 gennaio 2012, n. 4783, in *C.E.D. Cass.*, n. 251863; Cass., sez. IV, 20 maggio 2010, n. 31658, *ivi*, n. 248099.

<sup>4</sup> Cfr. Cass., sez. IV, 10 giugno 2014, n. 27453, in *www.dirittoegiustizia.it*, con nota di GALASSO; Cass., sez. I, 25 gennaio 2012, n. 4783, in *C.E.D. Cass.*, n. 251863; Cass., sez. IV, 20 maggio 2010, n. 31658, *ivi*, n. 248099; Cass., sez. I, 7 febbraio 2006, n. 8232, *ivi*, n. 233417.

<sup>5</sup> Cass., sez. un., 28 aprile 2011, n. 28451, in *Cass. pen.*, 2012, 426.

<sup>6</sup> Cass., sez. II, 2 dicembre 2016, n. 8460/2017, in *www.dirittoegiustizia.it*; Cass., sez. V, 13 novembre 2015, n. 12445/2016, in *CED Cass.*, n. 266368; Cass., sez. V, 7 luglio 2016, n. 36855, *ivi*, n. 268322. Esprimono la medesima presunzione di conoscenza del processo insita nella dichiarazione/elezione di domicilio, seppur in un caso in cui le notifiche erano state effettuate al difensore d'ufficio *ex art. 161, comma 4*, e si era proceduto *in absentia* perché l'imputato, che aveva dichiarato il domicilio presso la propria abitazione, non aveva successivamente comunicato il mutamento dello stesso, Cass., sez. II, 26 aprile 2017, n. 24073, in *www.dirittoegiustizia.it*; Cass., sez. II, 28 ottobre 2015, n. 45329, in *CED Cass.*, n. 264959, ovvero il suo sopraggiunto stato detentivo per altra causa, Cass., sez. II, 15 aprile 2016, n. 21069, *ivi*, n. 266798.



del citato art. 420 *bis*, e a concludere il processo con una sentenza di condanna idonea a passare in giudicato, ma comporta che il condannato potrà far valere l'eventuale mancata conoscenza della celebrazione del giudizio a suo carico solo nei limiti previsti dall'art. 625 *ter* c.p.p.<sup>7</sup>, gravando su quest'ultimo l'onere di provare che il difetto di informazione non dipenda da una causa allo stesso imputato ascrivibile a titolo di colpa<sup>8</sup>: onere che, concernendo un fatto negativo, si risolve inevitabilmente in una *probatio diabolica*.

## 2. La compatibilità costituzionale e convenzionale della disciplina della elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio anteriore alla l. n. 103/2017.

La dottrina aveva puntualmente segnalato la contrarietà di un simile approdo ermeneutico rispetto a svariati principi costituzionali e convenzionali<sup>9</sup>, che esponeva la riforma introdotta dalla legge n. 67/2014 al rischio di una perversa eterogenesi dei fini<sup>10</sup>.

Proprio su questo tema era stata sollevata dal Tribunale monocratico di Asti<sup>11</sup> una questione di legittimità costituzionale che vale la pena richiamare per l'efficace sintesi, contenuta nell'ordinanza di rimessione, dei motivi di contrasto con la Carta fondamentale e con i vincoli derivanti dalle convenzioni internazionali, seppur essa non ha trovato accoglimento in seno alla Consulta<sup>12</sup>.

In primo luogo, si ravvisava un conflitto con il principio di ragionevolezza della legge *ex art. 3 Cost.*, nella misura in cui l'art. 420 *bis*, comma 2, c.p.p. accomuna entro una me-

<sup>7</sup> Identici limiti sono previsti per la fase dell'udienza preliminare, del dibattimento e dell'appello, ai sensi, rispettivamente, degli artt. 420 *bis*, comma 4, 489 e 604, comma 5 *bis*, c.p.p.

<sup>8</sup> Ciò anche tenuto conto anche della contemporanea eliminazione dall'art. 420 *bis* c.p.p. della clausola di salvaguardia che prevedeva la rinnovazione dell'avviso dell'udienza preliminare (e dibattimentale *ex art. 484*, comma 2-*bis*) qualora apparisse probabile che l'imputato non ne avesse avuto effettiva conoscenza senza colpa.

<sup>9</sup> Sul tema, anche per i necessari riferimenti bibliografici, v., *ex plurimis*, CANESTRINI, Quousque tandem abutere, Catilina, patientia nostra? A New Judgment from Strasbourg on Italy's Trial in Absentia, in *Cass pen.*, 2017, 362 ss.; CHELO, Le "istruzioni sovranazionali" sui limiti del processo in absentia: dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo al diritto di partecipare al processo nella normativa dell'Unione europea, in *Arch. pen.*, 2015, 1, 1 ss.; CIAVOLA, Assenza dell'imputato e dubbia sintomaticità dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio: una lettura costituzionalmente orientata, *ivi*, 2016, 1, 1 ss.; MANGIARACINA, Il "tramonto" della contumacia e l'affermazione di una assenza "multiforme", in *Legisl. pen.*, 2014, 4, 563 ss.; QUATTROCOLO, Corte europea dei diritti dell'uomo e partecipazione al processo, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 25 ss.

<sup>10</sup> VARONE, Elezione di domicilio dell'imputato presso il difensore d'ufficio e processo in absentia, cit., 2268: «varata per adeguare la disciplina italiana del processo *in absentia* ai dettami della CEDU, come interpretati dalla Corte di Strasburgo, la novella, introducendo presunzioni *iuris tantum* di conoscenza dello stesso ancorate a presupposti astratti ed eterei, qual è l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, consent[er]e ancora la celebrazione di procedimenti penali nei confronti di imputati "fantasmi" e determin[ar]e perfino un passo indietro rispetto alle garanzie approntate dal "vecchio" testo dell'art. 175, comma 2, c.p.p. come modificato dalla l. n. 60 del 2005». Sulla stessa linea, VIGNALE, Processo in assenza ed elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio. L'art. 162 comma 4-bis cpp e le ragioni di una riforma, in *www.questionegiustizia.it*, la quale sottolinea che, a ben guardare, nei casi di cui all'art. 420 *bis*, comma 2, c.p.p. «il legislatore non presume la conoscenza della celebrazione del processo, presume piuttosto che l'eventuale mancanza di una tal conoscenza sia ascrivibile a colpa [dell'imputato]».

<sup>11</sup> Trib. Asti, 10 novembre 2015, in *Arch. pen.*, 2016, 1, 1 ss., con nota di CIAVOLA, Assenza dell'imputato e dubbia sintomaticità dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, cit.

<sup>12</sup> Corte cost., 9 febbraio 2017, n. 31, in *Cass. pen.*, 2256 ss., con osservazioni di APRILE e nota parzialmente critica di VARONE, Elezione di domicilio dell'imputato presso il difensore d'ufficio, cit.

desima cornice normativa fattispecie nient'affatto omogenee tra loro, assimilando ipotesi di personale conoscenza del procedimento, qual è la notifica diretta della citazione in giudizio, ad altre che suppongono una conoscenza meramente legale ed astratta, come, appunto, l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio.

In secondo luogo, veniva riscontrata una violazione dell'art. 117 Cost. e, quale norma interposta, dell'art. 6 della CEDU, poiché il diritto dell'imputato alla partecipazione al processo, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo<sup>13</sup>, e la sua implicita rinuncia, rappresentata dall'assenza fisica dello stesso, presuppongono non tanto l'informazione circa accertamenti o indagini di polizia giudiziaria in corso, quanto piuttosto la possibilità, concreta ed effettiva, di avere cognizione del giorno, dell'ora e del luogo del processo, ossia del vaglio giurisdizionale della specifica accusa formulata dinanzi ad un giudice terzo e imparziale.

In terzo luogo, si evidenziava un conflitto con gli artt. 21 e 111 Cost. (e, nuovamente, con gli artt. 117 Cost. e 6 CEDU, come si evince dal testo dell'ordinanza), poiché le informazioni fornite in sede di invito a eleggere domicilio, risolvendosi nella mera indicazione degli articoli di legge violati (non essendovi ancora una imputazione e un processo instaurato), risulterebbero ben lontane dall'integrare quella debita informazione di cui alla giurisprudenza della Corte EDU<sup>14</sup>, attinente al contenuto fattuale e giuridico dell'accusa e alle coordinate spazio-temporali del processo, idonea a legittimare l'inferenza di una volontaria rinuncia a comparire<sup>15</sup>.

In quarto luogo, si riconosceva la violazione dell'art. 24 Cost., quale logico corollario delle considerazioni precedenti, giacché il diritto all'informazione sull'accusa penale e sul luogo e tempo di celebrazione del processo rappresenta il necessario presupposto per garantire il concreto esercizio del diritto di difesa. Diritto all'informazione che, sebbene non richieda forme particolari<sup>16</sup>, deve comunque assicurare una conoscenza non vaga ed indiretta degli addebiti<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> In proposito, l'ordinanza di rimessione cita C. eur. dir. uomo, 22 maggio 2007, Böheim c. Italia; C. eur. dir. uomo, 12 dicembre 2006, Battisti c. Francia; C. eur. dir. uomo, 23 novembre 2006, Zaratini c. Italia; C. eur. dir. uomo, 14 settembre 2006, Booker c. Italia; C. eur. dir. uomo, 8 settembre 2005, Ivanciuc c. Romania; C. eur. dir. uomo, 5 dicembre 2002, Craxi c. Italia.

<sup>14</sup> Il giudice rimettente indica C. eur. dir. uomo, 18 maggio 2005, Somogyi c. Italia; C. eur. dir. uomo, 19 dicembre 1989, Kamasinski c. Austria.

<sup>15</sup> Evidenzia i medesimi profili di criticità, VIGNALE, *Domicilio dichiarato o eletto e processo in absentia*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it). Né, secondo il corretto avviso del giudice *a quo*, era possibile invocare, nel caso di specie e con riguardo all'atto introduttivo del processo, l'obbligo dell'imputato *ex art.* 161, comma 1, c.p.p. di comunicare il mutamento del domicilio eletto, il cui inadempimento legittima le notificazioni al difensore, ovvero il suo onere di informarsi dal medesimo difensore circa la specifica accusa elevata e la pendenza del processo a proprio carico, poiché una simile asserzione, con riguardo alla elezione del domicilio presso il difensore d'ufficio, si risolverebbe in «una declinazione del libero arbitrio di pura forma che non tiene conto del fatto che il contenuto normativo dell'art. 161 c.p.p. è materia tecnica, per pratici addetti ai lavori e non facilmente intellegibile dalla stragrande maggioranza degli imputati, spesso stranieri, [...] che il reale significato di quella disposizione ignorano, specie con riferimento alla particolare implicazione processuale secondo cui, una volta eletto domicilio, nessun avviso personale verrà mai più dato».

<sup>16</sup> L'ordinanza di rimessione richiama, in proposito, C. eur. dir. uomo, 11 dicembre 2007, Drassich c. Italia; C. eur. dir. uomo, 1 marzo 2001, Dallos c. Ungheria; C. eur. dir. uomo, 25 marzo 1999, Pellissier e Sassi c. Francia.

<sup>17</sup> V. il riferimento del tribunale di Asti a C. eur. dir. uomo, 1 marzo 2006, Sejdovic c. Italia; C. eur. dir. uomo, 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia; C. eur. dir. uomo, 12 ottobre 1992, T. c. Italia

In conclusione, il giudice rimettente sottolineava come la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sebbene ritenga non in contrasto con l'art. 6 della CEDU la notifica dell'avviso d'udienza al solo difensore, imponga una particolare diligenza nel valutare se l'imputato abbia volontariamente rinunciato a comparire, *a fortiori* nel caso in esame, poiché la notifica della *vocatio in iudicium* presso il domicilio eletto si inserisce «in un contesto di difesa ufficiosa – priva quindi di quel più forte vincolo insito nella difesa fiduciaria – [che] aumenta esponenzialmente il livello di criticità costituzionale e convenzionale insito in un'elezione di domicilio effettuata presso un difensore sconosciuto, e sovente da parte di persone con competenze linguistiche limitate», come evidenziato anche dalla menzionata giurisprudenza della CEDU.

La Corte costituzionale, pur dichiarando l'inammissibilità della questione di costituzionalità, sotto il triplice profilo del difetto di rilevanza della questione, della erronea individuazione delle norme oggetto di censura nonché della natura costituzionalmente non vincolata della pronuncia additiva domandata dal giudice *a quo*, ha, tuttavia, riconosciuto la correttezza dell'esegesi circa i principi elaborati dalla Corte EDU in tema di diritto dell'accusato di partecipare al giudizio penale a suo carico – come strumentale all'esercizio del diritto di difesa e di autodifesa e, quindi, come garanzia di un equo processo – e il loro rilievo costituzionale. E proprio nella parte in cui, al fine di escludere il presupposto della rilevanza della *quaestio*, la Consulta ha censurato il giudice *a quo* per non avere spiegato se, nel caso di specie, risultasse l'effettiva instaurazione di contatti professionali tra il legale d'ufficio e l'imputato da cui dedurre l'esistenza di un rapporto di informazione tra loro, essa ha riconosciuto, almeno per implicito, che, in difetto di tale prova, non sussisterebbe l'obbligo per l'organo giurisdizionale di procedere in assenza dell'imputato *ex art. 420 bis c.p.p.*

Peraltro, tale assunto del Giudice delle leggi è in linea con l'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata sostenuta da una parte della dottrina, la quale, preso atto della inidoneità della elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio a provare, di per sé, la conoscenza dell'imputato circa l'instaurazione di un processo penale, ha ritenuto applicabile la clausola generale di cui all'ultima parte dell'art. 420 *bis*, comma 2, secondo cui, affinché si possa procedere in sua assenza, e in mancanza di una notifica personale dell'atto introduttivo del giudizio, deve risultare con certezza che egli ha avuto conoscenza del procedimento o si è volontariamente sottratto alla sua conoscenza<sup>18</sup>. E tale

<sup>18</sup> Su questa posizione, BRICCHETTI-CASSANO, *Il procedimento in absentia*, Milano, 2015, 80; MANGIARACINA, *Il "tramonto" della contumacia e l'affermazione di una assenza "multiforme"*, cit., 572; VARONE, *Elezione di domicilio dell'imputato*, cit., 2268 s. Per la tesi secondo la quale è «idonea a giustificare un processo in assenza soltanto un'elezione di domicilio compiuta in relazione ad un procedimento ben individuato e quindi completa della indicazione delle norme di legge che si assumono violate, della data e del luogo del fatto (alla stregua della informazione di garanzia di cui all'art. 369 c.p.p.)», v. VIGNALE, *Domicilio dichiarato o eletto*, cit., la quale sostiene, altresì, l'invalidità delle elezioni di domicilio eseguite *ex art. 161 c.p.p.* da cittadini stranieri che non siano comparsi in giudizio, se non emerge dagli atti, e, quindi, non può essere positivamente accertata dalla autorità giudiziaria, la conoscenza della lingua italiana o, in mancanza, se l'invito ad eleggere domicilio e gli avvertimenti previsti dall'art. 161, commi 1, 2 e 3, non sono stati rivolti e tradotti allo straniero nella sua lingua madre o in altra lingua a lui comprensibile, con conseguente nullità *ex art. 178 lett. c) c.p.p.* delle notifiche eseguite a mani del difensore. Su tale posizione, CIAVOLA, *Assenza dell'imputato*, cit., 11 s., la quale precisa che l'elezione di domicilio

ricostruzione ermeneutica – che richiama i principi già elaborati dalla giurisprudenza di legittimità in relazione all’art. 175, comma 2, c.p.p. *ante* riforma ex l. n. 67/2014 – è stata sposata da illuminate pronunce della giurisprudenza di merito<sup>19</sup> e di legittimità<sup>20</sup>, secondo le quali il processo può essere celebrato in assenza solo quando, al momento della costituzione delle parti, in sede di udienza preliminare o dibattimentale, vi sia la prova certa della conoscenza della *vocatio in iudicium* da parte dell’accusato oppure sussistano “fatti o atti” da cui può farsi discendere, direttamente o indirettamente, la prova che egli abbia siffatta conoscenza, tra i quali, però, non può rientrare l’elezione di domicilio presso il difensore d’ufficio compiuta su iniziativa della polizia giudiziaria al principio delle indagini preliminari, giacché in questa fase germinale non soltanto difetta, di solito, la formale instaurazione del procedimento penale (con l’iscrizione della *notitia criminis* nel relativo registro), ma, ancor più, mancano la formulazione dell’accusa e la citazione in giudizio, che possano essere oggetto di conoscenza dell’imputato, quale condizione minima affinché la celebrazione del processo *in absentia* possa considerarsi convenzionalmente e costituzionalmente equa e giusta<sup>21</sup>.

### 3. Il significato precettivo del nuovo comma 4-bis dell’art. 162 c.p.p.

A ogni buon conto, onde evitare che il rispetto di fondamentali diritti e garanzie dell’imputato fosse condizionato dalle oscillazioni giurisprudenziali più sopra segnalate, con il concreto pericolo di esporre il nostro Paese a nuove condanne da parte della Corte di

---

deve recare, altresì, la chiara indicazione del nome del domiciliatario.

<sup>19</sup> Trib. Milano, Sez. I, 14 luglio 2017, con nota di IORIO, *L’elezione di domicilio presso il difensore d’ufficio non garantisce la conoscenza effettiva del processo da parte dell’imputato*, in *www.ilpenalista.it*

<sup>20</sup> Cass., sez. I, 2 marzo 2017, n. 16416, in *CED Cass.*, n. 269843; Cass., sez. II, 24 gennaio 2017, n. 9441, in *www.dirittoegiustizia.it*. Conf., Cass., sez. VI, 23 giugno 2017, n. 39563, in *www.dirittoegiustizia.it*, che condivide la medesima cornice esegetica e teleologica e la illegittimità del processo celebrato in assenza, in un caso, per giunta, in cui l’indagato si era rifiutato di sottoscrivere il verbale recante la nomina del difensore d’ufficio e l’elezione di domicilio presso di lui (merita sottolineare che sussiste un irrisolto contrasto giurisprudenziale tra l’orientamento per il quale la dichiarazione o l’elezione di domicilio, ricevute a verbale dalla p.g., attesa la loro natura di dichiarazioni di volontà aventi valore negozial-processuale, sono nulle qualora il verbale non risulti sottoscritto dal dichiarante, mancando il dato della formale e concreta riferibilità della dichiarazione al soggetto dichiarante – oltre a Cass., sez. VI, 23 giugno 2017, n. 39563, cit., v. Cass., sez. VI, 12 maggio 2016, n. 26631, in *Guida dir.*, 2016, 30, 35; Cass., sez. V, 28 maggio 2008 n. 28628, in *CED Cass.* n. 240430; Cass., sez. VI, 9 dicembre 2003, n. 4921/2004, *ivi*, n. 228319 – e quello secondo cui il verbale contenente la dichiarazione o l’elezione di domicilio redatto dalla p.g. è atto pubblico, il cui contenuto fa fede fino a quando non ne sia stata dimostrata la falsità, ed è irrilevante la circostanza che l’indagato si sia rifiutato di firmarlo, atteso che la mancata sottoscrizione ne determina l’invalidità solo qualora risulti che egli abbia rifiutato di sottoscrivere l’atto, eccependone la difformità rispetto alle dichiarazioni rese o all’intenzione di non dare più corso all’elezione di domicilio – cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. II, 14 giugno 2017, n. 33956, in *CED Cass.*, n. 270733; Cass., sez. IV, 1° marzo 2017, n. 16144, *ivi*, n. 269607; Cass., sez. IV, 19 ottobre 2016, n. 48879, *ivi*, n. 268616; Cass., sez. V, 14 aprile 2016, n. 40286, *ivi*, n. 268076; Cass., sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 22372, *ivi*, n. 263901; Cass., sez. III, 26 aprile 2013, n. 23870, *ivi*, n. 256288; Cass., sez. V, 1° luglio 2010, n. 35506, *ivi*, n. 248497 –).

<sup>21</sup> Sotto tale profilo, la dichiarazione del difensore (d’ufficio) domiciliatario di rifiutare l’elezione di domicilio dell’assistito – e, conseguentemente, le relative notifiche – può assurgere a prova dell’insussistenza di un rapporto professionale con questo e, quindi, della sua non conoscenza della pendenza del processo, e la formulazione della relativa eccezione, in difetto della notifica personale dell’atto introduttivo del giudizio all’imputato ex art. 157 c.p.p., dovrebbe determinare la sospensione dello stesso ex art. 420 *quater* c.p.p.

Strasburgo, il legislatore, come scritto in premessa, è intervenuto inserendo nell'art. 162 c.p.p. la norma inedita del comma 4-bis<sup>22</sup>.

Cristallina, pertanto, è la *ratio legis*: al fine, da un lato, di assicurare la effettiva conoscenza del processo – strumentale all'esercizio del diritto di partecipazione – e di favorire i contatti con il difensore d'ufficio – nella prospettiva di una piena attuazione del diritto di difesa<sup>23</sup> – e, dall'altro, di reprimere il criticato fenomeno della “falsa reperibilità”, la prescrizione codicistica subordina l'efficacia processuale della elezione di domicilio presso lo studio del difensore d'ufficio al suo assenso e alla ricezione dello stesso da parte dell'autorità procedente<sup>24</sup>. Del resto, la genesi della prescrizione è da rinvenire nella norma prevista, con identica finalità, nel testo della proposta di riforma della disciplina della difesa d'ufficio elaborato dalla Commissione difesa d'ufficio appositamente istituita dall'Unione delle Camere Penali Italiane, sebbene inserita come comma 4-bis nell'art. 161 c.p.p. (collocazione più corretta sotto il profilo sistematico), fatta propria dal Consiglio Nazionale Forense nella seduta del 21 febbraio 2014<sup>25</sup> e poi recepita, con esclusivo riguardo alle modifiche dell'art. 29 disp. att. c.p.p., nel D.lgs. n. 6/2015.

Altrettanto chiari sono i corollari applicativi.

Il consenso del difensore d'ufficio domiciliatario deve essere da questo espressamente manifestato (anche oralmente, stante la mancata prescrizione di particolari formalità di comunicazione<sup>26</sup>), non essendo accettabili, alla luce del sostrato teleologico del precetto, forme di assenso tacite, implicite ovvero *per facta concludentia*<sup>27</sup> (come ad es., il mancato rifiuto delle notificazioni per l'imputato ovvero la mancata proposizione delle eccezioni

<sup>22</sup> La norma è stata introdotta con un emendamento al testo del d.d.l. n. 2067 approvato dal Senato e poi, in via definitiva, dalla Camera dei Deputati (d.d.l. n. 4368) con la legge n. 103/2017.

<sup>23</sup> Cfr. VIGNALE, *Processo in assenza ed elezione di domicilio*, cit.: «introducendo l'art. 162, comma 4-bis, il legislatore ha riconosciuto che, quando l'indagato elegge domicilio presso il difensore d'ufficio, occorre assicurare un contatto tra domiciliato e domiciliatario. Solo se questo contatto si realizza e il difensore comprende che potrà farlo durare nel tempo (nel qual caso potrà assentire a svolgere il ruolo di domiciliatario) l'elezione di domicilio è idonea a fornire certezze in ordine alla conoscenza del procedimento e alla colpevolezza dell'eventuale successiva mancata conoscenza della celebrazione del processo. Solo in questo caso, quindi, l'elezione di domicilio può produrre gli effetti previsti dall'art. 161 e costituire un presupposto per la procedibilità in assenza ex art. 420-bis, comma 2». V., in proposito, le linee guida della Procura della Repubblica di Tivoli, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), e di Modena, *inedite*, che ammettono un contatto diretto tra indagato domiciliante e difensore d'ufficio domiciliatario, anche a mezzo del telefono, se il legale non sia fisicamente presente all'atto dell'elezione.

<sup>24</sup> Nello stesso senso, BERGAMASCHI, *La nuova disciplina dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio e le implicazioni neglette dal Legislatore*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it).

<sup>25</sup> V. REBECCHI, *Il difensore d'ufficio*, cit., 70; VARONE, *Elezione di domicilio dell'imputato presso il difensore d'ufficio*, cit., 2269, nota 26; VIGNALE, *Processo in assenza ed elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio*, cit. Sul punto va, peraltro, segnalato che il testo della norma elaborato dalla Commissione difesa d'ufficio era più articolato, prevedendo quanto segue: «con l'invito a dichiarare o a eleggere domicilio la persona sottoposta alle indagini ovvero l'imputato sono invitati a nominare un difensore. Qualora la persona sottoposta alle indagini ovvero l'imputato siano privi di difensore, il giudice, il pubblico ministero o la polizia giudiziaria provvedono a nominare un difensore di ufficio ai sensi dell'art. 97, commi 2 e 3. In tal caso la dichiarazione o la elezione di domicilio presso il difensore deve essere, a pena di inefficacia, da questi espressamente accettata con atto scritto depositato dal difensore presso l'autorità giudiziaria procedente», in [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it).

<sup>26</sup> Cfr. BERGAMASCHI, *La nuova disciplina dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio*, cit.; nel medesimo senso, le linee guida della Procura della Repubblica di Tivoli, cit., e di Siracusa, in [www.procurasiracusa.it](http://www.procurasiracusa.it).

<sup>27</sup> Su questa posizione, le linee guida della Procura della Repubblica di Tivoli, cit.

connesse al difetto di notifica nei suoi confronti), e deve essere acquisito dall'autorità procedente, nel medesimo verbale recante l'elezione di domicilio ovvero con atto successivo (sul significato dell'avverbio "unitamente" contenuto nell'art. 162, comma 4-*bis*, si dirà immediatamente dopo), documentato, in difetto di specifiche indicazioni, secondo la disciplina generale di cui agli artt. 134 ss. e 373 c.p.p.

La non accettazione dell'elezione di domicilio da parte del difensore d'ufficio obbliga l'autorità giudiziaria a compiere le notifiche nei confronti dell'indagato ai sensi degli artt. 157 e 159 c.p.p., se questo non formalizza una nuova e diversa dichiarazione o elezione, e tale ipotesi non può in alcun modo essere assimilata a quella della mancanza, insufficienza o inidoneità della elezione, la quale, a mente dell'art. 161, comma 4 seconda parte, c.p.p., comporta che le notifiche per l'imputato siano eseguite mediante consegna al difensore (se non risulta che, per caso fortuito o forza maggiore, il primo non è stato nella condizione di comunicare il mutamento del luogo dichiarato o eletto). Invero, è di tutta evidenza che una diversa interpretazione vanificherebbe *in toto* la *ratio* garantistica della norma e, con essa, l'ambizione di rendere compatibile la disciplina del nostro processo *in absentia* con i dettami convenzionali e costituzionali più volte evocati<sup>28</sup>.

D'altra parte, l'esegesi del precetto codicistico in esame, che sia rispettosa dell'art. 12 delle preleggi e del duplice parametro della *littera* e dell'*intentio legis*, porta a ritenere che il nuovo comma 4-*bis* dell'art. 162 c.p.p. configuri un atto processuale complesso<sup>29</sup> a formazione eventualmente progressiva, costituito dal concorso di due elementi dichiarativi: l'elezione di domicilio dell'accusato e l'accettazione della elezione del difensore d'ufficio. Di conseguenza, se manca il secondo elemento, l'intera fattispecie elettiva è *tamquam non esset* e, quindi, non può legittimare in alcun modo le notifiche al difensore, ai sensi dell'art. 161, comma 4, né la celebrazione del processo in assenza, a mente dell'art. 420 *bis* c.p.p. Detto in altri termini, l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio non assentita dallo stesso non ha alcuna efficacia processuale (come prescritto dalla norma) proprio perché non si perfeziona la speciale fattispecie di elezione disegnata dal nuovo art. 162, comma 4-*bis*: dunque, essa è processualmente inesistente<sup>30</sup> e, per questo motivo, non può assurgere a fondamento del meccanismo sostitutivo delle notifiche di cui all'art. 161, comma 4, così come della mancata sospensione del processo nei confronti dell'imputato assente *ex art. 420 quater* c.p.p. Occorre precisare, in proposito, che l'inesistenza giuridica, per il mancato perfezionamento della fattispecie di cui all'art. 162, comma 4-*bis*, è cosa

<sup>28</sup> In tal senso, v. il comunicato dell'Osservatorio difesa d'ufficio dell'Unione delle Camere Penali Italiane del 31 luglio 2017, in *www.camerepenali.it*.

<sup>29</sup> Secondo la definizione tradizionale, l'atto complesso è connotato dalla espressione concorrente di distinte dichiarazioni di volontà che si fondono l'una con l'altra in un unico atto allo scopo di perseguire un interesse unitario.

<sup>30</sup> Sulla medesima linea, seppur in via d'ipotesi, BERGAMASCHI, *La nuova disciplina dell'elezione di domicilio*, cit. Di contrario avviso è VIGNALE, *Processo in assenza ed elezione di domicilio*, cit., per la quale si tratta di un atto esistente ma improduttivo di effetti, sebbene riconosca le stesse garantistiche conseguenze processuali sopra indicate (conf., le direttive della Procura della Repubblica di Frosinone, in *www.ordineavvocatifrosinone.it*).



ben diversa sia dalla mancanza *stricto sensu* dell'elezione di domicilio, la quale presuppone, ai sensi del comma 1 dell'art. 161, che l'indagato, richiesto dall'autorità procedente, si rifiuti di rendere o, comunque, non renda una valida dichiarazione di elezione<sup>31</sup>, sia dalla sua inidoneità, la quale suppone che la dichiarazione elettiva sia stata regolarmente resa ma si appalesi inadatta all'effettuazione delle notifiche (entrambe legittimanti le notifiche al difensore *ex art.* 161, comma 4 seconda parte, c.p.p.).

A identiche conclusioni si deve pervenire nel caso in cui l'autorità procedente non riesca nell'immediatezza a contattare il difensore nominato *ex officio* per raccogliere l'assenso all'elezione (e fin tanto che permane il mancato contatto).

Numerosi sono gli argomenti, testuali e sistematici, che depongono in tal senso. Innanzitutto, l'inquadramento dogmatico della fattispecie in esame come atto processuale complesso a formazione progressiva, composto dai due elementi della elezione di domicilio e dell'assenso, in mancanza dei quali essa non si perfeziona, in una con la *ratio* duplice-mente garantistica sopra illustrata della disposizione codicistica.

In secondo luogo, l'avverbio "unitamente" usato dal legislatore nella norma di nuovo conio, il quale, proprio alla luce di siffatto inquadramento dogmatico e finalistico, assume una valenza non cronologica – indicante lo svolgimento dell'attività di p.g., regolata dall'art. 162, comma 4-bis, in modo contestuale o, comunque, senza soluzione di continuità – bensì esclusivamente giuridica e si limita, quindi, a prescrivere l'unione dei due elementi dichiarativi della fattispecie *de qua* che può perfezionarsi anche in momenti procedurali diversi.

Sussistono, inoltre, almeno due ragioni normative che avvalorano simile interpretazione:

1) nell'ipotesi dell'art. 161, comma 2, c.p.p., allorché l'indagato, a seguito della notifica dell'informazione di garanzia o del primo atto notificato per disposizione dell'autorità giudiziaria, elegga domicilio presso il difensore d'ufficio, è pacifico che l'autorità procedente debba attivarsi successivamente (dunque, in un momento procedimentale distinto) per acquisire l'assenso dell'avvocato<sup>32</sup>;

2) nell'ipotesi dell'art. 161, comma 1, c.p.p., se l'organo inquirente, al momento della elezione di domicilio, non contatta nell'immediatezza (per le ragioni più varie) il difensore d'ufficio, ha l'obbligo di procedervi successivamente e, in difetto, l'elezione non si perfeziona.

Pertanto, è ragionevole e coerente sostenere che anche nel caso in cui la polizia giudiziaria si attivi nell'immediatezza (alla presenza dell'indagato) per contattare il difensore d'ufficio e non vi riesca, deve ritentare il contatto in un secondo momento e, se non viene acquisito il consenso, delle due l'una: o essa riesce a reperire l'indagato per formalizzare

<sup>31</sup> Cfr., ad es., la giurisprudenza di legittimità citata in nota 20 sul rifiuto di sottoscrizione del verbale recante l'elezione di domicilio. In argomento, v. anche GAMBARELLA, *sub art.* 161, in *Codice di procedura penale - Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2017, 308 ss.

<sup>32</sup> Così, ad es., le linee guida della Procura della Repubblica di Tivoli, cit., e di Modena, cit. Cfr. nota 36.

una diversa dichiarazione/elezione di domicilio, oppure le notifiche a questo dovranno essere necessariamente compiute, come scritto, ai sensi degli artt. 157-159 c.p.p.<sup>33</sup>.

#### 4. Esegesi riduttive degli organi inquirenti e applicazioni *contra legem* dell'art. 162, comma 4-bis, c.p.p.

Com'è stato correttamente osservato in dottrina<sup>34</sup>, la norma in commento ha un contenuto precettivo marcatamente laconico che si presta a varie e divergenti interpretazioni, dal punto di vista sia teorico che pratico. Non a caso, all'indomani della approvazione della legge "Orlando", gli uffici di Procura italiani, nella consapevolezza dell'impatto quasi rivoluzionario che essa avrebbe potuto avere rispetto a prassi operative ormai consolidate (a dimostrazione che il fenomeno della "falsa reperibilità" è tutt'altro che marginale), hanno diramato linee guida o direttive applicative agli organi di polizia giudiziaria, per lo più connotate dalla tendenza a ridurne la portata innovativa.

La gran parte di tali direttive<sup>35</sup> – preso atto, esplicitamente o implicitamente, che l'elezione di domicilio non assentita dal difensore d'ufficio preclude la possibilità tanto di effettuare a lui le notifiche per l'imputato, quanto di procedere in assenza di questo, a mente dell'art. 420 *bis* c.p.p. – dispone che la polizia giudiziaria, contestualmente alla ricezione di siffatta elezione, provveda immediatamente a contattare – telefonicamente o con altro mezzo idoneo – il difensore nominato d'ufficio (non presente all'atto), al fine di acquisire l'assenso ad accettare l'elezione, e, in caso di dissenso ovvero di impossibilità di contattarlo, inviti l'indagato a dichiarare o eleggere domicilio in luogo o presso persona diversa dall'avvocato di nomina officiosa, con la conseguenza che, in caso di rifiuto o di impossibilità di formulare una diversa elezione (si pensi ancora all'accusato straniero senza fissa dimora), previa rinnovazione degli avvertimenti di cui all'art. 161, commi 1 e 4<sup>36</sup>, c.p.p., opererà il meccanismo delle notifiche al difensore di cui al medesimo art. 161, comma 4, per la mancanza ovvero la inidoneità della elezione<sup>37</sup>, tacitamente o espressamente<sup>38</sup>

<sup>33</sup> Tanto più che, a ragionar diversamente, la volontà dell'indagato di eleggere domicilio presso il difensore d'ufficio, tutelata dalle norme processuali, verrebbe a essere vanificata soltanto perché non sia immediatamente possibile per l'autorità procedente verificare la sussistenza (o meno) dell'assenso del difensore domiciliatario.

<sup>34</sup> BERGAMASCHI, *La nuova disciplina dell'elezione di domicilio*, cit.

<sup>35</sup> Così le linee guida della Procura della Repubblica di Bologna, in [www.procura.bologna.giustizia.it](http://www.procura.bologna.giustizia.it), di Modena, cit., di Genova, in [www.ordineavvocatisavona.it](http://www.ordineavvocatisavona.it), di Tivoli, cit., di Frosinone, cit., di Busto Arsizio, in [www.camerapenalebustoarsizio.it](http://www.camerapenalebustoarsizio.it), di Siracusa, cit., e della Procura della Repubblica per i minorenni di Milano, in [www.procmin.milano.giustizia.it](http://www.procmin.milano.giustizia.it).

<sup>36</sup> È da ritenere che nel medesimo modo la p.g. debba procedere nell'ipotesi dell'art. 161, comma 2, c.p.p. (così, le linee guida della Procura della Repubblica di Tivoli, cit., e di Modena, cit.), allorché l'indagato, a seguito della notifica dell'informazione di garanzia o del primo atto notificato per disposizione dell'autorità giudiziaria, elegga domicilio presso il difensore nominato d'ufficio, la quale, tuttavia, oltre a essere piuttosto infrequente, non innesca, di regola, il fenomeno della c.d. falsa reperibilità, giacché l'indagato riceve la notificazione *de qua* in un determinato luogo, ove evidentemente viene reperito, e, nel caso in cui il legale d'ufficio non presti il consenso alla domiciliazione, le successive notificazioni verrebbero eseguite nel luogo in cui l'indagato ha ricevuto la prima notifica e non presso l'avvocato, a meno che esse non diventino impossibili.

<sup>37</sup> Parla giustamente di aggiramento della riforma, VIGNALE, *Processo in assenza ed elezione di domicilio*, cit.

<sup>38</sup> V. le linee guida della Procura della Repubblica di Tivoli, cit., e di Siracusa, cit.



ritenute entrambe confacenti al caso di specie. Tuttavia, se la distinzione tra l'ipotesi della mancanza e quella della inidoneità è irrilevante ai fini del disposto dell'art. 161, comma 4, così non è (o non lo è necessariamente) se si segue il sopra criticato orientamento della giurisprudenza di legittimità<sup>39</sup> – tanto formalistico quanto contrario ai principi della CEDU e della Carta fondamentale – secondo il quale qualsiasi elezione di domicilio, anche se successivamente rivelatasi inidonea allo scopo, legittima la celebrazione del processo *in absentia*, in quanto indice legale di conoscenza del processo, ai sensi dell'art. 420 *bis*, comma 2, c.p.p. Al contrario, una elezione mancante – poco importa se l'indagato si sia rifiutato ovvero sia impossibilitato a formularla – neutralizza l'istituto dell'art. 420 *bis*<sup>40</sup> e, con esso, il rischio della celebrazione di processi contro imputati “fantasmi”. Nella (non condivisibile) prospettiva delle linee guida, dunque, è molto meglio ritenere, alla luce della *ratio* della norma in commento e dei *dicta* della Corte EDU, che l'ipotesi della mancata rinnovazione della dichiarazione di elezione (da parte del sottoposto al procedimento, presente all'atto o successivamente reperito dagli organi inquirenti) debba considerarsi, per l'appunto, come mancanza della stessa e non come sua inidoneità.

Con riguardo alle modalità di verbalizzazione delle attività di polizia giudiziaria implicate dall'art. 162, comma 4-*bis*, occorre registrare una divergenza tra le direttive che ritengono che non debba essere fatta menzione nel verbale dei tentativi infruttuosi di contattare il legale d'ufficio ovvero del suo rifiuto di prestare il consenso all'elezione di domicilio, «trattandosi di attività inutile e priva di effetti»<sup>41</sup>, e quelle che, al contrario, affermano che nel verbale debba darsi atto dei tentativi di comunicare con il difensore e della volontà da lui espressa<sup>42</sup>. Sul punto, appare decisamente preferibile il secondo indirizzo, perché la documentazione di dette attività rappresenta una garanzia che la p.g. si attivi fattivamente – e, se del caso, ripetutamente – per interpellare il difensore nominato d'ufficio, agevolare il contatto tra questi e il suo assistito e raccogliere una manifestazione di volontà consapevole in merito tanto alla elezione di domicilio quanto alla sua accettazione (o meno) da parte dell'avvocato.

Infine, merita segnalare che, secondo quanto denunciato dall'Unione delle Camere Penali, attraverso un comunicato dell'Osservatorio difesa d'ufficio<sup>43</sup>, risultano diversi casi sul territorio nazionale di revoca immediata, per unilaterale iniziativa della polizia giudiziaria, del difensore d'ufficio, designato tramite il sistema informatizzato, a seguito del mancato assenso all'elezione di domicilio, evidentemente “rimosso” a beneficio di altro difensore

<sup>39</sup> V. *supra* nota 6.

<sup>40</sup> Di questo avviso, le direttive della Procura della Repubblica di Modena, cit., benché ritengano compatibile l'ipotesi in questione anche con l'inidoneità della elezione di domicilio.

<sup>41</sup> Così le linee guida della Procura della Repubblica di Bologna, cit., di Genova, cit., e della Procura della Repubblica per i minorenni di Milano, cit.

<sup>42</sup> Così le linee guida della Procura della Repubblica di Modena, cit., di Tivoli, cit., di Frosinone, cit., di Busto Arsizio, cit., e di Siracusa, cit.

<sup>43</sup> V. il comunicato dell'Osservatorio difesa d'ufficio dell'Unione delle Camere Penali Italiane del 14 ottobre 2017, in [www.camerepenali.it](http://www.camerepenali.it).

incline ad accettare la domiciliazione presso il suo studio. Si tratta di gravi distorsioni applicative palesemente *contra legem*, sulle quali è auspicabile un pronto intervento dei capi degli uffici di Procura, nell'esercizio del loro potere di direzione della polizia giudiziaria (che, non è fuori luogo rammentarlo, non ha alcuna potestà di revoca dell'avvocato di nomina officiosa), poiché esse finiscono per obliterare non soltanto la *ratio* della riforma, ma addirittura l'essenza stessa dell'istituto dell'elezione di domicilio, che non ha lo scopo di agevolare la successiva attività notificatoria, bensì quello di garantire la effettiva conoscenza della pendenza del procedimento penale e della celebrazione del processo da parte del soggetto indagato/imputato.

## 5. Revoca dell'assenso all'elezione di domicilio da parte del difensore d'ufficio e profili di diritto intertemporale.

Occorre esaminare un'ultima questione che la norma in analisi, a cagione del suo costrutto "minimalista", non regola in modo diretto, lasciando un ulteriore spazio alla discrezionalità interpretativa della giurisprudenza. *Quid iuris* se il difensore che ha prestato l'assenso all'elezione di domicilio presso il suo studio revochi successivamente detto assenso?

È bene evidenziare che non si tratta di una ipotesi di scuola, poiché l'elezione di domicilio presuppone la integrazione di una fattispecie negoziale bilaterale sempre revocabile dall'imputato, con le formalità di cui all'art. 162 c.p.p., nonché dal difensore, secondo l'esegesi dei giudici di legittimità sopra richiamata<sup>44</sup>, con comunicazione scritta depositata presso l'autorità giudiziaria procedente ovvero anche mediante il rifiuto delle notificazioni a lui destinate in qualità di domiciliatario, allorché, ad esempio, venga meno il rapporto di fiducia con l'assistito/domiciliante<sup>45</sup> ovvero questo si renda irreperibile, a maggior ragione nell'ipotesi dell'art. 162, comma 4-*bis*, tenuto conto delle sue conseguenze procedurali e processuali, più sopra descritte, e delle correlative gravose responsabilità a carico del difensore d'ufficio<sup>46</sup>.

Tuttavia, in assenza di una specifica regolamentazione, è facile prevedere che si consoliderà l'orientamento giurisprudenziale, già affermatosi in merito alle ordinarie ipotesi di rifiuto della domiciliazione o delle connesse notifiche, secondo il quale la situazione *de qua* determina una inidoneità dell'elezione di domicilio, per sopravvenuta impossibilità di

<sup>44</sup> V. nota 3.

<sup>45</sup> Sul punto, corre precisare che la revoca del mandato difensivo o la sua rinuncia, ai sensi dell'art. 107 c.p.p., non comporta *ex se* la revoca dell'elezione di domicilio, trattandosi di due dichiarazioni aventi contenuto ed effetti distinti, anche qualora confluiscono nel medesimo atto; sul punto, v. GAMBARDILLA, *sub* art. 161, cit., 315 s., e la giurisprudenza ivi richiamata.

<sup>46</sup> Cfr., BERGAMASCHI, *La nuova disciplina dell'elezione di domicilio*, cit., il quale condivisibilmente afferma che «la novella in nessun modo può essere interpretata come produttiva di un vincolo perenne incombente sul difensore che abbia assentito» e auspica, in un'ottica *de iure condendo*, che il legislatore attribuisca esplicitamente «il valore di caso fortuito alla rinuncia al ruolo di domiciliatario del difensore d'ufficio, laddove ciò sia dovuto alla dichiarata impossibilità di tenere i contatti con l'assistito [...], con la conseguente ed espressa necessità di operare le successive notifiche attraverso la procedura della prima notifica all'imputato non detenuto, *ex* art. 157 c.p.p., e, se del caso, delle ricerche *ex* art. 159 c.p.p.».

compiere le notificazioni nel domicilio eletto, con l'effetto che queste verranno eseguite al legale nominato *ex officio*, ai sensi dell'art. 161, comma 4, c.p.p.<sup>47</sup>. La speranza, in proposito, è che possa prevalere nella giurisprudenza della Corte di cassazione, magari per il tramite di un intervento nomofilattico delle Sezioni unite, l'indirizzo maggiormente garantistico e consentaneo, come scritto più volte, ai dettami della CEDU e della Costituzione, per il quale, in mancanza della prova della conoscenza della celebrazione del processo da parte dell'imputato – nel cui perimetro non vi rientra né l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio, *a fortiori* se non assentita o successivamente revocata, né la notificazione della *vocatio in iudicium* effettuata a norma del citato art. 161, comma 4 –, non è consentito procedere in sua assenza *ex art. 420 bis*, bensì il giudice deve sospendere il processo, a mente dell'art. 420 *quater* c.p.p.

Si deve segnalare, infine, che la legge n. 103 del 2017 non ha dettato una norma transitoria in ordine all'applicazione del comma 4-*bis* dell'art. 162 c.p.p. ai procedimenti in corso: dunque, essa è governata dal principio *tempus regit actum*, in forza del quale gli effetti processuali delle elezioni di domicilio poste in essere prima della entrata in vigore della novella (3 agosto 2017) sono regolati dalla disciplina previgente<sup>48</sup> e, quindi, rispetto a queste non sarà necessario acquisire – per la validità delle future notificazioni – l'assenso del difensore nominato d'ufficio. In ragione di ciò, occorrerà il decorso di un rilevante lasso di tempo prima che la nuova prescrizione codicistica entri pienamente a regime, e rispetto alle elezioni di domicilio non ricadenti sotto la sua egida è auspicabile – come scritto sopra per la revoca del consenso del difensore domiciliatario alla elezione – che si affermi in seno alla Suprema corte l'orientamento contrario alla celebrazione del processo *in absentia*, in mancanza della prova certa della conoscenza dello stesso da parte dell'imputato.

In conclusione, alla luce dei vuoti precettivi del comma 4-*bis* dell'art. 162 c.p.p. e del concreto pericolo che essi siano colmati da esegesi giurisprudenziali capaci di frustrare la *ratio* della novella, è opportuno, se non addirittura necessario, un rapido intervento del legislatore per meglio definire obblighi operativi dell'autorità procedente, forme di espressione e acquisizione del consenso (e del dissenso) all'elezione di domicilio e della sua revoca da parte del difensore d'ufficio e loro effetti processuali.

<sup>47</sup> Formula la stessa previsione, BERGAMASCHI, *La nuova disciplina dell'elezione di domicilio*, cit.

<sup>48</sup> In questo senso, le linee guida della Procura della Repubblica di Tivoli, cit., e di Siracusa, cit.



# Epidemia dolosa - caso Talluto

Opinioni

MARCO MARCELLI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il delitto di lesione personale ed il contagio da virus HIV, con particolare riferimento al problema dell'accertamento del nesso eziologico. – 3. Configurabilità del tentativo di infezione da virus HIV e la questione del dolo eventuale. – 4. La contestazione relativa al delitto di epidemia.

## 1. Premessa.

La vicenda scrutinata dalla Corte d'assise di Roma nel corso del processo a carico di Valentino Talluto, che ha avuto ampio eco mediatico, riveste un notevole interesse penalistico e medico-legale.

Nel caso in esame, in particolare, l'imputato affetto dal *virus* HIV è stato rinviato a giudizio dal Gup del Tribunale di Roma per i delitti di lesioni gravissime in danno di 34 persone offese, tentate lesioni gravissime per le restanti 17 persone offese che con l'imputato hanno avuto rapporti sessuali, pur non essendone state contagiate, per falso ex art. 485 c.p. nonché per il delitto di epidemia ex art. 438 c.p. in ragione della accertata trasmissione diretta del *virus*, per mezzo di numerosi rapporti sessuali non protetti ad un numero indeterminato di *partner*, ed indiretta a persone che dai contagi primari, ignari di aver contratto lo stato di sieropositività, sono state inconsapevolmente contagiate, tra cui un bambino e due partner.

Sotto il profilo processuale, per completezza di informazioni, è bene sin da ora precisare che la difesa dell'imputato in sede di udienza preliminare ha formulato una richiesta di procedere con il rito abbreviato subordinato all'escussione di un consulente tecnico per eventuali patologie psicologiche mentre alla prima udienza dibattimentale ha riformulato in maniera difforme la richiesta di procedere con giudizio abbreviato subordinato all'escussione dei diversi consulenti medici sia per il profilo sanitario che quello psicologico.

In seguito all'opposizione del Pubblico Ministero e dei difensori delle parti civili, la Corte di Assise ha rigettato tale richiesta in quanto difforme rispetto alla precedente formulata all'udienza preliminare e pertanto inaccoglibile.

Orbene, con il limite che la presente disamina viene effettuata in assenza delle motivazioni e che una compiuta analisi delle questioni sollevate dal processo dovrà essere

necessariamente rinviata all'esame della sentenza successivamente al deposito delle motivazioni, nondimeno è già possibile trarre dalla lettura del dispositivo alcuni interessanti spunti di riflessione sotto il profilo giuridico, sui quali ci si soffermerà brevemente nei prossimi paragrafi.

La sentenza deliberata dalla Corte di Assise di Roma, Sez. 3<sup>^</sup>, sulla richiesta di condanna formulata dalla Procura alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno per anni 2, per tutti i reati contestati ad eccezione di 2 capi di imputazione per lesioni gravissime in danno di due vittime, ha affermato la penale responsabilità dell'imputato per tutti i capi di imputazione contestati per le fattispecie di cui agli artt. 81, 582, 583 co. 2 n.1, 585 in relazione all'art. 577 co. 1 n. 4 e all'art. 61 n. 1 c.p., aggravati dai motivi futili, ad eccezione di due capi di imputazione, e, ha assolto l'imputato con la formula "*perché il fatto non sussiste*", per i capi relativi ai tentativi di lesioni e per il reato di epidemia di cui all'art. 438 c.p. e condannato altresì l'imputato alla pena di anni 24 di reclusione nonché al risarcimento del danno da liquidarsi in separata sede ed alla condanna di una provvisoria immediatamente esecutiva pari ad €. 50.000,00 per le vittime nei cui confronti ha ritenuto sussistente i reati contestati.

La richiesta del risarcimento del danno, per molte delle parti civili è stata indicata in €.990.000,00 per ognuna di Loro in ragione delle tabelle del Tribunale di Milano.

## 2. Il delitto di lesione personale ed il contagio da virus HIV, con particolare riferimento al problema dell'accertamento del nesso eziologico.

La Corte d'assise di Roma nel caso in commento ha visto integrato il reato di lesione personali gravissime aggravate dai futili motivi in danno di 32 delle 34 persone offese, accogliendo la richiesta del pubblico ministero, in quanto il Talluto con più azioni esecutive di un medesimo disegno criminoso ha volontariamente cagionato, attraverso rapporti sessuali non protetti, nella piena consapevolezza di essere affetto dal virus HIV senza informarle della patologia di cui è affetto, lesioni personali gravissime consistite nella contrazione del virus HIV.

Una delle maggiori problematiche afferenti i casi di contagio di tale virus attiene all'accertamento del nesso eziologico, il lungo e asintomatico periodo di incubazione del virus comporta un difficoltoso accertamento in ordine alla genesi del male, di talché la prova diviene *diabolica*, in dottrina si è infatti sostenuta "*l'impossibilità di dimostrare il rapporto di causalità tra comportamento dell'agente e la diffusione epidemica, questa potendo essere l'effetto di cause antecedenti, concomitanti e successive, in sé di norma non documentabili, se non in via di mera ipotesi*"<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> E. FORUNA, *Una strategia giuridico-sociale per la lotta all'AIDS*, in *Riv. it. Med. Leg.*, 1988, 466.

Nel caso in esame grazie all'analisi molecolare del virus, condotta dal laboratorio di virologia dell'Istituto Nazionale Malattie Infettive Spallanzani, è stato possibile valutare il grado di somiglianza dell'acido nucleico del virus tra i soggetti portatori (il paragone della sequenza di questi segmenti permette di stabilire il grado di somiglianza ed è possibile identificare infezioni che hanno una radice comune con "termini di elevatissima probabilità), in tal modo è stata provata l'appartenenza di tutte le ragazze, i tre ragazzi, il bambino ed il Talluto ad un unico ceppo virale.

Tale prova si va ad aggiungere alle testimonianze delle stesse persone offese nel corso dell'istruttoria le quali hanno permesso di datare, almeno approssimativamente, il momento dei contagi, tutti avvenuti successivamente alla scoperta di essere sieropositivo da parte del Talluto.

### 3. Configurabilità del tentativo di infezione da virus HIV e la questione del dolo eventuale.

La mera disamina del dispositivo consente già di effettuare delle valutazioni sotto il profilo dell'elemento soggettivo del reato. Infatti dalla lettura del dispositivo emerge che la Corte di Assise ha ritenuto che in tutti gli episodi contestati l'imputato avesse agito rispetto all'evento contagioso a titolo di dolo eventuale.

Tale dato si desume dall'assoluzione per i capi d'imputazione relativi al tentativo di lesione personale ipotizzato ai danni di diversi soggetti e dalla formula con la quale essa è stata pronunciata, poiché come noto, il delitto a titolo di tentativo è incompatibile con il dolo eventuale.

Sul punto si è espressa anche la Corte di Cassazione concludendo nel senso che: "*La configurazione del delitto tentato non è compatibile con l'elemento psicologico del dolo eventuale, ma solo con quello del dolo diretto*"<sup>2</sup> e che: "*Nel dolo si è in presenza di organizzazione della condotta che coinvolge, non solo sul piano rappresentativo, ma anche volitivo la verifica del fatto di reato. In particolare, nel dolo eventuale, che costituisce la figura di margine della fattispecie dolosa, un atteggiamento interiore assimilabile alla volizione dell'evento e quindi rimproverabile, si configura solo se l'agente prevede chiaramente la concreta, significativa possibilità di verifica dell'evento e, ciò non ostante, si determina ad agire, aderendo a esso, per il caso in cui si verifichi. Occorre la rigorosa dimostrazione che l'agente si sia confrontato con la specifica categoria di evento che si è verificata nella fattispecie concreta. A tal fine è richiesto al giudice di cogliere e valutare analiticamente le caratteristiche della fattispecie, le peculiarità del fatto, lo sviluppo della condotta illecita al fine di ricostruire l'iter e l'esito del processo decisionale*"<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Cass. Pen., sez. I, 21 febbraio 2007 (ud. 21/02/2007), n. 16666.

<sup>3</sup> Cass. Pen., Sezioni Unite, 18 settembre 2014 (ud. 24 aprile 2014), n. 38343, ThyssenKrupp.

La qualificazione del dolo eventuale in caso di contagio da HIV non è nuova in giurisprudenza poiché varie sono state nel corso degli anni le pronunce della Corte di Cassazione ma tutte vertenti per lo più sulla distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente in casi di contagio di singole vittime, intercorso dal marito alla moglie e dunque significativamente diverse dal caso in esame caratterizzato per almeno 32 contagi diretti ed indiretti.

Ex multis, la sentenza n. 44712 del 2008 nella quale la Corte di Cassazione afferma: “*risponde a titolo di dolo eventuale il soggetto sieropositivo che abbia ripetuti rapporti sessuali non protetti con il proprio partner quando risulti che fosse perfettamente a conoscenza del male dal quale era affetto e consapevole della concreta possibilità di trasmettere il male al proprio compagno*”.

Dopo tali, brevi osservazioni di carattere generale, e muovendo l'obiettivo dell'indagine al caso di specie, si può osservare allora che la vicenda sottoposta alla Corte d'Assise presenta delle peculiarità che meritano approfondimento, finalizzato alla valutazione della natura dell'elemento soggettivo attraverso il quale ha agito l'imputato.

La decisione della Corte differisce dalla richiesta formulata dalla Procura, indiscutibilmente, propendendo per la qualificazione dell'elemento soggettivo a titolo di dolo eventuale e non di dolo diretto.

Una prima *quaestio iuris* attiene alla valutazione se le lesioni personali gravissime consistite nella contrazione del virus HIV ad opera dell'imputato siano state frutto di una condotta volontaria e scientemente finalizzata alla trasfusione del virus.

La sentenza dovrà quindi dar conto del fatto che gli elementi emersi in maniera seriale durante il corso dell'istruttoria non fanno ipotizzare che vi sia stato un vero e proprio disegno criminoso volto al contagio ed in tal modo, presumibilmente, potrà escludere la qualificazione dell'elemento soggettivo nel dolo diretto.

Ciò, tuttavia, benché ci sia stata una sentenza di condanna a titolo di reato continuato e quindi le molteplici lesioni gravissime siano unite dal vincolo della continuazione.

#### 4. La contestazione relativa al delitto di epidemia.

Ulteriore profilo da analizzare è quello relativo all'imputazione per epidemia dolosa disciplinata dall'art. 438 c.p. che come ben noto punisce con l'ergastolo «chiunque cagiona un'epidemia mediante la diffusione di germi patogeni».

In realtà occorre rilevare che la giurisprudenza italiana ha affrontato il concetto di epidemia in sporadiche occasioni, e peraltro in riferimento alla fattispecie colposa descritta dall'art. 452 c.p. escludendone la sussistenza con motivazioni che mal si attagliano al caso di specie in cui un imputato ha scientemente trasmesso a molteplici persone tra contagi primari ed altri contagi secondari, il virus dell'HIV.

La specificità del caso oggetto di esame consente di omettere un esame ricognitivo delle precedenti decisioni che differiscono in maniera significativa da quella in esame.

Invece, è utile esaminare che sotto il profilo medico-scientifico si parla di “*epidemia*” quando “*una malattia si diffonde rapidamente, interessando in un periodo di tempo re-*



*lativamente breve un gran numero di persone, nell'ambito di un territorio o di un gruppo demografico*"<sup>4</sup>.

Si tratta peraltro di una definizione parzialmente accolta anche in ambito giuridico. E i commentatori concordano nel definire l'epidemia quale "*particolare malattia infettiva che, sviluppata in maniera più o meno brusca (più o meno rapidamente), per cause che non siano abituali, costanti o periodiche, colpisce gruppi rilevanti di popolazione per poi attenuarsi dopo aver compiuto il suo corso*"<sup>5</sup>.

Nei rari casi vagliati della giurisprudenza di merito si è andata però consolidando una nozione "penalistica" di epidemia più circoscritta rispetto all'accezione medico-scientifica, ove ne sono tratti essenziali: la necessità che la malattia si sviluppi secondo una dinamica autonoma e la simultaneità o rapidità del manifestarsi della malattia.

Tale ultimo elemento è stato utilizzato per differenziare il fatto epidemico da quello endemico<sup>6</sup>.

L'oggetto giuridico del reato di cui all'art. 438 c.p. è rappresentato dalla salute della collettività, la tutela di tale bene esprime l'esigenza che: "*il contagio di malattie infettive, che già abbia interessato un certo numero di persone, non ne colpisca altre in modo da incrinare la sicurezza delle condizioni di salute della collettività... si propone una tutela, avanzata allo stadio del pericolo, della salute della collettività*"<sup>7</sup>.

Per quanto attiene al profilo realizzativo, il delitto di epidemia si caratterizza come reato d'evento a forma vincolata, l'agente deve cagionare l'evento epidemico mediante la diffusione di germi patogeni (ogni microorganismo capace di causare una malattia<sup>8</sup>), indicata linguisticamente come mezzo questa rappresenta il comportamento che l'agente deve tenere.

Sul punto parte della dottrina ripresa anche da giurisprudenza di merito, ha affermato che il soggetto agente debba avere il possesso dei germi patogeni, anche in vivo, mentre deve escludersi che una persona affetta da malattia contagiosa abbia il possesso dei germi che l'affliggono<sup>9</sup>.

La posizione assunta dalla giurisprudenza tuttavia non ha colto il pieno favore della dottrina. In particolare, alcuni autori hanno rimarcato che l'azione tipica potrebbe realizzarsi anche in modalità diverse da quelle sopra descritte, ponendo l'accento sul fatto che le disposizioni di riferimento non autorizzerebbero a limitazioni della rilevanza penale della diffusione di microrganismi patogeni a partire da un organismo umano-ospite, ivi per

<sup>4</sup> V. Epidemia in *Enciclopedia Medica Italiana*, Vol. 5, USES, Firenze, 2350.

<sup>5</sup> N. STOLFI, *Brevi note sul reato di Epidemia*, in *Cass. Pen.*, 2003, 3946.

<sup>6</sup> Trib. Bolzano 13.3.1979, Rier, in *Giur. Mer.* 1979, 945.

<sup>7</sup> S. ARDIZZONE, *v. Epidemia*, in *Dig. disc. Pen.*, IV, Torino, 1990, 252 ss.

<sup>8</sup> S. ARDIZZONE, *v. Epidemia*, cit., 253.

<sup>9</sup> V. Trib. Bolzano 13.3.1979, RIER, in *Giur. Mer.*, 1979, II, 945.

cui sarebbe erroneo escludere aprioristicamente che un soggetto malato possa rendersi diffusore di germi patogeni compatibilmente con il dettato normativo<sup>10</sup>.

Seppur la norma in esame non abbia mai trovato applicazione in ordine alla caratterizzazione dell'offesa si registra un interessante dibattito dottrinale, tre sono infatti i differenti inquadramenti del delitto in esame, come reato di danno, come reato di danno e pericolo presunto infine come reato di evento di pericolo comune.

Secondo il primo orientamento, il delitto di epidemia sarebbe un reato di danno, perché la lesione si realizza con l'avvenuta epidemia, in tal senso si rileva che la norma incriminatrice non contempla alcun riferimento all'espansione ulteriore della malattia, questa rappresenterebbe solamente un evento ulteriore rispetto alla consumazione del reato<sup>11</sup>.

Altro orientamento configura l'epidemia come reato al contempo di danno e di pericolo presunto, tale delitto presenterebbe quindi una duplice dimensione di disvalore, ossia un profilo di dannosità concreta, valutabile in relazione alle persone contagiate e un profilo di pericolosità presunta, emergente in rapporto ai consociati la cui salute non sia stata colpita, ma che sia stata messa a repentaglio dalla diffusione di germi patogeni<sup>12</sup>.

Tale ricostruzione è stata fatta propria anche dalla giurisprudenza *“La materialità del delitto è altresì costituita da un evento di danno rappresentato dalla concreta manifestazione, in un certo numero di persone, di una malattia eziologicamente collegabile a quei germi patogeni e da un evento di pericolo rappresentato dalla possibilità di ulteriore propagazione della stessa malattia a causa della capacità di quei germi patogeni di trasmettersi ad altri individui anche senza un intervento dell'autore della originaria diffusione”*<sup>13</sup>.

Sul punto si è espresso anche il Tribunale di Roma<sup>14</sup> secondo il quale per configurare il reato di epidemia, non è sufficiente un evento c.d. «superindividuale», generico e completamente astratto, ossia avulso dalla verifica dei casi concreti causalmente ricollegabili alla condotta del soggetto agente, ciò che porterebbe a confondere il concetto di evento con quello di pericolo.

L'ultimo orientamento configura il suddetto reato come reato di pericolo comune, ponendo l'attenzione sulla diffusività del male in quanto l'epidemia richiederebbe la diffusività della malattia e senza tale pericolo non si configurerebbe<sup>15</sup>, cosicché la malattia che colpisca contemporaneamente una pluralità di individui non è ancora sufficiente di per sé ad integrare il delitto in esame, se fa difetto il pericolo di diffusività<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> V. MANZINI, in *Trattato di diritto penale italiano*, VI, Torino, 1984, 541; MARIANI, in *I delitti contro l'incolumità pubblica*, Milano, 2008, 269.

<sup>11</sup> V. PATALANO, *Significato e limiti della dattomatica del reato di pericolo*, Napoli, 1975, 194-195.

<sup>12</sup> A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità pubblica*, in *Trat. Dir. pen.*, Milano, 2013, 207.

<sup>13</sup> G.u.p. Trento, 12.7.2002, M. MARCUCCI, in *Cass. pen.* 2003, 3940 ss., con nota di STOLFI.

<sup>14</sup> Trib. Roma, Sez. VII, 22.03.1982, n. 3358, MALZONI.

<sup>15</sup> A. Nappi, *Codice penale*, in *Giur. Sist.* Bricola e Zagrebelsky, I, Torino, 1984, 543.

<sup>16</sup> Trib. Verona 29.7.1957, DE BENI, *Arch. Pen.*, 1958, II, 432.

Una tale configurazione ha portato alcuni autori a concludere che epidemia “*non è qualunque malattia infettiva, ma soltanto quella che, per la facile propagazione dei suoi germi, espone a pericolo in un unico contesto di tempo la salute di un gran numero di persone*”<sup>17</sup>.

I citati orientamenti seppur muovono da chiari presupposti giuridici non affrontano attraverso un’analisi completa ed esauriente il dato centrale su cui è imperniata la norma, ovvero l’evento nella sua dimensione naturalistica<sup>18</sup>.

Ai fini di una corretta ricostruzione e comprensione della norma sarà quindi necessario fare ricorso all’ausilio delle conoscenze scientifiche ed epidemiologiche che si occupano *ex professo* di studiare e definire proprio gli eventi epidemici, senza astrarre il concetto di epidemia all’interno di una categoria giuridica che discosti dalla realtà fenomenica<sup>19</sup>.

Partendo da tale assunto ed essendo l’obiettivo dell’indagine la condotta posta in essere da Valentino Talluto si affronterà nel proseguo un’analisi della norma alla luce degli elementi peculiare del caso in esame.

Partendo dalla nozione di epidemia in relazione al virus HIV, avendo questo una presenza endemica nella popolazione, è opportuno premettere che in tal nel caso dal punto di vista medico-scientifico è più corretto parlare di *cluster epidemico*, come anche riportato nel capo di imputazione.

Un importante apporto sia nel corso delle indagini che nel corso dell’istruttoria dibattimentale è stato fornito dalla Dott.ssa Capobianchi, responsabile del laboratorio di virologia dell’Istituto Nazionale Malattie Infettive Spallanzani di Roma, la quale ha definito il cluster epidemico come un raggruppamento di infezioni in un tempo e in un limitato ambito spazio temporale, sostenute da un unico ceppo virale, nel caso in esame il numero dei casi di trasmissioni del virus è molto più elevato di quello che normalmente ci si attende, affermando esplicitamente che in genere da un singolo soggetto sieropositivo vi sono dagli uno ai cinque contagi, nel caso in oggetto essendovene stati trenta è corretto parlare di epidemia.

La Dottoressa ha inoltre evidenziato la pericolosità della condotta posta in essere dal Talluto, in quanto ogni singola persona infettata a sua volta può divenire, se non avvertita tempestivamente, fonte di trasmissione ad altre persone “*una specie di cerchio che si allarga che noi non siamo in grado di controllare*”, situazione aggravata dal fatto che l’imputato mai ha comunicato alle ragazze con le quali intratteneva rapporti sessuali il proprio stato di sieropositività.

In una tale ricostruzione, seppur in presenza di una malattia con presenza endemica che in astratto, secondo l’interpretazione restrittiva data alla nozione di epidemia in ambito giuridico, farebbe escludere l’applicabilità della norma si ravvisano quelle cause e condi-

<sup>17</sup> G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*. III ed., Milano 2001.

<sup>18</sup> N. STOLFI, *Brevi note sul reato di Epidemia*, cit., 3946.

<sup>19</sup> N. STOLFI, *Brevi note sul reato di Epidemia*, cit., 3946.

zioni in presenza delle quali anche una malattia endemica o a diffusione ubiquitaria può assumere connotazioni epidemiche così da poter integrare il delitto di cui all'art. 438 c.p.<sup>20</sup>.

Più precisamente da quanto affermato dalla Dottoressa emerge come nel caso di specie siano rinvenibili quegli elementi che dottrina e giurisprudenza richiedono per la configurazione del delitto di epidemia, ovvero il danno concreto ad un certo numero d'individui e la pericolosità con conseguente rischio per l'incolumità pubblica.

L'applicazione della norma in caso di contagi multipli di HIV presenta ulteriori problematiche inerenti alla modalità della condotta e la prova del nesso eziologico.

Come noto il virus HIV si trasmette per via parentale, attraverso trasfusioni di sangue infetto o scambio di siringhe contaminate, oppure mediante rapporti sessuali non protetti, nonché da madre a feto, il contagio per le modalità tipiche di trasmissione ha caratteri "determinato" e singolare, ossia "unidirezionale" e "*in certam personam*", con difetto di potenza espansiva "*ultra individuum*", viene meno quel pericolo vagante capace di espandersi autonomamente<sup>21</sup>.

Per tale motivo la trasmissione del virus HIV è stata da sempre configurata come illecito contro la persona.

Un'apertura all'applicazione della norma in caso di contagio di HIV ci è fornita da Ardizzone il quale, pur escludendone in linea generale la configurabilità, afferma che "*se il contagio è plurimo ed interessa una moltitudine di persone, l'episodio complessivo può acquistare rilevanza per la considerazione dell'aspetto obiettivo del reato di epidemia*"<sup>22</sup>.

Relazionando tale affermazione a quanto affermato dalla Dottoressa Capobianchi si potrebbe affermare che il caso in esame può sussumersi perfettamente all'interno di un'interpretazione meno restrittiva della norma anche sotto quest'ultimo aspetto.

Per quanto riguarda la problematica attinente alla prova del nesso eziologico si rimanda a quanto detto in precedenza.

Sull'elemento soggettivo del reato, ai fini dell'integrazione del dolo nel delitto di epidemia si richiede la coscienza e volontà della diffusione di germi patogeni congrui alla diffusione del male<sup>23</sup>, e come evidenziato in dottrina la struttura di tale reato è perfettamente compatibile con il dolo eventuale<sup>24</sup>.

Nel caso oggetto di analisi dalle risultanze emerse nel corso del dibattito, quali sono ad esempio la serialità della condotta e l'approfondita conoscenza della malattia e delle modalità di trasmissione, non si palesano problematiche per la qualificazione della condotta posta in essere dal Talluto come dolosa.

<sup>20</sup> N. STOLFI, *Brevi note sul reato di Epidemia*, cit., 3946.

<sup>21</sup> A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità*, cit., 207.

<sup>22</sup> S. ARDIZZONE, *v. Epidemia*, cit., 252.

<sup>23</sup> S. ARDIZZONE, *v. Epidemia*, cit., 252.

<sup>24</sup> A. NAPPI, *Codice penale*, cit., 543.

Nessuna particolare criticità è rinvenibile sulla tematica del rapporto tra la norma di cui all'art. 438 c.p. con altri reati, è opinione diffusa che il delitto di epidemia, in quanto strutturato nella forma del reato complesso comprende ed assorbe alcune fattispecie delittuose a tutela della vita e dell'integrità fisica previste nel titolo XII, cosicché in caso di lesioni personali derivanti dalla cagionata epidemia è escluso, ex. art. 84 c.p. il concorso di reati, essendo la malattia elemento costitutivo del delitto in esame<sup>25</sup>.

In conclusione, la mancata applicazione della norma anche di fronte ad un caso che, seppur nella sua atipicità e unicità, ne presenta tutti gli elementi costitutivi, essendo presente sia l'elemento oggettivo (cioè il danno rappresentato dalla concreta manifestazione, in un certo numero di persone, di una malattia eziologicamente collegabile all'imputato con conseguente rischio per l'incolumità pubblica) sia l'elemento soggettivo, ci fa riflettere sulla concreta utilità di un'interpretazione così restrittiva e avulsa dai casi concreti.

---

<sup>25</sup> A. GARGANI, *Reati contro l'incolumità*, cit., 242.



## Brevi osservazioni in merito al c.d. disegno di legge Fiano sull'introduzione del reato di propaganda del regime fascista e nazifascista

ERSI BOZHEKU

SOMMARIO: 1. Palazzo Madama: in attesa di una “nuova” incriminazione per il “saluto romano” e i *gadgets* raffiguranti l'immagine di Mussolini. – 2. *Quid novi* nel “nuovo” articolo 293-bis c.p.? – 3. L'oggetto di tutela dell'articolo 293-bis c.p. – 4. Chiose finali.

### 1. Palazzo Madama: in attesa di una “nuova” incriminazione per il “saluto romano” e i *gadgets* raffiguranti l'immagine di Mussolini.

Sono passati pochi mesi da quando la Camera dei deputati ha approvato il disegno di legge A.C. n. 3343, meglio noto come disegno di legge Fiano (dal nome del suo primo firmatario), in merito all'introduzione all'interno del codice penale dell'articolo 293-bis, il quale dovrebbe punire il delitto di propaganda fascista e nazifascista.

Stando almeno alla relazione di accompagnamento della proposta, la nuova disposizione nascerebbe dall'esigenza di punire condotte estemporanee, come il saluto romano, ovvero la vendita di *gadgets* e altri simboli rievocativi di quel regime che, pur non essendo volte alla riorganizzazione del disciolto partito fascista, sono la chiara espressione delle retorica di tale regime<sup>1</sup>.

Segnatamente, la norma recita: “*salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque propaganda i contenuti propri del partito fascista e del partito nazionalsocialista tedesco, ovvero dei relativi metodi sovversivi del sistema democratico, anche attraverso la produzione, distribuzione diffusione o vendita di beni raffiguranti persone, immagini o simboli a essi chiaramente riferiti, ovvero ne fa comunque propaganda richiamandone pubblicamente la simbologia o la gestualità e punito è punito con la reclusione da sei mesi a due anni*”.

---

<sup>1</sup> V. Relazione di accompagnamento della proposta di legge n. 3343 del 02.10.2015.



La disposizione è passata indenne al controllo da parte della Commissione Affari Costituzionali; è stata, come detto, approvata dalla Camera dei deputati e ora si accinge ad avere l'ok finale da parte del Senato.

Pertanto, se tutto va bene e al netto delle fisiologiche lentezze e/o incognite di fine legislatura, saltuarie condotte rievocative del regime fascista o nazionalsocialista tedesco, seppur non idonee a mettere in pericolo l'ordine costituzionale in quanto incapaci in sé di generare consensi verso la realizzazione di un movimento eversivo di stampo fascista, dovrebbero comunque essere punite a titolo di mera propaganda ex art 293-bis c.p.

Insomma, il semplice richiamo al fascismo e ai suoi personaggi, ovvero la semplice vendita di magliette riportanti la relativa simbologia e/o di statuine di Mussolini o di altri cimeli rievocativi di quell'epoca, così come gesti ad essa riconducibili, come il saluto romano, dovrebbero essere incriminati.

Sul punto, la Camera ha detto la sua e la decisione oramai è passata ai senatori di Palazzo Madama, dove la maggioranza, nonostante si è agli sgoccioli della legislatura, dovrebbe avere i numeri sufficienti per mettere il sigillo finale e, dunque, dare accesso all'interno del nostro ordinamento a tale "nuova" – si fa per dire – fattispecie incriminatrice.

## 2. *Quid novi* nel "nuovo" articolo 293-bis c.p.?

A ben vedere, l'articolo 293-bis c.p. non propone nulla di nuovo o di inedito: la c.d. legge Mancino (n. 205/1993 di conversione del decreto legge n. 122/1993) punisce ogni forma di propaganda finalizzata alla diffusione di ideologie razziste o appartenenti a regimi totalitari volte a promuovere forme di discriminazione etnica, religiosa, nazionale o razziale.

Soprattutto la c.d. legge Scelba (n. 645/1952) già punisce i delitti di apologia e manifestazioni fasciste. Per le evidenti implicazioni che comporta in punto di equilibrio tra le esigenze di tutela dell'ordine democratico e la libertà di manifestazione del pensiero di cui all'articolo 21 Cost., essa è stata fin dai suoi albori sottoposta all'intervento curativo della Corte Costituzionale. Quasi sessant'anni fa i giudici della Consulta hanno tracciato il perimetro di applicazione dei relativi articoli 4 (Apologia del fascismo) e 5 (Manifestazioni fasciste), circoscrivendo l'area del penalmente rilevante soltanto con riferimento a quelle condotte, poste in essere in condizioni di pubblicità, tali da rappresentare un concreto tentativo di raccogliere adesioni ad un progetto di ricostituzione del partito fascista<sup>2</sup>. Trattasi di fattispecie di pericolo concreto orientate a sanzionare condotte effettivamente in grado di generare consensi e adesioni all'ideologia fascista funzionali alla ricostituzione di strutture tipiche di quel periodo storico, i cui contenuti sono chiaramente antitetici rispetto a quelli dell'attuale ordinamento democratico: per costituire reato, dunque, l'apologia

<sup>2</sup> Corte Costituzionale sentenze n. 1 del 1957 e n. 74 del 1958.

del fascismo “*deve consistere non in una difesa elogiativa, ma in una esaltazione tale da poter condurre alla riorganizzazione del partito fascista. Ciò significa che deve essere considerata reato non già in sé e per sé, ma in rapporto a quella riorganizzazione*”<sup>3</sup>. Pertanto, secondo l'interpretazione adeguatrice della Corte, oggetto di incriminazione sono solo le condotte concretamente idonee “*a provocare adesioni e consensi ed a concorrere alla diffusione di concetti favorevoli alla ricostruzione di organizzazioni fasciste*”<sup>4</sup>.

Del resto, diversamente opinando si rischierebbe di incriminare delle mere, per quanto discutibili, forme di manifestazione del pensiero e ciò in contrasto con l'articolo 21 della Costituzione che tutela la libertà di pensiero quale uno dei principali valori dell'ordinamento democratico.

È evidente, dunque, che l'eventuale introduzione di una disposizione *ad hoc* in materia di propaganda fascista all'interno del codice penale non apporterebbe alcunché di nuovo, posto che la sua interpretazione dovrebbe comunque essere realizzata all'interno della cornice proposta dalla Corte Costituzionale. L'eventuale “sganciamento” porterebbe a inevitabili profili di incostituzionalità, non solo in rapporto all'articolo 21 Cost., ma anche in relazione al principio di offensività atteso che, diversamente opinando, si porrebbe immediatamente la domanda in merito a quale sarebbe il bene giuridico oggetto di tutela da parte dell'articolo 293-bis c.p.

### 3. L'oggetto di tutela dell'articolo 293-bis c.p.

Mancano pochi mesi alla fisiologica conclusione della XVII legislatura e non è detto che il c.d. disegno di legge Fiano, attualmente approvato dalla Camera, diventi legge dello Stato. Ciò nondimeno, non si possono non manifestare le enormi perplessità e criticità che lo circondano, soprattutto, in merito all'individuazione del bene oggetto di tutela.

Dalle intenzioni dei deputati proponenti sembrerebbe che l'intento di introdurre una nuova norma all'interno del codice penale si spieghi dall'esigenza di punire “*condotte che individualmente considerate possano sfuggire alle normative vigenti*”<sup>5</sup>; si fa l'esempio del saluto romano, della vendita di magliette e più in generale di cimeli rievocativi dell'epoca fascista, i quali farebbero inorridire i turisti che vengono a visitare il nostro Paese, e che allo stato difficilmente sarebbero riconducibili nell'ambito dell'articolo 4 della legge Scelba.

Ebbene, proprio prendendo spunto dalla supposta criticità o presunto *vacuum* legislativo cui parlano i proponenti, si pone la domanda in merito a quale dovrebbe essere il bene giuridico che simili condotte andrebbero ad offendere. È difficile ritenere che esso possa individuarsi nella tutela del turismo e dell'immagine dell'Italia all'estero, così come ancor

<sup>3</sup> Cfr. Corte Costituzionale sentenza n. 1 del 1957.

<sup>4</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 74 del 1958.

<sup>5</sup> V. Relazione di accompagnamento della proposta di legge n. 3343 del 02.10.2015.

più arduo sarebbe immaginare l'esistenza di – e di conseguenza l'esigenza di tutelare – un supervalore di stampo squisitamente morale<sup>6</sup> come il sentimento antifascista e/o il sentimento di democrazia; ipotesi, questa, peraltro impraticabile stante l'evidente impossibilità di elevare a bene oggetto di tutela penale valori di stampo morale o spirituale<sup>7</sup>: in cosa si sostanzierebbe l'offesa e, soprattutto, quali potrebbero essere le condotte concretamente pericolose per un bene giuridico di siffatta natura?

È chiaro, allora, che la norma non può che ricondursi nell'ambito del bene giuridico di tutela dell'ordine democratico. In questa prospettiva, in ossequio al principio di offensività, possono ritenersi penalmente rilevanti solo quelle condotte idonee a creare una situazione di effettivo pericolo per l'attuale assetto costituzionale, come – appunto – la organizzazione di strutture tipiche del regime fascista, ovvero la riorganizzazione di quel partito. Ne consegue che estemporanee condotte di mera adesione a quell'ideologia, per quanto opinabili siano, non possano ricondursi nell'area del penalmente rilevante, in quanto carenti di una sufficiente ed idonea carica di offensività del bene giuridico oggetto di tutela.

Diversamente opinando, laddove si accedesse per un solo istante e per scopi meramente dialettici alle considerazioni dei proponenti della legge, si dovrebbe giungere alla conclusione per cui l'articolo 293-bis c.p. descriva un delitto di pericolo presunto, sicché qualsiasi condotta riconducibile alla fattispecie astratta, solo per questo dovrebbe considerarsi pericolosa e dunque meritevole di tutela. Ma così facendo, si giungerebbe ad un evidente paradosso: si mirerebbe a tutelare l'ordinamento democratico da condotte rievocative di un sistema illiberale e totalitario mediante l'incriminazione di condotte configgenti con i principi cardine dell'ordinamento democratico come quello della libertà di pensiero e/o di offensività dei beni giuridici penalmente protetti; paradossalmente si andrebbe ad introdurre nel nostro ordinamento un reato di "opinione" dai contenuti tipici dei reati previsti dai codici totalitari<sup>8</sup> che frustrerebbe uno dei valori più importanti della nostra Carta costituzionale ossia la libertà di manifestazione del pensiero, espressamente tutelata dall'articolo 21 Cost.

<sup>6</sup> D. BIANCHI, *Il tentativo (inidoneo) d'incriminazione di motti, pose e smercio di cimeli fascisti*, in questa rivista, <http://www.parolaaladifesa.it/nostalgia-canaglia-tentativo-inidoneo-dincriminazione-motti-pose-smercio-cimeli-del-ventennio/>

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> Si pensi che un reato simile esisteva nel codice della Repubblica Popolare Socialista d'Albania del 1977 (in pieno periodo comunista, dunque); l'articolo 55 oltre l'ipotesi di propaganda contro il sistema, puniva proprio "la propaganda del regime fascista realizzata anche mediante la preparazione o diffusione di scritti volti ad indebolire o a minare le fondamenta dello Stato e della dittatura del proletario". La norma era coerente con i capisaldi dell'ideologia dell'epoca; nella prassi qualsiasi condotta contro il regime veniva ricondotta nell'alveo della stessa. Il pericolo era presunto; qualsiasi manifestazione di pensiero contro il regime poteva in astratto indebolirlo. Trattasi della norma che ha trovato maggiore applicazione in quel sistema, tanto da costituire una delle fonti giuridiche più importanti ai fini della conservazione della dittatura comunista, posto che attraverso lo stesso si punivano tutte le forme di manifestazione del pensiero, delle opinioni e tutti gli atteggiamenti contrari a quelli della dominante morale comunista. Sul punto sia permesso rinviare al nostro E. BOZHAKU, *Guerra in Siria: il diritto penale del nemico (ri)sbarca in Albania? Dalla disciplina antiterrorismo (al ritorno) al terrore dei reati d'opinione*, in *archivio penale (web)*, II, 2014, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it).

## 4. Chiose finali.

Il disegno di legge Fiano parte da premesse che risentono molto degli umori della piazza, ma, tuttavia, non prende in dovuta considerazione il contesto in cui l'articolo 293-bis c.p. dovrebbe andare ad inserirsi e soprattutto i principi costituzionali che devono informare il legislatore in occasione dell'introduzione di norme di nuovo conio all'interno del sistema penale. Ne è prova il contenuto della stessa disposizione: da un lato, si puniscono le condotte di propaganda, mentre dall'altro viene proposta una elencazione delle stesse, operazione, questa, del tutto inutile e che nulla aggiunge al nucleo centrale dell'illecito in senso stretto.

A ben vedere, però, ciò evidenzia la superficialità del legislatore storico: per ammissione diretta degli stessi deputati che hanno proposto la norma, attraverso tale elencazione si ritiene di poter rafforzare i vincoli di tassatività per il giudice.

Tuttavia, la precisazione che sono punite la gestualità, la simbologia o la vendita di beni raffiguranti persone, immagini o simboli riferibili a al fascismo nulla aggiunge all'incriminazione della propaganda fascista o nazifascista, ma, semmai, si tratta di precisazioni meramente descrittive delle modalità di realizzazione dell'illecito, destinate, sotto il profilo interpretativo, a perdere qualsiasi consistenza; è difficile, infatti, ritenere che la loro mera elencazione possa ritenersi rafforzativa del grado di tassatività della fattispecie e dunque costituire un maggiore vincolo per il giudice nell'applicazione della norma. In quella sede, il giudice chiamato a decidere il caso di specie (ad esempio in merito alla vendita di busti di Mussolini o di manifestazione in pubblico di gesti come il saluto romano) sarà tenuto a interpretare la norma alla luce dei principi cardine del diritto penale, come quello di offensività/pericolosità in concreto della condotta per il bene giuridico tutelato, e, soprattutto, nel rispetto del disegno interpretativo tracciato dalla Corte Costituzionale in *subjecta materia* con le sentenze n. 1/1957 e 74/1958 in relazione ai delitti di apologia del fascismo e manifestazioni fasciste di cui agli articoli 4 e 5 della legge Scelba. Pertanto, anche a fronte del nuovo articolo 293-bis c.p., l'eventuale rilevanza del saluto romano non potrà essere comunque collegata alla sua mera manifestazione esteriore, ma alla sua concreta pericolosa per l'ordine costituzionale. La domanda che il giudice dovrà porsi e poi sciogliere con la decisione sarà sempre la stessa: quella condotta, considerato il contesto in cui è stata realizzata, quant'è concretamente in grado di favorire la rinascita del movimento fascista in Italia?

Infine, sempre sotto il profilo contenutistico, a ben vedere "la propaganda del regime fascista o nazifascista" di cui all'articolo 293-bis c.p. è perfettamente sovrapponibile all'articolo 4 della legge Scelba, la quale punisce anche la condotta di chi esalta esponenti, principi, fatti o metodi del fascismo oppure le sue finalità antidemocratiche ovvero esalta le organizzazioni naziste. Non è immaginabile un'attività propagandistica che si ascriva fuori dai contenuti di tale disposizione e dunque lasci un residuo spazio di applicazione per l'articolo 293-bis c.p. Considerato poi che quest'ultimo contiene una clausola di sussidiarietà espressa ("salvo che il fatto non costituisca più grave reato") che subordina la

sua applicabilità ai casi meno gravi, probabilmente il suo ambito di applicazione sarà del tutto nullo e dunque continueranno ad trovare applicazione i soli articoli 4 e 5 della legge Scelba, per i quali il legislatore prevede pene superiori.

Insomma, si è dinanzi ad una quasi-legge – ammesso e non concesso che la stessa venga approvata in via definitiva dal Senato prima dello scioglimento delle camere – che testimonia, per l'ennesima volta, da un lato, la sensibilità del legislatore verso le voci provenienti dalla piazza e le emozioni che spesso suscita la cronaca, e, dall'altro, la mancanza in capo allo stesso di una visione d'insieme del sistema penale e delle peculiarità che lo contraddistinguono.

# Modifiche normative in tema di stalking e condotte riparatorie

OTTAVIA MURRO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il “caso di Torino” e la modifica normativa. – 3. Proposte (non coronate da successo) di ampliamento dei reati perseguibili a querela. – 4. Conclusioni.

## 1. Premessa.

La causa di estinzione del reato, rubricata al neointrodotta art.162 *ter* c.p., è applicabile a tutti i reati a querela remittibile, stante la volontà del legislatore di favorire meccanismi conciliativi nei casi in cui l’offesa assume un carattere squisitamente privato.

Tuttavia, è immediatamente emersa una criticità applicativa in relazione al delitto di stalking, stante una difficile compatibilità tra la nuova causa di estinzione e il reato *ex art.* 612 *bis* c.p. Infatti, l’ormai nota sentenza del Tribunale di Torino<sup>1</sup> – con la quale veniva dichiarato estinto il reato di atti persecutori a seguito di condotte riparatorie – ha aperto un acceso dibattito sull’applicabilità dell’istituto in esame al reato suddetto, portando il legislatore a correggere – a sei mesi dalla sua introduzione – l’art. 162 *ter*, inserendo un ultimo comma: “*le disposizioni del presente articolo non si applicano nei casi di cui all’articolo 612-bis*”.

## 2. Il “caso di Torino” e la modifica normativa.

La sentenza del Tribunale di Torino dichiarava estinto il reato di stalking a fronte di un’offerta reale di € 1.500. Nel caso di specie, la vittima manifestava il suo dissenso alla definizione del procedimento con una sentenza di estinzione del reato per riparazione, tuttavia, come noto, il legislatore ha svincolato l’operatività del beneficio in esame dal consenso della persona offesa, potendo il giudice scavalcare la volontà punitiva di quest’ultima e dichiarare estinto il reato anche col dissenso della vittima.

---

<sup>1</sup> Tribunale di Torino, 2 ottobre 2017, testo disponibile in [www.altakex.com](http://www.altakex.com).

Invero, se l'assenza del potere di veto appariva giustificato dalla natura dell'istituto (deflattivo, riparativo, rieducativo), mal si conciliava con l'ipotesi di reato *ex art. 612 bis c.p.*, in ragione dell'allarme sociale sotteso a tale illecito.

Le problematiche emerse con la pronuncia in esame hanno spinto il legislatore a rivalutare l'ambito di applicazione della nuova causa di estinzione, essendo evidente il pericolo di impunità per lo stalker, con gravi ricadute in ordine alla prevenzione sia generale sia speciale.

Infatti, la scarna disciplina prevista dall'*art. 162 ter c.p.* non prevede alcuna preclusione alla declaratoria di estinzione qualora ricorrano i casi previsti dagli artt. 102, 103, 104, 105 e 108 c.p., né si prevede un limite all'applicabilità del beneficio, potendo l'imputato ricorrervi infinite volte. Tale vuoto normativo, oltre ad essere estremamente critico, appare oggettivamente pericoloso relativamente a quei reati che, per la loro natura, presuppongono una reiterazione di condotte illecite (come nel caso dello stalking).

Inoltre, nell'*art. 162 ter c.p.*, mancano degli espressi criteri valutativi sulla scorta dei quali il giudice possa commisurare l'adeguatezza della riparazione, ovvero la proporzione tra quest'ultima e la gravità del fatto. Il rischio sotteso a tale *vulnus* normativo (ed evidenziato con la pronuncia in esame) è quello di una pericolosa automaticità tra l'adempimento della riparazione e la dichiarazione di estinzione.

La sentenza del Tribunale di Torino ha concretizzato un pericolo che era già emerso in sede di lavori parlamentari ed era stato sottovalutato (o meglio ignorato) dal legislatore, ossia quello di una depenalizzazione di fatto del reato di stalking.

Al fine di "sanare" tale grave "svista", il legislatore, con la legge del 4 dicembre 2017, n. 172 (recante disposizioni urgenti in materia finanziaria), ha reso inapplicabile la nuova causa di estinzione del reato all'*art. 612 bis c.p.*, prevedendo un'espressa esclusione del delitto di cui sopra dal novero dei reati estinguibili con condotta riparatoria.

### 3. Proposte (non coronate da successo) di ampliamento dei reati perseguibili a querela.

L'ambito di applicazione della nuova causa di estinzione è apparso – sin dalla lettura della proposta normativa – estremamente mesto. Infatti, la causa di estinzione in esame residuerebbe nelle sole ipotesi in cui alla riparazione del danno non seguirebbe la remissione di querela da parte dell'offeso.

L'originaria proposta normativa prevedeva, attraverso l'introduzione dell'*art. 649 bis c.p.*, l'estensione del beneficio in esame anche ad alcuni reati contro il patrimonio procedibili d'ufficio, quali quelli rubricati dagli artt. 624 c.p., nei casi aggravati dal primo comma dell'*art. 625 c.p.* ai numeri 2,4,6,8 *bis*; nonché ai delitti di cui agli artt. 636 e 638 c.p.; tuttavia, nel corso dei lavori parlamentari l'*art. 649 bis c.p.* è stato soppresso. Sicuramente i reati contro il patrimonio (ma anche le contravvenzioni) rappresentavano la tipologia di reato migliore per far operare il beneficio in esame.



Tuttavia era stato proposto di ampliare le maglie dell'applicabilità dell'art. 162 *ter* c.p. modificando il regime di procedibilità per i reati contro la persona puniti con la sola pena edittale pecuniaria, ovvero con la pena edittale detentiva non superiore nel massimo a quattro anni, eccezion fatta per il reato di violenza privata e per le ipotesi in cui la persona offesa sia incapace per età o infermità, ovvero quando ricorrano circostanze aggravanti ad effetto speciale, la circostanza di cui all'art. 339 c.p. e, nei reati contro il patrimonio, quando il danno arrecato all'offeso sia di rilevante gravità. Sarebbero diventati procedibili a querela i reati *ex artt.* 606, 607, 609, 612, 615, 617 *ter e sexies*, 619, 612, 638, 640, 640 *ter*, 646 c.p., con conseguente remissione in termini per la persona offesa di presentare querela, fatta eccezione per il giudizio di legittimità.

La finalità era quella di prevedere per reati con modesto valore offensivo soluzioni alternative sia al processo che alla pena, nell'ottica di soddisfare sia le esigenze deflattive sia quelle conciliative tra autore e vittima del reato. Tuttavia la proposta non è stata coronata da successo, seppure un ripensamento sul regime di procedibilità dei suddetti reati appare doveroso, anche nell'ottica di un diritto penale minimo.

#### 4. Conclusioni.

La sentenza del Tribunale di Torino ha fatto emergere solo alcune delle criticità di una norma mal scritta e ricca di insidie; infatti, la recente modifica normativa sana soltanto una problematica, ma non va, purtroppo, a sanare le numerose criticità sottese all'art. 162 *ter* c.p.

Preliminarmente, appare doveroso un intervento del legislatore proteso ad evitare che tale istituto possa garantire l'impunità all'imputato; la norma, come già detto, non prevede alcun limite alla concessione del beneficio, potendo l'imputato ricorrervi infinite volte, né prevede una esclusione nei casi di cui agli artt. 102, 103, 104, 105 e 108 c.p.

Si segnala anche la necessità di prevedere espressamente dei criteri di valutazione della condotta riparatoria, onde evitare una eccessiva discrezionalità del giudice, ovvero il pericolo di automaticità tra la riparazione e la dichiarazione di estinzione.

Infine, appare doverosa una disciplina in caso di esito negativo della condotta riparatoria in ordine alla compatibilità del giudice, all'utilizzabilità (*rectius* inutilizzabilità) delle dichiarazioni della persona offesa precedentemente sentita, alla possibilità di ricorrere agli altri riti speciali, nonché doverosa appare la previsione di un onere motivazionale del provvedimento con il quale il giudice ritiene *negativa* la condotta riparatoria, con conseguente disciplina impugnatoria.



Corte Edu, Sez. I, 29 giugno 2017, ric. n. 63446/13 – Pres. Sicilianos

**Corte europea – appello – principio di immediatezza – motivazione rafforzata**

*[...] § 43. Tenuto conto della posta in gioco per il ricorrente, la Corte non è convinta che le questioni che la Corte d'Appello di Palermo doveva dirimere prima di decidere di condannare l'interessato invalidando il verdetto di assoluzione del Tribunale di Sciacca potessero, per motivi di equità del processo, essere esaminate in maniera adeguata senza una diretta valutazione delle testimonianze a carico. La Corte rammenta che coloro che hanno la responsabilità di decidere sulla colpevolezza o l'innocenza dell'imputato devono, in linea di principio, sentire di persona i testimoni e valutarne l'attendibilità.*

*[...] § 45. La Corte ha esaminato l'argomento del Governo secondo il quale, nel caso di specie, non era necessaria una nuova audizione di X e Y in quanto la Corte d'Appello, lungi dal limitarsi a riesaminare l'attendibilità, aveva proceduto a un controllo approfondito della motivazione della sentenza del tribunale di Sciacca evidenziandone le lacune alla luce di tutti gli elementi di prova inseriti nel fascicolo [...]. Tuttavia, la Corte non vede in che modo tale circostanza potesse dispensare il giudice di appello dal suo obbligo di sentire personalmente i testimoni le cui dichiarazioni, che si apprestava a interpretare in maniera sfavorevole per l'imputato e completamente diversa rispetto a quella del giudice di primo grado, costituivano il principale elemento a carico»*

**Il testo integrale della sentenza, in italiano e in francese, è accessibile sul sito della rivista.**

## Corte europea e “motivazione rafforzata” nel caso Lorefice

SOMMARIO: 1. Introduzione: il caso e le questioni controverse. – 2. Motivazione *vs.* rinnovazione. – 3. Il concetto di “motivazione rafforzata”. – 4. Il nuovo art. 603, comma 3-*bis* e il concetto di “attinenza”. – 5. Conclusioni.

### 1. Introduzione: il caso e le questioni controverse.

Giorgio Lorefice era stato accusato di estorsione per aver costretto un suo concittadino a consegnargli una somma di denaro che doveva servire a far cessare delle minacce di origine mafiosa. In primo grado, i principali testimoni a carico – ritenuti attendibili in un diverso processo, che aveva condotto alla condanna di un diverso imputato, per la medesima estorsione – erano stati valutati inattendibili, e Lorefice era stato prosciolto.

In secondo grado, riletti i verbali delle deposizioni testimoniali, la Corte d'appello aveva ribaltato la decisione del Tribunale: le illogicità e le incoerenze rilevate in primo grado in realtà risultavano chiarite, e la versione dei fatti fornita dai testimoni era corroborata da altri elementi. In particolare, la vittima dell'estorsione, ritenuta inattendibile per aver esitato nel produrre le prove in suo possesso, era stata considerata attendibile in base ad

Dalle  
Corti

una spiegazione alternativa del suo comportamento: l'esitazione era in realtà dovuta alla convinzione che le minacce fossero di origine mafiosa; accertatane l'origine non mafiosa, la vittima si era infatti decisa a collaborare.

La Corte di cassazione aveva poi rigettato il ricorso presentato dall'imputato, osservando la nota "dottrina della motivazione rafforzata"<sup>1</sup>: secondo la Corte, infatti per ribaltare la decisione di primo grado non è infatti necessaria la rinnovazione, ma è *sufficiente* motivare rigorosamente la diversa valutazione delle prove raccolte.

La Corte europea, non condividendo questa opinione, ha tuttavia condannato l'ordinamento italiano: nelle impugnazioni di merito, i testimoni che vengono rivalutati devono prima essere risentiti; in nessun modo una motivazione rafforzata può «dispensare il giudice di appello dal suo obbligo di sentire personalmente i testimoni le cui dichiarazioni [...] costituivano il principale elemento a carico» dell'imputato<sup>2</sup>.

La decisione della Corte, a tratti ovvia, e senz'altro attesa da una parte della dottrina italiana<sup>3</sup>, è però interessante soprattutto per due motivi: anzitutto, chiarisce retrospettivamente tutto ciò che il giudice d'appello in realtà *non poteva fare*, secondo un'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 603, commi 1 e 3, prima di ribaltare una decisione di primo grado; in secondo luogo, proiettandosi sull'art. 603, comma 3-*bis*, recentemente introdotto dalla "legge Orlando", anticipa tutte le interpretazioni che della nuova disposizione andrebbero evitate.

È invece criticabile per un'unica – ma rilevante – ragione: due giorni prima del caso *Lorefice*, la stessa Corte aveva chiarito che la mancata audizione dei testimoni non è «una regola automatica che rende un processo iniquo per la sola ragione che l'Autorità giudiziaria [...] non ha risentito tutti i testimoni menzionati nella sua decisione e di cui ha dovuto valutare la credibilità [...]»; resta necessario prendere in considerazione il valore probatorio

<sup>1</sup> La "dottrina della motivazione rafforzata" non è altro che quell'idea giurisprudenziale per cui il giudice d'appello può ribaltare la decisione di primo grado solo se si impegna a «dimostrare specificamente l'insostenibilità sul piano logico e giuridico degli argomenti più rilevanti della sentenza di primo grado, con rigorosa e penetrante analisi critica, seguita da completa e convincente motivazione che, sovrapponendosi a tutto campo a quella del primo giudice, dia ragione delle scelte operate e della maggiore considerazione accordata ad elementi di prova diversi o diversamente valutati» (Cass., Sez. V, 5 maggio 2008, n. 35762, in *C.E.D. Cass.*, n. 241169). La teoria, che era stata in origine formulata per ogni caso di ribaltamento, è stata poi presa in prestito soprattutto per giustificare – in caso di mancata rinnovazione – la *condanna* per la prima volta in appello, v. Cass., Sez. VI, 3 novembre 2011, n. 40159, *ivi*, n. 251066. Cfr. A. CAPONE, *Prova in appello: un difficile bilanciamento*, in *Proc. pen. e giust.*, 2016, 56 - 57.

<sup>2</sup> Per un primo commento alla pronuncia, v. L. PRESSACCO, *Una censura ampiamente annunciata: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia per il ribaltamento in appello dell'assoluzione senza rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*, in *Dir. pen. cont., Riv. trim.*, f. 7/8, 260; L. ROCCATAGLIATA, *La rinnovazione in appello della istruzione dibattimentale. Il dialogo serrato tra la giurisprudenza CEDU, le Sezioni Unite e la nuova riforma del processo penale*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 7-8; G. BIONDI, *Tanto tuonò che piove! La prima condanna dell'Italia da parte della Corte Edu in tema di overturning sfavorevole in appello: una sentenza (quasi) annunciata*, in *Cass. pen.*, 2017, in corso di pubblicazione.

<sup>3</sup> Ritengono da tempo che tutte le interpretazioni *resistenti*, con cui la Corte di cassazione ha tentato di individuare ipotesi legittime di mancata rinnovazione in appello, siano in contrasto con la Convenzione, tra gli altri, D. CHINNICI, *Contraddittorio e giudizio di appello. Ortodossia europea, resistenze interne e gradualità aperture in attesa del "sigillo" del legislatore*, in *Le erosioni silenziose del contraddittorio*, a cura di D. Negri, R. Orlandi, Torino, 2017, 199 ss.; A. GAITO – E.N. LA ROCCA, *Il diritto al controllo nel merito tra immediatezza e ragionevole dubbio*, in *Arch. pen. on line*, 2017, f. 3, 10 novembre 2017, 18 ss.

di tali testimonianze»<sup>4</sup>; e quasi un anno prima aveva ammesso che, pur senza rinnovare il dibattimento, «per non modificare disinvoltamente la valutazione della prova effettuata dal giudice di primo grado, la corte d'appello dovrebbe giustificare in maniera particolarmente accurata (*particularly thorough reasoning*) la decisione con cui, a compendio probatorio invariato, la prima decisione viene ribaltata [...], indicando in particolare gli errori che hanno condotto le conclusioni del primo giudice a confliggere coi dati di fatto acquisiti»<sup>5</sup>. In che senso, quindi, oggi, «la Corte non vede in che modo tale circostanza [una motivazione rafforzata, n.d.A.] potesse dispensare il giudice [...] dal suo obbligo di risentire personalmente i testimoni»?

Al fondo della questione c'è evidentemente un nodo concettuale irrisolto e ancora sotto traccia<sup>6</sup>: in che rapporto stanno motivazione e rinnovazione dell'istruttoria, quando il giudice d'appello ribalta la decisione di primo grado?

## 2. Motivazione vs. rinnovazione.

Nel difendere la condanna in appello di *Lorefice*, il Governo italiano ha citato le decisioni con cui la nostra corte di legittimità ha più *resistito* alla giurisprudenza europea, contrapponendo *libero convincimento* del giudice d'appello e *rinnovazione del dibattimento*: se il giudice d'appello – dice la Cassazione – pur non discutendo dei «contenuti dichiarativi delle testimonianze o l'attendibilità del narrato» fosse in ogni caso tenuto a rinnovare il dibattimento, darebbe luogo ad «un incombente sostanzialmente inutile e defatigante»; se poi fosse «costretto» a confermare la pronuncia assolutoria di primo grado pur in presenza di un'intima valutazione, tratta dal proprio libero convincimento, di colpevolezza [...], sarebbe costretto ad assolvere pur ritenendo di condannare». Insomma, se è possibile formulare un «nuovo e diverso giudizio sui contenuti della prova dichiarativa alla luce degli elementi eventualmente trascurati»<sup>7</sup>, il giudice d'appello potrebbe limitarsi a motivare meglio la decisione di condanna anche senza riaprire l'istruttoria.

<sup>4</sup> Corte Edu, Sez. IV, 27 giugno 2017, *Chiper v. Romania*, ric. n. 22036/10, § 63 (traduzione nostra).

<sup>5</sup> Corte Edu, Sez. II, 26 aprile 2016, *Kashev v. Estonia*, ric. n. 22574/08, § 24 (traduzione nostra) tra le difese del Governo estone, poi accolte dalla Corte europea. L'apertura ad ammettere l'equità di un procedimento d'appello deciso sulle carte, però, rimane anche nella successiva decisione Corte Edu, Sez. II, 5 luglio 2016, *Lazu v. Moldova*, ric. n. 46182/08, spesso citata *a contrario*: al § 38 la Corte europea rimprovera infatti la Corte d'appello di Chişinău per non aver rinnovato il dibattimento – violando così le regole processuali, e la giurisprudenza nazionale moldava – ma anche *per non aver fornito alcuna ragione* circa la propria condotta.

<sup>6</sup> Se ne sono occupati espressamente, più di recente, A. MACCHIA, *Le novità dell'appello: rinnovazione dell'appello e concordato sui motivi*, in *Dir. pen. cont. On line*, 9 novembre 2017, 2 ss., 8 ss.; M. CERESA GASTALDO, *La riforma dell'appello. Tra malinteso garantismo e spinte deflative*, *ivi*, 18 maggio 2017, 6; S. TESORIERO, *Luci e ombre della rinnovazione dell'istruttoria in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.*, 2017, III, 88 - 90; H. BELLUTA, L. LUPARIA, *Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà?*, in *Dir. pen. cont. On line*, 8 maggio 2017, 5; e le considerazioni seminali di A. CAPONE, *Dopo Dan. Per un processo di parti nell'appello penale*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 1012 - 1015. Sia consentito rinviare, sul punto, anche a V. AIUTI, *Poteri della Cassazione e diritto all'equo processo*, in *Cass. pen.*, 2016, f. 9, 3232 - 3233 e *Condanna in appello e rito abbreviato*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, spec. 1447 ss.

<sup>7</sup> La sentenza citata dal Governo italiano in difesa della condanna a *Lorefice* è Cass., Sez. II, 22 settembre 2015, n. 41736, in *C.E.D. Cass.*, n. 264682. Va subito notato, però, che il caso è stato menzionato a sproposito: mentre la Cassazione aveva correttamente

Riportandosi a queste opinioni, il Governo ha in pratica cioè provato a intercettare quel parziale *revirement* giurisprudenziale contenuto nella nota sentenza *Kashlev*, con cui anche la Corte europea aveva riconosciuto l'equità processuale di una condanna in appello preceduta "solo" da una motivazione rafforzata. La Corte, però, senza argomentare, non ha preso in considerazione quel precedente, confermando la più rigida impostazione *Dan*.

Per capire cosa c'era di sbagliato nell'approccio della Cassazione (e del Governo), occorre però identificare innanzitutto i valori in gioco. Teoria della "motivazione rafforzata" e giurisprudenza sulla rinnovazione necessaria esprimono infatti due modi radicalmente diversi di accostarsi ai problemi dell'accertamento penale in appello: la motivazione fa leva sulla forza del ragionamento, presupponendo che la decisione del secondo giudice sia migliore della prima perché è capace di *correggerne gli errori*<sup>8</sup>; la rinnovazione fa invece leva sul principio di immediatezza, presupponendo che la formazione e la valutazione della prova siano attività sostanzialmente inscindibili, che non possono essere corrette, ma solo *ripetute*<sup>9</sup>.

Un aspetto, però, dal punto di vista della Corte europea sembrerebbe decisamente rilevante per l'imputato: solo la rinnovazione, e non anche la motivazione, gli consente di esercitare il suo diritto al confronto con i testimoni d'accusa<sup>10</sup>.

La schermaglia tra la Cassazione e la Corte europea va quindi connessa a questi due poli, riformulando il quesito centrale: quand'è che un ragionamento migliore del giudice d'appello può *sostituire* la riacquisizione dei testimoni, senza che il procedimento a carico dell'imputato perda complessivamente di equità?

La risposta non è chiara nemmeno nel lessico della Corte europea: nel *case law* convenzionale è anzi spesso contraddittoriamente ripetuto che la mancata richiesta di rinnovazione non esonera il giudice d'appello dal risentire "*ex proprio motu*"<sup>11</sup> i testimoni contriversi. Tra il caso *Kashlev* e il caso *Lorefice* corre infatti una differenza che per la Corte è in qualche modo rilevante: *Kashlev* aveva espressamente rinunciato ad assistere alla sua

---

consentito la rivalutazione delle prove in una vicenda in cui *non era mutato* il giudizio di attendibilità dei testimoni, il Governo ha sfruttato la sentenza per difendere una rivalutazione delle prove *che si è tradotta* in un diverso giudizio di attendibilità dei testimoni.

<sup>8</sup> «Il giudice d'appello giudica bene non tanto *benché*, quanto *perché* il primo giudice ha giudicato male: anche l'errore è infatti una tappa verso la verità» (P. CALAMANDREI, voce *Appello civile* (1929), ora in *Opere giuridiche*, vol. VIII, Napoli, 1979, 443).

<sup>9</sup> Il far leva sulla rinnovazione del dibattimento, come – all'opposto – sull'eliminazione dell'appello del p.m. contro i proscioglimenti «hanno in realtà un elemento comune di tipo culturale: la sfiducia nella logica e nel pensiero come strumenti intersoggettivi della conoscenza; i giudizi non sarebbero verificabili su base razionale; si potrebbero solo, eventualmente, ripetere» (A. CAPONE, *op. cit.*, 1009); J. FERRER-BELTRÁN, *La valutazione razionale della prova*, Giuffrè, 2012, 54 - 55.

<sup>10</sup> Tuttavia, e anche la Corte europea naturalmente lo riconosce, la motivazione, e non solo la rinnovazione, assicura che la valutazione della prova si svolga in maniera razionale. Ad esempio: quando si tratta di scegliere, tra le prove dichiarative disponibili, quali e quante rinnovare, la Corte rievoca la *sole or decisive rule* del caso *Al-Khawaja*, che è evidentemente una regola il cui funzionamento traspare dalla motivazione di una decisione, cfr. soprattutto Corte Edu, Sez. IV, 27 giugno 2017, *Chiper v. Romania*, ric. n. 22036/10, § 68; v. Corte Edu, (GC), 15 dicembre 2011, *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, ric. n. 26766/05, 22228/06 e Corte Edu, (GC), 15 dicembre 2015, *Schatschaschwili v. Germany*, ric. n. 9154/10.

<sup>11</sup> Così la *dissenting opinion* del presidente Karakaş in Corte Edu, Sez. II, 26 aprile 2016, *Kashlev v. Estonia*, cit., § 9; ma, tra le molte che discorrono di obbligo officioso, v. Corte Edu, Sez. III, 9 aprile 2013, *Flueraş v. Romania*, ric. n.17520/04, § 60.

pubblica udienza, non formulando alcuna richiesta di prova; Lorefice aveva invece addirittura rilasciato spontanee dichiarazioni.

Da una prospettiva convenzionalmente orientata, ne discende che se l'imputato manifesta inequivocabilmente l'intenzione di rinunciare ad avvalersi di certe garanzie ricomprese nella nozione di fair hearing (come, nel caso *Kashlev*, la partecipazione all'udienza dibattimentale, art. 6, § 1, CEDU), l'aspetto critico dell'accertamento processuale si sposta dal “principio d'immediatezza” alla “forza del ragionamento”, dal “diritto a confrontarsi direttamente con le fonti d'accusa” al “diritto ad una valutazione razionale delle prove a disposizione”.

Ricondotte ad una *ratio* comune, le più recenti decisioni della Corte europea puntano quindi pragmaticamente l'attenzione sul fatto che se una specifica richiesta istruttoria, i motivi d'impugnazione, ovvero – più in generale – le scelte processuali dell'imputato, non evidenziano che il groviglio da sciogliere sta nella valutazione di attendibilità assegnata ai testimoni, il giudice può ribaltare la decisione senza rinnovare; se invece tutto dipende da quella valutazione, invece, la rinnovazione è sempre obbligatoria, sia che la parte non l'abbia espressamente chiesta<sup>12</sup>, sia che – pur avendola richiesta – non gli sia stata precedentemente accordata<sup>13</sup>.

Quando un'impugnazione di merito discute aspetti collegati all'esercizio del diritto al confronto inteso in senso lato<sup>14</sup>, non c'è modo di sostituire la motivazione alla rinnovazione: si sottrarrebbe all'imputato la prerogativa di osservare (e far osservare al giudice) le reazioni del testimone alle sue domande.

### 3. Il concetto di “motivazione rafforzata”.

Fedele a quella tradizione illuministica che identifica nella condanna penale un atto di pura ragione<sup>15</sup>, parte della Cassazione – come abbiamo detto – coltiva un'idea in parte differente: quando il ribaltamento della decisione in appello è frutto (anche, o solo) della rivalutazione di prove diverse da quelle dichiarative, basta una “motivazione rafforzata”, e non è necessaria la rinnovazione del dibattimento<sup>16</sup>. Spesso si dice infatti che una diversa valutazione dell'attendibilità *estrinseca* delle testimonianze – ossia degli elementi di con-

<sup>12</sup> Corte Edu, Sez. I, 27 giugno 2000, *Constantinescu v. Romania*, ric. n. 28871/95, § 58.

<sup>13</sup> Corte Edu, Sez. II, 18 maggio 2004, *Destrebem v. France*, ric. n. 56651/00, § 37.

<sup>14</sup> Ossia, come lo descrive analiticamente la stessa Corte europea nell'ottica delle violazioni che interessano il ribaltamento della decisione in seconda istanza, la «possibilità per l'accusato di confrontarsi con i testimoni in presenza di un giudice che deve decidere definitivamente sul merito [...] di contestarli e interrogarli» (*ex multis*, Corte Edu, Sez. II, 26 aprile 2016, *Kashlev v. Estonia*, cit., § 47). È però vero che il caso *Kashlev* continua a stupire nella misura in cui ciò che la Corte d'appello estone ha fatto è una rivalutazione sulle carte dell'attendibilità *intrinseca* delle testimonianze in atti.

<sup>15</sup> Cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bologna, 2008, 551 ss.

<sup>16</sup> In questo senso, con diverse sfumature, Cass., Sez. VI, 3 novembre 2011, n. 40159, in *C.E.D. Cass.*, n. 251066; Cass., Sez. IV, 25 gennaio 2013, n. 4100, *ivi*, n. 254950; Cass., Sez. IV, 18 febbraio 2014, n. 7597, *ivi*, n. 259127; Cass., Sez. V, 16 aprile 2014, n. 16975, *ivi*, n. 259843; Cass., Sez. I, 31 luglio 2014, n. 34032, *ivi*, n. 261086; Cass., Sez. VI, 4 maggio 2015, n. 18456, *ivi*, n. 263944; Cass., Sez. III, 14 settembre 2015, n. 44006, *ivi*, n. 265124; Cass., Sez. VI, 6 ottobre 2015, n. 47722, *ivi*, n. 265879; Cass., Sez. II, 16 ottobre 2015, n.



torno che condividono lo stesso *thema probandum* delle prove dichiarative – è sempre possibile; quello che non è mai consentito è solo una diversa valutazione dell’attendibilità *intrinseca*<sup>17</sup>.

Come abbiamo visto, però, il richiamo della Cassazione alla “forza del ragionamento” nel caso *Lorefice* era del tutto fuori luogo: secondo la Corte europea, in appello non è possibile correggere alcun aspetto relativo alla valutazione di attendibilità dei testimoni; finché non riapriamo il dibattimento, ad un giudizio del genere manca sempre la premessa che ne garantisce la validità (ossia, l’osservazione diretta delle reazioni del dichiarante).

Visto in un’ottica interna, lo scontro tra queste diverse concezioni obbliga perciò a ridimensionare parte della “dottrina della motivazione rafforzata” fin qui elaborata dalla Cassazione. A sentire la sentenza *Lorefice*, non è infatti più possibile parlare di “motivazione rafforzata” – nel senso di motivazione in grado di giustificare il ribaltamento senza rinnovazione – ogni volta che il giudice d’appello, ricombinando gli elementi di prova a sua disposizione, ritiene che i testimoni non siano attendibili (o inattendibili) come ritenuto in primo grado e modifica la decisione senza aver riaperto il dibattimento.

In casi del genere, per quanto il giudice d’appello stia solo sfruttando il suo libero convincimento per trarre dalle prove disponibili una diversa ricostruzione dei fatti, i risultati probatori ottenuti dalle testimonianze vengono di fatto rideterminati in base a massime d’esperienza non “sperimentate” in contraddittorio. L’esempio tipico sta proprio nel caso *Lorefice*: in primo grado, la vittima era stata ritenuta inattendibile per aver esitato nel produrre le prove a sua disposizione; in appello, riletti gli altri elementi di contorno e reinterpretata l’esitazione, il giudice l’aveva ritenuta attendibile perché “tutti i minacciati dalla mafia sono omertosi”. In un processo equo – dice la Corte europea – la diversa interpretazione dell’esitazione avrebbe dovuto svolgersi in contraddittorio, senza permettere alla motivazione di *sostituire* la rinnovazione.

Alla luce del caso *Lorefice* l’uso linguistico di “motivazione rafforzata” che andrebbe bandito è quindi quello con cui si definisce la motivazione che, rileggendo altri elementi di prova e *invertendo* il giudizio di attendibilità di una testimonianza, ne ridetermina i risultati probatori. Ossia, com’era già stato evidenziato in dottrina, una diversa motivazione in tema di “attendibilità estrinseca”: «se una prova dichiarativa che ha concorso a giustificare una decisione assolutoria mantiene un (qualsiasi) peso anche nella motivazione della sentenza d’appello, il diverso apprezzamento di elementi probatori esterni e di contorno

41736, cit.; Cass., Sez. V, 28 giugno 2016, n. 45047, non massimata; Cass., Sez. V, 14 settembre 2016, n. 1691, non massimata; Cass., Sez. II, 1 dicembre 2016, n. 54717, non massimata.

<sup>17</sup> Cioè quella valutazione che si svolge tipicamente tramite l’osservazione dell’«espressione del volto o un tremito nervoso o un’esitazione nel parlare» (F. CORDERO, *Procedura penale*<sup>5</sup>, 1985, 956). Cfr. G. GIOSTRA, voce *Contraddittorio (principio del) – II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, Agg., vol. VIII, Roma, 2001, 4 ss.

alla stessa prova dichiarativa, non può non comportare anche una ri-valutazione dell’attendibilità di quest’ultima»<sup>18</sup>.

#### 4. Il nuovo art. 603, comma 3-bis, e il concetto di “attinenza”.

Per una volta il legislatore è stato più tempestivo della giurisprudenza, estinguendo, nel lessico del codice, questo genere di problemi interpretativi. Oggi, la rinnovazione del dibattimento è infatti obbligatoria *in ogni caso* di appello del p.m. contro il proscioglimento «per motivi attinenti alla valutazione della prova dichiarativa» (art. 603, comma 3-bis, c.p.p.).

La dottrina che si è occupata più da vicino della nuova norma ha notato che il sintagma “motivi attinenti alla valutazione della prova” è assai stringente, e costringe alla rinnovazione sia che l’appello critichi *direttamente* l’attendibilità delle prove dichiarative, sia che la critichi *indirettamente*, guardando cioè ad «altri elementi di contorno, ritenuti dai diversi giudici ora in sintonia ora in opposizione con la testimonianza»<sup>19</sup>. Ciò che il giudice d’appello può ancora fare senza rinnovare è solo ricombinare gli elementi a sua disposizione e ribaltare la decisione, senza però modificare di un millimetro la valutazione di attendibilità delle prove dichiarative operata in primo grado: ipotesi che in dottrina viene ultimamente definita “rivalutazione logica”<sup>20</sup>, e che anche la Corte europea ha in qualche modo convalidato nel citato caso *Kashlev*.

Purtroppo, l’insopprimibile vaghezza del linguaggio normativo potrebbe ancora consentire alla giurisprudenza di contrabbandare una rivalutazione dell’“attendibilità estrinseca” (vietata senza una nuova escussione) come “rivalutazione logica” (permessa *ex actis*): se la nozione di “attinenza” viene intesa in senso strettissimo, si potrebbe ritenere non “attinente alla valutazione della prova dichiarativa” il motivo d’appello che – pur chiedendo di modificare la valutazione di una prova dichiarativa – verte su elementi di contorno alla testimonianza stessa.

<sup>18</sup> P. BRONZO, *Condanna in appello e rinnovazione della prova dichiarativa*, in *Arch. pen.*, 2015, f. 1, 241. Così anche A. CAPONE, *Dopo Dan*, cit., 1016, nt. 24; I. REDAELLI, *La condanna in appello dell’imputato assolto, fra antinomie di sistema, principi europei ed interpretazione costituzionalmente orientata*, in *Arch. pen. on line*, 12 dicembre 2014, 5 ss.; S. TESORIERO, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello alla luce della CEDU*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.*, 2014, f. 3/4, 253; V. MARCHESE, *La reformatio in peius della sentenza di assoluzione tra vincoli europei e diritto all’equo processo*, in *Arch. pen. on line*, 26 giugno 2013, 7 – 8; C. SCACCIANOCE, *Riforma in peius della sentenza di assoluzione senza rinnovare la prova orale: una decisione che fa discutere*, in *Arch. pen. on line*, 11 gennaio 2013, 1 ss.

<sup>19</sup> P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della Riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1268.

<sup>20</sup> Cfr. P. FERRUA, *loc. ult. cit.*; P. BRONZO, *La nuova ipotesi di rinnovazione dell’istruttoria dibattimentale in appello*, in *Le recenti riforme in materia penale*, G.M. BACCARI, C. BONZANO, K. LA REGINA, E. MANCUSO (a cura di), Padova, 2017, 418 ss.; V. AIUTI, *Obbligo di rinnovazione e prova dichiarativa*, in A. MARANDOLA, T. BENE (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, 252 – 253; S. TESORIERO, *Riforma della sentenza e riapertura dell’istruttoria in appello*, in *Arch. pen. on line*, 4 settembre 2017, 2 ss.

Ad espungere quest'uso della nozione di "attinenza" nell'art. 603 c.p.p. soccorre però ancora una volta l'insegnamento contenuto nella sentenza *Lorefice*: così come non si può eludere l'obbligo di rinnovazione con una motivazione "rafforzata" sull'"attendibilità estrinseca" di una testimonianza, così si deve ritenere "attinente alla valutazione della prova dichiarativa" il motivo con cui l'appellante, pur discutendo sugli elementi di contorno, propone una diversa valutazione di attendibilità della prova dichiarativa controversa. In entrambe le evenienze, di nuovo, la motivazione non può sostituire la rinnovazione, perché la questione controversa (l'attendibilità della testimonianza) è risolubile solo dopo che l'imputato ha chiesto conto direttamente al testimone delle "nuove" incongruenze.

## 5. Conclusioni.

È ancora difficile misurare la resistenza di questi nuovi equilibri nella prassi: in appello, il vantaggio di sostituire una "motivazione rafforzata" alla rinnovazione del dibattimento – anche tralasciando momentaneamente il suggestivo sfondo iper-razionalistico – sta nella sua ovvia economicità<sup>21</sup>; disporre in ogni caso la rinnovazione del dibattimento rafforza invece l'idea romantica di una giustizia amministrata in diretta, "sotto l'albero"<sup>22</sup>, che però è anche processualmente costosa.

Entrambe le dimensioni devono quindi trovare la loro giusta cittadinanza, nell'architettura di un processo penale; ma su due aspetti non possiamo fare confusione.

In primo luogo, che i testimoni vadano sempre rinnovati, non vuol dire che sia vietato ribaltare una decisione senza rinnovazione: finché non discutiamo di "attendibilità", una motivazione migliore in secondo grado può emendare qualsiasi errore ricostruttivo del primo giudice; è a questo che serve, storicamente, l'appello<sup>23</sup>.

Il secondo aspetto è invece già più discutibile, ma il lettore più attento potrebbe averlo intuito: nel corso di queste note – se non per illustrare l'opinione della Cassazione – non abbiamo mai parlato di "ribaltamento del proscioglimento", nonostante l'art. 603, comma 3-*bis*, c.p.p. sia oggi tarato su questa ipotesi. Spesso, infatti, il problema cognitivo alla base del ribaltamento in appello prescinde dal *segno* della decisione che vorremmo ribaltare: da un punto di vista cognitivo, rivalutare "sulle carte" l'attendibilità di un testimone è tanto iniquo se trasformiamo un proscioglimento in una condanna, quanto è iniquo se trasformiamo una condanna in un proscioglimento<sup>24</sup>. Anche la Corte europea si è ben guardata

<sup>21</sup> V. L. ROCCATAGLIATA, *La rinnovazione in appello*, loc. ult. cit.

<sup>22</sup> V. G. FOSCHINI, *La giustizia sotto l'albero e i diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, 300.

<sup>23</sup> Cfr. L. MORTARA, voce *Appello civile*, in *Dig. it.*, vol. III, p. 2<sup>a</sup>, Torino, 1890, 447 – 452.

<sup>24</sup> La Cassazione ha infatti di recente rimesso alle Sezioni Unite proprio questa questione: è obbligatorio rinnovare il dibattimento anche in caso di ribaltamento della condanna? V. Cass., Sez. II, 20 giugno 2017, n. 41571, in *Dir. pen. cont. On line*, 19 ottobre 2017, con nota di H. BELLUTA, *Oltre Dasgupta o contro Dasgupta? Alle Sezioni Unite decidere se la rinnovazione è obbligatoria anche in caso di overturning da condanna a proscioglimento* e in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 11 ss., con nota di L. ROCCATAGLIATA, *La rinnovazione in appello della istruzione dibattimentale: la Cassazione demolisce i (pochi) approdi sicuri cui era giunta la Legge Orlando*; e, storicamente, Cass., Sez. II, 23 luglio 2014, n. 32619, in *Giur. It.*, 2014, 2590, con nota di G. SPANGHER, *Riforma in appello*

dal generalizzare, ripetendo da sempre che a dover risentire di persona i testimoni controversi sono «coloro che hanno la responsabilità di decidere sulla *colpevolezza o l'innocenza* dell'imputato»; E, dopotutto, l'intera giurisprudenza europea origina dal celebre caso *Ekbatani*, in cui in appello è stata *confermata* una decisione di condanna<sup>25</sup>.

Se l'obiettivo è consentire al giudice di misurare la resa del testimone alle pressioni del controesame, insomma, non c'è un argomento che impedisca di applicare la regola *Dan* anche in caso di ribaltamento della condanna; nemmeno il tanto evocato “ragionevole dubbio”<sup>26</sup>.

È vero che, *in sede decisoria*, prosciogliere è più facile che condannare. Ma è anche vero che il dovere di proscioglimento non scatta in presenza di qualsiasi dubbio relativo all'attendibilità dei testimoni; serve un dubbio almeno “ragionevole”, rispetto al quale disponiamo di riscontri empirici.

A voler ricavare un comando *istruttorio*, dalla soglia della condanna, dovremmo piuttosto ritenere “indecidibile allo stato degli atti” (art. 603 c.p.p.) qualsiasi critica relativa alla valutazione di attendibilità delle prove dichiarative poste alla base della decisione di primo grado di cui occorre verificare – appunto – la “ragionevolezza”.

Una sentenza d'appello che – ad esempio – confermasse la condanna di primo grado senza rinnovazione, screditando “sulle carte” la diversa ipotesi ricostruttiva proposta con l'atto d'impugnazione, non supererebbe la soglia dell'art. 533 c.p.p. Il verbale di una dichiarazione non offre infatti *alcuna* conferma che un testimone, messo di fronte a nuove contraddizioni, non suderebbe, non balbutterebbe, non si confonderebbe, compromettendo così la sua credibilità<sup>27</sup>.

Il rischio da evitare, per nulla apparente, è che la decisione di primo grado venga confermata senza inscenare il contraddittorio – negando così all'imputato ogni possibilità di provare la sua doglianza – perché il giudice sente ormai sollevato dall'obbligo di rinnovazione, che, si dice, è prescritto solo per condannare *dopo un primo proscioglimento*.

VALERIO AIUTI

(*proscioglimento vs. condanna*) e principio di immediatezza; L. PARLATO, *Ribaltamento della sentenza in appello. Occorre rinnovare la prova orale anche per la riforma di condanna?*, in *Arch. pen. on line*, 20 aprile 2015, 1 ss.; A. FIASCHI, *La rinnovazione della prova dichiarativa in appello per riformare la condanna di primo grado*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, 871 - 872.

<sup>25</sup> Corte Edu, (Plen.), 26 maggio 1988, *Ekbatani v. Sweden*, ric. n. 10563/83, §§ 12 - 14.

<sup>26</sup> Come noto, è attorno al canone del “ragionevole dubbio” che ruota l'obbligo di rinnovazione, nell'idea delle Sezioni Unite, v. Cass., Sez. Un., 28 aprile 2016, n. 27620, Dasgupta, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 52 ss., con nota di A. CAPONE, *Prova in appello*, cit., e Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2017, n. 18620, Patalano, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1439 ss., con nota di V. AIUTI, *Condanna in appello*, cit., e in *Cass. pen.*, 2017, 2679, con nota di R. APRATI, *Overturning sfavorevole in appello e mancanza del riesame*.

<sup>27</sup> Vale la solita precisazione: in realtà, non è che il verbale di una testimonianza non offre *alcuna* conferma che la critica sull'attendibilità del testimone sia “falsa”, ne offre *un grado troppo basso*, incompatibile col mantenimento della soglia penale della condanna, cfr. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, A. CICU, F. MESSINEO (già diretto da), cont. da L. MENGONI, vol. III, t. 2, sez. I, Milano, 1992, 237 ss.



Cass. Pen., Sez. IV, 20 aprile 2017 (dep. 7 giugno 2017), n. 28187 Pres. Blaiotta – Rel. Montagni

### **Delitti contro la persona**

*In tema di responsabilità professionale del medico, la normativa contenuta nell'articolo 590-sexies del Codice Penale, introdotta dalla Legge 8 marzo 2017 n. 24, si applica solo quando sia stata elevata o possa essere elevata un'imputazione di colpa per imperizia, con riferimento agli eventi che costituiscono espressione di condotte governate da linee guida "ufficiali" che risultino, peraltro, appropriate rispetto al caso concreto. Al contrario, quando le linee guida non sono appropriate e vanno disattese, l'art. 590 sexies c.p. non viene in rilievo e trova applicazione la disciplina generale prevista dagli artt. 43, 489 e 590 c.p., così come, analogamente, la nuova normativa non dispiega i suoi effetti in relazione alle condotte che, sebbene poste in essere nell'ambito di una relazione terapeutica governata da linee guida pertinenti ed appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto valutativo.*

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

## La prima pronuncia di legittimità sulla nuova responsabilità medica. Tra apparenti contraddittorietà ed eccessiva procedimentalizzazione

**SOMMARIO:** 1. Una breve premessa. – 2. Il fatto e i motivi di ricorso. – 3. La responsabilità colposa. – 3.1. La colpa medica: excursus legislativo e giurisprudenziale. – 3.2. I punti centrali e le principali criticità della riforma intervenuta con la Legge Gelli - Bianco. – 4. La prima interpretazione giurisprudenziale: la Sentenza n. 28187/2017. – 4.1. Le manifesta contraddittorietà letterale della norma. – 4.2. La necessaria "eterointegrazione" della colpa in ambito medico: la codificazione ed istituzionalizzazione. – 4.3. Conclusioni della Corte, profili di diritto intertemporale e valenza dell'art. 2236 c.c. – 5. Conclusioni e prospettive.

### **1. Una breve premessa.**

La Sentenza emessa, nel mese di giugno, dalla Corte di Cassazione rappresenta la prima pronuncia, resa in sede di legittimità, in ordine alla riforma intervenuta con la L. 24/2017 – cosiddetta Legge Gelli Bianco – relativa alla responsabilità degli esercenti le professioni sanitarie<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Legge 8 marzo 2017, n. 24 "Disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie (GU Serie Generale n. 64 del 17.03.2017).

Per questioni di ordine logico, nonché a fini semplificatori e di comprensibilità della portata della riforma e della pronuncia in esame, si procederà – dopo aver effettuato qualche cenno al fatto oggetto di giudizio ed ai motivi di ricorso – a riportare all’attenzione i tratti salienti della responsabilità colposa, passando alle peculiarità inerenti quella medica ed alle esigenze di “eterointegrazione”<sup>2</sup> della stessa.

L’esigenza di porre rimedio, almeno in parte, all’astrattezza della responsabilità colposa ed, in particolare, all’eccessiva evanescenza di quella medica, è pretesa alla quale le varie riforme legislative e, conseguentemente, i vari interventi giurisprudenziali hanno tentato di porre rimedio, segnando un percorso culminato nella recente normativa emanata.

La questione centrale, dunque, risiede nel comprendere quanto – ed eventualmente in che modo – la riforma intervenuta con la Legge Gelli-Bianco abbia risposto a tali esigenze ed alle problematiche ancora esistenti e, soprattutto, se sia stata da sola in grado di adempiere a tale compito o, anche in tal caso, sia indispensabile una radicale interpretazione giurisprudenziale, e non solo nel senso di approfondimento – il che sarebbe più che normale e logico – ma di vera e propria comprensione, se non creazione, delle norme stesse già, ad una prima lettura, connotate da palese contraddittorietà.

E sarà proprio dalla lettura e dalla comprensione del ragionamento sviluppato dai Giudici di Legittimità nella sentenza in commento, che si tenterà di dare una risposta a tale interrogativo, riuscendo altresì a comprendere i punti focali della riforma e la reale portata della stessa.

## 2. Il fatto ed i motivi di ricorso.

Esaminando la vicenda storica, anche al fine di addentrarsi nelle problematiche afferenti la responsabilità colposa ed, in particolare, quella medica – meglio, ad oggi, concernente le professioni sanitarie –, il caso in questione ha ad oggetto la condotta di un medico psichiatra – responsabile di un ufficio “Salute Mentale”, nonché operatore di riferimento del piano riabilitativo redatto per il relativo paziente – accusato di aver colposamente posto in essere, integrando dunque il reato previsto e punito dall’art. 589 c.p., una serie di azioni ed omissioni causalmente collegate al gesto omicida commesso dal malato nei confronti di altro soggetto, insieme a lui inserito nella struttura residenziale, sferrandogli diversi colpi, con un’arma lasciata incustodita, sia alla testa che al collo, semplicemente perché infastidito dalla persona offesa.

Il Giudice per le Indagini Preliminari del Tribunale di Pistoia, ex art. 425 c.p.p., dichiarava non luogo a procedere nei confronti dell’imputato perché “il fatto non sussiste”, in quanto le scelte effettuate dallo psichiatra ed, in particolare, quella relativo al passaggio del paziente dal regime di internamento a quello di libertà vigilata ed alla riduzione del

<sup>2</sup> In tal senso si esprime la Corte di Cassazione nella Sentenza n. 28187/2017 oggetto di commento.



trattamento farmacologico, dovevano considerarsi immuni da errori di diagnosi. In sostanza, la condotta dell'imputato non si connotava di profili di responsabilità colposa, cosicché l'azione del medico psichiatra non poteva considerarsi causa scatenante il gesto omicidiario, da inquadrarsi imprevedibile.

Avverso tale Sentenza promuoveva ricorso per cassazione la parte civile, avanzando una serie di motivi di ricorso alcuni dei quali, per quanto rileva in tale sede, attinenti alla valutazione circa l'incidenza delle condotte del medico sul gesto omicidiario – quale la riduzione della terapia farmacologica, nonché ai profili di colpa ascrivibili all'imputato ed alla ritenuta imprevedibilità del gesto omicidiario. Tutti argomenti che ruotano attorno alla responsabilità colposa ed alla particolare nebulosità di quella afferente le professioni sanitarie.

Ed è proprio per tale motivo che la Corte di Cassazione non ha potuto far altro che assumere la sua decisione ripercorrendo la giurisprudenza sviluppatasi sul punto, nonché indicando gli approdi ai quali è giunta la stessa ed, infine, facendo riferimento ed interpretando – attraverso quello che assume le vere e proprie vesti di un primo commento – alla nuova Legge Gelli-Bianco, vista la “[...] *peculiare rilevanza che, nel caso di specie, assume la verifica del rispetto, da parte dell'imputato, di eventuali codificate procedure formali ovvero di protocolli o linee guida*”<sup>3</sup>.

### 3. La responsabilità colposa.

Esaminata sommariamente la vicenda storica e descritti sinteticamente i motivi di ricorso proposti e quelli che hanno spinto i Giudici di legittimità a pronunciarsi, per la prima volta, sulla portata e sul significato della recente novella intervenuta, conviene soffermare l'attenzione sulle peculiarità concernenti la responsabilità dell'esercente la professione sanitaria e, come detto, ancora prima quella colposa nei suoi aspetti salienti.

Infatti, affinché l'errore, in tal caso medico, possa assumere rilievo penale è necessario che lo stesso assuma connotazioni particolari che è necessario identificare con la maggior precisione possibile, in modo da evitare l'esistenza di una eccessiva discrezionalità del giudicante ed una confusione in chi, per l'appunto, quelle condotte deve tenere all'interno della sfera di legittimità e nell'interesse della salute dei propri pazienti.

Così, prima di addentrarsi nell'individuazione di tali specifiche connotazioni, si pone l'esigenza di ripercorrere e riportare alla mente gli snodi ed i profili principali caratterizzanti la responsabilità colposa, quali la negligenza, l'imprudenza e l'imperizia che, ove presenti, connotano l'errore di rilievo penale.

<sup>3</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 20 aprile 2017 (Dep. 7 giugno 2017), N. 28187, pt. 5 del considerato in diritto.

La responsabilità per colpa<sup>4</sup> è disciplinata all'interno del Codice Penale dall'art. 43 il quale, secondo una precisa graduazione e dopo aver descritto le più gravi ipotesi relative alla responsabilità dolosa ed a quella preterintenzionale, afferma che il delitto "è colposo, o oltre l'intenzione, quando l'evento, anche se preveduto non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline".

Tralasciando le critiche che da sempre sono state mosse alla formulazione "parziale"<sup>5</sup> della definizione che il legislatore del 1930 ha voluto utilizzare, conviene in tale sede individuare gli elementi fondamentali costituenti la stessa.

Si tratta, in particolare e come noto, della non volontarietà del fatto tipizzato dalla norma – ricadendosi altrimenti nella sfera dolosa –, l'inosservanza di regole cautelari create proprio al fine di prevenire il verificarsi dell'evento dannoso, nonché l'attribuibilità di quella inosservanza dal punto di vista soggettivo e, dunque, la concreta esigibilità del comportamento corretto che sarebbe stato idoneo ad impedire il fatto.

Come si vedrà in seguito, l'elemento costitutivo che viene in maggior rilievo in tale ambito è quello relativo all'inosservanza delle regole cautelari, ovvero l'inottemperanza alle regole finalizzate a garantire la salvaguardia di determinati beni giuridici.

Con riferimento a tale ultimo elemento, il codice penale, di volta in volta, rimanda a fonti scritte ed a fonti non scritte. È in relazione a tale ultima distinzione che si parla rispettivamente di colpa specifica e colpa generica, ove con la prima si fa riferimento a leggi, regolamenti, ordini e discipline, mentre, con la seconda, ai concetti di negligenza (ovvero difetto di attenzione o di sollecitudine, trascuratezza nell'osservanza di determinati protocolli), imprudenza (ovvero insufficiente ponderazione o scarsa considerazione degli interessi altrui) ed imperizia (ovvero inosservanza di regole tecniche a causa di insufficiente preparazione, inattitudine personale, scarsa dimestichezza o inadeguatezza nell'applicazione)<sup>6</sup>.

Un'ulteriore e importante distinzione di cui dar conto, proprio al fine di comprendere appieno le difficoltà e le peculiarità insite nella colpa cosiddetta medica, è quella inerente la colpa comune e la colpa professionale.

Con la dizione "colpa comune" si fa riferimento a quelle situazioni nelle quali il soggetto è obbligato ad astenersi dal tenere una determinata condotta fonte di pericolo, in quanto afferente contesti nei quali l'ordinamento non consente che sia corso alcun rischio. Diversamente, con il termine "colpa professionale" si fa riferimento a quelle situazioni nelle quali, ponendo in essere un'attività utile dal punto di vista sociale, l'ordinamento consente la sussistenza di un certo grado di pericolosità. Si è, in sostanza, nell'ambito del cosiddetto

---

<sup>4</sup> Sulla responsabilità colposa, per tutti, GAROFOLI, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, X ed., Roma, 2014, 913 ss.; Mantovani, *Diritto Penale, Parte generale*, V ed., Padova, 2007, p. 320 e ss.

<sup>5</sup> In tal senso, per tutti, GAROFOLI, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, cit., 916.

<sup>6</sup> In tal senso, per tutti, GAROFOLI, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, cit., 920.

“rischio consentito”, il quale si connota per l’esistenza di protocolli comportamentali con la precipua funzione di mantenere, ove rispettati, tale rischio entro determinati limiti.

In sostanza ed in riferimento a tale ultimo aspetto, la colpa c.d. professionale si manifesta nel momento in cui il rischio ammesso dalla collettività, in ambiti socialmente utili, viene superato. Ed è proprio all’interno di tale ambito e, dunque, colpa – generica e professionale –, che si pongono tutte le questioni attinenti alla a quella medica. Questioni problematiche che, come inteso sin dall’inizio, si pongono a causa della difficoltà di individuare la portata dell’illecito, in assenza o comunque in difetto di disposizioni normative penali che regolino in maniera puntuale le questioni controverse. Problematica, appunto, dalla quale deriva la continua esigenza di emanare normative che tendano verso la c.d. “eterointegrazione” della colpa e, nello specifico, di quella afferente gli esercenti le professioni sanitarie.

### 3.1. La colpa medica: excursus legislativo e giurisprudenziale.

Descritti in estrema sintesi i caratteri peculiari e i requisiti essenziali della responsabilità colposa e volendo soffermare l’attenzione sulla colpa medica e sui profili problematici a cui si è appena accennato e ai quali potrebbe aver posto in parte rimedio la nuova normativa e la recente interpretazione giurisprudenziale in commento, è indispensabile sottolineare che tali esigenze hanno portato al formarsi di un’evoluzione normativa e giurisprudenziale particolarmente densa della quale è necessario sinteticamente descriverne l’excursus<sup>7</sup>. Ciò al fine di comprendere appieno la portata della nuova riforma intervenuta con la Legge Gelli-Bianco nonché e soprattutto il contenuto di quanto statuito dai Giudici della Corte di Cassazione nella sentenza in oggetto i quali, come si avrà occasione di vedere nei paragrafi successivi, non hanno potuto far altro che partire proprio dall’evoluzione in commento e dalla *ratio* che conseguentemente ne discende.

Sino agli anni ottanta del secolo scorso la responsabilità penale del medico veniva limitata alle ipotesi di colpa grave, rispetto ai delitti di omicidio e lesioni colpose, anche e soprattutto sulla base del disposto di cui all’art. 2236 c.c. e, quindi, relativamente alle prestazioni professionali comportanti la soluzione di problemi tecnici di particolare difficoltà.

Con il trascorrere del tempo, in ogni caso e prima che intervenisse la c.d. Legge Balduzzi (L. 189/2012), la colpa generica ed, in particolare, quella medica prescindeva da una definizione normativa sostanziale e precipua, cosicché l’individuazione dei relativi contenuti veniva lasciata all’opera giurisprudenziale tanto di merito quanto di legittimità.

Ciò che spesso accadeva era ciò che, poco sopra<sup>8</sup>, si è detto fosse necessario evitare, ovvero una totale sovrapposizione tra errore e/o risultato diverso da quello che ci si doveva attendere e sussistenza di una responsabilità colposa del medico.

<sup>7</sup> Sull’evoluzione normativa e giurisprudenziale relativamente alla colpa c.d. medica vedi, per tutti, ISOLABELLA e QUATRARO, “Così l’inoservanza delle pratiche cliniche diventa tassativa”, in Guida al Diritto - Il Sole 24 Ore, n. 15/1 aprile 2017, p. 56 ss.

<sup>8</sup> Vedi sopra, par. 3.

Il culmine di tale insopportabile prassi veniva manifestandosi con la sentenza n. 8254/2011 della Corte di Cassazione con la quale, senza riempire di alcun contenuto la colpa addebitabile al sanitario, il Giudice di legittimità aveva espressamente privato di qualsiasi “sostanzializzazione” processuale le c.d. linee guida, che, invece, erano state correttamente seguite ed applicate dal medico nel caso sottoposto all’attenzione dei Giudici.

Tale pronuncia veniva da tutti considerata il c.d. “punto di non ritorno”, mostrando l’esigenza e l’estrema urgenza di un intervento legislativo che chiarisse e aprisse le porte ad una maggior concretizzazione della colpa medica ed alle relative regole da seguire, attribuendo così alle stesse un rilievo centrale (ed è in relazione a tale ultimo punto che si porrà il problema relativo alla eccessiva procedimentalizzazione delle prassi mediche e alla c.d. medicina difensiva<sup>9</sup>).

Nella situazione di incertezza che si era venuta creando, accompagnata dallo stallo giurisprudenziale cui si è accennato, intervenne la Legge Balduzzi che introdusse, per la prima volta, attribuendogli rilievo normativo, le c.d. linee guida e le buone pratiche mediche con la disposizione di cui all’art. 3 L. 189/2012.

Il fine primario di tale innovazione era quello di aggirare – o meglio affrontare – l’inesatta equiparazione a cui si era ormai pervenuti tra errore medico da una parte e colpa medica dall’altra, senza tenere conto che lo stesso poteva acquisire rilevanza penale solo ove connotato da negligenza, imprudenza o imperizia.

Con maggior precisione, l’art. 3 della suddetta normativa disponeva che *“L’esercente la professione sanitaria che nello svolgimento della propria attività si attiene a linee guida e buone pratiche accreditate dalla comunità scientifica non risponde penalmente per colpa lieve”*.

Sulla base delle affermazioni giurisprudenziali susseguitesi sulla normativa in questione, si sosteneva che la novella del 2012 avesse escluso la rilevanza penale della colpa lieve qualora fosse riscontrabile il rispetto, da parte del medico, delle linee guida e/o delle buone pratiche accreditate.

Fu in particolare la sentenza “Cantore” (n. 16237/2013) che sottolineò come la normativa appena introdotta tentava di dare maggior concretizzazione alla colpa inerente l’ambito di attività degli operatori sanitari, individuandone un corpo sostanziale ed oggettivo.

In sostanza e come ha ritenuto espressamente la sentenza in commento, *“le linee guida accreditate assumevano valenza di direttiva scientifica per l’esercente le professioni sanitarie; e la loro osservanza costituiva uno “scudo protettivo” contro istanze punitive non giustificate”*<sup>10</sup>.

Il dibattito, soprattutto giurisprudenziale, si andava allora incentrando sulla valenza scriminata non solo dell’imperizia ma anche dell’imprudenza e della negligenza, nonché

<sup>9</sup> Vedi *infra*, par. 5.

<sup>10</sup> Cass. Pen., Sez. IV, 20 aprile 2017 (Dep. 7 giugno 2017), N. 28187, pt. 6 del considerato in diritto.

nella esigenza irrefrenabile di attribuire una maggior – non tanto valenza – ma precisione e precipuità alle linee guida, ai protocolli ed alle buone pratiche che, oramai, avevano assunto un ruolo di primo rilievo nella delimitazione della colpa professionale medica.

Il legislatore, e veniamo ad oggi, ha emanato così la L. 24/2017 – c.d. Legge Gelli-Bianco<sup>11</sup> – che, da una parte, risolve e annulla il dibattito giurisprudenziale, in quanto cancella dalla sfera dell'irrelevanza la colpa lieve per negligenza ed imprudenza e, dall'altra, pone come protagonista dell'irrelevanza, l'imperizia in qualsiasi graduazione la stessa si manifesti, sempre che, in tutti i casi, sia riscontrabile il rispetto di linee guida – adeguate al caso concreto – secondo quanto disposto dall'art. 5 della stessa, il quale pone un vero e proprio vincolo tassativo<sup>12</sup>.

In sostanza, se sotto la vigenza della Legge Balduzzi, quest'ultime potevano considerarsi raccomandazioni finalizzate ad orientare l'attività del medico, con l'entrata in vigore della Legge Gelli-Bianco esse diventano norme cogenti, che vincolano in maglie strette il sanitario, obbligandolo in modo tassativo a determinati comportamenti da cui non potrà più prescindere (salve le specificità del caso concreto)<sup>13</sup>.

Con specifico riferimento alla responsabilità penale del medico l'art. 6 della novella introduce all'interno del codice penale l'art. 590 *sexies* (“*Responsabilità colposa per morte o lesioni personali in ambito sanitario*”) il quale dispone che: “*Se i fatti di cui agli articoli 589 e 590 sono commessi nell'esercizio della professione sanitaria, si applicano le pene ivi previste salvo quanto disposto dal secondo comma.*”

*Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”.*

Il secondo comma prevede poi l'abrogazione del D.L. 158/2012, art. 3, convertito con modificazioni in L. 189/2012.

### 3.2. I punti centrali e le principali criticità della riforma intervenuta con la Legge Gelli-Bianco.

Come appena osservato, due sono le norme contenute nella L. 24/2017 sulle quali, in tale sede, occorre focalizzare l'attenzione: l'art. 5 e l'art. 6, rispettivamente dedicate al rispetto delle linee guida e delle buone pratiche mediche, nonché alla nuova disciplina della responsabilità del professionista sanitario.

<sup>11</sup> L. 8 marzo 2017, n. 24 - pubblicata in G.U. Serie Generale n. 64 del 17.3.2017, entrata in vigore in data 01.04.2017.

<sup>12</sup> In tal senso l'art. 5 della nuova normativa dispone che: “*Gli esercenti le professioni sanitarie [...] si attengono, salve le specificità del caso concreto [...] alle raccomandazioni previste dalle linee guida pubblicate ai sensi dell'art. 3 [...]*”.

<sup>13</sup> ISOLABELLA e QUATRARO, “*Così l'inosservanza delle pratiche cliniche diventa tassativa*”, cit., p. 60.

La prima disposizione richiamata, rubricata “*Buone pratiche clinico-assistenziali e raccomandazioni previste dalle linee guida*”, impone un vero e proprio obbligo al professionista sanitario relativo alla necessaria osservanza delle linee guida elaborate sulla base di determinate modalità di cui all’art. 3<sup>14</sup> e da soggetti “qualificati”; in mancanza di queste dovranno necessariamente osservarsi le buone pratiche clinico-assistenziali. Con l’ulteriore specificazione che, dell’adesione o meno alle stesse si dovrà tenere conto, non solo in sede civile (art. 7), ma altresì in sede penale (art. 6), al momento della valutazione della condotta oggetto di giudizio.

È proprio da tale norma che si percepisce la principale *ratio* a cui risponde la novella intervenuta: quella che più volte sino ad ora si è definita come “eterointegrazione” della colpa medica.

Ed infatti, le linee guida, attraverso la sommatoria di evidenze oggettive, hanno la capacità e la funzione di individuare condotte improntate ad appropriatezza e sicurezza nelle cure, attraverso, dunque, una concretizzazione dei risultati derivanti dalla letteratura scientifica che vengono così tradotti in comportamenti possibili<sup>15</sup>.

Dunque, se da un lato una tale innovazione ed imposizione appare *prima facie* positiva e necessaria, non può tralasciarsi come, un obbligo di tal fatta, anche per le conseguenze che potrebbero derivare dalla sua inosservanza, finisce per ridimensionare in maniera eccessiva l’autonomia e l’indipendenza di giudizio e di azione del professionista sanitario. L’unico – per così dire – spiraglio che pare lasciarsi aperto relativamente ad una qualche “libertà” del medico, attiene all’eccezione “*salve le specificità del caso concreto*”, situazioni nelle quali, dunque, il medico avrà la possibilità di discostarsi sia da linee guida che da buone pratiche mediche.

Rinviando ad un momento successivo i commenti conclusivi sulla disposizione in esame, vista l’esigenza di esaminare da prima quanto statuito e “consigliato” dai Giudici di legittimità nella sentenza in commento, la seconda disposizione che assume particolare

<sup>14</sup> Non è questa la sede per esaminare le modalità di redazione e qualificazione delle linee guida in questione. Ad ogni buon conto l’art. 3 della L. 24/2017 dispone che: “*Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità*” 1. *Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, con decreto del Ministro della salute, previa intesa in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano, e’ istituito, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, presso l’Agenzia nazionale per i servizi sanitari regionali (AGENAS), l’Osservatorio nazionale delle buone pratiche sulla sicurezza nella sanità, di seguito denominato «Osservatorio».* 2. *L’Osservatorio acquisisce dai Centri per la gestione del rischio sanitario e la sicurezza del paziente, di cui all’articolo 2, i dati regionali relativi ai rischi ed eventi avversi nonche’ alle cause, all’entità, alla frequenza e all’onere finanziario del contenzioso e, anche mediante la predisposizione, con l’ausilio delle società scientifiche e delle associazioni tecnico-scientifiche delle professioni sanitarie di cui all’articolo 5, di linee di indirizzo, individua idonee misure per la prevenzione e la gestione del rischio sanitario e il monitoraggio delle buone pratiche per la sicurezza delle cure nonche’ per la formazione e l’aggiornamento del personale esercente le professioni sanitarie.* 3. *Il Ministro della salute trasmette annualmente alle Camere una relazione sull’attività svolta dall’Osservatorio.* 4. *L’Osservatorio, nell’esercizio delle sue funzioni, si avvale anche del Sistema informativo per il monitoraggio degli errori in sanità (SIMES), istituito con decreto del Ministro del lavoro, della salute e delle politiche sociali 11 dicembre 2009, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 8 del 12 gennaio 2010”.*

<sup>15</sup> Su detto tema, per tutti, DEL SORDO - GENOVESE, “Linee guida o buona pratica ancora più vincolanti”, in Guida al Diritto - Il Sole 24 Ore, n. 15, 1 aprile 2017, p. 46 e ss.



rilievo in tale sede è quella che si occupa nello specifico della responsabilità penale dell'esercente le professioni sanitarie: l'art. 6.

Come detto sopra, lo stesso introduce nel codice penale l'art. 590 *sexies* abrogando, allo stesso tempo, l'art. 3 del D.L. Balduzzi del 2012.

Come visto sopra, il primo comma della disposizione sancisce l'applicabilità agli esercenti le professioni sanitarie che si rendano responsabili dei reati di lesioni o omicidio colposo delle disposizioni di cui, rispettivamente, agli artt. 589 e 590 c.p.. Il tutto salvo che ricorra il caso descritto nel secondo comma della disposizione di nuova introduzione, il quale precisa che: *“Qualora l'evento si sia verificato a causa di imperizia, la punibilità è esclusa quando sono rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico-assistenziali, sempre che le raccomandazioni previste dalle predette linee guida risultino adeguate alle specificità del caso concreto”*.

Come ricordato nei paragrafi precedenti, la Legge Balduzzi ed, in particolare, il suo art. 3 è stato oggetto di un intenso dibattito giurisprudenziale che ha visto il contrapporsi di due schieramenti relativamente alla applicabilità alla sola imperizia o, diversamente, alla colpa generica nel suo complesso, comprese negligenza ed imprudenza. Le conseguenze derivanti dalle due posizioni divergono notevolmente visto che:

– qualora si aderisse alla tesi dell'applicabilità alla sola imperizia, il medico imprudente e negligente non potrebbe invocare una pretesa adesione alle linee guida per eludere la propria responsabilità;

– aderendo, invece, alla seconda tesi giurisprudenziale secondo la quale l'art. 3 della Legge Balduzzi poteva trovare applicazione anche per le condotte relative alla negligenza ed imprudenza, il medico avrebbe potuto vedere esclusa anche in tali casi la propria responsabilità qualora si fosse attenuto alle regole accreditate dalla comunità scientifica.

A tale incertezza interpretativa, questo è indubbio, ha posto rimedio la novella legislativa introdotta con la Legge Gelli-Bianco che, nella sua formulazione letterale, fa esclusivo riferimento alla sola “imperizia”, lasciando fuori dal campo di applicazione dell'esclusione della colpevolezza le sfere inerenti condotte negligenti e/o imprudenti.

Dunque, alcuno spazio di impunità sarà rinvenibile relativamente a condotte colpevoli del sanitario improntate a negligenza ed imprudenza, ovvero, rispettivamente, connotate da difetto di attenzione o di sollecitudine, trascuratezza nell'osservanza di determinati protocolli, nonché da inosservanza di regole tecniche a causa di insufficiente preparazione, inattitudine personale, scarsa dimestichezza o inadeguatezza nell'applicazione<sup>16</sup>.

La novità – o meglio certezza – introdotta con la Legge Gelli-Bianco non può che apprezzarsi: è evidente, infatti, che sempre ed in ogni caso, il medico deve essere prudente e diligente, mentre è solo nel momento in cui applica la propria capacità tecnica che può

<sup>16</sup> In tal senso, per tutti, GAROFOLI, *Manuale di Diritto penale, Parte generale*, cit., 920.



e deve discutersi della sua perizia. Ed è in tale prospettiva che si chiude il cerchio, assumendo particolare rilevanza il fatto che in tali capacità, il professionista sanitario si sia o meno attenuto alle linee guida.

Altro aspetto innovativo sui cui è necessario soffermare l'attenzione attiene all'eliminazione del riferimento al grado della colpa, presente invece nella abrogata disposizione della Legge Balduzzi.

In sostanza, qualora si volesse prendere alla lettera tale eliminazione, anche in presenza di colpa grave, potrebbe porsi un'esclusione della responsabilità ove il medico si sia attenuto a linee guida e buone pratiche assistenziali, sempre che, ovviamente, le specificità del caso lo richiedessero.

Già ad un primo impatto, però, si percepisce la difficoltà di conciliare la sussistenza di una "colpa grave", da intendersi dunque come "*deviazione ragguardevole rispetto all'agire appropriato*"<sup>17</sup>, con il rispetto, dall'altra, delle linee guida e delle buone pratiche assistenziali.

Sulla base di quanto sino ad ora esposto, l'intenzione del legislatore è stata quella di semplificare – con il rischio però di un'eccessiva rigidità – l'attività medica inquadrandola in rigide categorie e regole operative, nonché identificare nell'imperizia, in tutte le sue possibili estensioni senza tener conto di eventuali graduazioni di colpa, il presupposto della non punibilità.

#### 4. La prima interpretazione giurisprudenziale: la Sentenza n. 28187/2017.

Al fine di comprendere appieno la portata della riforma intervenuta, individuarne le criticità e cercare di darne delle risposte, si pone a questo punto l'esigenza di esaminare quanto affermato dalla Corte di cassazione nella sentenza in commento<sup>18</sup>. Si tratta della prima pronuncia resa sulla Legge Gelli-Bianco, punto di partenza, dunque, imprescindibile per la comprensione della stessa.

I Giudici di legittimità, nell'affrontare i motivi di ricorso afferenti la colpa medica e dei quali si è dato conto in apertura, coglie l'occasione per soffermarsi sulla nuova normativa intervenuta, consapevole dei dibattiti già in essere nonostante la recentissima entrata in vigore della stessa.

##### 4.1. Le manifesta contraddittorietà letterale della norma.

Dopo aver riportato il testo dell'art. 6 della L. Gelli-Bianco e, dunque, quello il nuovo art. 590 *sexies* c.p., la Corte sottolinea, sin da subito, l'esistenza di dubbi interpretativi ed

<sup>17</sup> Cass. pen., Sez. IV, 15 aprile 2014, Cavallaro.

<sup>18</sup> Cass. pen., Sez. IV, 20 aprile - 7 giugno 2017, n. 28187, Blaiotta - Montagni.

incongruenze a prima vista irresolubili e talmente radicali da mettere in forse la stessa praticabilità della riforma.

In particolare, la Corte di Cassazione fa riferimento all'inciso nel quale si esclude la punibilità dell'esercente la professione sanitaria che abbia rispettato le linee guida o le buone pratiche, nel caso in cui queste risultino adeguate alle specificità del caso concreto.

Gli ermellini sottolineano sin da subito l'ovvietà di una tale affermazione, che niente aggiunge a quanto già precedentemente previsto e scontato.

Ciò detto, i Giudici di legittimità passano ad esaminare quella che – per tutti e sin da subito – si è mostrata essere la più marcata contraddittorietà insita nella Legge Gelli-Bianco: in particolare la stessa si palesa quando l'ovvio enunciato di cui si è appena detto viene posto in connessione con la prima parte del testo normativo ove si afferma che la novella trova applicazione “*quando l'evento si è verificato a causa di imperizia*”.

In sostanza, si è in colpa per imperizia ed al contempo non lo si è visto che le linee guida o le buone pratiche sono state rispettate ed applicate in modo pertinente ed appropriato.

Così, al fine di rendere praticabile l'applicazione della norma in parola, la Corte di Cassazione giunge immediatamente ad escluderne un'interpretazione strettamente letterale, dovendo, ancora una volta, rimediare alle lacunose norme formulate ed introdotte dal legislatore – inteso che, il termine “lacunose” risulta un complimento. La norma, così come scritta, è priva di qualsivoglia senso logico.

La conclusione – che poi è solo l'*incipit* – a cui giungono i Giudici di legittimità è quella di dover trovare una strada alternativa, partendo dal fine che la nuova legge si è prefisso: *La sicurezza delle cure [che] è parte costitutiva del diritto alla salute*<sup>19</sup>.

In tale prospettiva e sulla base degli obblighi imposti agli esercenti le professioni sanitarie dall'art. 5, le coordinate del legislatore sono chiare: da un lato, la necessità di direttive di massima che devono necessariamente coordinarsi con le peculiarità di ciascuna situazione concreta; dall'altro, la necessità di costituire un sistema istituzionale di regolazione dell'attività sanitaria che ne assicuri lo svolgimento in modo appropriato.

Sulla base di tali binari, è ovvio che un rilievo centrale assume la clausola del “*salve le specificità del caso concreto*” inserita sia nell'art. 5 che nell'art. 6 della L. Gelli-Bianco. In sostanza, quando le linee guida non sono appropriate e devono essere disattese, il medico che se ne discosta non sottostà alla disciplina di cui all'art. 590 *sexies* c.p., ma, diversamente, troverà applicazione la disciplina generale prevista dagli artt. 43, 589 e 590 c.p.

Secondo la Corte di Cassazione un'interpretazione di tal fatta è in grado di spiegare l'utilizzo dell'espressione “*a causa di imperizia*” di cui appariva evidente l'incoerenza.

<sup>19</sup> Così recita in apertura l'art. 1, co. 1, L. 24/2017.

Infatti, nonostante l'utilizzo di una infelice espressione, il legislatore ha voluto limitare l'applicazione della nuova disciplina alle sole situazioni riconducibili alla sfera dell'imperizia e, dunque, al profilo di colpa che involge la violazione delle *leges artis*.

Conclusivamente, nel caso di imprudenza, negligenza o nel caso in cui le linee guida esistenti non siano adeguate al caso specifico, l'art. 590 *sexies* c.p. non verrà in gioco, con la conseguenza che la nuova disciplina troverà applicazione nei soli casi di imperizia *strictu sensu* intesa.

#### 4.2. La necessaria "eterointegrazione" della colpa in ambito medico: la codificazione ed istituzionalizzazione.

Il secondo punto sul quale la Corte di Cassazione incentra l'attenzione, attraverso la pronuncia in commento, attiene alla più volte menzionata necessità di attribuire maggior concretezza alla colpa medica, definita dai Giudici di Legittimità come indispensabile "eterointegrazione" dell'imputazione soggettiva nella sua forma colposa.

In tal senso si ribadisce, come già fatto in passato, l'importanza che il sapere scientifico assume in tale ambito, dovendo, però ed al contempo, scongiurare il pericolo di utilizzazione di raccomandazioni che provengano da soggetti non sufficientemente qualificati e/o non indipendenti.

Le istanze di determinatezza, chiarezza e prevedibilità che la riforma si era posta tra le principali finalità sembrano, a parere degli Ermellini, essere state almeno in parte raggiunte attraverso una procedimentalizzazione delle modalità di emanazione e riconoscimento delle regole cautelari in questione, sino a giungere ad una vera e propria istituzionalizzazione delle stesse.

A parere di chi scrive e come si avrà modo di specificare in seguito, sebbene tale affermazione non possa trovare smentita, maggior attenzione avrebbe dovuto porsi a quelle che potrebbero – e forse sono già – essere i risvolti negativi di una tale rigidità che sembra proprio riaprire le porte a quel pericolo che da sempre è stato definito come "medicina difensiva".

#### 4.3. Conclusioni della Corte, profili di diritto intertemporale e valenza dell'art. 2236 c.c.

Infine, sulla base delle disposizioni dettate nella novella, nonché sulla base di quanto sostenuto e chiarito dalla IV Sezione della Corte di Cassazione sino a questo punto, i Giudici di legittimità hanno altresì colto l'occasione, anche ai fini del *decisum*, di fare chiarezza in ordine ai profili di diritto intertemporale attinenti la riforma legislativa in questione e inerenti i fatti commessi in epoca anteriore.

A tal fine, gli Ermellini, sulla base di quanto sin ora sostenuto, redigono una schematica casistica relativa a tutti quei contesti nei quali la nuova disciplina non troverà applicazione. Si tratta, in particolare:

a) di tutti quegli ambiti nei quali non esistono linee guida ovvero situazioni che, per specificità, tali raccomandazioni devono essere disattese;

b) di quelle condotte che, anche se inerenti ambiti nei quali si rinviene la vigenza di linee guida pertinenti ed appropriate, non risultano però disciplinate in quel contesto regolativo;

c) di quei fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della L. 24/2017, per i quali troverà applicazione la Legge Balduzzi, in quanto più favorevole riguardo alla limitazione della responsabilità ai soli casi di colpa grave; ciò sulla base delle più elementari regole di cui all'art. 2 c.p.

Infine, visto che la recente giurisprudenza di legittimità si era altresì imbattuta nella vigenza che, ad oggi, può essere attribuita alla disposizione di cui all'art. 2236 c.c., i Giudici di legittimità confermano che la regola di giudizio ivi esposta – anche se non direttamente applicabile all'ambito del diritto penale – è comunque espressione di un principio di razionalità.

In buona sostanza, l'art. 2236 c.c., che impone di utilizzare un metro di valutazione diverso e più favorevole in situazioni nuove, complesse o comunque di particolare difficoltà, costituisce una regola di esperienza che dovrà in tal senso trovare applicazione anche nella sfera di rilevanza penale.

## 5. Conclusioni e prospettive.

Dopo aver ripercorso l'evoluzione normativa e giurisprudenziale formatasi in punto di responsabilità medica, nonché aver dato conto dell'intervenuta riforma legislativa in materia e, viste le criticità, esaminato quanto chiarito dalla Corte di Cassazione nella prima pronuncia in materia, non si può fare a meno di trarre le opportune conclusioni, cercando altresì di individuare le prospettive future di applicazione della normativa – proprio sulla base di quanto delineato dai Giudici di Legittimità.

Come visto, i punti centrali della riforma attengono, da una parte, alla certezza in ordine all'ambito di applicazione della disciplina di cui all'art. 590 *sexies* c.p. al solo ambito elettivo dell'imperizia, ossia afferente le condotte riguardanti la capacità tecnica dell'esercente le professioni sanitarie. Dall'altra, dinnanzi all'esigenza di chiarezza e determinatezza, alla istituzionalizzazione e alla valorizzazione delle linee guida e/o delle buone pratiche assistenziali, sempre che, per entrambe, sussistano le condizioni richieste dalla Legge stessa.

Sotto il primo profilo, la pronuncia in esame risulta fondamentale.

L'apparente – o meglio l'infelice letteralità della norma comportante – contraddittorietà ed inerente l'applicabilità alla sola imperizia nei casi in cui il medico si attenga a linee guida e/o buone pratiche, viene risolta dalla Corte di Cassazione grazie alla *ratio* ispiratrice della riforma; cosicché, nel primario interesse rappresentato dalla salute del paziente, l'unico ambito nel quale può operare l'esclusione della responsabilità del medico è quello ben determinato e delineato da idonee regole cautelari, sempre che, ovviamente, le stesse siano adeguate alle specificità del caso concreto.

Riguardo al secondo punto, non ci si può esimere dal rilevare che, sebbene l'esigenza di chiarezza e determinatezza sia stata avallata grazie all'individuazione di una serie di connotazioni che le linee guida e le buone pratiche assistenziali devono assumere al fine

di poter trovare applicazione – tra le quali i soggetti considerati “validi” per l’elaborazione delle stesse nonché le modalità di produzione, conservazione e qualificazione delle stesse – una disciplina di tal fatta rischia, inevitabilmente, di “*irregimentare*”<sup>20</sup> l’approccio del medico alla cura del caso sottopostogli, con la conseguente mortificazione della specificità professionale; professionista sanitario che sarà posto dinnanzi alla netta alternativa tra seguire pedissequamente le linee guida codificate, al fine di eludere il sorgere di una responsabilità penale comunque vada, o seguire un percorso di diagnosi o cure differente, rischiando però di vedersi addebitata una responsabilità penale colposa.

È così che si paventa il rischio che, anche sotto la vigenza della Legge Balduzzi, la giurisprudenza aveva cercato di aggirare: la c.d. medicina difensiva.

Senza tralasciare il fatto che, lo sforzo che il legislatore ha fatto nel cercare di “prendere in mano” la gestione del rischio nell’attività medica, attribuendo d’ora in poi rilevanza, non a tutte le linee guida, ma solo a quelle alle quali è stata riconosciuta apposita valenza istituzionale, spinge verso una giuridicizzazione del sapere medico, verso la c.d. “medicina di stato”; uno sforzo che, come sopra accennato, comporta non solo costi ma eccessiva procedimentalizzazione del tutto inutile, visto che non esistono necessariamente malattie standardizzate ma malati, ognuno con inevitabili specificità.

Peraltro, una volta selezionate le linee guida per così dire “valide”, tra queste spetterà sempre e comunque all’organo giudicante capire se tale regola procedimentale afferisce ed è idonea al caso di specie, con altrettanta importanza assunta dall’intervento di un *team* di esperti consulenti. Elemento ineliminabile e già presente nella precedente disciplina che, dunque, rende del tutto inutile l’eccessiva rigidità e procedimentalizzazione che, seppur spinta dall’esigenza di eterointegrare la colpa medica – rischia di eliminare l’autonomia e professionalità degli operatori sanitari.

Il punto sul quale la Corte di Cassazione avrebbe, dunque, potuto maggiormente porre attenzione è proprio l’esigenza – quasi l’obbligo – per i giudici di merito di porre particolare attenzione alle specificità del caso concreto, in modo tale da non rendere asettico ciò che voleva concretizzarsi.

Questo, perlomeno, è l’auspicio per il futuro.

MARGHERITA PALA

Cass. pen., Sez. un., 27 aprile 2017 (dep. 12 luglio 2017), n. 34090,  
Pres. Canzio – rel. Boni

### **Furto – Aggravante della destrezza**

*La circostanza aggravante della destrezza di cui all'art. 625 cod. pen., comma 1, n. 4, richiede un comportamento dell'agente, posto in essere prima o durante l'impossessamento del bene mobile altrui, caratterizzato da particolare abilità, astuzia o avvedutezza, idoneo a sorprendere, attenuare o eludere la sorveglianza sul bene stesso; sicché non sussiste detta aggravante nell'ipotesi di furto commesso da chi si limiti ad approfittare di situazioni, dallo stesso non provocate, di disattenzione o di momentaneo allontanamento del detentore dalla cosa*

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

## Mero approfittamento di situazione favorevole e delitto di furto: le Sezioni unite escludono l'aggravante della destrezza

SOMMARIO: 1. La vicenda oggetto del giudizio e l'ordinanza della Sezione rimettente. – 2. L'argomentazione delle Sezioni unite. – 2.1. La *ratio* dell'aggravamento seguente al ricorso a modalità "destre". – 2.2. Il significato disvaloriale dell'approfittamento dell'altrui distrazione. – 2.2.1. Furto con destrezza e furto semplice: l'argomento del *quid pluris*. – 2.2.2. Furto con destrezza e furto commesso sul bagaglio dei viaggiatori: la circoscritta rilevanza del "*carpe diem* furtivo". – 2.2.3. Furto con destrezza e principio di offensività: l'inconsistenza delle ragioni poste alla base dell'incremento sanzionatorio. – 3. Il principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte e l'esito del ricorso. – 4. In conclusione: la *creazione* della situazione di favore come cardine del furto grave.

### **1. La vicenda oggetto del giudizio e l'ordinanza della Sezione rimettente.**

Con la sentenza che si commenta la Suprema Corte torna a pronunciarsi, nella propria composizione più autorevole, su una questione afferente il delitto di furto. In particolare, le Sezioni unite sono chiamate chiarire, secondo il quesito formulato dalla Quarta Sezione penale, "*se, nel delitto di furto, la circostanza aggravante della destrezza, prevista dall'art. 625, primo comma, n. 4, cod. pen., sia configurabile quando il soggetto agente si limiti ad approfittare di una situazione di temporanea distrazione della persona offesa*".

La questione, pregevole sul piano teorico ma soprattutto relevantissima sul piano applicativo, viene a porsi in ragione del fatto storico nel quale il Tribunale, prima, e la Corte d'Appello, poi, riscontravano gli estremi del delitto di furto aggravato dalla destrezza (artt. 624 e 625, co. 1, n. 4, c.p.): un individuo si impossessava di un computer portatile

collocato sul bancone di un bar approfittando della distrazione della titolare e degli altri avventori. L'imputato era presto identificato quale autore della sottrazione grazie alla registrazione delle videocamere di sorveglianza dell'esercizio commerciale e, comunque, in giudizio ammetteva la propria responsabilità.

Assodata la riferibilità materiale, le attenzioni si concentravano sulla corretta qualificazione giuridica della condotta. In particolare, con la rammentata interpretazione dei giudici del merito dissentiva l'imputato, il quale, a mezzo del proprio difensore, proponeva ricorso per Cassazione avente per unico motivo proprio l'erronea sussunzione del fatto al di sotto della fattispecie aggravata, rilevando di non aver compiuto *“alcuna azione per creare condizioni favorevoli la sottrazione del bene, non enunciate nemmeno nell'imputazione, essendosi [egli] limitato ad approfittare della distrazione, non provocata, della proprietaria del bene asportato”*.

Non solo, perché il ricorrente segnalava al Supremo Collegio *“il contrasto giurisprudenziale emerso in merito ai presupposti applicativi della circostanza aggravante della destrezza”* e domandava, conseguentemente, *“ai sensi dell'art. 618 cod. proc. pen. (...) rimettersi la decisione alle Sezioni Unite”*.

Alla richiesta dell'imputato aderiva la Quarta Sezione a mezzo dell'ordinanza n. 7696 del 17 febbraio 2017 (ud. 21 dicembre 2016). Il collegio rimettente, invero, riscontrava a propria volta la sussistenza del contrasto giurisprudenziale, dando altresì conto di come quest'ultimo fosse già stato evidenziato dall'Ufficio del Massimario con la Relazione n. 18 del 18 marzo 2016, e investiva della decisione le Sezioni unite, indirizzando a queste ultime il sopraccitato quesito.

A beneficio di una proficua lettura del commento che ci si accinge ad offrire, pare opportuno anticipare l'esito del pronunciamento: a fronte del conflitto tra una lettura rigorista e un'altra equilibratamente restrittiva, le Sezioni unite avallano la seconda ed escludono il ricorrere della circostanza aggravante.

## 2. L'argomentazione delle Sezioni unite.

L'argomentazione attraverso la quale il Collegio perviene alle anticipate conclusioni si articola in due parti fondamentali. E invero, dopo aver delineato l'iter processuale dispiegatosi fino alla rimessione del ricorso e aver dato conto del contrasto giurisprudenziale giustificativo del suo intervento, la Suprema Corte entra nel merito della questione: anzitutto, soffermandosi, sulla *ratio* “generale” dell'aggravamento derivante dal carattere destro dell'azione; in un secondo momento, ponendo tale fondamento “generale” in rapporto al caso di specie così da verificare se, effettivamente, il mero approfittamento dell'altrui distrazione e/o dell'altrui momentaneo allontanamento presenti i connotati della destrezza oppure se tale *modus operandi* non risponda, più semplicemente, allo schema logico essenziale dell'aggressione furtiva.



## 2.1. La ratio dell'aggravamento seguente al ricorso a modalità "destre".

Per quanto attiene alla *raison d'être* della circostanza aggravante, un primo spunto significativo si ricava dal raffronto tra l'art. 625, primo comma, n. 4 del Codice Rocco (tutt'ora in vigore) e l'art. 403, n. 4 del Codice Zanardelli: invero, mentre il codice del 1930 si limita a comminare un'aumentata pena "*se il fatto è commesso con destrezza*"<sup>1</sup>, il testo del 1889 contemplava l'aggravamento ove l'usurpazione fosse stata posta in essere "*con destrezza sulla persona in luogo pubblico o aperto al pubblico*"<sup>2</sup>.

Peraltro, a dispetto della laconica formulazione offerta dal testo legislativo vigente, il correlato inasprimento della sanzione implica che la destrezza debba evincersi "*da una o da talune modalità dell'azione che trascendono l'attività di impossessamento, necessaria per la consumazione del delitto*". In altre parole, poiché la "*configurazione legale tipica del furto semplice (...) postula già di per sé un comportamento predatorio nascosto, celato, non evidente, attuato in modo da evitarne la scoperta*", emerge la necessità che l'ipotesi aggravata superi tale "configurazione" e si strutturi in "*un quid pluris rispetto all'ordinaria materialità del fatto di reato*".

Muovendosi all'interno di questo solco, evidenzia la Corte, dottrina e giurisprudenza hanno attribuito alla destrezza il significato "*di abilità motoria e sveltezza intese in senso fisico*" o anche "*di avvedutezza e scaltrezza, quali doti intellettive*"<sup>3</sup>; con il fondamentale rilievo che, in rapporto a entrambe le accezioni, risulta soprattutto significativa l'idoneità delle modalità impiegate a "*eludere, sviare, impedire la sorveglianza da parte del possessore*" e a "*rendere più insidiosa ed efficace la condotta*".

In questo senso, sono essenzialmente due gli aspetti che caratterizzano la circostanza in parola. Per un verso, stante l'eliminazione del requisito della direzione "*sulla persona*" della destrezza (richiesta dall'art. 403, n. 4, cod. pen. prev.)<sup>4</sup>, l'azione può investire "*tanto la persona del derubato, come nel caso del borseggio, quanto direttamente il bene sottratto se non si trovi sul soggetto passivo ma sia alla sua portata e questi eserciti la vigilanza sullo stesso, anche se non a stretto contatto fisico*"<sup>5</sup>. Per altro verso, a fronte dei fondamentali connotati sopraindicati dell'azione destra, si delinea un vero e proprio "*nesso di interdipendenza tra abilità dell'agente (...) e sorveglianza della persona offesa sulla res*": infatti, "*l'abilità rileva (...) perché idonea ad evitare o attenuare la vigilanza della persona offesa*".

<sup>1</sup> In tema, anzitutto, V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice del 1930*, vol. IX/1, *Delitti contro il patrimonio*, Torino, 1938, 214 ss.

<sup>2</sup> Si v. soprattutto G. MARCIANO, *Il titolo X del codice penale italiano*, con introduzioni e note di E. Altavilla, vol. I, Napoli, 1927, 84 ss.

<sup>3</sup> Per la manualistica corrente: A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, vol. III, *Delitti contro il patrimonio*, Milano, 2003, 115 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Tutela penale del patrimonio*, Torino, 2013, 75; G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, tomo II, *I delitti contro il patrimonio*, VII ed., Bologna, 2015, 83 s.; F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, C. F. GROSSO (a cura di), vol. I, XVI ed., Milano, 2016, 425 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *Delitti contro il patrimonio*, VI ed., Assago, 2016, 79 s.

<sup>4</sup> Si v., ancora, G. MARCIANO, *Il titolo X del codice penale italiano*, cit., 87 s.

<sup>5</sup> Sul punto: Cass. pen., Sez. II, 21 febbraio 1972, n. 4781, *Bianco*, in *CED Cassazione*, n. 121503.

*ed in grado di minorarne ed attenuarne la difesa del patrimonio”, così come “il controllo sul bene da parte del possessore (...) va riferito ad un livello di normalità parametrato sull'uomo medio, quindi valutabile in astratto, sicché per poter configurare l'aggravante non è richiesto che l'agente riesca a superarla, conseguendo il risultato di non destare l'attenzione della persona offesa”.*

Quanto osservato consente alla Corte di concludere sul punto rilevando che il più marcato disvalore del furto eseguito con destrezza si rinviene nelle modalità “*rapide, agili, oppure scaltre ed avvedute*” impiegate dall'agente, “*dimostrative di incrementata pericolosità sociale ed in grado di menomare la difesa delle cose*”.

## 2.2. Il significato disvaloriale dell'approfittamento dell'altrui distrazione.

È a questo punto che le Sezioni unite pongono a tema la più specifica ipotesi che forma oggetto del quesito loro sottoposto: *quid* ove “*il soggetto agente si limiti ad approfittare di una situazione di temporanea distrazione della persona offesa*”?

A ben vedere, a fronte di una tendenziale concordia riscontrabile rispetto al caso in cui la distrazione di cui l'agente si approfitta sia da questi provocata<sup>6</sup>, il conflitto tra i richiamati orientamenti viene a porsi, come anticipato, qualora “*l'agente non operi per creare le condizioni favorevoli alla sottrazione, ma si limiti a percepirla nella realtà fenomenologica a lui esterna ed a volgerle a proprio favore, inserendovi la propria azione appropriativa del bene altrui*”.

Sul punto, è anzitutto dato rinvenire un primo orientamento “rigorista” a mente del quale l'aggravante dovrebbe ritenersi già integrata per l'effetto dell'impiego di “*qualsiasi modalità idonea ad eludere l'attenzione del soggetto passivo sulla commissione del reato*”<sup>7</sup>. Interessante, soprattutto alla luce delle considerazioni sopraesposte, notare come in questa prospettiva l'idoneità dell'azione verrebbe a misurarsi in rapporto alla condotta sottrattiva: in altre parole, la destrezza emergerebbe non in ragione dell'incidenza sulla sorveglianza (attuale) esercitata sul bene, bensì a partire dal “nascondimento” dell'aggressione patrimoniale agli occhi della vittima.

<sup>6</sup> Fattispecie in cui la giurisprudenza rinviene, non solo (senza tentennamenti) gli estremi della destrezza, ma sovente anche i connotati della fraudolenza. Si che il problema che viene a porsi è, semmai, quello della distinzione tra destrezza e fraudolenza: problema, peraltro, drasticamente risolto dalle Corti mediante l'affermazione della *compatibilità* tra le due modalità di condotta. Tra le altre, più e meno recentemente: Cass. pen., Sez. IV, 12 aprile 2013, n. 21299, *Gabrieli*, in *CED - Sentenze Web*; Cass. pen., Sez. V, 14 marzo 2011, n. 10144, *Bobovicz*, in *CED Cassazione*, n. 249831; Cass. pen., Sez. II, 20 marzo 1973, n. 8071, *Valverde*, in *CED Cassazione*, n. 125454.

<sup>7</sup> Si v., da ultimo: Cass. pen., Sez. V, 25 gennaio 2017, n. 3807, *Pagano*, in *CED - Sentenze Web*; Cass. pen., Sez. V, 11 aprile 2016, n. 26749, *Ouergbi*, in *CED - Sentenze Web*; Cass. pen., Sez. V, 15 febbraio 2016, n. 6213, *Stepich*, in *CED - Sentenze Web*; Cass. pen., Sez. V, 18 febbraio 2015, n. 20954, *Marcelli*, in *CED - Sentenze Web*; Cass. pen., Sez. II, 15 gennaio 2015, n. 18682, *Bono*, in *CED - Sentenze Web*; Cass. pen., Sez. V, 18 febbraio 2015, n. 7314, in *CED - Sentenze Web*; Cass. pen., Sez. V, 10 gennaio 2014, n. 640, *Rainart*, in *CED - Sentenze Web*; Cass. pen., Sez. VI, 7 giugno 2012, n. 23108, *Antenucci*, in *CED - Sentenze Web*. Più risalenti: Cass. pen., Sez. II, 11 ottobre 1978, n. 1022, *Montariello*, in *CED Cassazione*, n. 140954; Cass. pen., Sez. II, 28 gennaio 1977, n. 7416, *Iorio*, in *CED Cassazione*, n. 136169.

Ebbene, la Corte “fronteggia” questo indirizzo con tre fondamentali argomenti, sui quali fonda la propria adesione al contrapposto orientamento che esclude il ricorrere dell'aggravante là dove l'azione non presenti alcun tratto di *“abilità esecutiva o di scaltrezza nell'esclusione del controllo dell'avente diritto”*, sì da rivelare *“connotati di capacità ed efficienza offensiva che incrementino la possibilità di portar[e] a compimento [il furto] ed offendano più seriamente il patrimonio”*<sup>8</sup>.

### 2.2.1. Furto con destrezza e furto semplice: l'argomento del *quid pluris*.

Innanzitutto, dal raffronto con la fattispecie base dell'articolo 624 emerge l'esigenza che la modalità della condotta destra si esprima *“in un quid pluris rispetto all'ordinaria materialità del fatto di reato, che si aggiunga a quanto ordinariamente richiesto per porre in essere la condotta furtiva, consistente nella sottrazione della cosa e nel conseguente suo impossessamento”*.

Infatti, sebbene l'articolo 625 non richieda che il soggetto agente faccia ricorso *“a doti di eccezionale o straordinaria abilità”*, è necessario che la modalità esecutiva esprima un tratto ulteriore nel raffronto con gli elementi costitutivi del furto semplice, costituito *“dall'abilità esecutiva dell'autore nell'appropriarsi della cosa altrui, che sorprenda o neutralizzi la sorveglianza sulla stessa esercitata e disveli la sua maggiore capacità criminale e la più efficace attitudine a ledere il bene giuridico protetto”*. E ciò in quanto, in caso contrario, *“la condotta si esaurisce nel gesto necessario, in quelle condizioni, a realizzare l'impossessamento senza esplicitare un particolare impegno esecutivo, né agire sull'attenzione altrui”*.

### 2.2.2. Furto con destrezza e furto commesso sul bagaglio dei viaggiatori: la circoscritta rilevanza del *“carpe diem furtivo”*.

In secondo luogo, dalla comparazione dell'aggravante della destrezza con l'aggravante di cui all'articolo 625, primo comma, n. 6 del codice penale – che contempla l'ipotesi in cui il fatto sia commesso *“sul bagaglio dei viaggiatori in ogni specie di veicoli, nelle stazioni, negli scali o banchine, negli alberghi o in altri esercizi ove si somministrano cibi o bevande”* – è possibile appurare come il legislatore abbia riconosciuto un maggior significato lesivo all'approfittamento della distrazione del detentore *nella limitata ipotesi in cui questi si sposti dalla dimora o residenza abituale verso altra località*.

<sup>8</sup> Si v., in particolare: Cass. pen., Sez. IV, 10 novembre 2015, n. 46977, *Cammareri*, in *CED - Sentenze Web*; Cass. pen., Sez. II, 18 febbraio 2015, n. 9374, *Di Battista*, in *CED - Sentenze Web*; Cass. pen., Sez. V, 18 febbraio 2014, n. 12473, *Rapposelli*, in *CED - Sentenze Web*; Cass. pen., Sez. V, 11 febbraio 2013, n. 19344, in *CED - Sentenze Web*; Cass. pen., Sez. V, 23 marzo 2010, n. 11079, *Bonucci*, in *CED Cassazione*, n. 246888; Cass. pen., Sez. IV, 17 febbraio 2009, n. 14992, *Scalise*, in *CED Cassazione*, n. 243207; Cass. pen., Sez. IV, 10 maggio 2007, n. 42672, *Aspa*, in *CED Cassazione*, n. 238296.

Con la conseguenza che, al di fuori del descritto contesto, lo stato di disattenzione della vittima non causato dal fatto dell'agente non può richiamarsi a fondamento di altra circostanza aggravante e non può, soprattutto, fondare il connesso aggravio sanzionatorio.

### 2.2.3. Furto con destrezza e principio di offensività: l'inconsistenza delle ragioni poste alla base dell'incremento sanzionatorio.

Infine, le Sezioni unite accedono a un terzo ed ultimo argomento di natura "teleologica" e sostanziale, richiamando le implicazioni che, secondo la più recente giurisprudenza di legittimità<sup>9</sup> e costituzionale<sup>10</sup>, si ricavano dal principio di offensività anche in rapporto agli elementi accidentali del reato.

Per tale via, si afferma, è dato cogliere come ove *"il furto si realizz[+] a fronte della distrazione del detentore, o dell'abbandono incustodito del bene, anche se per un breve lasso di tempo, che non siano preordinati e cagionati dall'autore, né accompagnati da altre modalità insidiose e abili che ne divergono l'attenzione dalla cosa, il fatto manifesta la sola ordinaria modalità furtiva, inidonea a ledere più intensamente e gravemente il bene tutelato ed è privo dell'ulteriore disvalore preteso per realizzare la circostanza aggravante e per giustificare punizione più seria"*.

## 3. Il principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte e l'esito del ricorso.

Quanto osservato consente al Supremo Collegio di accogliere la nozione più limitata di destrezza propugnata dall'orientamento giurisprudenziale restrittivo e di formulare il principio di diritto secondo il quale *"La circostanza aggravante della destrezza di cui all'art. 625 cod. pen., comma 1, n. 4, richiede un comportamento dell'agente, posto in essere prima o durante l'impossessamento del bene mobile altrui, caratterizzato da particolare abilità, astuzia o avvedutezza, idoneo a sorprendere, attenuare o eludere la sorveglianza sul bene stesso; sicché non sussiste detta aggravante nell'ipotesi di furto commesso da chi si limiti ad approfittare di situazioni, dallo stesso non provocate, di disattenzione o di momentaneo allontanamento del detentore dalla cosa"*.

E in ragione della risposta offerta al quesito indirizzato dalla Sezione rimettente, la Corte esclude altresì che nella vicenda del ricorrente siano ravvisabili gli estremi della destrezza: talché, in conclusione, *"trattandosi dell'unica circostanza aggravante ascritta (...) e non essendo stata proposta querela, la sentenza impugnata va annullata senza rinvio"*.

<sup>9</sup> Cass. pen., Sez. un., 30 settembre 2013, n. 40354, *Sciuscio*, in *Cass. pen.*, 2014, 813 ss., con nota di G. AMARELLI, *Il furto aggravato dal mezzo fraudolento: tra offensività e tipicità rinasce il furto semplice?* Volendo, si v. anche E. MAZZANTINI, *Configurabilità del mezzo fraudolento e individuazione della persona offesa nel furto in locali di vendita "self service"*, in *Cass. pen.*, 2014, 2927 ss.

<sup>10</sup> Corte cost., 8 luglio 2010 (ud. 9 giugno 2010), n. 249, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1373 ss., con nota di L. MASERA, *Corte Costituzionale ed immigrazione: le ragioni di una scelta compromissoria*.

*perché l'azione penale non doveva essere iniziata per difetto della suddetta condizione di procedibilità*".

#### 4. In conclusione: la *creazione* della situazione di favore come cardine del furto grave.

L'annotato pronunciamento della Sezioni unite e le motivazioni che vi stanno alla base non possono che riscontrare il favore degli operatori pratici e degli studiosi della materia. In particolare, è doveroso riconoscere alla Corte il merito di aver colto il cuore del problema teorico-concettuale che attiene all'aggravante della destrezza<sup>11</sup>.

E invero, come si è avuto modo di sottolineare, il Supremo Collegio non manca di richiamare l'attenzione sul fatto che, nella lettura "rigorista", l'estensione logica delle modalità destre ha il proprio fulcro concettuale nella *mancata* determinazione di quella disattenzione che l'agente si limita a mettere a proprio (criminoso) profitto. Su queste basi, la "questione della destrezza" richiede di esser affrontata guardando soprattutto alla *situazione di favore* di cui in ogni caso si avvantaggia l'autore del reato, ma tende altresì ad articolarsi nei termini dell'alternativa tra una prospettiva di *creazione* della suddetta condizione favorevole e una prospettiva di semplice *approfittamento* dell'altrui distrazione o momentanea assenza.

Peraltro, non sfugge come nello stesso momento in cui avallano la più restrittiva prospettiva della *creazione* della *situazione di favore*, le Sezioni unite ne evidenziano anche il profilo di maggiore criticità: la difficile demarcazione tra modalità destre e modalità fraudolente<sup>12</sup>. In effetti, se dal canto suo la prospettiva del semplice *approfittamento* della *situazione di favore*, pur determinando un indiscutibile e criticabile abbassamento "oggettivo" della soglia di rilevanza dell'aggravante, è in grado di esprimere con chiarezza l'anima dell'aggravamento stesso, individuata nella maggiore pericolosità o meglio nella maggiore *propensione al crimine* dell'agente; la prospettiva della *creazione* della *situazione di favore* apre – spalanca – la porta alla problematica della distinzione tra *destrezza* e *fraudolenza*.

Non è questa la sede per l'approfondimento di un tema amplissimo e assai complesso. Ciò nondimeno, vale la pena rammentare come, in conformità al consolidato approfondimento dogmatico, sia dato distinguere una "creazione dell'occasione" dell'aggressione unilaterale che è fraudolenta da una "creazione dell'occasione" dell'aggressione unilaterale che è destra<sup>13</sup>. E questa, a ben vedere, è la conclusione alla quale mostra di pervenire nel

<sup>11</sup> Per tutti, si v. A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, cit., 116. Anche, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 80.

<sup>12</sup> Si v. G. PECORELLA, voce *Furto (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, 387.

<sup>13</sup> Su questo aspetto, tradizionalmente, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., 426.

proprio ragionamento anche la Cassazione, seppure in via interlocutoria e con portata limitata alla preliminare disamina della *ratio* dell'aggravante.

V'è, però, un punto che merita di essere chiarito in chiusura del presente commento. Alla luce delle annotazioni svolte ma soprattutto, per quanto più rileva, alla luce delle motivazioni esaminate, non sembra davvero possibile ammettere, come invece fa la sentenza, la “*piena compatibilità*” tra la circostanza aggravante della destrezza e la circostanza aggravante del mezzo fraudolento. E non sorprende che, al fine di affermare la richiamata soluzione, la Corte sia costretta a ricorrere a un argomento di chiara ispirazione personale – “*esse [le due aggravanti] descrivono, infatti, modelli di agente prossimi, ma non coincidenti*” – giacché soltanto da una simile punto di osservazione *modalità del fatto* diversamente connotate ed articolate possono ritenersi logicamente compatibili<sup>14</sup>.

Ed è tutt'altro che superfluo ricordare che, per quanto mai definitivamente abbandonato dalle Corti, un simile punto di osservazione non ha diritto cittadinanza in un ordinamento informato ai principi del diritto penale *del fatto*<sup>15</sup>.

EDOARDO MAZZANTINI

<sup>14</sup> Cfr., sul punto, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 84.

<sup>15</sup> In tema, si v. principalmente MANTOVANI, *Diritto penale. Parte speciale*, cit., 10.

Cass. Pen., sez. IV, 10 maggio 2017, (dep. 1 giugno 2017), n. 27513, pres. Piccialli – rel. Pezzella

**Reato colposo – Principio di affidamento – Circolazione stradale – Configurabilità**

*L'obbligo di moderare adeguatamente la velocità in relazione alle caratteristiche del veicolo e alle condizioni ambientali deve essere inteso nel senso che il conducente deve essere non solo sempre in grado di padroneggiare assolutamente il veicolo in ogni evenienza, ma deve anche prevedere le eventuali imprudenze altrui e tale obbligo trova il suo limite naturale unicamente nella ragionevole prevedibilità degli eventi.*

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

## Circolazione stradale e principio di affidamento: l'impervio cammino della personalizzazione dell'illecito colposo

SOMMARIO: 1. Il caso. – 2. Il principio di affidamento nella teoria della colpa. – 3. L'orientamento tradizionale: la sostanziale negazione dell'operatività del principio di affidamento nel settore della circolazione stradale. – 4. La prevedibilità ed evitabilità in concreto dell'evento in alcune recenti aperture giurisprudenziali. – 5. Il ragionamento della Cassazione nel caso di specie. – 6. Osservazioni conclusive.

### 1. Il caso.

Con la pronuncia in analisi la Suprema corte è tornata ancora una volta ad occuparsi di un problema ormai classico della giurisprudenza dell'ultimo decennio: l'operatività del principio di affidamento in materia di omicidio o lesioni colposi commessi a seguito di un sinistro stradale.

Il caso di specie, più in particolare, riguardava un'ipotesi tipica in materia: l'investimento di un pedone nell'atto di attraversare la strada.

Secondo la ricostruzione operata nel giudizio di merito, la vittima veniva colpita dal motociclo condotto dall'imputato mentre attraversava la carreggiata fuori dalle vicine strisce pedonali, seguendo lentamente il marito e contemporaneamente parlando con un'amica sul marciapiede opposto; cadeva dunque a terra, fratturandosi il bacino e un piede. Il fatto avveniva nel tardo pomeriggio, negli ultimi minuti della giornata in cui la luce solare garantiva una piena visibilità naturale, in un tratto di strada rettilineo e – al momento del fatto – sgombro da altri veicoli che lo percorressero. Non risulta che l'imputato viaggiasse sul proprio scooter a velocità superiori a quelle consentite.



I giudici di prime cure e d'appello concordemente ritenevano integrato il delitto di lesioni colpose gravi. Si riteneva che l'evento fosse stato cagionato da una condotta di guida dell'imputato inadeguata per velocità e – soprattutto – non accompagnata da sufficiente prontezza di riflessi; violativa della norma cautelare elastica di cui all'art. 191 del Codice della strada, o comunque di un'analoga regola di fonte sociale, nella misura in cui si riteneva che l'agente modello del motociclista vigile e attento, nelle medesime concrete circostanze di tempo, luogo e visibilità, ben avrebbe potuto, e quindi dovuto, accorgersi in tempo della manovra incauta del pedone e arrestare la marcia del mezzo prima di investirlo.

Il ricorso per cassazione dell'imputato viene rigettato dalla sentenza in commento, che correttamente incentra la propria analisi sulla sussistenza o meno della colpa in capo all'imputato, e in particolare sull'operatività o meno, nel caso concreto, del principio di affidamento, atteso che pacificamente all'evento aveva contribuito la condotta imprudente della vittima medesima.

Come si cercherà di approfondire nei paragrafi che seguono, si può fin d'ora anticipare come la pronuncia della Suprema Corte si inserisce in quel filone che, molto faticosamente, cerca di smarcarsi dal tradizionale ridimensionamento (di fatto, sostanziale rifiuto) giurisprudenziale del principio di affidamento, valorizzando l'elemento personale della prevedibilità in concreto dell'altrui condotta inosservante. In una sorta di "gioco dell'oca" dei principi, sembra tuttavia compiersi qualche passo indietro rispetto ad alcuni punti fermi che la più attenta giurisprudenza del medesimo filone pareva aver ormai definitivamente fissato.

## 2. Il principio di affidamento nella teoria della colpa.

Per inquadrare correttamente la sentenza in discussione ci sembra anzitutto opportuno ripercorrere brevemente i fondamenti del principio di affidamento all'interno della teoria della colpa<sup>1</sup>.

La fenomenologia in cui si colloca tale principio riguarda reati colposi causalmente orientati, in cui tra la condotta dell'agente violativa della norma cautelare e l'evento si inserisce in modo determinante l'azione, anch'essa colposa, di un terzo.

Va peraltro evidenziato in via preliminare, per esigenze di chiarezza, come tale intervento del terzo, prima ancora che sul piano della colpa, potrebbe avere rilievo già sul pia-

<sup>1</sup> Sul principio di affidamento, in generale: M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997, *passim* (segnatamente 185 ss. con specifico riferimento alla circolazione stradale); ID., *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1051 ss.; G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 281 ss.; F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 536 ss.; O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003, 19 ss.; M.C. BISACCI, *Il principio di affidamento quale formula sintetica del giudizio negativo in ordine alla prevedibilità*, in *Ind. pen.*, 2009, 196 ss.; di recente A. PALMA, *Paradigmi ascrittivi della responsabilità penale nell'attività medica plurisoggettiva: tra principio di affidamento e dovere di controllo*, Napoli, 2016, 49 ss.; nella manualistica: G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 7° ed., Bologna, 2014, 584 ss.; F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, 4° ed., Torino, 2011, 345 ss.; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 8° ed., Padova, 2013, 357 ss.; T. PADOVANI, *Diritto penale*, 11° ed., Milano, 2017, 253 s.

no della mera causalità condizionalistica<sup>2</sup>. Ciò avviene quando è possibile qualificare tale contributo come causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento, ai sensi dell'art. 41, comma 2, del codice penale.

Com'è noto, ampliando lo sguardo sul piano della causalità in generale, sia essa indifferentemente dolosa o colposa, sono state offerte diverse chiavi di lettura della citata disposizione, al fine di cercare di comprendere che cosa si intenda per cause – riconducibili a fatti umani di terzi, o naturali – «*da sole sufficienti*» a cagionare l'evento. Per quanto non sia qui possibile dare compiutamente conto di tali riflessioni<sup>3</sup>, basti evidenziare come vi sia una sostanziale convergenza di opinioni circa la natura assolutamente anomala rispetto all'*id quod plerumque accidit* che tali fattori devono avere per ottenersi l'effetto interruttivo del nesso causale. Similmente, in giurisprudenza si è soliti esprimersi nel senso che la causalità condizionalistica venga meno quando si frapponga tra la condotta e l'evento un fattore *eccezionale*, atipico<sup>4</sup>. Si tratta dunque di un'eventualità decisamente non comune dal punto di vista casistico, e tenendo conto del fatto che la giurisprudenza legge tale elemento con particolare rigore, non sorprende come le Corti, salvo rarissime eccezioni, pervengano sempre a negare l'avvenuta interruzione del nesso causale.

Tornando adesso a restringere lo sguardo ai soli reati *colposi* in cui l'evento sia stato determinato (anche) da un contributo *umano* di un altro soggetto, proprio l'intervento del terzo, quando non assumerà rilievo sul piano del nesso causale (il che, come s'è detto, avverrà ben di rado), potrà ben giocare un ruolo determinante sul piano schiettamente normativo della colpa: e ciò proprio in forza del principio di affidamento.

Secondo l'impostazione che trova maggior seguito in dottrina, il principio di affidamento esattamente costituisce il precipitato delle regole generali che governano l'imputazione colposa proprio negli ambiti di attività caratterizzati da una intensa interazione interpersonale, atta appunto a manifestarsi in un contributo del terzo alla realizzazione dell'evento lesivo. In talune ipotesi il terzo intervenuto sarà la vittima medesima: è il caso del pedone, del ciclista o di un altro conducente nella circolazione stradale, o del lavoratore nell'infortunistica sui luoghi di lavoro, oppure ancora del partecipante ad una attività sportiva pericolosa; potrà essere poi un terzo propriamente detto, come nel caso di un membro della stessa équipe chirurgica, o comunque di un altro medico che sia intervenuto sul medesimo paziente. Merita peraltro osservare come si verta in materia di *rischio consentito*: le attività in parola, pur comportanti una dose comprimibile ma non completamente ineliminabile di pericolo per l'incolumità delle persone che vi partecipano o ne usufruiscono, sono ammesse in ragione dell'utilità sociale che ne deriva, purché nel loro svolgimento siano

<sup>2</sup> Le stesse Corti di merito nel caso in analisi avevano ricondotto i propri ragionamenti al profilo della causalità, e in particolare giungendo a negare che la condotta del pedone potesse configurarsi quale causa sopravvenuta idonea ad escludere il nesso causale tra l'agire imprudente dell'imputato e l'evento lesivo: mostrando così plasticamente l'ampia confusione che ancora regna in materia.

<sup>3</sup> In argomento rinviamo all'ampio e articolato studio di A. VALLINI, "Cause sopravvenute da sole sufficienti" e nessi tra condotte. Per una collocazione dell'art. 41, comma 2, c.p. nel quadro teorico della causalità "scientifica", in *Dir. pen. contemporaneo*, 11 luglio 2012.

<sup>4</sup> Per tutti: F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 154.

osservate delle regole cautelari di tipo modale finalizzate a contenere il rischio entro una soglia tollerata dall'ordinamento<sup>5</sup>.

Lo stesso giudizio di favore nei confronti dell'utilità sociale che tali attività comportano conduce all'affermazione del principio di affidamento: chi agisce in tali contesti «è autorizzato a fare assegnamento sull'osservanza delle regole cautelari da parte degli altri soggetti»<sup>6</sup>, dato che un obbligo cautelare che si estendesse al dovere di verificare ogni volta l'effettivo adempimento dei propri obblighi cautelari da parte dei terzi con cui viene in contatto durante tali attività ne intralcierebbe intollerabilmente lo svolgimento. Ancora, si è osservato come il principio in parola risponda ad una logica di intrinseca coerenza dell'ordinamento con se stesso, perché è ragionevole che questo presupponga che i soggetti si uniformino ai precetti giuridici, in luogo di una opposta presunzione di generale inosservanza<sup>7</sup>. Infine, non si è mancato di far notare come il principio sia del tutto coerente con l'idea di autoresponsabilità connessa al carattere personale della responsabilità penale<sup>8</sup>.

Dal punto di vista dogmatico, nel principio di affidamento è stato peraltro ravvisato il coerente sviluppo dell'istituto dell'agente modello, nella sua attività di forgiare delle regole cautelari cui l'agente è chiamato ad uniformarsi<sup>9</sup>. *L'homo eiusdem condicionis et professionis*, infatti, costituisce l'idealtipo della cerchia dei soggetti che svolgono la medesima attività dell'agente concreto, e come tale permette di ritagliare, già a livello di misura oggettiva della colpa, e quindi di tipicità<sup>10</sup>, sulla base dei canoni di prevedibilità ed evitabilità dell'evento, le cautele che il reo poteva, e quindi doveva, adottare. L'agente modello, come *parametro normativo*, non può dunque che cristallizzare in regole di diligenza le aspettative comportamentali proprie della figura *sociale* di cui è il calco: mutuando così l'affidamento nell'altrui rispetto delle regole cautelari inevitabilmente ingeneratosi a livello sociale tra i membri della medesima cerchia di attività. Secondo tale ricostruzione, in pratica, dal dovere di diligenza sarebbe *originariamente* escluso l'obbligo di prevedere le possibili violazioni cautelari altrui, salvo che tale dovere derivi, eccezionalmente, da una diversa fonte o circostanza.

Se dunque l'affidamento è la regola, le eccezioni cui si è fatto cenno si ritiene siano di due tipi.

<sup>5</sup> F. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, cit., 538.

<sup>6</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 345.

<sup>7</sup> F. PALAZZO, *Corso di diritto penale*, cit., 346.

<sup>8</sup> G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 584.

<sup>9</sup> Ampiamente G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 242 ss., 281 ss.; l'argomento è accennato anche da G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., 584, nonché da D. PULITANO, *Diritto penale*, 6° ed., Torino, 2015, 317-318; cfr. altresì L. CORNACCHIA, *La cooperazione colposa come fattispecie di colpa per inosservanza di cautele relazionali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 825.

<sup>10</sup> Secondo la dottrina ormai dominante della c.d. "doppia misura" della colpa si è soliti distinguere tra la misura oggettiva della colpa, afferente già al momento della tipicità, in quanto concepita come caratterizzante la fisionomia essenziale del tipo criminoso, e la misura soggettiva della colpa, o colpevolezza della colpa, intesa quale momento di ulteriore personalizzazione del rimprovero, concepita essenzialmente come assenza di scusanti ("ulteriore" perché un primo grado di personalizzazione, attraverso la figura dell'agente modello da cui trarre la regola cautelare in base ai parametri di prevedibilità ed evitabilità, si è già avuta al livello di misura oggettiva).

In un primo senso, la presenza di un obbligo di garanzia gravante sull'agente può far nascere doveri di diligenza ulteriori rispetto ai comportamenti del terzo<sup>11</sup>. Tale caso non sembra tuttavia rilevante nell'ambito della circolazione stradale, ordinariamente privo di posizioni di garanzia, quanto piuttosto in differenti casistiche, in cui abbiano rilievo non soltanto condotte commissive ma anche omissive (una per tutte, l'attività medico-chirurgica).

Un ampliamento del dovere di diligenza – ed è questo secondo caso che in questa sede interessa – può poi derivare dalla presenza di *conoscenze superiori*, relative al fatto concreto, che l'agente possedeva o che comunque era in grado di – e quindi doveva – possedere. La conoscenza o conoscibilità di elementi specifici del fatto storico tali da rendere *prevedibile in concreto* l'inottemperanza del terzo ai propri doveri cautelari, e conseguentemente l'evento lesivo, non può che far venir meno l'affidamento dell'agente modello, inteso in senso “sociale”: e ciò si riverbererà sul piano normativo proprio mediante una espansione del dovere di diligenza all'obbligo di adottare le cautele opportune ad impedire l'evento, tenendo conto dell'altrui comportamento inosservante<sup>12</sup>.

Ecco allora come la *prevedibilità in concreto* di violazioni cautelari di terzi atte a determinare l'evento si configuri come il punto di equilibrio tra due valori tra loro contrapposti, ma entrambi promossi dall'ordinamento: da un lato, le ragioni dell'autoresponsabilità e dell'affidamento, connesse all'esigenza di preservare un nucleo di personalità della responsabilità colposa, in conformità al principio di colpevolezza; dall'altro, le ragioni della protezione dei beni giuridici – indubbiamente di alto rango, trattandosi della vita e dell'incolumità dei singoli – da un ventaglio il più possibile ampio di aggressioni, potenzialmente tendendo verso la copertura integrale richiesta dal *neminem laedere*<sup>13</sup>.

Nell'applicazione pratica, vuoi per negazione del ruolo della prevedibilità in concreto, per aggiramento o anche solo per mera interpretazione del suo contenuto, il “punto di caduta” di tale equilibrio è tuttavia quantomai mutevole. Ciò non deve stupire, perché tale scelta reca con sé delle implicazioni politico-criminali di non poco momento, ed è influenzata da molteplici fattori di carattere più o meno spiccatamente valutativo.

La mutevolezza del descritto equilibrio trova anzitutto spiegazione nel variare storico della sensibilità sociale per l'importanza del principio di colpevolezza all'interno del sistema, e del suo relativo “peso” nel giudizio di bilanciamento rispetto alla contrapposta esigenza di tutela dei beni giuridici.

Grande rilievo, nell'individuazione del suddetto punto di equilibrio, avranno poi le caratteristiche intrinseche dei differenti ambiti di disciplina interessati dall'operatività del principio di affidamento.

In primo luogo, sarà centrale il giudizio circa l'*entità dell'utilità sociale* cui l'esercizio dell'attività in oggetto conduce. La sua finalità di particolare valore corrisponderà ad un

<sup>11</sup> T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., 253.

<sup>12</sup> G. FORTI, *Colpa ed evento nel diritto penale*, cit., 273.

<sup>13</sup> Su tale bilanciamento, inquadrato nell'ottica del rischio consentito, cfr. V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano, 1988, 43.

tendenziale maggior spazio di operatività dell'affidamento, considerato che, esso è funzionale allo svolgimento senza intralci dell'attività medesima. Così, il fine terapeutico, potenzialmente salvavita, dell'attività medico-chirurgica, di maggiore rilievo rispetto all'utilità della speditezza della circolazione stradale, preluderà ad una più stabile affermazione del principio di affidamento nel primo ambito rispetto al secondo.

Ancora, avrà rilievo la maggiore o minore intensità, strutturalmente connaturata ai caratteri tipici dell'attività, del legame interpersonale sussistente tra i partecipanti alla medesima. Più il legame sarà flebile, più sarà debole l'aspettativa dell'altrui osservanza cautelare, atteso che l'affidamento non è adeguatamente sorretto da una *previa fiducia personale*. Se i membri di una équipe chirurgica, in quanto colleghi, hanno (o quantomeno dovrebbero avere) un preesistente legame di fiducia reciproca, lo stesso non si potrà dire degli utenti della strada, che normalmente sono perfetti sconosciuti quando interagiscono tra loro<sup>14</sup>.

Infine, assumerà importanza anche il *carattere delle interazioni* che tipicamente si sviluppano all'interno di quel settore. Quanto più le azioni dei singoli siano tra loro sinergiche, cioè votate ad uno scopo comune, realizzabile soltanto in forma collaborativa, tanto più risulta accentuato lo stesso carattere *lato sensu* "cautelare" dell'affidamento, giacché esso risulta funzionale, talvolta indispensabile, al raggiungimento del fine di tutela del bene: si pensi, ancora una volta, all'attività medica. In altri settori, al contrario, l'affidamento sembra piuttosto farsi carico del compito di coordinare tra loro condotte, potenzialmente interferenti e pericolose l'una per l'altra, capaci di realizzare ognuna da sé il proprio differente scopo, come nella circolazione stradale: e ciò certamente indebolisce il suo "peso" relativo nel giudizio di bilanciamento rispetto alle ragioni della repressione generalpreventiva.

### 3. L'orientamento tradizionale: la sostanziale negazione dell'operatività del principio di affidamento nel settore della circolazione stradale.

Dai rilievi appena compiuti si potranno forse evincere almeno alcune delle ragioni che hanno condotto in passato, ma in parte rilevante ancora oggi, ad adottare soluzioni estremamente rigorose, accomunate dalla tendenza a negare o comunque a contenere in modo quasi assoluto l'operatività del principio di affidamento nell'ambito della circolazione stradale<sup>15</sup>.

Emblematica di tale orientamento è la presa di posizione di una risalente dottrina, secondo la quale dovrebbe negarsi la sussistenza di un generale diritto di confidare sull'os-

<sup>14</sup> P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" ed "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, 76-77; similmente anche L. RAMPONI, *Concause antecedenti e principio di affidamento: fra causalità attiva ed omissiva*, in *Cass. pen.*, 2008, 584.

<sup>15</sup> Per un quadro generale cfr. D. D'AURIA, *La colpa stradale: un'analisi giurisprudenziale*, Milano, 2010, 128 ss.

servanza delle cautele dovute da parte degli altri utenti della strada, dovendosi piuttosto affermare un opposto *dovere generale* di prevedere le altrui imprudenze, fintantoché queste siano ragionevolmente prevedibili in astratto<sup>16</sup>. La parallela constatazione che nella circolazione stradale i comportamenti inosservanti sono oltremodo comuni, e dunque nei fatti sempre astrattamente prevedibili, conduce in definitiva a configurare un'estensione senza freni del dovere di diligenza<sup>17</sup>.

Per quanto la dottrina abbia ormai da tempo superato questa impostazione, una parte considerevole della giurisprudenza ancora oggi continua a darvi credito, negando ogni necessità di personalizzazione del rimprovero, da ottenersi mediante un giudizio di prevedibilità in concreto dell'inosservanza del terzo. Tributando un ossequio soltanto formale al principio di affidamento (e comunque non in tutte le pronunce), il cardine del ragionamento pare essere, piuttosto, proprio un generale dovere di prevedere le altrui inosservanze, che viene meno soltanto ove queste siano *imprevedibili* – in astratto<sup>18</sup>.

Tale dovere è concepito come connaturato a un ritenuto «*principio generale di cautela che informa la circolazione stradale e si sostanzia, essenzialmente, in tre obblighi comportamentali: quello di ispezionare la strada dove si procede o che si sta per impegnare; quello di mantenere un costante controllo del veicolo in rapporto alle condizioni della strada e del traffico; quello, infine, di prevedere tutte quelle situazioni che la comune esperienza comprende, in modo da non costituire intralcio o pericolo per gli utenti della strada*»<sup>19</sup>. Si tratta, in pratica, di un dovere di diligenza assolutamente onnicomprensivo: che peraltro trova “sponda” – immancabilmente sottolineata dalla giurisprudenza – nelle elastiche “clausole generali” di cautela contenute nel Codice della strada a più livelli (gli artt. 140 e 141 che dettano alcuni principi generali di sicurezza<sup>20</sup>, e l'art. 191 che impone la massi-

<sup>16</sup> M. DUNI, *Limiti all'obbligo di prevedere le imprudenze altrui*, in *Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, 1964, 317 ss.; merita peraltro osservare come, per stessa ammissione dell'autore, le tesi da lui propugnate erano penetrate in profondità nella giurisprudenza di legittimità, a partire dalla fine degli anni '40, anche per merito della stessa sua attività giurisdizionale di consigliere della Suprema corte.

<sup>17</sup> Afferma M. DUNI, *Limiti all'obbligo di prevedere le imprudenze altrui*, cit., 323: «*l'obbligo di prevedere concerne tutto quello che non si vede e che può verificarsi da un momento all'altro: fatti naturali, fatti umani altrui, prudenti o imprudenti, fatti propri (come ad esempio, un malessere) ecc. Questa previsione costituisce l'elemento essenziale della prudenza*»; e ancora: «*prevedere le imprudenze altrui può riferirsi non solo alle imprudenze che il comportamento apparente di un terzo, già in atto, lascia temere (facendole apparire possibili), bensì anche di imprudenze altrui, non presenti alla vista del conducente, ma immaginabili, sempre che esse, sulla base della esperienza quotidiana, sono tanto frequenti da doversi considerare probabili. Quello che conta, pertanto, è unicamente il grado di probabilità della prevedibile imprudenza altrui*» (p. 334).

<sup>18</sup> Per tutte: Cass. Pen., Sez. 4, 25/6/2014, n. 46818, Nuzzolese; similmente Cass. Pen., Sez. 4, 22/6/2017, n. 45795, Passero.

<sup>19</sup> Così Cass. Pen., Sez. 4, 2/7/2013, n. 33207, Corigliano, pp. 5 e 6.

<sup>20</sup> Si ricorda che l'art. 140, al primo comma, recita in particolare: «*Gli utenti della strada devono comportarsi in modo da non costituire pericolo o intralcio per la circolazione ed in modo che sia in ogni caso salvaguardata la sicurezza stradale*.»; mentre l'art. 141, ai primi due commi, si esprime dicendo: «*1. È obbligo del conducente 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 ed 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. 2. Il conducente deve sempre conservare il controllo del proprio veicolo ed essere in grado di compiere tutte le manovre necessarie in condizioni di sicurezza, specialmente l'arresto tempestivo del veicolo entro i limiti del suo campo di visibilità e dinanzi a qualsiasi ostacolo prevedibile*.».



ma prudenza in ogni circostanza nei rapporti con i pedoni), che peraltro eleverebbero al rango di colpa specifica delle violazioni di prescrizioni cautelari ampie e indeterminate<sup>21</sup>.

Se in molte pronunce di questo tenore, pur con i descritti limiti, ci si mantiene quantomeno con sicurezza sul piano della colpa, in altri casi si perviene a svolgere i medesimi principi – e con gli stessi rigorosi risultati – anche evocando parametri valutativi propri del giudizio sulla causalità, con una palese confusione tra categorie del reato. Il dovere generale di cautela anche rispetto alle inosservanze dei terzi, in tale prospettiva, verrebbe meno soltanto quando queste configurino «*una vera e propria causa eccezionale, atipica, non prevista né prevedibile, che sia stata da sola sufficiente a produrre l'evento*»<sup>22</sup>, facendo dunque espresso riferimento all'art. 41, comma secondo, c.p. in tema di interruzione del nesso causale.

È appena sufficiente rilevare come il carattere di «*causa eccezionale, atipica*» assunto dalla condotta del terzo – come già osservato all'inizio del precedente paragrafo – determinerebbe già *l'interruzione del nesso causale*: di talché il problema della sussistenza o meno della colpa neppure si porrebbe, non essendoci neanche, in assenza della causalità rispetto all'evento, un fatto inteso in senso materiale a monte, da poter poi qualificare come colposo. Ben si capisce come lo stesso termine non possa, ad un tempo, fungere sia da fattore interruttivo del nesso causale, sia come elemento di esclusione della colpa. In tal modo, infatti, esso esaurirebbe tutto il suo potenziale selettivo sul piano della causalità, perdendo qualsivoglia funzione delimitativa della responsabilità a livello di colpa: schiacciando così il giudizio circa la sussistenza della seconda su quello riguardante la prima, e dando sostanzialmente luogo ad una responsabilità di tipo meramente materiale per il fatto<sup>23</sup>.

#### 4. La prevedibilità ed evitabilità in concreto dell'evento in alcune recenti aperture giurisprudenziali.

Parte della giurisprudenza non è rimasta sorda agli ammonimenti provenienti dalla dottrina, iniziando a ritenere che presupposto dell'affermazione della colpa dell'agente sia la prevedibilità in concreto, e non più la “non imprevedibilità” in astratto, della condotta inosservante altrui. Tale requisito, tuttavia, si è affermato perlopiù come formula di maniera, funzionando in pochissimi casi in senso realmente delimitativo del dovere di diligenza dell'agente: segno di una sotterranea sopravvivenza della logica rigorista tradizionale.

<sup>21</sup> Critica questa eccessiva dilatazione della colpa generica D. D'AURIA, *Investimento del pedone e prevedibilità in concreto dell'evento dannoso*, in *Giur. it.*, 2017, 2, 473 ss.

<sup>22</sup> Cass. Pen., Sez. 4, 20/2/2013, n. 10635, Calarco, p. 3 (enfasi nostre); similmente Cass. Pen., Sez. 4, 2/7/2013, n. 33207, Corigliano, cit., 6.

<sup>23</sup> Peraltro, atteso che la casistica in discussione ha carattere tipicamente commissivo, la relativa causalità si presenta come schiettamente naturalistica, dunque ben staccata dal giudizio normativo circa la sussistenza della colpa. Diverso è il caso delle condotte omissive, dove la causalità tende invece a sovrapporsi all'indagine sull'elemento soggettivo colposo, in ragione della loro comune natura normativa. Sui rapporti tra colpa e omissione v. F. GIUNTA, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993, 90 ss.



Una svolta importante nel senso sopra descritto si è avuta invece soltanto con una pronuncia della Suprema Corte del 2009, con la quale si è data finalmente applicazione pratica al principio della necessaria prevedibilità in concreto dell'evento<sup>24</sup>. In particolare, veniva confermata la sentenza assolutoria di secondo grado con cui si era ritenuta esente da colpa la condotta dell'agente che, attraversando la corsia di marcia opposta in una corretta manovra di svolta diretta ad entrare in un'area di servizio, investiva un motociclo transitante nel senso opposto di marcia che stava superando da destra un autocarro fermatosi per consentire la manovra di svolta medesima.

Invece di sovrapporre l'esigenza di una previsione in concreto, posta a mo' d'appendice privo di reali funzioni, a un ragionamento ancora integralmente incentrato sul *neminem laedere*, la pronuncia muoveva piuttosto da una critica espressa e in qualche modo radicale all'orientamento tradizionale. Riconoscendo come fino a quel momento, di fatto, il principio di affidamento non fosse stato affatto accolto dalla giurisprudenza, si prospettava di superare l'atteggiamento «*tanto estremo da enucleare l'obbligo generale di prevedere e governare sempre e comunque il rischio da altrui attività illecite*», giacché ciò avrebbe votato «*l'utente della strada al destino del colpevole per definizione o, se si vuole, del capro espiatorio*»<sup>25</sup>.

Così, la necessità «*di una indagine concreta [...] non viene meno neppure quando, come nella circolazione stradale, la condotta inosservante di altri soggetti non costituisce in sé una contingenza imprevedibile*». Insomma, si avrà colpa solo quando dalla ricostruzione concreta del fatto si potranno trarre dei «*segni, indizi anche tenui che consentano di rendere concretamente non insignificante la probabilità di condotte inosservanti*», «*emergenze concrete e risolutive, onde evitare che l'apprezzamento in ordine alla colpa sia tutto affidato all'imponderabile soggettivismo del giudice*»<sup>26</sup>.

La strada aperta dalla pronuncia citata – anch'essa, peraltro, non del tutto scevra da profili problematici<sup>27</sup> – è stata però percorsa solo in parte dalla giurisprudenza successiva, sebbene negli anni più recenti paia acquisita una più ampia sensibilità per i profili di personalizzazione del rimprovero<sup>28</sup>. Se attualmente, come detto, una nutrita schiera di sentenze continua infatti a riferirsi ostinatamente ai canoni tradizionali, un altro gruppo

<sup>24</sup> Cass. Pen., Sez. 4, 4/12/2009, n. 46741, Minunno, in *Dir. pen. cont.*, 14 dicembre 2010, con nota di F. TROTTA, *Principio di affidamento e reati colposi connessi alla circolazione stradale: un revirement della Cassazione*; anche in *Cass. pen.*, 2010, 9, con nota di R. RUSSO, *Sul principio di affidamento in materia di circolazione stradale*, 3201 ss.

<sup>25</sup> Cass. Pen., Sez. 4, 4/12/2009, n. 46741, Minunno, cit., entrambe a p. 5.

<sup>26</sup> Cass. Pen., Sez. 4, 4/12/2009, n. 46741, Minunno, cit., tutte a p. 6.

<sup>27</sup> Giustamente R. Russo, *Sul principio di affidamento in materia di circolazione stradale*, cit., 3210 ss., rileva una certa confusione tra categorie della colpa, riguardo in particolare la collocazione del principio di affidamento e delle sue eccezioni: da un lato concepito chiaramente come afferente alla tipicità (si parla dell'affidamento come «*pietra angolare della tipicità colposa*»), mentre dall'altro pare incasellarsi nella categoria della colpevolezza in senso stretto, invocando la rimproverabilità soggettiva.

<sup>28</sup> Cfr. ad esempio le sentenze: Cass. Pen., Sez. 4, 14/4/2016, n. 35834, Z.C.A., massimata in *Dir. pen. proc.*, 2016, 10, 1285-1286; Cass. Pen., Sez. 4, 2/2/2016, n. 5691, Tettamanti; così (nonostante approdi poi ad esiti sfavorevoli per il reo) anche Cass. Pen., Sez. 4, 9/1/2015, n. 12260, Moccia, in *Cass. pen.*, 2015, 6, 2364 ss., con nota di F. LOMBARDI, *Il principio di affidamento con particolare riguardo all'investimento del pedone incauto*.

numericamente rilevante di pronunce predilige una posizione intermedia, ambiguamente “a metà del guado”: sovrapponendo – come prima descritto – ad un dovere di diligenza sostanzialmente onnicomprensivo criteri di personalizzazione suggestivamente formulati, ma destinati, alla prova dei fatti, a rimanere sulla carta, in quanto privi di qualsivoglia reale funzione delimitativa<sup>29</sup>.

## 5. Il ragionamento della Cassazione nel caso di specie.

Proprio in tale posizione intermedia sembra emblematicamente collocabile la sentenza in commento, che andiamo adesso finalmente ad analizzare in dettaglio.

Nonostante il piglio ampio e discorsivo, ci sembra che l'*iter* argomentativo seguito non brilli per linearità, procedendo piuttosto ad una non troppo perspicua sovrapposizione di massime afferenti un po' a tutti gli indirizzi finora ripercorsi, nelle loro diverse sfumature.

Il punto di partenza è la constatazione di come sia centrale, in tema di circolazione stradale, il principio secondo cui l'utente della strada è responsabile anche del comportamento imprudente altrui, con un limite che da prima è individuato nella imprevedibilità, salvo poi evocare i parametri dell'eccezionalità e dell'atipicità – caratteristici invece, come s'è detto, del giudizio sul nesso causale. Pare dunque delinearsi, in materia, «*una tendenza a escludere o limitare al massimo la possibilità di fare affidamento sull'altrui correttezza*» (§§ 6-7).

Fin qui, ci si muove saldamente all'interno degli schemi propri dell'orientamento tradizionale.

In un passaggio successivo (§ 8), viene invece richiamata la necessità che il *neminem laedere* trovi contemperamento nel requisito personalizzante della prevedibilità in concreto della condotta imprudente del terzo.

L'affermazione non trova tuttavia ulteriore sviluppo. Dopo aver segnalato come «*lo spazio per l'apprezzamento che giunga a ritenere imprevedibile la condotta di guida inosservante dell'altro conducente*» sia «*ristretto*» e vada «*percorso con particolare cautela*», l'attenzione si sofferma nuovamente sul requisito della prevedibilità, che tuttavia finisce, ancora una volta, con l'essere declinata secondo valutazioni generalizzanti.

L'impressione che si stia procedendo a ritroso viene dunque confermata dalla massimazione conclusiva del ragionamento (§ 9), nella quale non si fa più alcun cenno alla prevedibilità in concreto, ma solo si evoca un paradigma vago di “ragionevole”, astratta prevedibilità:

«*Va dunque, ad avviso del Collegio, riaffermato il principio che l'obbligo di moderare adeguatamente la velocità in relazione alle caratteristiche del veicolo e alle condizioni am-*

<sup>29</sup> In tale posizione intermedia possiamo ricordare, tra tutte: Cass. Pen., Sez. 4, 15/12/2016, n. 11411, Franchi; Cass. Pen., Sez. 4, 26/4/2017, n. 24959, Costantini; Cass. Pen., Sez. 4, 27/4/2017, n. 25552, Luciano.

*bientali deve essere inteso nel senso che il conducente deve essere non solo sempre in grado di padroneggiare assolutamente il veicolo in ogni evenienza, ma deve anche prevedere le eventuali imprudenze altrui e tale obbligo trova il suo limite naturale unicamente nella ragionevole prevedibilità degli eventi».*

## 6. Osservazioni conclusive.

Si può dire come la pronuncia in discussione rappresenti un momento di forte incertezza, se non addirittura di regresso, nel processo di personalizzazione del rimprovero colposo rispetto alle inadempienze altrui.

Può forse essere utile interrogarsi sul perché la giurisprudenza sia così restia a concedere il dovuto spazio al principio di affidamento nella circolazione stradale. In parte – s'è visto – tale difficile penetrazione è giustificata da alcune caratteristiche strutturali di tale settore: l'utilità sociale di rango non elevatissimo, l'impossibilità di fondare l'affidamento su una previa conoscenza degli altri soggetti, nonché il carattere non sinergico delle attività dei partecipanti, ciascuna immediatamente votata al proprio singolo fine.

Il motivo più significativo di questa ritrosia, tuttavia, è da ricercarsi principalmente nel diffuso allarme sociale rispetto alla criminalità colposa stradale, che si traduce in una preoccupazione repressiva di marca schiettamente generalpreventiva<sup>30</sup>.

Ci sembra che una simile «*politica criminale giudiziale*»<sup>31</sup> di indubbio rigore, oltre che – beninteso – entrare in frizione con la colpevolezza sul piano dei principi, non sia però in fondo probabilmente neanche così funzionale al perseguimento degli scopi generalpreventivi che pure si prefigge.

Per quanto attiene la figura dell'*autore*, va notato come il meccanismo intimidatorio della pena non può adeguatamente funzionare ove la condotta di riferimento non abbia dei tratti di illiceità chiaramente riconoscibili *a priori*. Solo in tal caso l'attribuzione a titolo meramente materiale delle conseguenze ulteriori non volute, benché ovviamente in spregio al principio di colpevolezza, è tuttavia quantomeno in grado di trasmettere un messaggio chiaro, cioè il comando di astensione da quel tipo di attività. È un meccanismo,

<sup>30</sup> Sul punto più ampiamente O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, cit., 36 ss., la quale peraltro ipotizza uno scenario molto articolato di cause politico criminali che potrebbero celarsi dietro questo atteggiamento (che in questa sede possiamo solo accennare), sottolineando, in particolare, il complesso rapporto sussistente con il versante civilistico. Da un lato vi è la tendenza a “scaricare” sul solo piano risarcitorio la colpa della vittima rispetto all'evento, mantenendo un saldo rigore sul piano penale: in un'ottica sostanzialmente perequativa tra le conseguenze giuridiche derivanti da diverse branche del diritto, dando cioè sostanzialmente «*un colpo al cerchio ed uno alla botte*» (p. 36). Contestualmente vi è la propensione ad “importare” indebitamente a livello penalistico, a fini di difesa sociale, gli schemi di responsabilità aggravata di cui agli artt. 2050 e 2054 c.c., secondo una logica di allocazione standardizzata della responsabilità per il rischio, ponendolo cioè «*a carico di chi è in grado di manipolarlo in modo più efficace*» (p. 45, ma cfr. già p. 39): ovvero al soggetto “forte”, come ad esempio l'automobilista rispetto al pedone. Più in generale, sul ruolo della vittima cfr. altresì S. CAGLI, *Condotta della vittima e analisi del reato. Profili problematici e di teoria generale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 1148 ss.

<sup>31</sup> R. RUSSO, *Sul principio di affidamento in materia di circolazione stradale*, cit., 3212.

quello del *versari in re illicita*, certamente inaccettabile nel diritto penale moderno, ma quantomeno dotato di una sua coerenza rispetto agli scopi.

Nel reato colposo, ci si muove invece nell'ambito di attività pericolose ma di per sé lecite; e un meccanismo analogo potrà funzionare solo fintantoché regole cautelari chiare e definite rendano percettibile, nello svolgimento di quella attività, il confine tra il rischio consentito e l'area dell'illiceità.

Ove il dovere di diligenza sia così ampio e indefinito da inglobare qualunque conseguenza possa derivare dal proprio agire, si dissolvono i confini del rischio consentito; portando al paradosso per cui – ai fini della fattispecie colposa d'evento – quell'attività e quel rischio sono sì leciti, ma solo se e fino a quando non si realizzi l'evento, che l'agente era tenuto, sempre e comunque, a prevedere e impedire: circostanza per la quale il giudizio di liceità subisce una sorta di "rivisitazione" a posteriori in senso negativo.

In questo modo, tuttavia, il conducente di veicoli non ha previa conoscenza della regola cautelare la cui violazione gli verrà contestata, giacché questa sarà confezionata "su misura" *a posteriori* dal giudice, ricavandola dal generico dovere di diligenza onnicomprensivo. Così, l'autore si trova in definitiva di fronte all'alternativa secca tra l'astenersi da un'attività lecita (e spesso indispensabile nella vita di tutti i giorni), quale la guida di un veicolo, oppure intraprenderla ugualmente: a suo rischio e pericolo, perché qualsivoglia cautela adotti, rimane "a suo carico" il rischio che l'evento si realizzi, senza possibilità liberatoria alcuna.

Ma allora, ben si vede come tale strada possa – forse – addirittura condurre all'effetto opposto, per cui gli utenti della strada tenderanno ad ignorare le cautele comunque positivizzate dall'ordinamento, consapevoli del fatto che, indipendentemente dal loro rispetto o meno, nell'eventualità in cui accada qualcosa sarà *sempre e comunque* colpa loro<sup>32</sup>. Se il rispetto delle regole difetta di una funzione liberatoria, l'effetto psicologico sui destinatari della norma potrà ben essere un "ma allora chi me lo fa fare?": sottovalutando gli innegabili effetti sostanziali di riduzione del rischio che pure dal rispetto delle cautele "codificate" deriva, con il risultato ultimo di incrementare l'incidenza statistica degli eventi lesivi, indice del "fallimento" della generalprevenzione.

Un effetto deresponsabilizzante ancora più rilevante riguarderebbe tuttavia proprio la *vittima*. Ove il principio di affidamento sia nella sostanza negato, si è opportunamente osservato come ciò ingeneri una sorta di *«patologico affidamento inverso»*<sup>33</sup>, per il quale le potenziali vittime possano violare le regole di sicurezza loro destinate, legittimamente confidando nel fatto che il dovere di impedire l'evento gravi, anche in tal caso, sugli altri.

Ma se la responsabilità del fatto ricade sempre sulle spalle dell'autore, indipendentemente dal comportamento diligente o meno della vittima, quest'ultima tenderà a sottovalutare le regole positive di cautela a lei rivolte, per mancanza di conseguenze giuridiche del

<sup>32</sup> Pare accennare a tali profili Cass. Pen., Sez. 4, 4/12/2009, n. 46741, Minunno, cit., 5, quando paventa il rischio che l'utente della strada sia votato al destino del «colpevole per definizione» o del «capro espiatorio».

<sup>33</sup> Cass. Pen., Sez. 4, 4/12/2009, n. 46741, Minunno, cit., 5.

proprio agire: così facendo per pigrizia o trascuratezza, dal momento che una riflessione razionale certo suggerirebbe alla vittima, in special modo quando si tratta di un pedone, di tenere condotte osservanti, dato che ad essere esposta è anzitutto l'incolumità propria, non – o almeno non sempre – quella dei potenziali investitori. Ma, si sa, non sempre il comportamento umano è razionale: è l'effetto ultimo di una tale deresponsabilizzazione della vittima non può che essere l'incremento della sua tendenza a sottoporsi a situazioni di rischio, e dunque ad una maggiore incidenza dei casi di concretizzazione di tale rischio in eventi di sinistro.

In conclusione, da un lato, sul piano della soluzione fornita rispetto al caso concreto, riteniamo sia sostanzialmente condivisibile il risultato della sentenza che qui si discute: ammettendo per buona la ricostruzione del fatto operata dai giudici di merito, il fatto che l'investimento del pedone sia avvenuto su un tratto rettilineo, con piena visibilità, lascia in effetti supporre la percettibilità della condotta inosservante del pedone in corso, dunque la prevedibilità in concreto dell'evento.

All'opposto, tuttavia, al livello dei principi, dietro una maschera di forte incertezza concettuale, che ad una prima impressione può forse essere scambiata per un passo avanti nell'impervio cammino verso la piena affermazione, nel settore in esame, del principio di colpevolezza, ci sembra che la Suprema Corte in realtà piuttosto muova qualche passo indietro verso gli approdi rigoristi tradizionali: che peraltro, come s'è visto, appaiono a nostro giudizio discutibili anche con riferimento alla loro stessa efficacia repressiva.

ALBERTO CAPPELLINI



# Misure di prevenzione

A CURA DI GIUSEPPE DELLA MONICA

## Introduzione

DI GIUSEPPE DELLA MONICA

La disciplina delle misure di prevenzione – oggetto di ripetuti interventi del legislatore e, da ultimo, di un ambizioso tentativo di riforma organica<sup>1</sup> – pone all'interprete questioni giuridiche di estrema complessità.

Il primo, fondamentale aspetto problematico attiene alla individuazione della loro natura giuridica, che le situa a ridosso del labile confine tra rimedi di diritto amministrativo, rispetto ai quali si differenziano per la caratteristica di incidere significativamente sulla libertà personale, e sanzioni di diritto penale, a cui non possono essere pienamente assimilate perché non presuppongono il verificarsi (né la prova) di un fatto di reato<sup>2</sup>.

Incerta, di conseguenza, è la finalità da esse perseguita, oscillante tra le diverse esigenze di prevenire condotte di rilievo penale – o anche soltanto dannose o pericolose – e di approntare una risposta, inevitabilmente sanzionatoria, alla già avvenuta commissione di un fatto reputato antisociale.

Qualificate come «*praeter delictum*», «*ante delictum*» o «*post delictum*», le misure di prevenzione divengono, di volta in volta, strumento per colpire determinati *status* soggettivi, a prescindere da effettive responsabilità, oppure per sopperire a carenze probatorie che non consentirebbero l'irrogazione della sanzione penale al presunto autore dell'illecito<sup>3</sup>.

Appare evidente come la materia costituisca un *unicum* all'interno del nostro ordinamento, di difficilissima armonizzazione con il sistema dei valori costituzionali, in particolare con i canoni di determinatezza e tassatività, oltre che con alcuni, fondamentali diritti di natura processuale.

---

<sup>1</sup> Il riferimento è al testo unico approvato con il d.p.R. 6 settembre 2011, n. 159.

<sup>2</sup> Cfr. G. FIANDACA, voce «Misure di prevenzione (profili sostanziali)», in *Dig. disc. pen.*, vol VIII, Torino, 1994, s.; P.V. MOLINARI, voce «Misure di prevenzione», in *Enc. dir.*, vol. II agg., Milano, 1998, 550 s.

<sup>3</sup> Cfr. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, 145, il quale rileva che le misure di prevenzione «nascono in parte come "pene del sospetto", in parte come surrogati delle assoluzioni per insufficienza di prove».



I profili sostanziali e processuali, sebbene distinti, costituiscono aspetti necessariamente complementari<sup>4</sup>, posto che le fattispecie di pericolosità, descritte dal legislatore, integrano l'oggetto dell'accertamento giudiziale<sup>5</sup>.

Pur non essendo espressamente contemplate dalla Costituzione<sup>6</sup>, le misure di prevenzione interferiscono, dunque, significativamente con diritti a cui il Costituente assegna un ruolo fondante, spesso ponendosi con essi in netta antitesi<sup>7</sup>.

In tale contesto, già complicato dalla necessità di rinvenire un punto di equilibrio tra i contrapposti interessi in contesa, si è registrato il risoluto intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha sollecitato una nuova lettura, in senso maggiormente garantistico, dei principi convenzionali coinvolti.

Sul versante sostanziale del rispetto della libertà personale e dei diritti "collaterali" (quali la libera circolazione), la disciplina denota, ancora oggi, nonostante il risalente monito del Giudice delle leggi<sup>8</sup>, preoccupanti carenze in termini di genericità e di indeterminatezza.

L'assunto riguarda, innanzitutto, la definizione degli *status* soggettivi di pericolosità, autentica «essenza del sistema della prevenzione personale»<sup>9</sup>, atteso che le limitazioni della libertà – quantomeno sotto il profilo della circolazione e del movimento – sono tollerate dal sistema costituzionale solo se finalisticamente orientate a neutralizzare i pericoli posti, con carattere di attualità, dal prevenuto: quando non sono orientate al perseguimento di tale specifica finalità, «le limitazioni della libertà personale nelle quali la misura stessa si sostanzia rimarrebbero carenti di ogni giustificazione»<sup>10</sup>.

Le fattispecie legali di prevenzione personale non possono, dunque, prescindere dalla predeterminazione chiara e puntuale delle condotte sintomatiche della pericolosità, cosicché i destinatari della previsione siano in grado di conoscere in anticipo le conseguenze pregiudizievoli ad esse riconnesse e di orientare le proprie scelte in maniera consapevole.

<sup>4</sup> Osserva L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2002, 5 ss., che i meccanismi di identificazione e di accertamento della «devianza penale punibile» debbano assumere natura «cognitiva», nel rispetto di due condizioni intimamente connesse: «il carattere formale o legale del criterio di definizione della devianza e il carattere empirico o fattuale delle ipotesi di devianza legalmente definite», ovvero, in sintesi, i principi di stretta legalità e stretta giurisdizionalità.

<sup>5</sup> Cfr. C. cost., 22 dicembre 1980, n. 177, in *Giur. cost.*, 1981, p. 1211.

<sup>6</sup> Il silenzio sulle misure di prevenzione nella Carta costituzionale persegue – secondo autorevole dottrina – lo «scopo di non riconoscerle (o forse ignorarle, evitando problemi)»: così P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 137.

<sup>7</sup> La dottrina aveva colto i non trascurabili profili di criticità dell'istituto: cfr., per tutti, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, cit., 136 s.; G. FIANDACA, voce «Misure di prevenzione (profili sostanziali)», cit., 108 s.; P. NUOVOLONE, voce «Misure di prevenzione e misure di sicurezza», in *Enc. dir.*, vol. XXVI, Milano, 1976, p. 632 s. Tuttavia, era stata denunciata «una certa schizofrenia della scienza giuridica, tanto attenta ai confini tra diritto penale e diritto amministrativo riguardo alle contravvenzioni e ad altri illeciti bagattellari ... quanto disattenta deresponsabilizzata riguardo al grande universo delle misure poliziesche e amministrative restrittive della libertà personale» (L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., 800).

<sup>8</sup> C. cost., 22 dicembre 1980, n. 177, cit.

<sup>9</sup> In questi termini, da ultimo, Cass. pen., sez. I, 23 ottobre 2017, n. 48441, che ha rimesso alle Sezioni Unite la questione relativa alla necessità di accertare il requisito dell'attuale pericolosità del preposto nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali a carico degli indiziati di appartenenza ad una associazione di tipo mafioso.

<sup>10</sup> Così C. cost., 6 dicembre 2013, n. 291, in *Giur. cost.*, 2013, p. 4648. Sul punto, va rimarcato che il legislatore delegante – nel formulare principi e criteri direttivi della nuova disciplina, poi trasfusa nel decreto legislativo n. 159/2011 – ha richiesto, all'art. 1 comma 3, lett. a) n. 5, della legge di delega (legge n. 136/2010), la inequivoca determinazione dei presupposti e delle finalità delle misure, prevedendo espressamente «che venga definita in maniera organica la categoria dei destinatari delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, ancorandone la previsione a presupposti chiaramente definiti e riferiti in particolare all'esistenza di circostanze di fatto che giustificano l'applicazione delle suddette misure di prevenzione e, per le sole misure personali, anche alla sussistenza del requisito della pericolosità del soggetto».

L'eventuale carenza di tassatività non è sanabile in sede giurisdizionale, poiché l'intervento del giudice della prevenzione – il cui compito è relegato alla constatazione obiettiva dei fatti dettagliatamente descritti dalla norma – «non può mai porsi come surrogato o come elemento compensativo della attenuazione del principio di legalità»<sup>11</sup>.

Proprio su questi profili si sono appuntate le penetranti censure della giurisprudenza sovranazionale, culminate nella recente pronuncia della sentenza c.d. «De Tommaso», resa dalla Corte europea in composizione plenaria<sup>12</sup>.

Il principio di legalità spiega i suoi effetti anche in relazione alle misure patrimoniali, il cui sistema – occorre sottolinearlo – si incentra sulla *fictio iuris* della intrinseca pericolosità del bene, confiscabile in virtù della sua illecita acquisizione: abbandonata la finalità preventiva, la confisca è destinata, talvolta, a sanzionare illeciti penali già consumati mediante la sottrazione definitiva del provento delle attività criminose<sup>13</sup>.

Sono, qui, particolarmente evidenti i punti di contatto tra misura di prevenzione e pena: oggetto di accertamento è, in entrambi i casi, il fatto-reato, con la differenza che – mentre la cognizione del giudice penale si estrinseca nell'ambito di un procedimento caratterizzato dal contraddittorio nella formazione della prova nel rispetto dei principi di immediatezza e oralità – nel giudizio di prevenzione le garanzie processuali sono attenuate e i criteri decisori si attestano su parametri inferiori alla certezza necessaria per la condanna.

L'esame dei rapporti tra procedimento penale e di prevenzione ha offerto lo spunto per evidenziare come le misure di prevenzione abbiano assunto un ruolo sostitutivo o alternativo nelle ipotesi in cui non venga raggiunta la soglia probatoria dell'oltre ogni ragionevole dubbio<sup>14</sup>.

Costituisce, oramai, affermazione diffusa quella secondo cui il procedimento di prevenzione sia autonomo rispetto al procedimento penale, nel senso che la pericolosità del proposto o della *res* da confiscare non è esclusa dalla pronuncia di assoluzione, anche definitiva, in relazione al fatto posto a fondamento della richiesta di misura<sup>15</sup>.

Il principio di autonomia deve, tuttavia, valere anche in senso opposto, al fine di scongiurare meccanismi di automatica correlazione tra la pronuncia di condanna e l'applicazione delle misure di prevenzione.

Occorre sempre verificare, in altri termini, se i fatti accertati nel procedimento penale consentano di inquadrare il soggetto in uno degli *status* di pericolosità previsti dalla legge, se vengano in considerazione reati effettivamente produttivi di illecito arricchimento, se il soggetto sia dedito alla commissione di reati e se sia individuabile un effettivo e certo collegamento tra il patrimonio e uno specifico reato.

Ulteriori profili di criticità emergono sul versante del procedimento giurisdizionale di irrogazione delle misure di prevenzione, nell'ambito del quale non si può prescindere dal rispetto delle fondamentali garanzie della imparzialità, della pubblicità, del contraddittorio, della presunzione di non colpevolezza, che – seppure affievolite rispetto al procedimento penale<sup>16</sup> – non possono essere completamente azzerate.

<sup>11</sup> In questi termini, L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, 47.

<sup>12</sup> C. eur. dir. umani, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia.

<sup>13</sup> Cfr. R. MAGI, *Per uno statuto unitario dell'apprezzamento della pericolosità sociale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, 140 s.

<sup>14</sup> Sul punto, R. ORLANDI, *Il sistema di prevenzione tra esigenze di politica criminale e principi fondamentali*, in *La giustizia penale preventiva*, Milano, 2016, 15.

<sup>15</sup> Cfr., in giurisprudenza, Cass. pen., sez. I, 7 gennaio 2016, n. 6636; Id., sez. VI, 6 ottobre 2015, n. 44608, in *Cass. pen.*, 2016, 2207; Id., sez. VI, 18 settembre 2014, n. 50946.

<sup>16</sup> Si è rilevato che «altro è l'esplicazione del diritto di difesa nel processo penale, altro è la salvaguardia dello stesso nell'ambito del procedimento di prevenzione»: la disomogeneità dei procedimenti «sia sul terreno processuale che nei presupposti sostanziali» consente di differenziare le «forme di esercizio del diritto di difesa», suscettibili di «essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche

È significativo, del resto, che l'asserita lesione del diritto di difesa sia stata scrutinata sin dalla prima decisione in materia della Corte costituzionale<sup>17</sup>, così come non si possono ignorare le molteplici pronunce della Corte europea in materia di pubblicità dell'udienza<sup>18</sup>.

In estrema sintesi, la garanzia della giurisdizione – intesa nella sua accezione più pregnante – assegna al giudice compiti non assimilabili alla mera ratifica di una decisione già assunta dagli organi di pubblica sicurezza preposti allo svolgimento della istruttoria preliminare.

Assume, così, rilievo dirimente l'obbligo della motivazione gravante sul giudice della prevenzione, tenuto a specificare le ragioni per le quali egli matura – con riferimento alla persona del proposto o al bene da confiscare – il giudizio di pericolosità: ogni affievolimento degli *standard* probatori e motivazionali in ordine alla sussistenza dei requisiti legali, già di per sé evanescenti, rischia di comprimere facoltà e diritti riconducibili alla essenza del giusto processo.

Vanno, al contempo, stigmatizzate le distorsioni connesse all'inversione dell'onere della prova, talvolta addossato al prevenuto – per previsione normativa o per prassi giurisprudenziale – ed è, in tal senso, confortante la recentissima pronuncia delle Sezioni Unite, che sembra ribadire – escludendo semplificazioni nella prova del requisito dell'attualità della pericolosità sociale – il rifiuto di presunzioni legali di pericolosità come quelle contemplate dall'art. 275 c.p.p.<sup>19</sup>.

Il ripensamento “garantistico” dell'intera materia, lungi dall'aver esaurito il suo percorso, può dirsi, invece, ancora allo stato embrionale: spetta ad una Avvocatura consapevole del proprio ruolo il compito gravoso di censurare le iniquità, tuttora persistenti, di una disciplina gravemente lesiva, per tanti aspetti, dei diritti fondamentali della persona.

## Le categorie dei soggetti socialmente pericolosi

DI ANTONIO NOBILE

AVVOCATO DEL FOTO DI NAPOLI

### *Breve premessa storica*

L'evoluzione del procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali conosciuta dal nostro ordinamento negli anni recenti – da ultimo con la recentissima legge di riforma del

---

di ciascun procedimento, allorché di tale diritto siano comunque assicurati lo scopo e la funzione» (così C. Cost., 9 febbraio 2012, n. 21, in *Giur. cost.*, 2012, p. 224. Cfr., altresì, C. cost., 5 novembre 2004, n. 321, in *Cass. pen.*, 2005, p. 411).

<sup>17</sup> V. C. cost., 23 giugno 1956, n. 2.

<sup>18</sup> Cfr., tra le altre, C. eur. dir. umani, sez. II, 17 maggio 2011, *Capitani e Campanella c. Italia*; Id., sez. II, 2 febbraio 2010, *Leone c. Italia*. Dalle pronunce rese in sede sovranazionale è, poi, scaturita la declaratoria di incostituzionalità della normativa interna che non prevedeva la possibilità di tenere l'udienza pubblica (C. cost., 11 marzo 2011, n. 80, in *Giur. cost.*, 2011, 1224, nonché C. cost., 21 maggio 2014, n. 135, in *Giur. cost.*, 2014, p. 2256).

<sup>19</sup> In tal senso sembra orientata la recente pronuncia delle Sezioni Unite, resa all'esito dell'udienza del 30 novembre 2017, con la quale si è affermata la necessaria verifica dell'attuale pericolosità del preposto anche nell'ambito del procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali a carico di indiziati di appartenenza ad una associazione di tipo mafioso.

codice antimafia – restituisce l'immagine di uno strumento sempre più versatile e dalla portata oggi solo in parte immaginabile.

Terreno privilegiato di questa espansione è la individuazione della categoria dei soggetti pericolosi; e non potrebbe essere altrimenti, dato che il sistema della prevenzione fonda le proprie radici in epoca pre-unitaria, allorché lo scopo perseguito con le misure *praeter delictum* era: da un lato, sanzionare coloro nei confronti dei quali non si sarebbe potuto dar luogo alla esecuzione di una pena *ordinaria*, mediante la comminazione di una pena *straordinaria*; dall'altro, colpire ben determinate categorie di soggetti, quali «zingari, oziosi, vagabondi, questuanti forestieri, sospetti di furto, residenti o forestieri senza reddito o professione certi», a prescindere dalla rilevanza criminale dei loro comportamenti.

Cesare Beccaria chiarì bene – non a caso nel corpo di uno scritto riguardante gli «oziosi» – la funzione di queste pene straordinarie, intese come sanzioni da applicarsi a «*coloro i quali, accusati di un atroce delitto, hanno una grande probabilità, ma non la certezza contro di loro, di essere rei*»<sup>20</sup>.

Se (almeno) fino al 1720 questi soggetti potevano essere destinatari di un provvedimento di bando, motivato da pericolosità soggettiva, in epoca successiva (1770) tali categorie trasmodarono in vere e proprie condotte delittuose di *status*.

Il sistema ha poi trovato utile impiego nel fronteggiare, dopo l'unità d'Italia, il brigantaggio e, nel ventesimo secolo, terrorismo e criminalità mafiosa, in modo particolare dopo l'introduzione del reato di cui all'art. 416-bis c.p. (1982).

La sua duttilità offrì efficaci strumenti di repressione del dissenso alla dittatura fascista, con particolare riferimento al confino di polizia (precursore della misura del soggiorno obbligato, utilizzata in passato – con scarsi, se non addirittura nefasti, risultati – nei confronti dei soggetti appartenenti alle organizzazioni mafiose), introdotto inizialmente nel 1863 e recepito dal Testo Unico delle leggi di pubblica sicurezza, R.D. 18.6.1931 n. 773. Sotto il fascismo la natura di complesso di *pene del sospetto* delle misure di prevenzione, giustificate sulla base della generica esigenza di colpire soggetti definiti «pericolosi per la sicurezza pubblica e l'ordine nazionale», trovò la propria sublimazione.

#### *La prevenzione in epoca repubblicana*

L'odierna ipertrofica espansione del novero dei soggetti pericolosi si pone per certi versi in continuità con gli istituti storici sin qui sommariamente richiamati, per quanto diversa possa apparire la *ratio* della applicazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali.

Permangono indubbiamente i caratteri di schedatura di categorie delineate quali vere e proprie *summae* di tipi criminali, nell'ambito di una procedura riguardante soggetti solo indiziati della commissione di condotte delittuose, di meri «atti preparatori» delle stesse o diversamente «proclivi» alla loro commissione; situazioni desumibili anche da indici quali la sproporzione tra redditi e tenore di vita.

Negli ultimi cinquant'anni la Consulta ha più volte affermato la compatibilità costituzionale del sistema della prevenzione<sup>21</sup>, mediante il tentativo di alienare dallo stesso la logica del sospetto, che però permane, giocoforza, sullo sfondo del procedimento, sovente «illuminata» dal contenuto grottesco e antimoderno, ai limiti del lombrosiano, di alcune richieste di applicazione di misure personali (laddove non di rado può leggersi di proposti descritti, tra le altre cose, come «*persona scaltra (...) di indole malvagia e insofferente alle leggi dello Stato (...) soggetto capace di ideare e realizzare qualunque fattispecie di reato contro il patrimonio*

<sup>20</sup> C. Beccaria, *Dei Delitti e delle Pene*, cap. XXIV.

<sup>21</sup> C. cost., n. 23/1964, 177/1980 e 419/1994.

e la persona, che in pubblico gode di pessima stima e reputazione»), che nella loro genericità hanno attirato, come si dirà, l'attenzione della Corte Edu.

A tali risalenti e perduranti caratteristiche – ancora visibili nonostante i plurimi sforzi civilizzatori profusi dalla Suprema Corte – si aggiunge una deriva evidente con riguardo agli ultimi interventi riformatori.

Lo stato di decozione del procedimento penale – frutto di insufficienze strutturali e di schizofreniche accumulazioni legislative, che hanno dissipato la coerenza interna immaginata dal legislatore del 1988 – pare aver determinato la volontà di tradurre in regola il tentativo di bypassare il processo e le sue «lungaggini», termine normalmente somministrato all'opinione pubblica per descrivere il complesso di garanzie presidiato dal codice di rito.

*La disciplina attuale della pericolosità: a) la pericolosità generica*

La dinamica descritta si inquadra in un contesto che vede, da un lato, una costante diminuzione su scala nazionale delle condotte delittuose, secondo quanto attestato da affidabili studi statistici, e, dall'altro, il progressivo affermarsi della logica della *percezione* (del pericolo, della insicurezza) quale guida e matrice delle modifiche legislative.

Non a caso l'ultimo intervento sul codice antimafia ha ulteriormente allargato il novero dei soggetti pericolosi agli indiziati di reati contro la Pubblica Amministrazione (D. lgs. 159/2011, art. 4 c. 1 lett. i-bis) e a quelli del reato di cui all'art. 612-bis c.p. (lett. 1-ter): è innegabile la genesi mediatica di tali interventi, che certifica – se ancora ce ne fosse la necessità – la tracimazione del corto-circuito mediatico-giudiziario al piano legislativo; diversamente non potrebbe trovare giustificazione l'aggiunta di tali categorie, data la loro eterogeneità rispetto alle altre indicate dall'art. 4.

Per le ragioni politiche e giuridiche descritte, il tentativo di offrire un quadro aggiornato dei soggetti pericolosi potenzialmente destinatari di misure di prevenzione personali e patrimoniali rischia di somigliare allo sforzo di Sisifo, poiché costantemente reso vano dal tentativo di creare un diritto processuale alternativo, drammaticamente sganciato dall'accertamento di uno specifico fatto-reato e per questa ragione – nella visione del legislatore – più *efficace*.

Nonostante tali difficoltà, si proverà a fornire una elencazione dell'ampia categoria dei soggetti definiti dalla legge pericolosi e in quanto tali passibili dell'applicazione di misure *praeter delictum*, distinguendo tra pericolosità generica (art. 1) e qualificata (art. 4).

La prima è ascritta all'ambito di azione del questore e trae origine dalle previsioni della l. 1423/1956. La norma prevede tre diverse categorie di soggetti [a) abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che per condotta e tenore di vita vivano abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; c) coloro i quali siano dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica e morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica], la cui pericolosità deve essere ancorata ad «elementi di fatto».

La previsione di questo cruciale presupposto era frutto dell'intervento sulla originaria norma operato dalla l. 327/1988 e rispondeva con evidenza alla necessità di dare piena applicazione ai principi di determinatezza e tassatività: tale apprezzabile sforzo riformatore approdava però su un terreno ontologicamente alieno alle garanzie processuali, con l'effetto assai rischioso di creare sovrapposizioni rispetto all'accertamento del fatto nel processo. Tanto più che con riguardo al campo delle misure adottate dal questore (e non solo) la fonte primaria di valutazione è pur sempre costituita da rapporti stilati dalle forze dell'ordine, giocoforza intrisi di sospetti e ancorati a «elementi di fatto» di non sempre immediata individuazione (se lo fossero, costituirebbero verosimilmente e in maniera più appropriata oggetto di comunicazioni *ex art. 347 c.p.p.*).

Recentemente il legislatore [art. 15 c. 1 lett. a) d.l. n. 14/2017 conv. in l. 48/2017], nell'ambito dell'ennesimo *pacchetto sicurezza*, ha introdotto un inciso alla lettera c) dell'art. 1 che specifica gli «elementi di fatto» richiesti perché una misura di prevenzione personale possa essere adottata: tra questi andranno comprese

«le reiterate violazioni del foglio di via obbligatorio di cui all'art. 2 (D. Lgs. 159/2011, ndr), nonché dei divieti di frequentazione di determinati luoghi previsti dalla vigente normativa». Non pare essere una integrazione epocale, in quanto si afferma nella sostanza che chi ha violato una precedente misura di prevenzione può essere soggetto a una nuova misura di prevenzione (a prescindere dalle autonome ipotesi di reato previste dalla stessa normativa, cfr. art. 76 c. 3 del codice antimafia).

*b) pericolosità qualificata: indiziati di appartenere ad associazioni mafiose*

La pericolosità qualificata di cui all'art. 4 del D. Lgs. 159/2011 deriva viceversa dalla previsione dell'art. 1 l. 575/1965, rubricato a seguito della modifica operata dalla l. 94/2000 «Disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso, anche straniera».

Prima della legge del 2009 (un ulteriore «pacchetto sicurezza», dopo quello confezionato con la l. 125/2008), gli interventi in materia erano stati plurimi e tutti adottati sulla base di decretazione di urgenza (d.l. 144/2005 conv. in l. 155/2005; d.l. 8/2007 conv. in l. 41/2007; d.l. 23/2008 conv. in l. 125/2008), con ovvio detrimento di ogni possibile coerente coordinamento tra norme e con evidente conferma dell'abuso, da parte del potere esecutivo, della leva della «sicurezza» con finalità più propagandistiche che di sistema.

L'elenco dei soggetti socialmente pericolosi in maniera qualificata – e dunque destinatari di misure di prevenzione applicate dall'Autorità giudiziaria – è attualmente aperto dagli «indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416-bis c.p.p.» [art. 4 lett. a)].

Questa particolare tipologia di sospettati è potenzialmente destinataria di quello che potrebbe definirsi un *sospetto al quadrato*, poiché al momento della proposta potrebbero sussistere solo elementi indiziari in ordine alla esistenza nel caso concreto di un'associazione mafiosa: il proposto potrebbe dunque essere sospettato di appartenere a un sodalizio la cui esistenza è frutto di una mera ipotesi investigativa. Sul piano intellettuale, prima che giuridico, è chiaro che una situazione limite come quella descritta non rafforza, per accumulazione, la dignità indiziaria degli elementi posti a sostegno della richiesta di misura, bensì (e proprio per accumulazione di sospetti) la indebolisce non poco, o dovrebbe indebolirla.

La pericolosità degli indiziati di appartenere alle associazioni mafiose – in linea con i criteri utilizzati nel procedimento cautelare – era fino a poco tempo fa oggetto di una presunzione pressoché assoluta. La Suprema Corte ha sempre avallato questa impostazione, fulcro della teoria del doppio binario.

Tutto pare essere cambiato con la pubblicazione della sentenza della Corte EDU De Tommaso<sup>22</sup>, con la quale è stata dichiarata la violazione della libertà di circolazione (art. 2, Prot. 4 alla Convenzione) da parte dello Stato italiano, con riguardo alla imposizione di una misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza (art. 6 d. lgs. 159/2011, già art. 3 legge n. 1423/1946).

La violazione della libertà di circolazione era ravvisata dalla Corte nel difetto di «*prevedibilità e precisione*» delle norme relative ai soggetti idonei e alle condizioni necessarie per l'applicazione della misura di prevenzione, nonché alle prescrizioni che il giudice può imporre per dar corpo alla misura. La censura ha riguardato gli artt. 1, 3 e 5 l. 1423/1956 (in parte trasposti negli artt. 1, 6 e 8 D. lgs. 159/2011), che secondo la Corte conferirebbero un potere discrezionale assai ampio al giudice, in ragione di un coefficiente di prevedibilità per il soggetto alle stesse sottoposto troppo basso; con la conseguenza che al cittadino non sarebbe data la possibilità di conformare, con certezza ed *a priori*, le proprie condotte al precetto normativo.

La pronuncia, pur non riguardando direttamente la disciplina contenuta nell'art. 4 (pericolosità qualificata), essendo riferita principalmente alla norma di cui all'art. 1 del codice antimafia, non ha tardato a produrre

<sup>22</sup> C. eur. dir. umani, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia.



i suoi effetti. Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, sovvertendo l'opzione ermeneutica sino a quel momento prevalente, impongono al giudice una «*motivazione rafforzata*» sul carattere attuale della pericolosità di un soggetto indiziato di far parte di un sodalizio mafioso, ponendo dunque un limite netto alla possibilità di desumere in maniera generica tale presupposto<sup>23</sup>.

*c) le altre categorie di soggetti pericolosi ex art. 4 D. lgs. 159/2011*

La norma indica poi gli ulteriori soggetti a pericolosità qualificata: indiziati della commissione dei reati di cui all'art. 51 c. 3-*bis* c.p.p. o del delitto p. e p. dall'art. 12-*quinquies* c. 1 d.l. 306/1992 conv. in l. 356/1992 (lett. b); i soggetti di cui all'art. 1 [pericolosi generici – lett. c)]; indiziati della commissione dei reati di cui all'art. 51-*quater* c.p.p., o che pongano in essere atti preparatori obiettivamente rilevanti, ovvero esecutivi, diretti a: sovvertire l'ordinamento dello Stato (delitti di cui al capo I, titolo VI, libro II c.p.; artt. 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 c.p.); nonché alla commissione di reati con finalità di terrorismo (anche internazionale) e a prendere parte a un conflitto in territorio estero (*foreign fighters*) a sostegno di organizzazioni con finalità terroristiche ex art. 270-*sexies* c.p. (lett. d); coloro i quali abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte (l. 645/1952), per il cui comportamento successivo si ritiene continuino a svolgere analoghe attività (lett. e); coloro i quali compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, tesi alla ricostituzione del partito fascista, con l'esaltazione o la pratica della violenza (lett. f); i condannati [fuori dalle ipotesi *sub* d), e) ed f)] per i delitti di cui alla l. 895/1967 e di cui agli artt. 8 e ss. l. 497/1974, quando il loro comportamento successivo faccia ritenere che siano proclivi a commettere reati della stessa specie con finalità di terrorismo (lett. g); istigatori, mandanti e finanziatori in relazione alle ipotesi *sub* d), e) ed f) (lett. h); agli indiziati della agevolazione di gruppi o persone che abbiano preso parte, attivamente e in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'art. 6 l. 401/1989 tanto da essere ritenuti dediti alla commissione di reati che mettono in pericolo ordine e sicurezza pubblica, nonché l'incolumità delle persone in occasione dello svolgimento di manifestazioni sportive (lett. i); agli indiziati della commissione del delitto di cui all'art. 640-*bis* c.p., nonché di quello di associazione a delinquere semplice, finalizzato alla commissione di un vario catalogo di reati contro la P. A. (lett. *i-bis*); agli indiziati della commissione del delitto di atti persecutori (lett. *i-ter*).

La completa elencazione delle categorie soggettive considerate socialmente pericolose in maniera «qualificata» è opportuna poiché delinea meglio di ogni possibile commento la ontologica genericità di una disciplina che – per eterogeneità di condotte e tipi criminali previsti – punta evidentemente a sostituire il processo con finalità sovente afflittive e dagli effetti non sempre rimediabili: basti pensare alle conseguenze economiche negative potenzialmente derivanti dalla adozione di misure patrimoniali, difficilmente recuperabili per chi opera in un'economia di mercato.

È opportuno isolare due concetti rinvenibili nel testo della norma: quello di «*atti preparatori*» e quello di «*proclività alla commissione di reati*».

Quanto ai primi [lett. d) ed f)], risulta davvero arduo – se non al limite dell'artificio retorico – distinguere tali atti, che peraltro devono essere «*obiettivamente rilevanti*», dalla ipotesi del tentativo (art. 56 c.p.). Sul punto era intervenuta la Consulta (n. 177/1980), respingendo i rilievi di incostituzionalità formulati in relazione all'art. 18 n. 1 l. 152/1975 e stabilendo che gli atti preparatori andavano distinti dagli «*atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere un delitto*», tipici del tentativo, sul presupposto che questi ultimi potevano essere esclusivamente «*atti esecutivi*»; pertanto, gli atti preparatori tanto potevano essere presupposto per l'applicazione di una misura di prevenzione «*in quanto non costituissero figure autonome di reato*» e, soprattutto,



se «*il materiale probatorio*» ritenuto inidoneo o comunque insufficiente a fondare un giudizio di colpevolezza in relazione a una fattispecie di reato «*non potesse essere differentemente valutato quando si trattasse di verificare la sussistenza dell'atto preparatorio, con riguardo alla adozione di una misura di prevenzione*».

La sensazione di trovarsi al cospetto di un artificio retorico utile a giustificare una maggiore libertà di azione dell'Autorità giudiziaria – a fronte di una distinzione connotata fortemente da astrattezza – contribuisce a mantenere la misura di prevenzione in relazione alle condotte dei soggetti *sub d)* ed *f)* su un crinale più politico che giuridico.

La proclività alla commissione di reati della stessa specie, di cui alla lett. *g)*, desunta dal comportamento successivo del soggetto, parimenti apre notevoli spazi di discrezionalità alla attività delle forze di polizia, richiamando alla memoria le sinistre profezie letterarie di Philip K. Dick (*The Minority Report*), più che il carattere giuridico della norma.

Le questioni implicate dalla evoluzione tecnologica sono evidenti nel campo del diritto alla riservatezza, ma hanno una ricaduta anche maggiore con riferimento agli strumenti investigativi: una traccia di questa evoluzione la si trova nell'utilizzo di software spia (*trojan*) nell'attività di captazione di conversazioni, che ha chiamato recentemente in causa le Sezioni Unite della Suprema Corte (28.4.2016, n. 26889).

Sarebbe quantomeno opportuno valutare i rischi per il sistema delle garanzie implicati, ad esempio, dai cosiddetti *big data*, attualmente utilizzati per la profilatura dei consumatori, ma che in futuro potrebbero essere utilizzati anche per la profilatura di tipi criminali, dunque *pericolosi* in quanto *proclivi alla commissione di reati*. Si rifletta sulla sempre maggiore diffusione di elementi di prova desunti, a carico di un soggetto, dalle sue affermazioni – o anche solo dalle mere condivisioni di idee, più o meno esecrabili – sui *social network*, che dovrebbero essere considerate solo se penalmente rilevanti, ma che spesso sono utilizzati per definirne la pericolosità<sup>24</sup>.

Il rischio reale è che il sistema della prevenzione potrebbe rappresentare la falla dalla quale far entrare nell'ordinamento giudizi di pericolosità effettuati utilizzando un algoritmo. Le condizioni tecnologiche perché questo avvenga esistono già, dunque bisogna fin da subito far fronte ai rischi connessi a una «giustizia predittiva».

#### *L'estensione ulteriore del novero dei soggetti pericolosi*

Gli elementi critici sin qui evidenziati descrivono ancora oggi il sistema della prevenzione come uno strumento a disposizione dell'Autorità per aggirare le garanzie proprie del processo, con effetti non del tutto preventivabili.

La ragione per la quale in una società evoluta sul piano democratico siano consentite – e validate (basta pensare alle granitiche opzioni ermeneutiche pre De Tommaso) – tali forzature delle garanzie previste dalla legge non può essere compreso se non secondo le categorie del «diritto penale del nemico» (Günther JAKOBS), tanto bene recepite dalla tradizione nostrana del diritto emergenziale, che ha trovato vera sublimazione nella logica del «doppio binario».

A fronte della creazione di una elencazione sempre più vasta di soggetti pericolosi – tale, per eterogeneità, da rendere ardua una rigorosa ricostruzione della categoria stessa di pericolosità – si assiste a una tensione delle procedure ordinarie, che descrive, nel sistema della prevenzione, un futuro giudiziario lontano dal fatto e dal suo accertamento e sempre più interessato a un diritto penale d'autore.

<sup>24</sup> V., da ultimo, Cass., sez. V, 12dicembre 2017, n. 55418.

In questo solco si iscrive l'estensione alla associazione per delinquere finalizzata alla commissione di reati contro la pubblica amministrazione della possibilità di applicazione di misure di prevenzione personali e patrimoniali. La modifica interviene peraltro dopo che negli anni precedenti si erano riviste al rialzo e in maniera assai significativa le pene previste per tali reati (ad esempio, dal 2012 ad oggi, con due distinti interventi, la corruzione *ex art. 319 c.p.p.* è passata dall'essere punita «da due a cinque anni» a «da sei a dieci anni» di reclusione), aumentando in maniera conseguente i relativi termini di prescrizione.

Restando ferma la possibile applicazione di misure cautelari e di sicurezza nei confronti di queste categorie di soggetti, il loro inserimento nel novero dei pericolosi *ex art. 4* richiama alla memoria la distinzione tra pene ordinarie e straordinarie tipiche del sistema della prevenzione settecentesco, e soprattutto le sue finalità.

Apparentemente il legislatore sembra affermare l'implacabilità dello Stato nei confronti di funzionari e dipendenti infedeli e loro sodali, in realtà attesta il collasso di un sistema che teme di non essere in grado di accertare la colpevolezza dei corrotti, neanche in un termine di tempo lunghissimo (il delitto di corruzione in atti giudiziari, dopo la l. 69/2015, ha ad esempio un termine di prescrizione massima di 15 anni).

Le riforme descritte delineano una logica – alla quale il legislatore mostra di aderire pedissequamente – secondo la quale il processo inteso come apparato di garanzie rappresenta un problema, una criticità. Conta molto nel dibattito politico e nelle conseguenti scelte riformatrici la mera percezione della *pericolosità*, che per l'effetto smette di essere una categoria del diritto, mutandosi in una opportunità di superamento del processo.

Sul piano della efficacia repressiva, il sistema della prevenzione supera di gran lunga il procedimento ordinario, poiché libero dalla «zavorra» dei diritti e delle prerogative riconosciute all'indagato e all'imputato, che postulano la necessità di gravi indizi di colpevolezza e la presenza di *pericula libertatis*, perché la libertà personale possa essere limitata; che stabiliscono che la responsabilità in relazione a un fatto-reato può essere sancita solo se accertata «*al di là di ogni ragionevole dubbio*».

Dopo aver introdotto il «doppio binario», il legislatore italiano dimostra di lavorare alacremente perché quello delle garanzie diventi un binario morto, incurante, se non addirittura insofferente, ai richiami provenienti dall'Europa.

## La partecipazione del prevenuto al procedimento

DI ARMANDO CERVONE  
(AVVOCATO DEL FORO DI NOLA)

La normativa concernente il procedimento e, in particolare, l'udienza finalizzata all'accertamento della fondatezza della proposta di applicazione di una misura di prevenzione è dettata dall'art. 7, D.lgs. 6.9.2011, n. 159. Visto il rinvio operato alle disposizioni contenute nell'art. 666 c.p.p. (art. 7, comma 9), la normativa in questione riproduce le forme e i tempi previsti per l'incidente di esecuzione, salve talune peculiarità, dettate dalla diversa natura del procedimento di prevenzione e della misura che si propone di applicare.

Stando al dettato del comma 1 del citato art. 7, una volta effettuata la proposta da parte dei soggetti legittimati il tribunale competente a decidere, vale a dire quello del capoluogo della provincia in cui il prevenuto dimora, deve concludere il procedimento nel termine – meramente ordinatorio – di trenta giorni dal deposito

della proposta. L'udienza si celebra in camera di consiglio, salvo che l'interessato non chieda che il procedimento si svolga in pubblica udienza.

Il rinvio alle disposizioni, in quanto compatibili, contenute nell'art. 666 c.p.p. implica innanzitutto che, una volta pervenuto il fascicolo da parte del proponente, il presidente del collegio – ritenuta la propria competenza – provveda ad una sommaria delibazione sull'ammissibilità della proposta, emettendo un decreto di inammissibilità ogni qualvolta la richiesta appare *prima facie* manifestamente infondata per difetto delle condizioni di legge ovvero costituisce mera riproposizione di una proposta già rigettata, basata sui medesimi elementi (art. 666, comma 2 c.p.p.).

Superata positivamente la delibazione di ammissibilità, il presidente del collegio, designa il difensore di ufficio all'interessato che ne sia privo, fissa la data dell'udienza e ne fa dare avviso alle parti, alle altre persone interessate e ai difensori<sup>25</sup>; l'avviso è comunicato o notificato almeno dieci giorni prima della data dell'udienza e contiene la concisa esposizione dei contenuti della proposta (art. 7 comma 2).

Il legislatore ha espressamente previsto che la violazione delle disposizioni appena richiamate (oltre che quelle indicate al comma 4, primo secondo e terzo periodo, e comma 5) implica la nullità del procedimento (art. 7 comma 7). Se l'invalidità consegue alla mancata comunicazione/notificazione dell'avviso d'udienza al prevenuto o al suo difensore, l'omissione integra una nullità di tipo assoluto; se, invece, il difetto di comunicazione riguarda il pubblico ministero o i terzi interessati, o attiene all'omesso rispetto del termine a difesa, la nullità è di tipo intermedio.

Posto che l'udienza si svolge con la partecipazione necessaria del difensore<sup>26</sup> e del pubblico ministero (art. 7 comma 4), il presidente, qualora non sia presente il difensore di fiducia o quello eventualmente nominato d'ufficio, ai sensi dell'art. 97 comma 4 c.p.p., provvede a nominarne uno d'ufficio immediatamente reperibile. A seguito delle modifiche apportate dalla recente legge n. 161 del 17.10.2017, l'udienza è rinviata in caso di legittimo impedimento, non solo dell'interessato, ma anche del difensore.

Il proposto è libero di partecipare personalmente al procedimento, tuttavia, ove lo stesso non intervenga e occorra la sua presenza per essere sentito, il presidente lo invita a comparire, avvisandolo che avrà la facoltà di non rispondere (art. 7 comma 6). Sul punto va evidenziato che anche tale disposizione è stata parzialmente modificata dal recente intervento legislativo, in quanto, la stessa prevedeva che il presidente, qualora l'interessato non ottemperasse all'invito a comparire, poteva ordinarne l'accompagnamento per mezzo della forza pubblica. Allo stato, non è chiaro se l'interessato debba necessariamente comparire anche solo per manifestare personalmente la propria volontà di non rispondere o che la stessa possa implicitamente dedursi dalla sua assenza, non dovuta a un legittimo impedimento. Tuttavia, visti gli artt. 132 e 490 c.p.p., si ritiene che il giudice non possa disporre l'accompagnamento coattivo del proposto, salvo che la sua presenza sia necessaria per l'assunzione di una prova diversa dall'esame.

Allorquando l'interessato si trovi *in vinculis*, il legislatore ha previsto due diverse forme di partecipazione alla procedura, a seconda che il soggetto sia detenuto o internato in luogo posto entro la circoscrizione del giudice o al di fuori. Nel primo caso, qualora l'interessato ne faccia tempestiva richiesta, il giudice dovrà

<sup>25</sup> Stante l'espreso richiamo al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 operato dall'art. 7 comma 10, l'avviso può essere effettuato anche mediante notifiche telematiche per posta elettronica; ciò implica che i soggetti diversi dal proposto – al quale la notifica dovrà essere effettuata nelle forme tradizionali – che non abbiano attivato e comunicato un indirizzo di posta elettronica certificata riceveranno le notificazioni in cancelleria.

<sup>26</sup> L'interessato, sussistendone le condizioni legittimanti, può usufruire del patrocinio a spese dello Stato, come espressamente previsto dall'art. 75, comma 2, D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115.

disporre la traduzione. Diversa, invece, è la normativa dettata per l'ipotesi in cui l'interessato è detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice.

Tale normativa, dettata dall'ultima parte del comma 4 dell'art. 7, d.lgs. 6.9.2011, n. 159, è stata oggetto delle modifiche apportate dalla legge n. 161 del 17.10.2017. Tale disposizione, infatti, prevedeva che qualora l'interessato fosse detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice e ne facesse tempestiva richiesta, doveva essere sentito prima del giorno dell'udienza dal magistrato di sorveglianza del luogo. Il presidente, inoltre, solo ove fossero disponibili strumenti tecnici idonei, poteva disporre che l'interessato fosse sentito mediante collegamento audiovisivo ai sensi dell'articolo 146 bis, commi 3, 4, 5, 6 e 7, disp. att. c.p.p. Il diritto di partecipare all'udienza del proposto detenuto in un luogo fuori dalla circoscrizione del giudice, quantomeno nelle forme del collegamento audiovisivo, era dunque subordinato non solo alla sua tempestiva richiesta, ma anche al verificarsi di un evento che prescindeva dalla sua volontà, ossia la disponibilità da parte del tribunale di strumenti tecnici idonei.

Tale normativa, tuttavia, si poneva in contrasto con il diritto del proposto di partecipare all'udienza sancito dall'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo<sup>27</sup>. Pertanto, la giurisprudenza di legittimità<sup>28</sup>, in ragione di un'interpretazione sistematica, adeguata alla Costituzione e alla CEDU, ha riconosciuto il diritto del proposto a partecipare all'udienza. In effetti, sul presupposto degli interventi della Corte EDU nella materia, la Corte Costituzionale ha acclarato la natura sostanziale di procedimento di merito della procedura finalizzata all'accertamento della fondatezza della proposta di applicazione di una misura di prevenzione, in quanto destinata ad incidere in via definitiva su diritti personali e patrimoniali. Il Giudice delle leggi, infatti, proprio perché il procedimento di prevenzione non può assimilarsi ad un "comune" giudizio camerale finalizzato a decisioni incidentali ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della norma che non prevedeva il diritto del proposto a chiedere la trattazione in udienza pubblica del procedimento, regola che poi è stata trasfusa in termini positivi nella normativa del codice antimafia<sup>29</sup>. Pertanto, stante la natura di procedimento di merito, il diritto del proposto di partecipare al procedimento e di essere tradotto in udienza su sua richiesta, non poteva essere sostituito con lo sterile diritto a rendere dichiarazioni al magistrato di sorveglianza.

Non a caso, dunque, il legislatore ha integralmente riscritto la disposizione in questione, prevedendo che se l'interessato è detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice e ne fa tempestiva richiesta, la partecipazione all'udienza è assicurata a distanza mediante collegamento audiovisivo ai sensi dell'articolo 146 bis, commi 3, 4, 5, 6 e 7 disp. att. c.p.p., salvo che il collegio ritenga necessaria la presenza della parte. Obbligando, altresì, il presidente a disporre la traduzione dell'interessato detenuto o internato in caso di indisponibilità di mezzi tecnici idonei (art. 7 co. 4).

In ordine alla tempestività della richiesta di partecipazione all'udienza del proposto in *vinculis*, appare condivisibile quell'orientamento giurisprudenziale<sup>30</sup> che ritiene tempestiva la richiesta formulata entro il termine previsto nell'art. 127, 2° co. c.p.p., ossia che la dichiarazione in questione pervenga fino a cinque giorni prima dell'udienza. Pertanto, solo ove tale termine sia rispettato sussiste l'obbligo da parte del giudice

<sup>27</sup> "Nonostante ciò non sia espressamente menzionato nel paragrafo 1 dell'art. 6 Cedu, l'oggetto e lo scopo dell'articolo valutato complessivamente dimostra che una persona accusata di un reato ha diritto di partecipare all'udienza... Il compito di garantire il diritto dell'inquisito di essere presente nell'aula di udienza... è posto quale uno dei requisiti essenziali dell'art. 6. V, in tali termini, C. eur. dir. umani, Grande Camera, 1° marzo 2006, Sejdovic c. Italia.

<sup>28</sup> Cfr. Cass. pen., sez. VI, 9 novembre 2012, n. 43539.

<sup>29</sup> V. C. cost. sent. n. 93/2010.

<sup>30</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, 10 aprile 1998, (ud. 31 marzo 1998), n. 4366.

di rinviare l'udienza per disporre la traduzione del proposto, essendo intempestiva e, quindi, inammissibile l'istanza presentata soltanto all'udienza. Va evidenziato che, ove l'istanza in questione sia tempestivamente formulata, secondo le modalità prescritte dall'art. 123 c.p.p., a nulla rileva il fatto che questa sia pervenuta in ritardo nella cancelleria del giudice preposto all'udienza camerale.

## Il procedimento istruttorio

DI GENOVEFFA STANCO

AVVOCATO DEL FORO DI ROMA

*Le modifiche introdotte dalla L. 161/2017 in ordine al procedimento istruttorio*

Le recenti modifiche al d.lgs 159/2011 introdotte dalla l.161/2017, pur apportando significative precisazioni e innovazioni rispetto alla normativa relativa al procedimento di prevenzione, non hanno tuttavia interessato in maniera sostanziale la struttura dell'udienza di trattazione e, ancor più specificamente, la disciplina dei poteri istruttori riconosciuti agli interessati nell'ambito del procedimento applicativo.

Ed invero, al di là di alcune minime modifiche, per lo più ricettizie di prassi esegetiche già invalse o, ad avviso di chi scrive, meramente formalistiche in quanto, di fatto, neutralizzate dal complessivo impianto del procedimento di prevenzione, va osservato come, in realtà, l'originaria fisionomia dell'accertamento istruttorio – abbozzata dall'art. 7 del d.lgs 59/2011 – per quel che concerne le misure di prevenzione personale – e dall'art. 23 – per quanto riguarda le misure di prevenzione patrimoniali – sia rimasta sostanzialmente inalterata, lasciando così irrisolti dubbi e perplessità preesistenti.

*L'ambito marginale della novella e problematiche connesse ai poteri istruttori nell'ambito del procedimento di prevenzione e l'ambito delle modifiche.*

Venendo ai contenuti della novella che, direttamente o indirettamente, sono suscettibili di incidere sulla fase istruttorio, si ritiene di poter innanzitutto segnalare il disposto allungamento dei termini (da 10 a 30 giorni dal deposito della proposta – cfr. art. 7 comma 1 codice antimafia) entro i quali il Tribunale debba provvedere con decreto motivato, nonché la prescrizione di introdurre, nell'avviso di fissazione della data dell'udienza di trattazione, una concisa esposizione dei contenuti della proposta medesima (art. 7 comma 2 codice antimafia).

Tali interventi, sebbene in maniera indiretta, possono essere valutati tra quelli in grado di produrre effetti sul procedimento istruttorio, nella misura in cui, dilatando i tempi dell'accertamento, sono suscettibili di consentire una seppur minima "riespansione" dei poteri del proposto.

Va, invero, sin d'ora chiarito, che la fase istruttorio del procedimento di prevenzione si connota, *ictu oculi*, per la patologica genericità della relativa disciplina, mancando, di fatto, la positiva enucleazione dei limiti e delle possibilità riferibili alle parti e, in specie, del proposto (a fronte di un potere pressoché illimitato del Tribunale); dei meccanismi tecnico-procedimentali di acquisizione delle fonti; dei divieti e delle relative sanzioni di inutilizzabilità; degli strumenti per la garanzia della parità – non meramente dichiarativa – ma sostanziale tra gli interessati).

Tale mancanza, retaggio della originaria fisionomia del procedimento *de quo*, concepito come meramente ricognitivo di situazioni di pericolosità connotate da un elevato grado di oggettività (desumibile da precedenti condanne), non può più essere tollerata alla luce dei continui interventi additivi che – condotti sulla scia di

una politica giudiziaria emozionale disposta a sacrificare le libertà per la sicurezza – hanno di fatto snaturato l'istituto della prevenzione, rendendolo un vero e proprio procedimento sommario, a garanzia compressa, parallelo e alternativo a quello ordinario (dal quale, tra l'altro, mantiene una pressoché totale indipendenza).

In tale ottica, anche il principio della ragionevolezza dei tempi finisce per essere confuso con il suo *alter ego* nefasto, ovvero la rapidità dell'accertamento, concetto che ben tollera, ed anzi sottende, la fagocitazione delle garanzie e l'aggiramento di qualsivoglia "ostacolo" alla spedita ed efficace definizione della procedura.

Pertanto, la previsione di un allungamento dei termini decisionali, in uno alla prescrizione della necessaria indicazione dei contenuti della proposta già in sede di notifica del decreto di fissazione dell'udienza, sebbene non siano affatto adeguati a superare le problematiche connesse alla ristrettezza dei tempi per la ricerca dei mezzi di prova da opporre al proponente in condizione di parità, possono essere letti, tuttavia, come la spia di una implicita consapevolezza, da parte del legislatore, quanto meno dell'esistenza di una criticità in ordine ai tempi dettati dall'impianto normativo di cui si discute ed alla inevitabile e conseguenziale compromissione dei poteri istruttori del proposto.

Con la novella, però, il legislatore, anziché intervenire radicalmente sugli istituti che incidono in maniera significativa sulla fase dell'accertamento, dettando, ad esempio, precise regole in ordine alla qualità e quantità – temporale – del materiale probatorio legittimamente utilizzabile o prescrivendo lo sbarramento all'ingresso di materiale processuale riferibile a procedimenti nei quali il proposto non si è potuto difendere o che sono stati condotti sulla scorta di dichiarazioni di soggetti che il proposto non ha potuto controesame, ha ritenuto prioritario introdurre una norma che garantisse esplicitamente il diritto dell'interessato, anche se detenuto o internato in luogo posto fuori della circoscrizione del giudice, a partecipare all'udienza di trattazione (comma 4, L. 161/2017) – precisazione, questa, che in un sistema di diritto sarebbe dovuta essere superflua (!).

Tuttavia, è l'introduzione del comma 4 bis, in uno alle modifiche apportate al comma 8 del già citato articolo 7 D.lgs 159/2011, ad offrire gli elementi più significativi ai fini della disamina dei poteri istruttori.

Ed invero, per quel che concerne le due norme testé citate, entrambe paiono abbozzare una disciplina – per quanto minimalista – del metodo probatorio attuato dal processo penale, anche nell'ambito del procedimento di prevenzione, stabilendo espressamente che *«il tribunale, dopo l'accertamento della regolare costituzione delle parti, ammette le prove rilevanti, escludendo quelle vietate dalla legge o superflue»* (comma 4 bis) e che *«qualora il Tribunale debba sentire soggetti informati su fatti rilevanti per il procedimento, il presidente del collegio può disporre l'esame a distanza nei casi e nei modi indicati all'articolo 147-bis, comma 2, delle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271»* (comma 8).

La formulazione dei due commi di cui si discorre appare significativa solo nella misura in cui consente di poter affermare con certezza che, pur in assenza di un generale richiamo alle regole istruttorie dettate per l'accertamento di merito e sebbene in mancanza di una esplicita regolamentazione dei tempi e dei modi, anche nell'ambito della prevenzione gli interessati possano avanzare richieste di prova – finanche sollecitando l'audizione di persone informate sui fatti rilevanti – e il Tribunale debba ammettere le stesse, con le "uniche" limitazioni per le prove *contra legem*, superflue o chiaramente irrilevanti.

Naturalmente, la mancata della enucleazione dei divieti e dei limiti di utilizzabilità precisi finisce per affidare alla mera discrezionalità – razionalmente orientata – del giudice, poteri di sbarramento e di utilizzo del materiale versato nel procedimento, con ovvie diversità di trattamento tra i vari soggetti interessati dalle diverse procedure di prevenzione e con la progressiva deriva verso una disciplina fondata "sul precedente".

È evidente che tale patologica situazione necessiti, con urgenza, di un intervento regolatore.

Ciò posto, non ci si può esimere dal verificare se, l'attuale impianto del procedimento – pur nella indistinzione dei contenuti utilizzabili – consenta, quanto meno, l'effettivo esercizio dei poteri e dei diritti probatori, a tutti gli interessati, in condizione di parità.

La risposta a tale provocazione speculativa non può che essere desolatamente negativa.

Ed invero, le modifiche che, più o meno direttamente, hanno interessato la fase istruttoria lasciano del tutto irrisolte le criticità evidenziabili, ora come allora, in riferimento al procedimento di prevenzione.

La prima criticità, come già si accennava in premessa, attiene all'effettività dei poteri istruttori in riferimento ai tempi per la definizione del procedimento e si fonda sulla incontestabile circostanza per la quale il proposto – nonostante la concisa e sintetica esposizione delle ragioni della proposta, di nuovo conio – di fatto, ha a disposizione un tempo ridottissimo per poter prendere cognizione degli elementi, di vario genere, posti a suo carico prima della celebrazione dell'udienza nella quale potrà articolare ed esaurire le sue difese.

Le ragioni del proposto, invero, nell'ambito del detto procedimento, subiscono una schiacciante – e sia consentito dire, illegittima – compressione, sia in riferimento ai tempi per la redazione degli atti di opposizione – più in linea con un giudizio incidentale che con un procedimento con effetti detonanti e definitivi quale è quello di prevenzione –; sia con riferimento al conseguente ridimensionamento dei poteri istruttori, i quali, appaiono ancor più mortificati se posti in confronto con le illimitate possibilità di allegazione di cui può godere l'organo dell'accusa che deposita la proposta di prevenzione.

Il disallineamento tra i tempi di ricerca del materiale su cui fondare la proposta, e quelli di individuazione degli elementi da porre a confutazione degli stessi, risulta ancor più inaccettabile se solo si consideri che l'ambito dei soggetti e delle tipologie delittuose che legittimano l'adozione di misure di prevenzione è andato progressivamente ampliandosi, per estendersi finanche ai soggetti attinti da mere contestazioni per quanto ancora non tradottesi in pronunce di condanna o addirittura in procedimenti veri e propri (accade finanche che il proposto venga a conoscenza in sede di prevenzione della esistenza di denunce, esposti o iscrizioni a suo carico senza che ne abbia mai saputo nulla, o che si veda porre a carico, decreti o ordinanze di archiviazioni per fatti di ogni genere, risalenti nel tempo, e neppure ritenuti degni di accertamento dibattimentale!).

L'ampliamento della quantità e qualità delle situazioni giudiziarie legittimanti la proposta di prevenzione comporta – inevitabilmente – un indebito e illegittimo spostamento (e in alcuni casi, anticipazione) dell'accertamento dei fatti dalla sede propria e naturale che è il processo penale di merito, a quello – più celere e sommario – di prevenzione, atteso che il giudice della prevenzione, sebbene al fine di trarne indizi rivelatori di una tendenza a delinquere, dovrà necessariamente operare una valutazione del merito degli stessi – vieppiù se un accertamento del merito non è mai stato condotto!

Tale erosione di competenza del giudice della prevenzione rispetto a quello penale è suscettibile di paritorire una mostruosità giuridica bicefala, per la quale, un determinato materiale investigativo addebitato al proposto può essere, dapprima, in sede sommaria di prevenzione, valutato quale indice di pericolosità e, successivamente, all'esito di un meditato e garantito giudizio penale, ritenuto del tutto inadeguato a fondare qualsivoglia giudizio di responsabilità in capo al medesimo soggetto o addirittura giudicato come neppure allo stesso riferibile (si pensi ad un'assoluzione perché il fatto non sussiste o l'imputato non lo ha commesso o ad una pronuncia di falsità delle dichiarazioni rese a carico del prefato o ad un giudizio di assoluta inattendibilità della chiamata di reo!).

D'altronde, è sì vero che nel procedimento di prevenzione, a differenza di quello di merito, non si richiedono elementi idonei per un convincimento di certezza circa la partecipazione del soggetto all'associazione criminale ovvero alla commissione del reato presupposto, tuttavia è altrettanto vero che la valutazione di elementi anche al solo fine di un accertamento di pericolosità – ancor più ove gli stessi non siano stati già fatti oggetto di giudizio penale – non può prescindere dalla prova della sussistenza di circostanze di fatto, oggettivamente valutabili e controllabili, sintomatiche della indiscutibile riferibilità al prefato di fatti delittuosi.



Tale necessità ricostruttiva presupporrebbe, dunque, anche in sede di prevenzione, l'esercizio di un potere probatorio ben più significativo di quello riconosciuto inizialmente al proposto, soprattutto quando a sostegno della proposta si allegi materiale istruttorio desunto da procedimenti non conclusi con pronunce di condanna, giacché, in tali ultime ipotesi si finisce – inevitabilmente – per trasferire, nella atipica sede della prevenzione, anche la valutazione circa il merito stesso di quei fatti o, comunque, la intrinseca attitudine degli stessi, quanto meno, a concorrere a descrivere una “carriera criminale” in capo al proposto.

Tuttavia, va ricordato come l'ambito originario di applicazione della prevenzione avesse tutt'altra fisionomia, essendo attivabile precipuamente in riferimento a soggetti dichiarati delinquenti abituali e professionali sulla scorta di plurimi accertamenti di merito definiti con condanna, o comunque in presenza di situazioni giudizialmente acclarate di comprovata e reiterata scelta di vita criminale.

È, dunque, sulla scorta di tale perimetrazione che il primigenio impianto sistematico del relativo procedimento era stato espressamente forgiato sul modello – ben più snello – del procedimento di esecuzione (da ciò il richiamo all'art. 666 c.p.p. quale norma di chiusura per quanto non espressamente previsto dalla normativa di dettaglio).

Tuttavia, il legislatore, abbattendo gli originari argini di applicabilità della prevenzione esclusivamente a quei soggetti che avevano fatto del crimine una scelta complessiva di vita per favorirne la epidemica estensione a categorie che potremmo definire di “delinquenti d'occasione”, vale a dire autori di reato o meri indagati per fattispecie eterogenee e vaste (es. corruzioni, bancarotte, reati fiscali), ha creato una mostruosità giuridica.

Il procedimento di prevenzione, invero, non è più meramente ricognitivo della pericolosità ma, in un certo senso, generativo – esso stesso – di un prototipo di soggetto pericoloso, la cui costruzione è resa possibile, a monte, mediante il rastrellamento, senza limiti, di qualsivoglia materiale probatorio (finanche controlli e annotazioni di PG avulse da procedimenti penali; segnalazioni di vario genere; verbali di infrazioni stradali) atto a rendere plausibile la proposta; e, a valle, attraverso l'ingresso indiscriminato e senza filtro di questo materiale a fini decisori.

L'archetipo testé descritto, già in sé di difficile digeribilità costituzionale, non ha trovato neppure un contrappeso nella necessaria ricalibrazione dei poteri difensivi in favore del proposto e di riattivazione di garanzie processuali, di natura temporale e probatoria, consone al mutato aspetto del procedimento.

A tali fini è, dunque, evidente come la previsione di tempi contingentati per l'adozione del provvedimento definitivo, in uno alla mancanza di precisi istituti atti a stabilire i limiti, la tempistica e le condizioni per l'allegazione di materiale su cui fondare la proposta, in capo al proponente, oltre alla mancanza di disciplina relativa a tempi, modi, forme e limiti delle richieste istruttorie del proposto, descrivano un procedimento che merita di essere ampiamente rivisto, corretto e adeguato al rispetto delle garanzie costituzionali e internazionali, come peraltro già sollecitato dalla stessa giurisprudenza europea<sup>31</sup>.

#### *Le problematiche istruttorie connesse al procedimento di prevenzione patrimoniale*

Le perplessità che la normativa di prevenzione suscita relativamente alle effettive possibilità istruttorie in favore degli interessati, si acquiscono maggiormente con riferimento al procedimento applicativo delle misure di prevenzione patrimoniale, il quale – ex art. 23 comma 1 D.lgs. 159/2011 – resta disciplinato, per quanto non espressamente previsto, dalle medesime disposizioni dettate per le misure di prevenzione personale.

Ed invero, proprio in riferimento alla prevenzione patrimoniale, la sperequazione probatoria sussistente tra i soggetti interessati al procedimento appare quanto mai macroscopica.

<sup>31</sup> Sul punto, v. C. eur. dir. umani, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia.

Il superiore assunto risulta facilmente riscontrabile se solo si procede alla lettura dell'art. 19 del D.lgs 159/2011, norma, quest'ultima, che pur disciplinando gli strumenti di indagine riconosciuti ai proponenti e teso a garantire il legittimo svolgimento di qualsivoglia tipo di investigazione patrimoniale a carico del destinatario della proposta, è destinata a riverberare i propri effetti direttamente in ambito applicativo ed istruttorio.

Ed infatti, l'illimitato potere investigativo avente ad oggetto l'accertamento del tenore di vita del proposto; le disponibilità finanziarie di costui; il patrimonio complessivo allo stesso riconducibile, con verifica della sussistenza anche di attività formalmente intestate ad altri ma allo stesso riferibili; nonché ogni attività economica esercitata, in forma diretta o indiretta; qualsivoglia fonte di reddito percepito; la sussistenza di mutui o contratti, con estensione degli accertamenti anche al coniuge e ai congiunti, viene poi a riversarsi direttamente nel procedimento, per tradursi *tout court* nel quadro probatorio a supporto della istanza ablatoria.

Tale potere di ricerca dei mezzi comprovanti la legittimità della proposta, oltre che essere sconfinato per estensione e unidirezionalmente orientato (si ricordi che nel procedimento di previsione alcuna norma impone al proponente di allegare anche gli elementi favorevoli al proposto, sia ai fini delle misure personali che patrimoniali!) appare, di fatto anche infinito nei tempi, nella misura in cui la norma non prevede alcun termine di durata massima degli accertamenti, a differenza di quanto accade nello speculare ambito delle indagini preliminari relative ai procedimenti penali.

E tale mancanza di regolamentazione stride ancor più se posta a confronto con la circostanza per la quale termini di durata stringenti – di un anno e sei mesi dal momento dell'immissione dei beni nel possesso degli amministratori (prorogabili in ipotesi di indagini complicate e compendi patrimoniali rilevanti) – sono invece previsti per la fase decisionale del procedimento.

Tale squilibrio temporale pone il proposto nella scomoda condizione di dover fronteggiare e confutare, in pochissimo tempo, dapprima il risultato di sforzi investigativi protrattisi per mesi, frutto di indagini capillari condotte sinergicamente da *pool* di investigatori, con accesso a qualsivoglia anagrafe e banca dati; ente pubblico o privato; società o privati, senza limiti di sorta; successivamente, a dover interagire con gli ampi ed autonomi poteri istruttori attivabili dal medesimo Tribunale chiamato a decidere, senza poter parallelamente usufruire di specifici spazi e poteri di ricerca degli elementi su cui fondare la difesa.

Orbene, a fronte di una situazione di tal fatta, la novella non solo non ha minimamente considerato le criticità sopra evidenziate, ma si è incredibilmente limitata ad aggiungere, al comma 4 dell'art. 19, anche la previsione della possibilità di accesso «*senza nuovi o maggiori oneri, al Sistema per l'interscambio di flussi dati (SID) dell'Agenzia delle entrate e richiedere quanto ritenuto utile ai fini delle indagini*».

Va pur detto che la lettura complessiva degli interventi della riforma lasciano desumere come, in un certo senso, il legislatore sia consapevole delle problematiche testé evidenziate senza, tuttavia, trovare il coraggio di porre un argine alla deriva di pervasività presuntiva alla quale il procedimento di prevenzione patrimoniale si è conformato, per limitarsi – in maniera del tutto surrettizia – ad ampliare il sistema delle proroghe e delle sospensioni, art. 24 D.lgs 159/2011, per le ipotesi di procedimenti con accertamenti complessi.

In tale ottica, risulta del tutto insufficiente, tanto l'innalzamento a 30 giorni del termine entro cui perde efficacia il sequestro urgente di cui all'articolo 22 del codice antimafia (a fronte degli originari dieci), quanto la previsione per la quale, ai fini del calcolo dei termini per la convalida del sequestro, si tenga conto delle cause di sospensione previste dall'articolo 24 comma 2 del codice antimafia, tra cui – ad esempio – accertamenti peritali ed eventuali richieste di ricasazione.

In ogni caso, ciò che interessa nell'ambito di un discorso più ampio in merito alle possibilità di natura istruttoria che il procedimento mette a disposizione del proposto, è la intervenuta previsione della possibilità di proroga di tale termine in presenza di indagini complesse o compendi patrimoniali rilevanti: infatti, pur rimanendo intatto il riferimento al limite, viene eliminato l'inciso “per non più di due volte”, che fino ad oggi

compariva invece nella norma. Sono altresì precisate le ipotesi di sospensione del termine ed è indicato in novanta giorni il termine massimo di sospensione per l'espletamento di accertamenti peritali sui beni.

In realtà, tali precisazioni, per quanto non risolutive della problematica, appaiono in ogni caso rilevanti, quanto meno, ai fini di un nuovo approccio teso alla decompressione del diritto di difesa, il quale, di fatto, restava confinato in una zona marginale del procedimento, inevitabilmente schiacciato tra la mole indistinta di accertamenti allegati dal proponente e la ineludibile necessità di concludere la procedura in tempi ristretti, da parte del Tribunale.

La difesa, in sostanza, non solo non aveva il tempo per poter ricercare, in via preventiva mezzi di prova da addurre, ma si vedeva respinta ogni richiesta che avesse comportato un rallentamento istruttorio, in quanto incompatibile con i termini rigorosamente dettati a pena di perdita di efficacia del provvedimento.

In ogni caso, la inaccettabile mancanza di una normativa di dettaglio tesa a regolare l'istruttoria, e in particolar modo a ricalibrare l'attuale sperequazione sussistente tra i poteri di richiesta e allegazione delle parti, risulta ancora più incomprensibile se solo si consideri che il risultato del procedimento di prevenzione patrimoniale, ovvero la confisca definitiva, produce sul patrimonio del proposto esattamente gli stessi effetti che si genererebbero a carico del condannato in via definitiva, all'esito di un processo garantito.

Ovviamente, la assurdità della sovrapposizione degli accertamenti degenera nella inaccettabile situazione per la quale, i beni di un soggetto – nell'ambito del nostro ordinamento – possono essere attinti, in via definitiva, da un provvedimento ablatorio anche a prescindere dal rispetto delle regole e garanzie processuali ineludibili nell'ambito del procedimento penale il quale, con il suo fardello di diritti e le sue lungaggini, finisce con il restare sullo sfondo, non più come il luogo della garanzia, bensì come un obsoleto e macchinoso meccanismo privo di utilità.

La progressiva e inesorabile erosione delle garanzie in favore di procedure punitive sommarie fondate sulla logica delle presunzioni di colpevolezza (*rectius* di pericolosità o di illecito accumulo) conduce inesorabilmente alla aberrante deriva per la quale qualsiasi consociato – sebbene non condannato ma meramente indiziato o sospettato e, in quanto tale, reso oggetto di attenzioni investigative di natura patrimoniale – potrebbe ritrovarsi a subire una confisca, laddove non riuscisse a dimostrare puntualmente l'origine dei propri beni.

Conclusivamente, si può solo evidenziare come lo scenario da "processo kafkiano" verso il quale si sta inesorabilmente scivolando e, rispetto al quale, l'unico argine attualmente esistente è costituito dalla sensibilità istituzionale e costituzionale dei singoli magistrati, richiede – senza più tentennamenti o timidezze – un incisivo intervento del legislatore e, in mancanza, una presa di posizione severa da parte della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia Europea, perché, uno stato di diritto non può consentirsi di derogare minimamente al complesso di garanzie e libertà per rispondere ad un bisogno di sicurezza, che va soddisfatto, *aliunde* e con altri mezzi, non certamente con metodi punitivi sommi.

## Requisiti soggettivi per l'applicazione delle misure di prevenzione personali. L'attualità della pericolosità: una querelle verso la soluzione?

DI LUCIANO MARCHIANÒ

(AVVOCATO DEL FORO DI BARI)

Il tema della individuazione, della definizione e dell'accertamento dei requisiti soggettivi necessari ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione personali prerogativa dell'autorità giudiziaria, previste dal Capo II del Titolo I del Libro I del Codice Antimafia (tralasciando in questa sede la disamina delle misure di prevenzione personali applicate dal questore previste dal Capo I del Titolo I del Libro I), è oggetto di una costante riflessione giurisprudenziale protesa, irreversibilmente, verso l'adeguamento del sistema ai principi costituzionali ed a quelli sovranazionali espressi dalla C.E.D.U., anche al fine di evitare nuove pronunce di condanna da parte della Corte di Strasburgo nei confronti dello Stato Italiano, come quella emessa, da ultimo, nel noto caso *De Tommaso c. Italia*<sup>32</sup>.

Ai fini dell'applicazione di questa tipologia di misure personali, non è sufficiente la pura e semplice riconducibilità ad una delle categorie contemplate dall'art. 4 (soggetti destinatari), da ultimo ampliate dall'art 1, comma 1, lett. c) e d), della L. 17/10/2017 n. 161, ma è altresì necessario che il proposto sia socialmente pericoloso e che la sua pericolosità sociale sia attuale.

In mancanza di pericolosità sociale attuale, difatti, non vi sarebbe nulla da prevenire e la sottoposizione ad una misura sarebbe ingiustificata.

Le misure di prevenzione personale applicate dall'autorità giudiziaria, dunque, richiedono tre presupposti indefettibili (artt. 4 e 6, comma 1, d.lgs. n. 159/11):

- a) la riconducibilità della persona a una categoria di pericolosità delineata dal legislatore;*
- b) la pericolosità (effettiva) della persona per la sicurezza pubblica, tale da rendere necessaria una particolare vigilanza da parte degli organi di pubblica sicurezza;*
- c) l'attualità della pericolosità sociale della persona”.*

L'accertamento dei tre presupposti deve avvenire sulla base di elementi di fatto, con esclusione di sospetti, congetture e illazioni<sup>33</sup>.

La verifica dell'attualità della pericolosità come *“indefettibile presupposto”* della adozione delle misure di prevenzione personali, con particolare riferimento a quei casi, tutt'altro che infrequenti, in cui l'accertamento di condotte devianti operato in sede penale, è risalente nel tempo, è stata di recente affermata in giurisprudenza<sup>34</sup>.

Compiendo un'importante operazione ermeneutica e di sintesi, la Corte ha precisato che il giudizio di pericolosità deve essere scisso in una prima fase di tipo *«constatativo»* ed in una seconda di tipo essenzialmente *«prognostico»* tesa a qualificare come probabile il ripetersi di condotte antisociali, inquadrate nelle

<sup>32</sup> C. eur. dir. umani, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*.

<sup>33</sup> F. MENDITTO, *L'attualità della pericolosità sociale va accertata, senza presunzioni, anche per gli indiziati di mafia*, in *DP*, 2014.

<sup>34</sup> Cass. pen., sez. I, 11 febbraio 2014, n. 23614.

categorie criminologiche di riferimento previste dalla legge: *«il giudizio di prevenzione, lungi dal consistere in una mera valutazione di pericolosità soggettiva (la parte prognostica del giudizio) si alimenta in primis dall'apprezzamento di «fatti» storicamente apprezzabili e costituenti a loro volta «indicatori» della possibilità di iscrivere il soggetto proposto in una delle categorie criminologiche previste dalla legge (la parte constatativa e dunque ricostruttiva del giudizio)».*

L'appartenenza ad una delle categorie previste dalla legge, dunque, è solo una condizione, necessaria ma non sufficiente, per l'applicazione della misura di prevenzione personale e l'«attualità» della pericolosità deve essere rapportata al momento della decisione di primo grado.

Questa valutazione deve essere compiuta, anche e soprattutto, in relazione alle posizioni dei soggetti appartenenti alle categorie previste dall'articolo 4 del codice antimafia (si tratta degli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416 bis c.p. o degli indiziati di uno dei reati di cui all'art. 51 comma 3 bis c.p.p. o di altre figure di reato specificamente indicate) in quanto mentre le fattispecie della c.d. pericolosità generica, importate dalla legge n.1423 del 1956, già contengono riferimenti descrittivi tali da assicurare la verifica della pericolosità concreta ed attuale, quelle previste dall'art. 4 potrebbero dar luogo ad inammissibili automatismi.

La pericolosità attuale del soggetto, dunque, è presupposto applicativo generale, da riferirsi ad ogni categoria criminologica specifica.

Tale conclusione è del tutto conforme alla linea interpretativa tracciata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 291 del 2.12.2013 nella quale viene affermata la necessità – senza alcuna possibilità di deroga – della persistenza della pericolosità sociale tanto al momento della decisione quanto al momento della esecuzione della misura di prevenzione, rifuggendo meccanismi presuntivi e richiedendo, per l'ipotesi di sospensione dovuta a periodo detentivo (che nel caso aveva dato luogo all'incidente di costituzionalità) la verifica *ex officio* di tale fondamentale presupposto.

La recente legge di riforma ha tradotto in termini normativi il principio aggiungendo all'articolo 14 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 i commi 2-bis *«l'esecuzione della sorveglianza speciale resta sospesa durante il tempo in cui l'interessato è sottoposto alla misura della custodia cautelare. In tal caso, salvo quanto stabilito dal comma 2, il termine di durata della misura di prevenzione continua a decorrere dal giorno nel quale è cessata la misura cautelare, con redazione di verbale di sottoposizione agli obblighi»* e 2-ter *«l'esecuzione della sorveglianza speciale resta sospesa durante il tempo in cui l'interessato è sottoposto a detenzione per espiazione di pena. Dopo la cessazione dello stato di detenzione, se esso si è protratto per almeno due anni, il tribunale verifica, anche d'ufficio, sentito il pubblico ministero che ha esercitato le relative funzioni nel corso della trattazione camerale, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato, assumendo le necessarie informazioni presso l'amministrazione penitenziaria e l'autorità di pubblica sicurezza, nonché presso gli organi di polizia giudiziaria. Al relativo procedimento si applica, in quanto compatibile, il disposto dell'articolo 7. Se persiste la pericolosità sociale, il tribunale emette decreto con cui ordina l'esecuzione della misura di prevenzione, il cui termine di durata continua a decorrere dal giorno in cui il decreto stesso è comunicato all'interessato, salvo quanto stabilito dal comma 2 del presente articolo. Se invece la pericolosità sociale è cessata, il tribunale emette decreto con cui revoca il provvedimento di applicazione della misura di prevenzione».*

Per completezza d'indagine, giova ricordare che mentre era in corso l'approvazione della L. nr. 161/2017, la Corte di Cassazione, ha registrato la persistenza di un contrasto interpretativo tra le sezioni semplici circa l'esistenza e la natura di una presunzione in tema di attualità della pericolosità sociale nei confronti dei soggetti inquadrati nelle categorie previste dall'articolo 4 del d.lgs. n.159 del 6.9.2011, con intuibili ricadute sul profilo motivazionale, in un settore dell'ordinamento che limita il controllo di legittimità affidato alla Corte all'apprezzamento della sola violazione di legge e, pertanto, alla verifica dell'esistenza o meno, nel provve-

dimento impugnato, di un tessuto logico capace di esplicitare in modo chiaro i nessi rilevanti tra l'esito del giudizio e i materiali conoscitivi acquisiti<sup>35</sup>.

S'intuisce che, ove si ritenga inesistente una presunzione di pericolosità, l'obbligo motivazione del giudice di merito dovrà coinvolgere anche il profilo della attualità della pericolosità; obbligo dal quale, viceversa, sarà esentato ove (improbabilmente) si ritenesse operante la presunzione.

Donde la rimessione alla Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618 con la formulazione del quesito *“in tema di misure di prevenzione personali, se in presenza di elementi ritenuti indizianti circa la pregressa appartenenza del soggetto proposto ad una associazione di stampo mafioso, sia o meno necessaria – in caso di accoglimento della proposta applicativa – una motivazione in positivo sul punto dell'attualità della pericolosità al momento della decisione di primo grado”*.

È, dunque, chiaro l'intento della sezione remittente di *provocare* una pronunzia delle Sezioni Unite, nell'esercizio della funzione nomofilattica, che confermi, definitivamente, l'assenza di una presunzione di pericolosità anche per i soggetti appartenenti alle categorie previste dall'art. 4 del codice antimafia ed imponga, come conseguenza inevitabile, ai giudici di merito di esprimere adeguata motivazione sul punto della sussistenza dell'attualità della pericolosità in modo di consentire alla Corte, eventualmente adita, di svolgere la verifica di legittimità che, in assenza di qualsiasi motivazione sul punto, dovrebbe inevitabilmente comportare l'annullamento (con rinvio), con inutile dilatazione dei tempi del giudizio, in un'ottica di adeguamento del sistema ai principi della Costituzione e della CEDU nei cui riguardi gli interpreti e gli operatori non possono che esprimere un favorevole apprezzamento.

In corso di stampa le SS.UU. sono intervenute con la sentenza nr. 111 del 30 novembre 2017 (dep. il 4 gennaio 2018) affermando il principio secondo cui *“nel procedimento applicativo delle misure di prevenzione personali nei confronti degli indiziati di appartenere ad una associazione di tipo mafioso, è necessario il requisito della attualità della pericolosità del proposto”*.

## I criteri decisori per l'applicazione delle misure patrimoniali

DI DONATELLO CIMADOMO

(AVVOCATO DEL FORO DI POTENZA – RICERCATORE CONFERMATO DI PROCEDURA PENALE E DOCENTE DI PROCEDURA PENALE DEGLI ENTI, UNIVERSITÀ DI SALERNO)

La l. 17 ottobre 2017, n. 161 (*“Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate”*), pubblicata in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale n. 258 del 4 novembre 2017 e, dunque, entrata in vigore il 19 novembre 2017, contiene modifiche anche al d.lgs. 6 set-

<sup>35</sup> Cass. pen., sez. I, ord. 23 ottobre 2017, n. 48441.

tembre 2011, n. 159 (“Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136”).

In tema di misure di prevenzione patrimoniali l'intervento legislativo è compendiato in una serie di norme (artt. 5-12), che interessano, in particolare, il procedimento di applicazione (art. 5), l'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche (art. 10) e il controllo giudiziario delle aziende (art. 11).

Quanto al profilo dei criteri decisori per l'applicazione delle misure, il sistema, in parte implementato, può essere sintetizzabile – senza pretesa di completezza – nei seguenti termini.

#### *Il sequestro*

Il tribunale, anche d'ufficio (e previa, eventuale integrazione degli accertamenti patrimoniali indispensabili), con decreto motivato, dispone (se del caso anticipatamente prima della fissazione dell'udienza) il sequestro dei beni dei quali la persona nei cui confronti è stata presentata la proposta risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, quando il loro valore risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta ovvero quando, sulla base di sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego, ovvero dispone le misure di cui agli artt. 34 (Amministrazione giudiziaria dei beni personali) e 34-bis (Amministrazione giudiziaria dei beni personali) ove ricorrano i presupposti ivi previsti (artt. 20 e 22 d.lgs. n. 159/2011).

In tema, la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di rilevare che sono suscettibili di confisca anche i beni utilizzati dal proposto in virtù di un contratto di leasing, in quanto la nozione di disponibilità “a qualsiasi titolo” da parte del proposto, come tale ampia ed aperta a qualsiasi figura giuridica; e che può essere disposta la confisca di un bene utilizzato dal proposto in virtù di un contratto di leasing traslativo se non sia riconoscibile la buona fede della società di leasing al momento della conclusione del contratto, non rilevando l'eventuale successivo acquisto per incorporazione della medesima società da parte di altro soggetto giuridico che, subentrando nei diritti e nella posizione dell'originaria concedente, succede nel medesimo difetto di buona fede<sup>36</sup>.

#### *La confisca*

Il tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati di cui la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento (o già destinataria di misura di prevenzione personale) non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. In ogni caso il proposto non può giustificare la legittima provenienza dei beni adducendo che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale. Se il tribunale non dispone la confisca, può applicare anche d'ufficio le misure di cui agli artt. 34 (Amministrazione giudiziaria dei beni personali) e 34-bis (Amministrazione giudiziaria di beni connessi ad attività economiche e delle aziende) ove ricorrano i presupposti ivi previsti (art. 24 d.lgs. n. 159/2011).

La verifica dei presupposti applicativi della confisca dei beni sequestrati riguarda: a) la titolarità diretta o indiretta; b) la legittima provenienza; c) la “sproporzione reddituale”.

La giurisprudenza di legittimità ha avuto di evidenziare che la sproporzione tra i beni posseduti e le attività economiche del proposto non può essere giustificata adducendo proventi da evasione fiscale, atteso che



le disposizioni sulla confisca mirano a sottrarre alla disponibilità dell'interessato tutti i beni che siano frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego, senza distinguere se tali attività siano o meno di tipo mafioso<sup>37</sup>.

Quanto all'onere di allegazione difensiva in ordine alla legittima provenienza dei beni, è stato, poi, rilevato che esso non può essere soddisfatto con la mera indicazione della esistenza di una provvista sufficiente per concludere il negozio di acquisto degli stessi, dovendo invece il soggetto sottoposto al procedimento di prevenzione indicare gli elementi fattuali dai quali il giudice possa dedurre che il bene non sia stato acquistato con i proventi di attività illecita, ovvero ricorrendo ad esborsi non sproporzionati rispetto alla sua capacità reddituale<sup>38</sup>.

Il terzo intestatario di un bene sottoposto a confisca che intenda contestare il provvedimento applicativo può limitarsi ad allegare circostanze di fatto tese a dimostrare l'effettivo impiego di risorse economiche proprie nell'acquisto del bene, non rilevando, a differenza dell'onere di allegazione gravante sul terzo creditore, la dimostrazione della sua buona fede al momento dell'acquisto<sup>39</sup>.

È poi previsto che quando accerta che taluni beni sono stati fittiziamente intestati o trasferiti a terzi, con il decreto che dispone la confisca il giudice dichiara la nullità dei relativi atti di disposizione.

Fino a prova contraria si presumono fittizi:

a) i trasferimenti e le intestazioni, anche a titolo oneroso, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione nei confronti dell'ascendente, del discendente, del coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei parenti entro il sesto grado e degli affini entro il quarto grado;

b) i trasferimenti e le intestazioni, a titolo gratuito o fiduciario, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione (art. 26 d.lgs. n. 159/2011).

Sul punto la giurisprudenza di legittimità ha rilevato che detta declaratoria di nullità prevista non è pregiudiziale ai fini della validità della confisca, ma costituisce un obbligo consequenziale all'accertamento della fittizietà, la cui inosservanza non integra vizi rilevanti ai sensi degli artt. 177 ss. c.p.p., bensì un'omissione rimediabile, anche d'ufficio, con la procedura *ex art.* 130 c.p.p.<sup>40</sup>.

#### *Il sequestro e la confisca per equivalente*

Dopo la presentazione della proposta, se non è possibile procedere al sequestro dei beni dei quali la persona nei cui confronti è stata presentata la proposta risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, perché il proposto non ne ha la disponibilità, diretta o indiretta, anche ove trasferiti legittimamente in qualunque epoca a terzi in buona fede, il sequestro e la confisca hanno ad oggetto altri beni di valore equivalente e di legittima provenienza dei quali il proposto ha la disponibilità, anche per interposta persona (art. 25 d.lgs. n. 159/2011).

La giurisprudenza di legittimità ha statuito che è consentita, ai sensi degli artt. 18 comma 1 e 26 comma 1 d.lgs. n. 159/2011, la confisca del bene che si accerti essere stato dai successori del "*de cuius*" fittiziamente trasferito a terzi in mala fede; mentre, nell'ipotesi di terzi acquirenti in buona fede, può essere disposta nei confronti del successore la confisca per equivalente del valore del bene trasferito *ex art.* 25 d.lgs. n. 159/2011<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> Cass. pen., sez. un., 29 maggio 2014, n. 33451, in *CED Cass.*, n. 260244. Nello stesso senso, Cass. pen., sez. VI, 12 gennaio 2016, n. 4908, in *CED Cass.*, n. 266312 ossia la sproporzione tra i beni posseduti e le attività economiche del proposto non può essere giustificata adducendo proventi da evasione fiscale, qualunque sia la categoria di pericolosità sociale riferibile al proposto.

<sup>38</sup> Cass. pen., sez. VI, 9 giugno 2015, n. 31751, in *CED Cass.*, n. 264461.

<sup>39</sup> Cass. pen., sez. I, 18 maggio 2017, in *CED Cass.*, n. 270974.

<sup>40</sup> Cass. pen., sez. un., 22 dicembre 2016, n. 12621, in *CED Cass.*, n. 270083.

<sup>41</sup> Cass. pen., sez. un., 22 dicembre 2016, n. 12621, in *CED Cass.*, n. 270085.

*La cauzione*

Il tribunale, con l'applicazione della misura di prevenzione, dispone che la persona sottoposta a tale misura versi (anche a rate) presso la cassa delle ammende una somma, a titolo di cauzione, di entità che, tenuto conto anche delle sue condizioni economiche e dei provvedimenti adottati a norma dell'art. 22, costituisca un'efficace remora alla violazione delle prescrizioni imposte; in luogo del deposito della somma, l'interessato può presentare idonee garanzie reali; il denaro o i beni costituiti in garanzia sono confiscati in caso di violazione degli obblighi o dei divieti derivanti dall'applicazione della misura di prevenzione.

Si tratta di un'ipotesi di misura di "prevenzione nella prevenzione" dal momento che la cauzione (potrebbe dirsi) obbligatoria ha natura accessoria rispetto alla misura di prevenzione "principale": il criterio decisorio è vincolato in ordine all'*an*, discrezionale in merito al *quantum*.

L'imposizione della cauzione è governata, invece, da criteri di discrezionalità (*recte*, di mera opportunità) quando è stata proposta una misura di prevenzione (artt. 31 e 32 d.lgs. n. 159/2011).

Quanto alla determinazione cauzione, la giurisprudenza di legittimità ha rilevato che non è previsto alcun limite massimo di valore della somma da versare presso la cassa delle ammende, demandandone la determinazione dell'entità alla discrezionalità del giudice, nell'ambito di una ponderata valutazione delle condizioni economiche del sottoposto e dei provvedimenti di urgenza adottati a norma dell'art. 22 d.lgs. n. 159/2011, in funzione di un'efficace remora alla violazione delle prescrizioni imposte<sup>42</sup>.

*L'amministrazione giudiziaria dei beni personali, esclusi quelli destinati all'attività professionale o produttiva*

Il tribunale può aggiungere ad una delle misure di prevenzione previste dall'art. 6 d.lgs. n. 159/2011, quella dell'amministrazione giudiziaria dei beni personali, esclusi quelli destinati all'attività professionale o produttiva, quando ricorrono sufficienti indizi che la libera disponibilità dei medesimi agevoli comunque la condotta, il comportamento o l'attività socialmente pericolosa; il tribunale può applicare soltanto l'amministrazione giudiziaria se ritiene che essa sia sufficiente ai fini della tutela della collettività (art. 33 d.lgs. n. 159/2011).

Come si vede, la misura in argomento si presenta diversamente modulata a seconda del carattere accessorio o meno rispetto ad altra misura di prevenzione ed è applicabile in ragione di criterio decisorio ancorato alla verifica di presupposti (enucleati col sintagma "sufficienti indizi" circa il pericolo di agevolazione derivante dalla libera disponibilità delle cose da vincolare) e, perciò, cagione di imponderabili interpretazioni se scevre dalla oggettiva valutazione dei fatti.

*L'amministrazione giudiziaria di beni connessi ad attività economiche e delle aziende*

Quando, a seguito degli accertamenti patrimoniali di cui all'art. 19 d.lgs. n. 159/2011 o di quelli compiuti per verificare i pericoli di infiltrazione mafiosa, previsti dall'art. 92, ovvero di quelli compiuti ai sensi dell'art. 213 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 ("Codice dei contratti pubblici"), dall'Autorità nazionale anticorruzione, sussistono sufficienti indizi per ritenere che il libero esercizio di determinate attività economiche, comprese quelle di carattere imprenditoriale, sia direttamente o indirettamente sottoposto alle condizioni di intimidazione o di assoggettamento previste dall'art. 416-*bis* c.p. o possa comunque agevolare l'attività di persone nei confronti delle quali è stata proposta o applicata una delle misure di prevenzione personale o patrimoniale previste dagli artt. 6 e 24 d.lgs. n. 159/2011, ovvero di persone sottoposte a procedimento penale per taluno dei delitti di cui all'art. 4 comma 1 lettere a), b) e i-*bis*), del d.lgs. n. 159/2011, ovvero per i delitti di cui agli

<sup>42</sup> Cass. pen., sez. I, 23 settembre 2014, n. 41766, in *CED Cass.*, n. 260526.

artt. 603-*bis*, 629, 644, 648-*bis* e 648-*ter* c.p., e non ricorrono i presupposti per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali diverse dalla confisca, il tribunale competente per l'applicazione delle misure di prevenzione nei confronti delle persone sopraindicate dispone l'amministrazione giudiziaria delle aziende o dei beni utilizzabili, direttamente o indirettamente, per lo svolgimento delle predette attività economiche, su proposta dei soggetti di cui al comma 1 dell'art. 17 d.lgs. n. 159/2011. Quando vi sia concreto pericolo che i beni sottoposti all'amministrazione giudiziaria vengano dispersi, sottratti o alienati, nei casi in cui si ha motivo di ritenere che i beni siano frutto di attività illecite o ne costituiscano l'impiego, i soggetti di cui all'art. 17 d.lgs. n. 159/2011 possono richiedere al tribunale di disporre il sequestro, osservate, in quanto applicabili, le disposizioni previste per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali. Il sequestro è disposto sino alla scadenza del termine stabilito e complessivamente non superiore a due anni (art. 34 d.lgs. n. 159/2011).

Come nel caso dell'altro tipo di amministrazione, integrano i presupposti applicativi della misura solo i "sufficienti indizi" che ripropongono le incertezze interpretative già richiamate ed amplificate con riguardo, in particolare, alla attività di (perdurante) agevolazione, posto che la relativa *quaestio facti* attiene al profilo dell'imprenditore "vittima" e non "colluso". Agevole rilevare che la valutazione circa i presupposti applicativi della misura può essere condizionata da sospetti piuttosto che da dati di fatto che, invero, dovrebbero costituire gli unici elementi di rilevanza probatoria ai fini della prevenzione.

Il "tema di prova" è, invece, quello della provenienza dei beni (che evidentemente devono essere sproporzionati rispetto al reddito o alla capacità economica dell'imprenditore) nel caso in cui sorga pericolo della loro dispersione, sottrazione o alterazione – pericolo che, a ben vedere, deve essere a sua volta oggetto di accertamento.

#### *Il controllo giudiziario delle aziende*

Quando, invece, l'agevolazione in argomento risulta "occasionale", il tribunale dispone, anche d'ufficio, il controllo giudiziario (per un periodo da uno a tre anni) delle attività economiche e delle aziende alle quali si è fatto prima riferimento, se sussistono circostanze di fatto da cui si possa desumere il pericolo concreto di infiltrazioni mafiose idonee a condizionarne l'attività (art. 34-*bis* d.lgs. n. 159/2011).

La misura in argomento ha carattere provvisorio, che denuncia le conseguenti difficoltà circa la individuazione del requisito della occasionalità dell'agevolazione.

Il *discrimen* tra l'amministrazione giudiziaria e il controllo giudiziario dimostra di essere molto sottile e, a ben vedere, di difficile comprensione.

È arduo qualificare *ex ante* l'agevolazione da parte dell'imprenditore; il tema, piuttosto, è quello della permanenza della accertata agevolazione che, dunque, può *medio tempo* cessare proprio per effetto della amministrazione giudiziaria.

Dunque, la nuova misura del controllo giudiziario rischia di trovare scarsa applicazione, salvo immaginare che la verifica in merito ai presupposti applicativi si estenda all'analisi delle cause genetiche dell'agevolazione ossia al fenomeno criminale che condiziona la libera attività imprenditoriale, con la conseguenza che il *tipo* di misura di prevenzione applicabile potrà dipendere dalla *qualità* di detto fenomeno criminale.

In definitiva, è ragionevole immaginare che avrà maggiore applicazione la misura dell'amministrazione giudiziaria, revocabile, se del caso, qualora l'agevolazione si sia dimostrata, con giudizio *ex post*, solo occasionale.

# I termini previsti per la definizione del procedimento

DI FRANCESCO SICLARI

(AVVOCATO DEL FORO DI REGGIO CALABRIA)

Tempo e procedimento di prevenzione rappresentano un inscindibile binomio caratterizzante l'essenza stessa degli strumenti di prevenzione per come predisposti ad impedire la commissione di reati e favorire il recupero sociale di soggetti portatori di pericolosità sociale.

È di tutta evidenza, infatti, come l'efficacia deterrente e risocializzante riservata dal Legislatore all'istituto delle misure di prevenzione si troverebbe diluita in caso di risposta "sanzionatoria" temporalmente distante rispetto alla insorgenza di quegli elementi, sintomatici di pericolosità, confluiti in una proposta ex art. 5 d.lgs. n. 159/2011.

Di più, la eccessiva distanza temporale tra questi ultimi e la sottoposizione alla misura del soggetto destinatario comporterebbe, invero, la inapplicabilità in concreto del provvedimento, almeno sino ad una nuova valutazione giudiziale in punto di persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento effettivo della esecuzione della misura<sup>43</sup>.

Principio, questo da ultimo citato, che si salda con il requisito della attualità della pericolosità sociale del destinatario dei provvedimenti di carattere personale ex D. l.vo 159/2011 e quindi consente la effettiva e legittima sottoposizione del soggetto alla misura irrogata.

La Corte Costituzionale, per addivenire alla pronuncia del 2013, ha ripercorso le caratteristiche che l'istituto, nato nel 1956<sup>44</sup>, ha mutuato dalla disciplina delle misure di sicurezza, tanto che la stessa Corte ha ritenuto che la comune finalità di entrambe le misure consenta di ritenere i due istituti "*due species di un unico genus*"<sup>45</sup>.

L'identità di *genus* tra i due istituti è stata, inoltre, valorizzata dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione per meglio definire i rapporti tra il tempo, secondo la sua accezione penalistica cristallizzata nell'art. 2 c.p., e l'applicazione della misura di prevenzione.

Con la sentenza n. 4880 depositata il 2 febbraio 2015 le Sezioni Unite, muovendo dalla necessità di comporre il contrasto giurisprudenziale insorto sulla natura della confisca di prevenzione all'indomani dell'introduzione delle novelle del 2008 e del 2009, ha riconosciuto natura preventiva anche alla misura di prevenzione patrimoniale, con conseguente possibilità di applicare ad essa la disposizione dell'art. 200 cod. pen., al pari di quanto già avveniva per la misura di prevenzione personale.

Pacifica, a questo punto, appare la inapplicabilità in tema di misure di prevenzione – siano esse personali o patrimoniali – del principio di retroattività sancito in materia penale dall'art. 2 c.p. e consacrato nell'art. 25 Cost.

<sup>43</sup> Si veda, sul punto, C. Cost., n. 291/2013. La Corte Costituzionale con sentenza n. 291 del 2 dicembre 2013 ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 15 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 nella parte in cui non prevede che, nel caso in cui l'esecuzione di una misura di prevenzione personale resti sospesa a causa dello stato di detenzione per espiazione di pena della persona ad essa sottoposta, l'organo che ha adottato il provvedimento di applicazione debba valutare, anche d'ufficio, la persistenza della pericolosità sociale dell'interessato nel momento dell'esecuzione della misura.

<sup>44</sup> Legge n. 1423 del 1956 promulgata all'indomani della sentenza della Corte Costituzionale n. 2 del 1956.

<sup>45</sup> Così, C. Cost., n. 291/2013, § 6, che richiama le sentenze C. Cost., n. 419 del 1994 e n. 177 del 1980.

Una volta inquadrata – negli stringenti termini propri dello studio che ci occupa – l'importanza del tempo quando si ragioni di misure di prevenzione, e prima di entrare nel dettaglio delle scadenze proprie del procedimento, consentirà il lettore un fulmineo sconfinamento nel contenuto della legge n. 103/2017 nella parte in cui (art. 1, comma 16, lett. c) ha delegato il Governo alla adozione di decreti legislativi volti a riformare i criteri di applicazione delle misure di sicurezza.

In particolare, la delega prevede la revisione della disciplina delle misure di sicurezza personali ai fini della espressa indicazione del divieto di sottoporre ad esse per fatti non preveduti come reato dalla legge del tempo in cui furono commessi.

A nessuno potrà sfuggire come una riforma di tale portata non potrà non manifestare effetti dirimpanti su quel ragionamento giuridico cristallizzato nella richiamata decisione delle Sezioni Unite, nonché sulla struttura delle misure di prevenzione, in quanto altra *species* del medesimo *genus*.

Rientrati nei confini del tema che ci impegna ed acquisito il perdono del lettore, si proceda, senza ulteriore indugio, ad affrontare le scadenze che portano ad esaurire il procedimento di prevenzione, avendo però cura di distinguere i casi nei quali la proposta ed il giudizio si occupano della applicazione della sola misura di prevenzione personale, di quella patrimoniale, ovvero della applicazione di entrambe.

Allorquando si ragioni delle misure di prevenzione personali applicate dall'autorità giudiziaria l'art. 7 del Codice Antimafia prevede che il tribunale debba provvedere, con decreto motivato, entro 30 giorni dal deposito della proposta avanzata e depositata ai sensi dell'art. 5 D. l.vo 159/2011.

Balza immediatamente all'attenzione del lettore la assenza di indicazioni in ordine ai tempi che dovrebbero regolare il deposito della proposta, rispetto al tempo di manifestazione della pericolosità del soggetto che viene candidato a una forma di sorveglianza<sup>46</sup>.

Per ciò che afferisce al termine indicato dall'art. 7 cit., non vi è dubbio che questo sia meramente ordinatorio, nella misura in cui non è prevista sanzione alcuna in caso di sopravvivenza del procedimento al termine in norma. Ancorché ordinatorio, la esiguità del medesimo si armonizza perfettamente con i fini di prevenzione e risocializzazione propri dell'istituto.

Nell'arco temporale ideale che va dal deposito della proposta alla definizione del procedimento in primo grado, il presidente fissa la data di udienza, ne fa dare avviso – a pena di nullità – almeno dieci giorni prima alle parti che, nel termine di 5 giorni antecedenti alla data di udienza, possono presentare memorie.

Scansione temporale che, senza tema di smentita, si presenta irrealizzabile anche se vista con gli occhi del giurista meno avvezzo agli snodi burocratici e di procedura che si celano dietro ogni norma.

Conclusosi in trenta giorni, o poco più, il procedimento per l'applicazione della misura di prevenzione, il tribunale, nei successivi 15 giorni, deposita il decreto motivato che viene comunicato alle parti le quali ultime, nel termine di 10 giorni dalla ricevuta comunicazione, hanno facoltà di proporre ricorso senza effetto sospensivo.

<sup>46</sup> Si noterà come l'assenza di indicazioni temporali per il deposito della proposta possa determinare una disparità di trattamento tra situazioni coeve nella misura in cui la norma intertemporale di cui all'art. 36, c. 3, della legge n. 161/2017 ha ancorato la applicazione delle norme nel tempo alla formulazione della proposta (senza specificare se questa debba ritenersi coincidente o meno con il deposito) e previsto che *“le modifiche agli articoli 4, comma 1, 7, comma 2, 24, comma 2, per la parte in cui prevede un termine più breve per la pronuncia della confisca senza che si determini l'inefficacia del sequestro, e 25 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, non si applicano ai procedimenti nei quali, alla data di entrata in vigore della presente legge, sia già stata formulata proposta di applicazione della misura di prevenzione”*.

In questa scansione temporale a tamburo battente si è inserita la legge n. 161/2017 che ha introdotto, per la parte che qui interessa, i commi 10 *sexies*, 10 *septies* e 10 *octies* all'art. 7 del Codice Antimafia, in forza del combinato disposto dei quali l'ordinario termine di giorni 15 previsto dall'art. 7, comma 10 *sexies* D. l.vo 159/2011 potrà essere aumentato dal tribunale fino a giorni 90 ed ulteriormente aumentato di giorni 90 dal presidente del tribunale, su richiesta motivata del giudice estensore.

Le modifiche così introdotte, evidentemente ritagliate sulle decisioni che coinvolgono misure patrimoniali, finiscono inevitabilmente per stridere con il già disegnato iter procedimentale, nella misura in cui si continua a prevedere: la definizione del procedimento entro trenta giorni dalla proposta; il deposito di memorie entro cinque giorni dalla data fissata, per una udienza della quale si è ricevuto avviso – a stretto rigore di norma – anche solo dieci giorni prima dell'udienza; solo dieci giorni – comprensivi del tempo necessario per acquisire copia del provvedimento in cancelleria – per proporre ricorso avverso un provvedimento che, fornito di una motivazione particolarmente complessa tale da richiedere almeno 180 giorni per la sua stesura, non si comporrà certamente di solo qualche decina di pagine.

Il difetto di coordinamento appare palese non meno di come, di converso, appaiono oscure le ragioni che hanno condotto il Legislatore dell'ultima riforma del Codice Antimafia a non uniformare i tempi dettati per il ricorso ex art. 7 D. l.vo 159/2011 a quelli previsti dall'art. 585, c.p.p.

Difetto di coordinamento che trascende esclusivi rilievi di opportunità e finisce per intaccare il presidio costituzionale che riconosce ad ogni persona un giusto processo e, quindi, anche il diritto di disporre del tempo e delle condizioni necessari per preparare la difesa, a meno di non volere sostenere che le disposizioni di cui all'art. 111, comma 3, Cost. non trovino applicazione nel procedimento prevenzione.

Per come già accennato, le modifiche da ultimo introdotte sono state evidentemente ritagliate sulle misure ex artt. 16 e ss. D. l.vo 159/2011 che, anche in relazione agli ingenti compendi patrimoniali dei quali solitamente si chiede la confisca, necessitano di un esame più approfondito e di accertamenti tecnici e/o economico-fiscali.

La macchinosità della istruttoria in siffatto tipo di procedure è stata, quindi, prevista dal Legislatore che ha deciso, comunque, di dotare di tempi ben precisi – stavolta con termini perentori che vanno ad incidere sulla efficacia del sequestro – per la definizione del procedimento applicativo.

In particolare l'art. 24 comma 2 del Codice Antimafia prevede che il provvedimento di sequestro perda efficacia se il tribunale non deposita il decreto che pronuncia la confisca entro un anno e sei mesi dalla data di immissione in possesso dei beni da parte dell'amministratore giudiziario. Termine prorogabile, nel caso di indagini complesse o compendi patrimoniali rilevanti, di sei mesi<sup>47</sup>. Termine di efficacia del sequestro – questo così rilevato – che diventa, evidentemente, anche termine massimo di definizione della procedura di primo grado, la quale non andrà mai oltre, pena l'inefficacia del sequestro e l'impossibilità di confiscare il compendio patrimoniale oggetto di proposta, ad anni due dalla data di immissione in possesso dei beni da parte dell'amministratore giudiziario, oltre ai periodi di sospensione dei termini dettagliatamente elencati dallo stesso art. 24 cit.

<sup>47</sup> La legge n. 161 del 17 ottobre 2017 ha, infatti, modificato l'art. art. 24 D. l.gs. cit. nella parte in cui prevedeva la possibilità di reiterare la richiesta di proroga per ulteriori sei mesi.

A questo punto sarà agevole prevedere, in linea astratta, come la procedura afferente ad una proposta di applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale potrà protrarsi anche per anni due e mesi nove<sup>48</sup>, oltre eventuali altre cause di sospensione.

Ci si sarebbe aspettato, invero, che indagini così complesse o compendi patrimoniali così rilevanti da determinare proroghe e sospensioni dei termini avessero indotto il Legislatore ad una rivalutazione del tempo e delle condizioni necessari per preparare un ricorso effettivo.

Ovviamente, nel caso di proposta di applicazione congiunta della misura di prevenzione patrimoniale e personale, il tempo necessario a definire la procedura in primo grado sarà quello previsto e prevedibile per la prima.

In questo ultimo caso, però, insorgono non pochi contrasti, per un verso con l'efficacia deterrente e ri-socializzante riservata dal Legislatore all'istituto delle misure di prevenzione che si troverebbe diluita in caso di risposta "sanzionatoria" temporalmente distante rispetto alla insorgenza di quegli elementi sintomatici di pericolosità confluiti in una proposta ex art. 5 D. l.vo 159/2011 e, per altro verso, con il principio – costituzionalmente cristallizzato nella sentenza n. 291/2013 della Corte Costituzionale – di necessaria attualità della pericolosità ai fini della legittima sottoposizione del proposto/prevenuto alla misura della sorveglianza.

Esaurita la fase relativa al primo grado di giudizio e depositato l'appello nel breve volgere di giorni dieci, la corte di appello provvede, con decreto motivato, entro trenta giorni (termine ordinatorio) dalla proposizione del ricorso. Avverso il decreto della corte di appello il pubblico ministero, l'interessato<sup>49</sup> ed il suo difensore possono proporre ricorso in cassazione entro dieci giorni.

Anche in questo caso la celerità della procedura dovrà cedere il passo laddove si discuta anche della applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale.

In questa ipotesi, infatti, il termine massimo per la definizione del grado di appello risulterà ancorato al tempo di efficacia del sequestro che l'art. 27, comma 6, D. l.vo 159/2011 individua in un anno e sei mesi, oltre proroghe e sospensioni previste dall'art. 24 comma 2 per come richiamato dall'art. 27 comma 6 cit. e, quindi, per una prevedibile durata pari ad anni due e mesi nove.

Le già segnalate distonie tra il tempo necessario a decidere in primo grado e la *ratio* dell'istituto appaiono ulteriormente pregnanti se solo si ponga mente al fatto che la corte di appello sarà chiamata a valutare, ai fini della conferma del giudizio di attualità della pericolosità del proposto, il ricorso dell'imputato a distanza di quasi sei anni dalla insorgenza degli elementi posti a fondamento della proposta.

Sembrirebbe opportuno, a parere dello scrivente, che quella che oggi è una mera possibilità, ovvero l'applicazione disgiunta della misura di prevenzione personale e di quella patrimoniale, divenisse la regola così da rendere ragionevole il tempo necessario per la definizione dell'una piuttosto che dell'altra, oltre che, naturalmente, rivedere il tempo concesso alla difesa per proporre ricorso nel caso si discuta di una misura di prevenzione patrimoniale.

<sup>48</sup> E infatti, al termine di efficacia del sequestro, pari ad anni uno e mesi sei, si potranno certamente aggiungere sei mesi di proroga dell'efficacia, novanta giorni per l'espletamento di operazioni peritali ed ulteriori sei mesi per il tempo necessario alla redazione e al deposito del decreto.

<sup>49</sup> A stretto rigore interpretativo, resta dunque salva, nel procedimento di prevenzione, la possibilità per il proposto di ricorrere personalmente avverso il decreto della corte di appello anche a seguito della entrata in vigore della legge n. 103/2017 nella parte in cui prevede che l'atto di ricorso per cassazione e tutti gli atti successivi non potranno essere più redatti e presentati personalmente dall'imputato. Deve, però, segnalarsi la pronuncia n. 53203 della Corte di Cassazione, Sezione V, depositata il 22 novembre 2017, che ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto personalmente dall'imputato in ambito cautelare, così manifestando un consapevole contrasto con altro collegio della stessa sezione che invece, con ordinanza 51068/17, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite, che, secondo quanto appreso dall'informazione provvisoria, hanno statuito che il ricorso per cassazione avverso qualsiasi tipo di provvedimento, anche in materia di misure cautelari, non può essere personalmente proposta dalla parte.



# La disciplina delle impugnazioni nel procedimento di prevenzione

DI GAETANO MANZI

AVVOCATO DEL FORO DI AVELLINO

## *Premessa*

La disciplina delle misure di prevenzione ha registrato il susseguirsi di numerosi interventi legislativi (d.l. 144/2005, conv. in l. 155/2005; d.l. 8/2007, conv. in l. 41/2007; d.l. 23/2008, conv. in l. 125/2008), non sempre efficacemente coordinati tra loro, con conseguenti vuoti normativi colmati con rinvii alle disposizioni del codice di procedura penale o attraverso l'applicazione analogica di istituti in esso previsti, giustificata dalla natura giurisdizionale del procedimento *de quo*, oramai pacificamente riconosciuta. La materia era originariamente disciplinata, anche con riferimento al sistema delle impugnazioni, dalla legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (*“Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità”*), per poi essere stata oggetto di una riorganizzazione sistematica in un unico corpo normativo con il d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (istitutivo del *“Codice delle leggi antimafia”*).

Il sistema delle impugnazioni oggetto della nuova disciplina speciale ripropone, in linea di massima, i contenuti dell'abrogata l. 1423/1956, stabilendo che, salvo quanto espressamente previsto dal D.lgs. 159/2011 – come l'ipotesi in cui l'interessato chieda la pubblica udienza *ex art. 10* comma 2, terzo periodo – ai fini della proposizione e della decisione dei ricorsi, si rinvia alle norme del codice di rito in materia di procedimenti relativi all'applicazione delle misure di sicurezza (art. 10 comma 4), che a loro volta (art. 680 comma 3 c.p.p.) richiamano quelle generali sulle impugnazioni e i relativi principi elaborati dalla giurisprudenza.

Ne consegue che anche nel procedimento di prevenzione opera il principio di tassatività, *ex art. 568* c.p.p., per cui sono impugnabili solo i provvedimenti previsti dal primo comma dell'art. 27<sup>50</sup> e solo con i mezzi normativamente stabiliti. L'assunto, condiviso da dottrina e giurisprudenza, comporta che contro il provvedimento inoppugnabile – quale, ad esempio, il decreto di sequestro dei beni nei confronti di indiziati di appartenenza ad una associazione mafiosa o il provvedimento con cui viene disposta una cauzione – è ammessa solo l'opposizione dinanzi allo stesso Giudice nelle forme dell'incidente di esecuzione.

Anche nei procedimenti per l'applicazione delle misure di prevenzione trova applicazione la sospensione dei termini del processo dal 1° al 31 agosto, ai sensi dell'art. 1 l. 742/1969 (termini così modificati dal 1° gennaio 2015 dall'art. 16 della l. 162/2014). Ai sensi del successivo art. 2-*bis*, la sospensione, tuttavia, non si applica quando sia stata provvisoriamente disposta una misura personale – ad es. la sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, *ex art. 9* d.lgs. n. 159/2011 – o interdittiva o sia stato disposto il sequestro dei

<sup>50</sup> Comma sostituito dall'art. 6 della l. 17.10.2017, n. 161 (*“Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate”*, G.U. 4.11.2017, n. 258). L'attuale formulazione prevende l'impugnabilità dei provvedimenti con i quali il Tribunale dispone la confisca dei beni sequestrati, l'applicazione, il diniego o la revoca del sequestro, il rigetto della richiesta di confisca anche qualora non sia stato precedentemente disposto il sequestro ovvero la restituzione della cauzione o la liberazione delle garanzie o la confisca della cauzione o l'esecuzione sui beni costituiti in garanzia. Tali provvedimenti dovranno essere comunicati senza indugio al Procuratore Generale presso la Corte di appello, al Procuratore della Repubblica e agli interessati.

beni, qualora gli interessati o i loro difensori espressamente rinunzino alla sospensione dei termini, ovvero il Giudice, a richiesta del Pubblico ministero, dichiarati, con ordinanza motivata non impugnabile, l'urgenza del procedimento.

La sospensione disposta su richiesta del magistrato del Pubblico ministero, essendo posta a tutela del diritto di difesa, è rinunciabile dall'interessato.

La sospensione non si applica, altresì, per i procedimenti per loro natura urgenti, come nel caso di autorizzazione ad allontanarsi dal luogo di soggiorno obbligato quando ricorrono gravi e comprovati motivi di salute (*ex art. 12 d. lgs. 159/2011*).

*Il procedimento dinanzi alla Corte di appello.*

La disciplina del procedimento innanzi alla Corte di Appello è contenuta nell'art. 10 commi 1, 2 e 4 del d. lgs. n. 159/2011, che ripropone i contenuti dell'art. 4 commi da 8 a 12 della l. 1423/1956: sono legittimati a proporre ricorso alla Corte di Appello avverso le decisioni del Tribunale, “*anche per il merito*”, il Procuratore della Repubblica, il Procuratore generale presso la Corte di appello, l'interessato e il suo difensore, benché quest'ultimo non venga espressamente menzionato dal primo comma dell'art. 10. Alcun dubbio, infatti, può sussistere sulla legittimazione del legale che abbia assistito il proposto nel corso del procedimento di primo grado, stante l'applicabilità delle disposizioni sulle impugnazioni in generale (artt. 568-592 c.p.p.) e, in particolare, dell'art. 571 comma 3 c.p.p., con conseguente operatività anche delle previsioni di cui di cui agli artt. 128 c.p.p. (per l'avviso di deposito del decreto in cancelleria) e 571 comma 4 c.p.p. (nel caso di concorso oppure di contrasto fra la dichiarazione dell'interessato e quella del difensore).

La precisazione contenuta nella norma, che ripropone pedissequamente il contenuto dell'art. 4 comma 8 della l. 1423/56, è senz'altro superflua, atteso che il ricorso “*anche per il merito*” è caratteristica propria del giudizio di appello.

Il ricorso può essere presentato entro dieci giorni liberi dalla comunicazione del decreto ai soggetti legittimati alla sua impugnazione (art. 10 commi 1 e 2). Il termine decorre autonomamente per l'interessato e per il suo difensore dall'ultima delle comunicazioni effettuate.

Atteso il rinvio alla disciplina generale del codice di rito operato dalle norme sulle impugnazioni in materia di misure di sicurezza, anche nel procedimento di prevenzione saranno applicabili le regole sulla inammissibilità dell'appello prevista dall'art. 591 c.p.p., con conseguente competenza del Giudice *ad quem* e non dello stesso Giudice che ha emesso il provvedimento impugnato (art. 591 comma 2 c.p.p.).

Il giudizio è definito con ordinanza ricorribile in cassazione (art. 591 comma 3 c.p.p.). La causa di inammissibilità del ricorso, se non rilevata dal Giudice a norma del secondo comma dell'art. 591 c.p.p., può essere dichiarata in ogni stato e grado del procedimento (art. 591 comma 4 c.p.p.).

A norma dell'art. 10 commi 2 e 3 d. lgs. 159/2011, la presentazione del ricorso non ha effetto sospensivo in relazione alle misure personali, che, quindi, sono immediatamente esecutive, mentre le misure interdittive e la confisca diventano esecutive solo con la definitività delle relative pronunce (art. 27 comma 2 d.lgs. 159/2011). Ai sensi dell'art. 27 comma 3, resta sospesa anche l'esecutività del provvedimento di revoca del sequestro durante il termine di dieci giorni concesso alle parti per proporre ricorso, salvo che il Pubblico ministero, entro tale termine, ne chieda la sospensione alla Corte di appello: se la Corte entro dieci giorni non accoglie la richiesta, il provvedimento diventa esecutivo, altrimenti la esecutività resta sospesa fino a quando nel procedimento di prevenzione sia intervenuta pronuncia definitiva in ordine al sequestro. Il provvedimento che, accogliendo la richiesta del Pubblico ministero, sospende l'esecutività può essere in ogni momento revocato dal Giudice che procede.

Ai sensi del successivo comma 3-*bis*<sup>51</sup>, anche i provvedimenti della Corte di appello che, in riforma del decreto di confisca emesso dal Tribunale, dispongono la revoca del sequestro divengono esecutivi dieci giorni dopo la comunicazione alle parti, salvo che il Procuratore generale, entro tale termine, ne chieda la sospensione alla medesima Corte. Se entro dieci giorni dalla sua presentazione la richiesta non è accolta, il provvedimento diventa esecutivo, altrimenti l'esecutività resta sospesa fino a quando nel procedimento di prevenzione sia intervenuta pronuncia definitiva.

Il ricorso in appello deve essere presentato ovvero spedito, a pena di inammissibilità, alla cancelleria del Giudice che ha emesso il provvedimento impugnato (artt. 582, 583 e 591 primo comma, lett. c, c.p.p.)

Il Presidente del collegio fissa la data dell'udienza camerale e dispone che il relativo avviso venga comunicato al Pubblico ministero e notificato all'interessato e al suo difensore almeno dieci giorni prima della data fissata (art. 666 comma 3 c.p.p.). L'avviso deve contenere anche l'avvertimento che, su istanza degli interessati, l'udienza potrà svolgersi alla presenza del pubblico (art. 10 comma 2 d.lgs. n. 159/2011).

L'udienza si svolge nelle forme del rito camerale di appello, salvo che l'interessato non abbia fatto richiesta di trattazione in pubblica udienza<sup>52</sup>, con la partecipazione necessaria del Pubblico ministero e del difensore – a cui spetta, pertanto, la notificazione del provvedimento impugnato – e sentito personalmente il proposto che ne abbia fatto richiesta. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'art. 666 c.p.p., atteso il richiamo previsto nell'art. 10 comma 4 d. lgs. 159/2011 all'art. 680 primo comma c.p.p., che rinvia, a sua volta, all'art. 678 primo comma c.p.p.

La Corte di appello, che non può sospendere l'esecuzione del decreto emesso in primo grado<sup>53</sup>, decide nel termine meramente ordinatorio di trenta giorni, con la conseguenza che il suo mancato rispetto non produce né la nullità né l'inefficacia del decreto di applicazione della misura, alla luce del principio generale di tassatività delle cause di nullità o di inefficacia dei provvedimenti giudiziari<sup>54</sup>.

La cognizione del procedimento del Giudice dell'appello è limitata ai motivi di impugnazione (*ex art. 597 primo comma c.p.p.*), pur potendo disporre *ex officio* l'acquisizione di atti e informazioni dirette a consentire una ulteriore valutazione o rivalutazione degli elementi posti a fondamento del decreto emesso dal Giudice di primo grado. Tale "attività istruttoria" è finalizzata a garantire un costante adeguamento della situazione di diritto a quella fattuale, potendo la decisione della Corte fondarsi su tutti gli elementi acquisibili<sup>55</sup>, nel rispetto

<sup>51</sup> Comma introdotto dall'art. 6 della l. 17.10.2017, n. 161, cit.

<sup>52</sup> In conformità a quanto statuito dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 93 del 12.3.2010: «sono costituzionalmente illegittimi, per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost. in relazione all'art. 6, § 1, Cedu, l'art. 4 della l. 27 dicembre 1956 n. 1423 e l'art. 2 ter della l. 31 maggio 1965 n. 575, nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al tribunale e alla corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica». La Corte, richiamando la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ha precisato che resta fermo il potere del Giudice di disporre che si proceda in tutto o in parte senza la presenza del pubblico in rapporto a particolarità del caso concreto, che facciano emergere esigenze di tutela di valori contrapposti, nei limiti in cui, a norma dell'art. 472 c.p.p., è legittimato lo svolgimento del dibattimento penale a porte chiuse. La Corte è stata poi nuovamente chiamata ad intervenire sul tema della pubblicità dell'udienza in procedimenti per i quali la normativa prevede il regime camerale: «sono costituzionalmente illegittimi, in riferimento agli art. 111, comma 1, e 117, comma 1, Cost. gli art. 666, comma 3, 678, comma 1, e 679, comma 1, c.p.p., nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza si svolga, davanti al magistrato di sorveglianza e al tribunale di sorveglianza, nelle forme dell'udienza pubblica» (Corte Cost., 21.5.2014, n. 135).

<sup>53</sup> Cass. pen., sez. I, 10 giugno 2008, n. 26639.

<sup>54</sup> Cass. pen., sez. V, 21 ottobre 1993, in Cass. pen., 1994, p. 2533.

<sup>55</sup> «In tema di procedimento di prevenzione, poiché vale il principio dell'attualità della pericolosità del proposto, non è precluso al giudice di appello di esaminare di ufficio se siano sopravvenuti alla decisione di primo grado elementi che inducano tanto a ritenere una attenuazione della pericolosità quanto un suo aggravamento. Infatti nel giudizio di appello nel procedimento di prevenzione vale il principio dell'effetto limitatamente devolutivo del gravame, sancito in via generale dall'art. 597 c.p.p., per il quale al giudice di appello

del limite del divieto di *reformatio in peius*: il Giudice del gravame, infatti, non potrà aggravare la misura, ma solo rigettare il ricorso, confermando il decreto impugnato, ovvero riformare o annullare il decreto di sottoposizione alla misura emesso dal Tribunale.

Se la Corte d'appello non si pronuncia entro un anno e sei mesi dal deposito del ricorso, il provvedimento di confisca perde efficacia<sup>56</sup> (art. 27 comma 6 d.lgs. n. 159/2011, che rinvia, per le possibili ipotesi di proroga e di sospensione del suddetto termine, alla disciplina prevista all'art. 24 comma 2 dello stesso decreto).

Nel caso di annullamento del decreto di confisca con rinvio al Tribunale – anche ove disposto in accoglimento delle eccezioni di incompetenza territoriale del Giudice di primo grado ovvero di difetto di legittimazione del soggetto proponente la misura, ritualmente sollevate in primo grado e riproposte nei motivi in sede di appello e in Cassazione (commi 2-bis e 3-bis dell'art 10) – il termine entro il quale il Giudice *ad quem* dovrà pronunciarsi, ex art. 24 comma 2, decorrerà nuovamente dalla data della ricezione degli atti presso la propria cancelleria (art. 27 comma 6-bis d.lgs. n. 159/2011<sup>57</sup>).

#### *Il procedimento in Cassazione.*

Avverso il decreto della Corte di appello è ammesso ricorso in cassazione da parte del Pubblico ministero, dell'interessato e del suo difensore, per violazione di legge, entro il termine di dieci giorni dalla comunicazione o notificazione dell'avviso di deposito del provvedimento. Benché non espressamente previsto dalla norma, non v'è dubbio che la suddetta comunicazione spetti anche al Procuratore Generale, trattandosi di gravame contro un provvedimento della Corte di appello.

Il ricorso, che non ha effetto sospensivo, è deciso in camera di consiglio entro il termine meramente ordinario di trenta giorni dalla sua presentazione (art. 10 comma 3 d.lgs. n. 159/2011). In sede di legittimità non è prevista la possibilità, neanche su richiesta di parte, che il ricorso venga trattato in pubblica udienza. Intervenuta sul punto, la Consulta ha chiarito che l'avvenuto riconoscimento del diritto degli interessati di chiedere la pubblica udienza davanti ai Giudici di prima e seconda istanza (Tribunali e Corti di Appello) è sufficiente a garantire la conformità del nostro ordinamento alla CEDU<sup>58</sup>.

La giurisprudenza esclude che nel procedimento di prevenzione sia possibile il ricorso *per saltum*<sup>59</sup>: il decreto applicativo della misura di prevenzione non può essere direttamente impugnato con ricorso in cas-

*è attribuita la facoltà di prendere in considerazione anche elementi, rilevabili di ufficio, su cui non si sia concentrata l'attenzione del primo giudice*: Cass. pen., sez. VI, 30 gennaio 1998, n. 342.

<sup>56</sup> Il termine dovrà avere quale riferimento finale la data del deposito del decreto motivato e non quella del deposito del dispositivo: così, Cass. pen., sez. VI, 10 novembre 2016, n. 52744, che, in motivazione, ha osservato che, svolgendosi il procedimento in camera di consiglio, il provvedimento giurisdizionale acquista giuridica esistenza soltanto con il deposito, che ne segna il momento perfezionativo.

<sup>57</sup> Comma introdotto dall'art. 6 della l. 17.10.2017, n. 161, cit.

<sup>58</sup> Corte Cost., 11 marzo 2011, n. 80: «non è fondata, in riferimento all'art. 117, comma 1, cost., la q.l.c. dell'art. 4 l. 27 dicembre 1956 n. 1423 e dell'art. 2 ter l. 31 maggio 1965 n. 575, nella parte in cui non consentono che, a richiesta di parte, il ricorso per cassazione in materia di misure di prevenzione venga trattato in udienza pubblica. L'avvenuta introduzione nel procedimento di prevenzione del diritto degli interessati di chiedere la pubblica udienza davanti ai tribunali (giudici di prima istanza) e alle corti di appello (giudici di seconda istanza, ma competenti al riesame anche delle questioni di fatto, se non addirittura essi stessi all'assunzione o riassunzione di prove), per effetto della intervenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale delle norme censurate «nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al tribunale e alla corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica», è sufficiente a garantire la conformità del nostro ordinamento alla Cedu, senza che occorra estendere il suddetto diritto al giudizio davanti alla Corte di cassazione (sent. n. 93 del 2010)».

<sup>59</sup> Cass. pen., sez. II, 5 luglio 2013, n. 31075.

sazione se prima non viene esperito l'appello. L'eventuale ricorso per cassazione avverso il provvedimento adottato dal Tribunale all'esito del primo grado di giudizio andrà convertito in appello<sup>60</sup>.

Le modalità di presentazione o di spedizione del ricorso sono quelle previste in via generale per le impugnazioni dagli artt. 582 e 583 c.p.p.

Il delimitato ambito del sindacato devoluto alla Cassazione, che può verificare solo la rispondenza degli elementi esaminati ai parametri legali imposti per l'applicazione delle misure, esclude che possano essere dedotti in sede di legittimità i vizi di motivazione di cui all'art. 606, lett. e) c.p.p.

Si potrà, tuttavia, denunciare con il ricorso il caso di motivazione inesistente o meramente apparente, poiché qualificabile come violazione di legge attesa la mancata osservanza da parte del Giudice dell'appello dell'obbligo di provvedere con decreto motivato, imposto dal comma 9 dell'art. 4 l. n. 1423/1956<sup>61</sup>. Il consolidarsi di tale orientamento giurisprudenziale, definitivamente cristallizzato dall'intervento delle Sezioni Unite, ha, così, garantito un ampliamento della cognizione in sede di legittimità estesa anche ai casi nei quali la motivazione, per quanto formalmente presente, sia affetta da vizi logici e argomentativi di tale gravità da risultare meramente apparente o, comunque, mancante (e non solo manifestamente illogica o contraddittoria) e, quindi, idonea ad integrare la violazione della norma costituzionale che impone l'obbligo di motivare i provvedimenti giurisdizionali<sup>62</sup>.

Perplessità si registrano in parte della dottrina sul principio ribadito dalla giurisprudenza della non deducibilità in cassazione, ai sensi dell'art. 606 primo comma, lett. d) c.p.p., della mancata assunzione di una prova ritenuta decisiva, richiesta dalla parte a norma dell'art. 495 comma 2 c.p.p. Sicché la doglianza ammessa è esclusivamente quella riferita alla mancata ammissione della prova a discarico decisiva dedotta in dibattimento. Resta impregiudicata la rilevanza delle censure per l'omessa ammissione, o disposizione, di una prova sotto il diverso profilo della violazione di legge per inosservanza di norma processuale, stabilita a pena di nullità, in ipotesi di omessa motivazione del provvedimento di rigetto della mozione difensiva di acquisizione della prova<sup>63</sup>.

La Corte potrà dichiarare inammissibile il ricorso, pronunciando sentenza di rigetto, ovvero annullarlo con o senza rinvio.

In caso di annullamento con rinvio, ai fini dell'individuazione del Giudice a cui dovranno essere trasmessi gli atti, ex art. 623 primo comma, lett. c) c.p.p., si registrano ben tre orientamenti in giurisprudenza:

- il primo, che individua la competenza in una sezione della Corte di appello diversa da quella che ha emesso il provvedimento impugnato<sup>64</sup>;
- un secondo, più risalente, prevede che gli atti vadano trasmessi alla stessa sezione della Corte di appello, in quanto l'art. 623 lett. c) c.p.p., che prevede il rinvio ad "altra sezione della stessa Corte", si applica solo in relazione ai provvedimenti che hanno la veste formale di sentenza<sup>65</sup>;
- un terzo che si colloca in posizione intermedia, atteso che, pur aderendo al secondo orientamento, ritiene, tuttavia, che la composizione del collegio investito del giudizio di rinvio debba essere necessaria-

<sup>60</sup> Cass. pen., sez. I, 20 gennaio 2009, n. 5630; Id., sez. V, 31 ottobre 1996, n. 4711.

<sup>61</sup> Cass. pen., sez. Un., 29 maggio 2014, n. 33451; Id., sez. I, 7 gennaio 2016, n. 6636; Id., sez. V, 8 aprile 2010, n. 19598; Id., sez. VI, 8 marzo 2007, n. 35044; Id., sez. VI, 23 maggio 2003, n. 34021; Id., sez. VI, 17 dicembre 2003, n. 15107.

<sup>62</sup> Cass. pen., sez. un., 28 maggio 2003, n. 25080, in *Dir. e giust.* 2003, 31, p. 103.

<sup>63</sup> Cass. pen., sez. I, 10 dicembre 2010, n. 580; Id., 10 febbraio 2009, n. 8641.

<sup>64</sup> Cass. pen., sez. VI, 2 febbraio 2006, n. 11662.

<sup>65</sup> Cass. pen., sez. VI, 3 giugno 1997, Magliulo, in *Giust. pen.*, 1998, III, c. 714; Id., sez. VI, 13 marzo 1996, Laudani.

mente diversa per incompatibilità, *ex art.* 34 c.p.p., dei magistrati che si sono già pronunciati sul merito della questione<sup>66</sup>.

*La revoca o la modifica della misura.*

Il provvedimento impositivo della misura di prevenzione, una volta divenuto definitivo, può essere revocato – con effetto *ex tunc*, oppure *ex nunc* – o modificato su istanza dell'interessato, sentita l'Autorità di pubblica sicurezza che lo ha proposto<sup>67</sup>, «quando sia cessata o mutata la causa che lo ha determinato» (art. 11 comma 2 d.lgs. 159/2011).

Non essendo previsto *in subiecta materia* un istituto analogo alla revisione *ex art.* 629 e ss. c.p.p. – la cui applicazione analogica è altresì esclusa, trattandosi di rimedio di carattere straordinario e previsto per le sole sentenze di condanna<sup>68</sup> – la revoca o la modifica della misura rappresentano gli unici rimedi che consentono di prendere in considerazione situazioni sopravvenute al giudicato formatosi nel procedimento di prevenzione a seguito del mancato esperimento ovvero dell'esaurimento degli ordinari mezzi di impugnazione. L'ipotesi tipica si ha quando a seguito del mutamento della condotta del soggetto, venga a mancare ovvero risulti attenuata la pericolosità accertata nel provvedimento applicativo della misura.

Competente a disporre la revoca o la modifica della misura è l'organo che l'ha emanata, Tribunale o Corte di appello, in caso di applicazione a seguito di gravame proposto dal Pubblico ministero, ovvero di modifica che non riguardi solo l'entità della misura. Se il procedimento applicativo della misura pende ancora in impugnazione, Appello o Cassazione, la competenza spetta al Giudice di secondo grado. Il ricorso contro un provvedimento di revoca o di modifica non ha effetto sospensivo (art. 11 comma 3 d.lgs. 159/2011).

Ad avviso delle Sezioni Unite è possibile avvalersi dell'istituto della revoca non solo se la misura di prevenzione personale, applicata in via definitiva, sia ancora in corso di esecuzione ovvero se la stessa sia stata differita per lo stato detentivo del soggetto, ma anche nel caso in cui la stessa sia cessata per decorso del termine stabilito nel provvedimento genetico<sup>69</sup>. Chiaramente, laddove la misura sia ancora in corso di esecuzione, la sua revoca o modifica avranno efficacia *ex nunc* (dal momento della decisione); l'efficacia sarà *ex tunc* se le ragioni giustificative della revoca della misura dovessero emergere in un momento successivo alla sua cessazione per decorrenza del termine.

La modifica della misura può essere, a sua volta, oggetto di revoca, in caso vengano meno i relativi presupposti giustificativi ovvero a fronte di violazioni da parte del soggetto sottoposto.

La misura può essere oggetto anche di una modifica *in peius*: è prevista l'applicazione del divieto o dell'obbligo di soggiorno in aggiunta alla sorveglianza speciale in caso di gravi esigenze di ordine e sicurezza pubblica ovvero quando il sottoposto abbia ripetutamente – e, quindi, non meno di un paio di volte – violato gli obblighi inerenti alla misura.

*La revocazione della confisca.*

Anche l'istituto della revocazione, previsto e disciplinato dall'art. 28 del d.lgs. 159/2011, è rimedio straordinario avverso le decisioni definitive sulla confisca di prevenzione.

<sup>66</sup> Cass. pen., Sez. V, 27.9.2004, n. 42371, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1910.

<sup>67</sup> Il parere dell'Autorità è obbligatorio, ma non vincolante.

<sup>68</sup> Principio che ha trovato conferma nell'intervento delle Sezioni Unite: «L'istituto della revisione, previsto dagli art. 629 s. c.p.p., non è applicabile in tema di misure di prevenzione, in quanto l'interesse al riconoscimento dell'insussistenza originaria delle condizioni che legittimano l'adozione del provvedimento di applicazione della misura di prevenzione può essere tutelato dall'istituto della revoca previsto dall'art. 7 comma 2 l. 27 dicembre 1956 n. 1423, che in tal caso opera con effetto "ex tunc"» (Cass. pen., sez. un., 10 dicembre 1997, n. 18, Silvestro).

<sup>69</sup> Cass. pen., sez. un., 10 dicembre 1997, n. 18, Silvestro, cit.

La relativa istanza può essere presentata solo:

a) in caso di scoperta di prove nuove decisive, sopravvenute in epoca successiva alla conclusione del procedimento di prevenzione;

b) quando i fatti accertati con sentenze penali definitive, sopravvenute o conosciute in epoca successiva alla conclusione del procedimento di prevenzione, escludano in modo assoluto l'esistenza dei presupposti di applicazione della confisca;

c) quando la decisione sulla confisca sia stata motivata, unicamente o in modo determinante, sulla base di atti riconosciuti falsi, di falsità nel giudizio ovvero di un fatto previsto dalla legge come reato.

Tale elencazione tassativa e la possibilità che la richiesta di revocazione possa avvenire solo al fine di dimostrare il difetto originario dei presupposti per l'applicazione della misura evidenziano la volontà di evitare qualunque riproposizione di questioni già poste o che potevano essere rilevate durante il procedimento di prevenzione.

L'istanza è proposta, a pena di inammissibilità, entro sei mesi dalla data in cui si verifica uno dei casi di cui al primo comma dell'art. 28 d.lgs. 159/2011, salvo che l'interessato dimostri di non averne avuto conoscenza per causa a lui non imputabile. In tale circostanza, sarà onere della parte provare l'epoca o il momento della conoscenza dei fatti posti a fondamento della richiesta.

Competente a decidere è la Corte di appello, analogamente a quanto previsto per la revisione, che procederà con le forme previste dall'art. 630 e seguenti c.p.p. (art. 28 comma 1<sup>70</sup>). Si ritiene che siano applicabili, in quanto compatibili, le previsioni di cui agli artt. 633, 634, 640 e 641 c.p.p. Non troveranno, invece, applicazione le disposizioni di cui agli artt. 636 e 637 c.p.p. relative al procedimento, che si svolgerà nelle forme del giudizio di esecuzione, a norma del primo comma dell'art. 23 d.lgs. n. 159/2011. Parimenti incompatibili con la natura del procedimento risultano le disposizioni di cui all'art. 635 c.p.p. e quelle imprescindibilmente collegate alle sole sentenze di condanna.

Quando accoglie la richiesta di revocazione, la Corte d'appello trasmette gli atti al Tribunale che ha disposto la confisca affinché valuti i presupposti per procedere alla restituzione per equivalente, ai sensi dell'art. 46 d.lgs. 159/2011 (art. 28 comma 4<sup>71</sup>). La competenza della Corte di appello non opera in caso di provvedimenti di confisca adottati prima del 13 ottobre 2011 (data di entrata in vigore del d.lgs. n. 159): a tali decisioni continua ad applicarsi l'art. 7 l. n. 1423/1956, secondo cui competente per la revoca della confisca è l'organo giudicante che l'aveva disposta<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Comma così sostituito dall' art. 7 primo comma, lett. *a*), l. 17 ottobre 2017, n. 161.

<sup>71</sup> Comma così sostituito dall' art. 7 primo comma, lett. *b*), l. 17 ottobre 2017, n. 161.

<sup>72</sup> Cass. pen., sez. I, 10 ottobre 2013, n. 45278.



# La tutela dei terzi

DI AGOSTINO BELLUCCI

AVVOCATO DEL FORO DI VALLO DELLA LUCANIA. DOTTORE DI RICERCA

Il tema della tutela dei soggetti diversi dal proposto – «terzi» in quanto estranei al giudizio di pericolosità prodromico all'applicazione di una misura di prevenzione personale – assume rilievo cruciale con riferimento alla misura patrimoniale della confisca, come confermato dalle disposizioni normative che, recependo le stratificate indicazioni elaborate nel tempo dalla giurisprudenza, disciplinano la materia in modo estremamente dettagliato.

Nella nozione di terzo rientrano diversi soggetti, coinvolti, a vario titolo, nelle vicende oggetto del procedimento di prevenzione patrimoniale, che, attualmente, ai sensi dell'art. 18 comma 1 d.lgs. n. 159/2011, può essere disgiunto da quello di prevenzione personale: focalizzato sulla oggettiva illiceità delle modalità di acquisizione di beni patrimoniali, il giudizio sulla confisca non dipende, quindi, dall'accertamento della pericolosità sociale dell'interessato.

Sono, dunque, terzi – distinti dal legislatore a seconda della posizione sostanziale rivestita – i successori *mortis causa* del proposto deceduto, coloro che sono considerati intestatari fittizi di beni non usciti dalla effettiva disponibilità del proposto e i titolari di diritti relativi di credito sulla *res* confiscata.

## *La confisca dei beni del soggetto deceduto*

La confisca può riguardare beni confluiti *iure successionis* nel patrimonio degli eredi o degli aventi causa – nella nozione delineata dal codice civile, con esclusione della possibilità di includervi i successori “di fatto”<sup>73</sup> – nei cui confronti il procedimento prosegue qualora la morte del proposto si sia verificata in epoca successiva alla proposizione della richiesta (art. 18 comma 2 d.lgs. n. 159/2011). Nel caso in cui la morte preceda, invece, il formale atto di avvio del procedimento, quest'ultimo può essere iniziato direttamente nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare, purché ciò avvenga entro il termine perentorio di cinque anni dal decesso<sup>74</sup>.

Il successore, soggetto passivo dell'accertamento, subentra esattamente nella posizione del *de cuius*, e – senza che ciò configuri lesione delle prerogative riconosciute dagli artt. 24 comma 2 e 111 Cost.<sup>75</sup> – è costretto ad esercitare il suo diritto di difesa in relazione a fatti indicativi della pericolosità “economica” dei beni illecitamente acquistati dal suo dante causa.

Va peraltro segnalato che la giurisprudenza reputa legittima la confisca disposta a carico degli eredi di un soggetto deceduto la cui appartenenza ad un'associazione mafiosa venga accertata, in via incidentale, sulla base di elementi sopravvenuti rispetto a quelli che, in un precedente procedimento di prevenzione, avevano addirittura sostenuto una pronuncia di esclusione della pericolosità<sup>76</sup>.

## *La confisca dei beni fittiziamente intestati a terzi*

La confisca – preceduta dal sequestro – può, poi, riguardare beni che si dimostrino essere nella disponibilità effettiva del proposto, anche se risultano oggetto di un trasferimento fittizio e, quindi, intestati solo in apparenza a soggetti diversi.

<sup>73</sup> Cfr. Cass. pen., sez. un., 22 dicembre 2016, n. 12621, in *Cass. pen.*, 2017, 2700.

<sup>74</sup> Sul punto, Cass. pen., sez. VI, 16 dicembre 2015, n. 579 ha ritenuto tardivo il sequestro adottato, dopo la scadenza del termine, su beni individuati successivamente alla formalizzazione di una precedente, tempestiva proposta.

<sup>75</sup> Cfr. C. Cost. 9 febbraio 2012, n. 21, in *Giur. cost.*, 2012, 224.

<sup>76</sup> Cfr. Cass. pen., sez. VI, 24 maggio 2017, n. 31504.

La garanzia del contraddittorio è, in questo caso, assicurata dall'art. 23 commi 2, 3 e 4 d.lgs. n. 159/2011, che accorda ai terzi, titolari sui beni in sequestro di diritti di proprietà o di altri diritti reali o personali di godimento e di garanzia, la facoltà di intervenire all'udienza camerale fissata nei trenta giorni successivi all'esecuzione del sequestro, al fine di «svolgere le loro deduzioni con l'assistenza di un difensore» e di «chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione sulla confisca».

Alla luce dei possibili epiloghi dell'udienza camerale, il terzo è posto dinanzi all'alternativa tra aderire alla posizione processuale del proposto, tentando di dimostrare la insussistenza dei presupposti per la confisca, oppure sostenere la propria buona fede al momento del legittimo acquisto del bene in epoca anteriore al sequestro.

Mentre, nel primo caso, la regola di giudizio coincide perfettamente con quella stabilita dall'art. 24 comma 1 d.lgs. n. 159/2011, sicché le parti (proposto e terzi) sono tenute a giustificare la legittima provenienza del bene e la proporzione tra “provvista” lecitamente conseguita ed acquisto, molto più complessa è l'individuazione della soglia da raggiungere nel secondo caso, quando occorre dimostrare, ai fini della adozione di una pronuncia liberatoria, la buona fede dell'acquirente.

Il terzo deve, infatti, fornire elementi idonei a superare le presunzioni legali stabilite dall'art. 26 comma 2 d.lgs. n. 159/2011, che considera simulati tutti i trasferimenti, anche a titolo oneroso, avvenuti in favore dell'ascendente, del discendente, del coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei parenti entro il sesto grado e degli affini entro il quarto grado, nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione (lettera *a*), ovvero i trasferimenti e le intestazioni a titolo gratuito o fiduciario effettuati, nei confronti di chiunque, nell'arco temporale dei due anni antecedenti la proposta (lettera *b*).

Il rigoroso *standard* valutativo stabilito dal legislatore e la correlativa compressione delle facoltà difensive dell'interessato non sono ritenuti in contrasto con i principi di cui agli artt. 3, 24 e 47 Cost. dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui è manifestamente infondata la questione incostituzionalità delle disposizioni in cui si pone a carico del terzo l'onere di dimostrare di avere adempiuto con diligenza gli obblighi di informazione e di accertamento e di aver fatto affidamento “incolpevole” sul cedente: in tale prospettiva, nel doveroso bilanciamento tra gli interessi statali e quelli del privato, i primi avrebbero necessaria prevalenza e la posizione del privato sarebbe comunque preservata dalla possibilità di dare la prova della buona fede<sup>77</sup>.

Se intende dimostrare la legittimità dell'acquisto, il terzo scinde definitivamente la sua posizione procedimentale da quella del proposto, che – qualora impugni l'eventuale decreto di confisca – deve limitarsi a sostenere la liceità del suo acquisto, non essendo legittimato a contestare il dato dell'intestazione fittizia.

È, infatti, inammissibile, per difetto di interesse, l'impugnazione del proposto avverso il decreto di confisca di un bene ritenuto fittiziamente intestato a terzi, quando lo stesso abbia assunto una posizione processuale meramente adesiva a quella di chi è stato giudicato formalmente interposto, dovendosi in tal caso riconoscere la legittimazione al solo apparente intestatario che è l'unico soggetto avente diritto all'eventuale restituzione del bene<sup>78</sup>. Il proposto conserva, invece, interesse a negare l'interposizione fittizia e a dimostrare l'esclusiva appartenenza dei beni ai terzi presunti intestatari, soltanto se l'esclusione dei beni intestati ai terzi dalla sua

<sup>77</sup> V. Cass. pen., sez. I, 29 aprile 2011, n. 30326.

<sup>78</sup> Cfr. Cass. pen., sez. VI, 1° dicembre 2015, n. 48274; Id., sez. V, 26 ottobre 2015, n. 8922; Id., sez. II, 10 aprile 2014, n. 17935; Id., sez. VI, 8 gennaio 2014, n. 15899.

sfera patrimoniale incida sul giudizio di sproporzione e, dunque, sulla legittimità “originaria” del provvedimento di confisca di prevenzione<sup>79</sup>.

La pronuncia con cui viene accertata l'intestazione fittizia di taluni beni deve, altresì, contenere la declaratoria di nullità del relativo atto di trasferimento, come prescritto dall'art. 26 comma 1 d.lgs. n. 159/2011.

La giurisprudenza ha chiarito, al riguardo, che nell'ipotesi in cui il giudice accerti la fittizietà dell'intestazione o del trasferimento di beni a terzi, la declaratoria di nullità non incide sulla validità della confisca, ma – assumendo valenza meramente esplicativa, di formale ricognizione, dell'effetto di acquisizione al patrimonio dello Stato prodotto autonomamente dalla confisca – rappresenta una statuizione consequenziale all'accertamento della fittizietà, la cui mancanza non integra alcun vizio processuale, bensì una mera omissione, rimediabile, anche d'ufficio, con la procedura della correzione di errore materiale *ex art.* 130 c.p.p.<sup>80</sup>.

Se, invece, accerta che il terzo aveva acquistato il bene in buona fede dal proposto prima dell'esecuzione del sequestro, il giudice – revocato il sequestro e, dunque, disposta la restituzione al legittimo titolare – dispone, ai sensi dell'art. 25 comma 1 d.lgs. n. 159/2011, la confisca per equivalente del denaro o di altri beni rinvenuti nella disponibilità del proposto<sup>81</sup>.

Il legislatore, come anticipato, disciplina le modalità di partecipazione del terzo al procedimento di prevenzione, garantendogli la possibilità di difendersi e di dimostrare – anche se non agevolmente, attraverso il contraddittorio eminentemente cartolare garantito dal rito camerale – la fondatezza della pretesa in ordine a propri diritti reali sulla *res* da confiscare.

Qualora, tuttavia, il terzo sia in condizione di far valere il suo diritto in un momento successivo alla formazione del giudicato – dopo, cioè, che il decreto di confisca sia già divenuto definitivo nell'ambito di un procedimento di prevenzione dal quale è stato pretermesso – egli può presentare una istanza al giudice dell'esecuzione, al quale è demandata la verifica postuma sui presupposti della confisca<sup>82</sup>.

Il terzo deve, invece, rivolgersi al giudice civile per la tutela di un diritto che non interferisce con la portata della misura ablatoria, ma riguarda un bene escluso dalle presunzioni di fittizietà, del quale il soggetto sottoposto a procedimento non poteva affatto disporre<sup>83</sup>: sembrerebbe delinearsi, in questi termini, una netta delimitazione tra le competenze del giudice penale della prevenzione e del giudice civile dell'esecuzione, la cui cognizione non riguarda l'estensione della confisca, ma è limitata alle valutazioni “ordinarie” sulla legittimità dell'acquisto.

#### *I diritti di credito del terzo.*

Il legislatore ha, infine, predisposto, agli artt. 52-65 d.lgs. n. 159/2011, una dettagliata disciplina per la posizione dei soggetti – inclusi i titolari di crediti da lavoro subordinato<sup>84</sup> – che vantano un diritto di garanzia patrimoniale sul bene (o sull'intera azienda) oggetto della misura, individuando le condizioni alle quali il diritto di credito può essere realizzato, anche in concorrenza con le aspettative di altri soggetti, pubblici o privati.

<sup>79</sup> Cass. pen., sez. II, 12 maggio 2016, n. 40008; Id., sez. II, 7 maggio 2015, n. 30935.

<sup>80</sup> V. Cass. pen., sez. un., 22 dicembre 2016, n. 12621, cit.

<sup>81</sup> Cfr., sul punto, Cass. pen., sez. un., 22 dicembre 2016, n. 12621, cit.

<sup>82</sup> Cfr. Cass. pen., sez. I, 22 settembre 2016, n. 1448; Id., sez. I, 13 novembre 2008, n. 43715, in *Cass. pen.*, 2009, 3597.

<sup>83</sup> Cass. civ., sez. II, 30 marzo 2005, n. 6661, in *Giust. civ.*, 2005, p. 2328; Trib. S. Maria C.V., 17 luglio 2013, in *Giur. merito*, 2013, p. 1815; Trib. Civitavecchia, 13 maggio 2009.

<sup>84</sup> V. C. Cost., 28 maggio 2015, n. 94.

# I rapporti tra la disciplina interna e la giurisprudenza sovranazionale

DI DANIELE LIVRERI

AVVOCATO DEL FORO DI PALERMO

## Premessa

Da lungo tempo il sistema delle fonti caratterizzato dalla statualità del diritto ha lasciato spazio ad un «*conglomerato di ordinamenti giuridici, che si regge sul presupposto del mutuo e reciproco riconoscimento*»<sup>85</sup>. Ciò vale anche per il diritto penale, sino a poco tempo fa considerato l'ultimo baluardo della sovranità nazionale, tanto che «*ciascun giudice penale italiano è oggi da concepirsi come il primo giudice del diritto europeo*»<sup>86</sup>.

Tuttavia i rapporti tra le norme "sovranazionali" e quelle interne risultano mutevoli. Per quel che qui rileva la diversa dialettica tra i vari sistemi normativi si apprezza anche in occasione di eventuali conflitti tra le norme domestiche e quelle sovranazionali. Ed infatti, detto che la via principale di risoluzione dei conflitti è quella interpretativa, qualora il contrasto riguardi una disposizione dell'Unione europea direttamente efficace, il Giudice nazionale, ove non riuscisse a risolvere il contrasto neppure a seguito del c.d. rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), dovrà disapplicare la norma nazionale. Tale principio, storicamente affermato in sede (allora) comunitaria<sup>87</sup>, può ritenersi, dopo le prime iniziali resistenze<sup>88</sup>, pacifico anche in sede domestica<sup>89</sup>. Per ciò che invece riguarda i contrasti tra diritto domestico e altre norme internazionali, il giudice nazionale non potrà disapplicare la norma domestica, ma dovrà censurarla innanzi alla Corte costituzionale, invocando l'art. 117 I co. della Suprema Carta se la contrapposizione attenga a norme della "Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali"<sup>90</sup>, ovvero anche l'art. 11, lì dove invece il conflitto si ponga con norme comunitarie non aventi efficacia diretta<sup>91</sup>. E tuttavia il richiamo alla norma internazionale potrà condurre ad una declaratoria di incostituzionalità di quella domestica, soltanto ove la prima non si appalesi essa stessa contraria alla Costituzione, che resta comunque fonte primaria<sup>92</sup>.

Invero la diversa soluzione adottata si spiega giacché l'Unione europea integra un ordinamento sovranazionale *ex art. 11 cost.* e non un mero trattato internazionale multilaterale<sup>93</sup>.

Si noti che le differenze di cui *antea* sono state revocate in dubbio allorché entrarono in vigore le modifiche al Trattato sull'Unione, così come previste dal Trattato di Lisbona. Infatti il novellato art. 6 prevede che l'Unione aderisca alla CEDU e che i diritti fondamentali da essa garantiti facciano parte del diritto dell'Unione.

<sup>85</sup> Così G. GRASSO, *La disapplicazione della norma interna contrastante con le sentenze della Corte di giustizia dell'UE*, in [www.unisob.na.it](http://www.unisob.na.it).

<sup>86</sup> Così F. VIGANÒ, *Europa e diritto penale*, in [www.scuolamagistratura.it](http://www.scuolamagistratura.it).

<sup>87</sup> Cfr. Corte di Giustizia CE, sent. 15 settembre 1964, Costa c. Enel, nonché Corte di Giustizia CE, sent. 09 marzo 1978, Simmenthal.

<sup>88</sup> Cfr. *ex multis* C. cost. n.14/1964 e 232/1975.

<sup>89</sup> Cfr. C. cost. 170/1984 ed *ex multis*, tra le successive, C. cost. 226/2014, nonché Cass. pen., 26 settembre 2014, n. 20435.

<sup>90</sup> Cfr. C. cost. 348 e 349/2007.

<sup>91</sup> Cfr. C. cost. 28/2010 e 227/2010.

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> C. cost. 17/1984.

Di talché ci si è chiesti se le norme convenzionali non godano del medesimo *status* di quelle dell'Unione, consentendo dunque al Giudice interno di disapplicare le norme italiane che vi contrastino. Epperò la Consulta ha escluso un tale mutamento<sup>94</sup>. Tale soluzione è condivisa anche dalla CGUE<sup>95</sup>.

Ciò posto, giova precisare, con riguardo alle norme della CEDU, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo esclusivamente le norme che rappresentino «*un diritto consolidato, generato dalla giurisprudenza europea, ..., mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo*»<sup>96</sup>. Al riguardo la Consulta ha fornito taluni indici atti ad escludere la ricorrenza di un *well-established case-law* e cioè: «*la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano*»<sup>97</sup>. Preme però considerare che lo stesso Giudice delle leggi ha rilevato che lo *status* di diritto consolidato può riconoscersi anche per «*a single judgment on a question of principle ... particularly when the Grand Chamber rendered it*»<sup>98</sup>.

#### *La Corte EDU a confronto con le misure di prevenzione*

Ai fini del presente contributo si appalesa di sicuro rilievo il decennale confronto che si è instaurato tra la Corte EDU e il sistema di prevenzione domestico e ciò anche alla luce della recente pronuncia della Grande camera<sup>99</sup>. Ragioni di spazio non consentono di passare in rassegna tale dialettica se non per brevi cenni.

Al riguardo val la pena di rilevare che talune sentenze della Corte EDU hanno negato che gli obblighi imposti al destinatario della sorveglianza speciale comportino «*una privazione di libertà ai sensi dell'articolo 5 § 1 della Convenzione*», consistendo in «*semplici restrizioni alla libertà di circolare*»<sup>100</sup>.

Altre pronunce della Corte di Strasburgo hanno affrontato il tema della compatibilità delle restrizioni al diritto di voto conseguenti all'applicazione di misure di prevenzione con le libertà e i diritti CEDU<sup>101</sup>.

Con riferimento ad aspetti propriamente processuali, la Corte EDU ha riconosciuto «*la violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (CEDU) quando un giustiziabile, coinvolto in un procedimento di applicazione delle misure di prevenzione, che si svolge, per legge, in camera di consiglio, non si veda, perlomeno, offrire la possibilità di sollecitare una pubblica udienza davanti alle sezioni specializzate dei tribunale e delle corti d'appello*»<sup>102</sup>. Sulla scorta di tale giurisprudenza, che costituisce senz'altro diritto consolidato della Corte di Strasburgo<sup>103</sup>, la Corte costituzionale ha affermato l'illegitti-

<sup>94</sup> Cfr. C. cost. 80/2011.

<sup>95</sup> Cfr. Corte di Giustizia UE del 24 aprile 2012.

<sup>96</sup> C. cost. 49/2015.

<sup>97</sup> *Ibidem*.

<sup>98</sup> C. cost. 49/2015, che richiama le spiegazioni all'art. 8 del Protocollo n. 14, che ha novellato l'art. 28 della CEDU.

<sup>99</sup> Grande Camera, De Tommaso contro Italia, 23.02.2017.

<sup>100</sup> Cfr. Monno contro Italia, 08 ottobre 2013, nonché Raimondo contro Italia, 22 febbraio 1994.

<sup>101</sup> Cfr. Labita contro Italia, 6 aprile 2000 e Vito Sante Santoro contro Italia, 1 luglio 2004.

<sup>102</sup> Bocellari e Rizza contro Italia, 13 novembre 2007.

<sup>103</sup> Cfr. anche Perre e altri contro Italia, 8 luglio 2008, e Bongiorno e altri contro Italia, 5 gennaio 2010.

mità della norma che precludeva, nella fase di merito delle misure di prevenzione, la possibilità di disporre, su richiesta dell'interessato, che il procedimento venisse celebrato in forma pubblica<sup>104</sup>.

Recentemente si è però registrato il più dirompente intervento della Corte EDU in tema di prevenzione<sup>105</sup>. Infatti con la sentenza De Tommaso, la Corte di Strasburgo ha revocato in dubbio la stessa compatibilità convenzionale di alcuni punti nodali della disciplina di prevenzione, almeno per ciò che concerne la c.d. pericolosità generica<sup>106</sup>.

Al riguardo si precisa sin da subito che, per quanto l'analisi della Corte europea si appunti su alcune disposizioni della pregressa disciplina (tra gli altri artt. 1, 3 e 5 legge 1423/1956), le considerazioni contenute nella sentenza De Tommaso risultano nondimeno attuali, posto che la vigente disciplina di cui al D.L.vo 159/2011 non ha mutato gli aspetti *sub iudice* (salvo che per la caducazione della prescrizione di non dare adito a ragioni di sospetto).

In particolare, la Corte EDU, dopo aver ribadito che la sorveglianza speciale di pubblica sicurezza non costituisce una limitazione della libertà personale di cui all'art. 5 della Convenzione, integrando piuttosto una misura restrittiva della libertà di circolazione, ha rammentato che, ex art. 2 CEDU, soltanto la legge può limitare tale libertà. Tuttavia *«una norma non può essere considerata una “legge” se non è formulata con sufficiente precisione, in modo da consentire ai cittadini di regolare la loro condotta»*.

Orbene, i Giudici di Strasburgo, hanno rilevato un deficit di tassatività della disciplina italiana delle misure di prevenzione personali tanto con riferimento ai presupposti applicativi (articolo 1 della L. 1423/1956, oggi art. 4 D.L.vo. 159/2011), che dei contenuti prescrittivi (articolo 5 della L. 1423/1956, oggi art. 8 IV co. D.L.vo cit.).

Invero con specifico riferimento ai soggetti suscettibili di misure di prevenzione, la Grande Camera ha ritenuto che *«né la Legge né la Corte costituzionale hanno individuato chiaramente le “prove fattuali” o le specifiche tipologie di comportamento di cui si deve tener conto al fine di valutare il pericolo che la persona rappresenta per la società e che può dar luogo a misure di prevenzione»*. E pertanto i Giudici europei hanno concluso che la norma censurata *«non fosse pertanto formulata con sufficiente precisione in modo da fornire una protezione contro le ingerenze arbitrarie e consentire al ricorrente di regolare la propria condotta e prevedere con un sufficiente grado di certezza l'applicazione di misure di prevenzione»*.

Per ciò che attiene alle prescrizioni da applicare al sottoposto alla misura, la Corte EDU ha considerato che quelle di *“vivere onestamente e di rispettare le leggi”* risultano *«formulate in termini molto generici e il loro contenuto è estremamente vago e indeterminato»*.

Né l'intervento della Corte costituzionale, che ha ritenuto le citate prescrizioni non lesive del principio di legalità<sup>107</sup>, è stato ritenuto decisivo, giacché sostanzialmente l'Alta Corte italiana avrebbe semplicemente dato luogo ad una vuota tautologia.

Peraltro, ad avviso dei Giudici europei *«la Corte costituzionale nel 2010 non ha risolto il problema dell'imprevedibilità delle misure di prevenzione applicabili»*, giacché ha lasciato intonso il disposto dell'articolo 5 comma 1 della legge in questione – ora art. 8 comma V D.L.vo 159/2111, nella parte in cui prevede che il

<sup>104</sup> C. cost. 93/2010.

<sup>105</sup> Cfr. F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione*, in *Diritto penale contemporaneo*, fasc. 3/2017, 370 ss.

<sup>106</sup> Grande Camera, De Tommaso contro Italia, 23 febbraio 2017.

<sup>107</sup> Cfr. C. cost. 282/2010.

tribunale possa «*imporre tutte quelle prescrizioni che ravvisi necessarie, avuto riguardo alle esigenze di difesa sociale*».

Ed ancora la Corte EDU si è definita preoccupata (nella versione originale in inglese “*concerned*”) per la proibizione, che deve “in ogni caso” essere imposta, di partecipare a riunioni pubbliche, senza alcuna specificazione temporale o spaziale.

*Le conseguenze della sentenza De Tommaso nella giurisprudenza interna: cenni*

Com’era prevedibile la sentenza della Grande Corte ha sin da subito suscitato un vasto dibattito e ampie reazioni, cui in questa sede si potrà soltanto sinteticamente fare riferimento.

Devono anzitutto registrarsi alcune pronunce di merito che hanno sostanzialmente negato alla sentenza De Tommaso la natura di precedente consolidato, e quindi, per quanto *supra* riportato, la vincolatività dei suoi principi<sup>108</sup>.

Altra giurisprudenza di merito ha invece rimesso alla Corte costituzionale apposita questione di legittimità costituzionale di diverse norme in tema di prevenzione, seppure talora affermando che la decisione proveniente dalla Grande Camera si ponga soltanto quale criterio per l’interprete, ma non sia vincolante sul piano formale<sup>109</sup>.

Invero si registrano diversi piani di censura della disciplina.

Infatti in talune pronunce si sono rimesse al Giudice delle leggi “soltanto” le norme che descrivono il possibile destinatario della misura e quelle che prevedono le prescrizioni<sup>110</sup>. Altre ordinanze hanno invece esteso i profili di censura, ritenendo che il conflitto con la CEDU riguardi anche le norme in tema di misure patrimoniali<sup>111</sup>.

Analogamente altro Giudice territoriale ha esteso la questione di legittimità costituzionale agli artt. 16, 20 e 24 del decreto legislativo n. 159/2011, che attualmente disciplinano le misure di prevenzione patrimoniali, richiamando però il solo art. 117 Cost. in relazione all’art. 1 prot. 1 CEDU<sup>112</sup>.

Ovviamente in tale contesto si registrano anche alcuni interventi della Suprema Corte, che tuttavia si sono sviluppati su altra direttrice. In particolare, il Primo Presidente della Corte nomofilattica, richiamando la pronuncia della Grande Camera, ha assegnato un ricorso alle Sezioni Unite, rimettendo all’esame delle stesse «*se la norma incriminatrice di cui all’art. 75, comma II, d.lgs. n. 159 del 2011, che punisce la condotta di chi violi gli obblighi e le prescrizioni imposti con la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, ai sensi dell’art. 8 del d.lgs. cit., abbia ad oggetto anche le violazioni delle prescrizioni di vivere onestamente e di rispettare le leggi*».

Il massimo consesso della Corte di legittimità, dopo aver considerato che «*soltanto una lettura “tassativizzante” e tipizzante della fattispecie può rendere coerenza costituzionale e convenzionale alla norma incriminatrice di cui all’art. 75, comma II, d.lgs. n. 159 del 2011*», concluso difformemente dalla precedente giurisprudenza di legittimità<sup>113</sup>.

<sup>108</sup> Cfr. Trib. Milano, 7 marzo 2017, in *Dir. pen. cont.*, fascicolo 4/2017, p. 319 ss., nonché Trib. Palermo, 28 marzo 2017, *ivi*, 316.

<sup>109</sup> Cfr. Trib. Padova, 30 maggio 2017, in [www.gazzettaufficiale.it](http://www.gazzettaufficiale.it).

<sup>110</sup> Cfr. Trib. Udine, 4 aprile 2017, che ha sollevato incidente di costituzionalità degli artt. 1, 3, 5 della L.1423/1956 e degli artt. 1, 4 comma I lett. c. 6 e 8, del D.lgs. n. 159/11, in [www.studiomantovano.it](http://www.studiomantovano.it).

<sup>111</sup> Cfr. App. Napoli, 14 marzo 2017, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, 292 ss. che ha sollevato incidente di costituzionalità anche dell’art. 19 della L.1423/1956, per contrasto con l’art. 117 Cost. in relazione all’art. 1 prot. 1 CEDU e con l’art. 42 Cost.

<sup>112</sup> Cfr. Trib. Padova, 30 maggio 2017, *cit.*

<sup>113</sup> Cfr. *ex multis*, Cass. pen., sez. I, 4 luglio 2012, n. 30995, secondo cui «*l’inosservanza delle prescrizioni generiche di vivere onestamente e di rispettare le leggi non integra norma incriminatrice di cui all’art. 75, comma II, d.lgs. n. 159 del 2011*» (cfr. Cass. pen., sez.



E tuttavia per i Giudici nomofilattici, i citati obblighi, sebbene inadeguati a integrare una fattispecie penale, possano comportare, ex art. 11 d.lgs. n. 159 del 2011, un aggravamento della misura di prevenzione. Verosimilmente tale soluzione è correlata anche alla scelta delle SS.UU. che, rimanendo nel ristretto ambito dell'ordinanza di remissione, si sono sottratte «*da ogni approfondimento della pronuncia – della Grande Corte- là dove nega fondamento legale alla – descrizione dei presupposti della- misura applicata al proposto*»<sup>114</sup>.

Più recentemente le sezioni semplici sono tornate sul tema già devoluto alle Sezioni Unite<sup>115</sup>. In questo caso la Corte regolatrice, pur convenendo con le Sezioni Unite sul deficit di tassatività della citata norma penale, ritengono che esso non possa essere risolto in via interpretativa, ma soltanto attraverso una pronuncia della Corte costituzionale, cui i Giudici nomofilattici hanno chiesto «*se l'art. 75 comma 2 del D.lgs n. 159 del 2011, nella parte in cui sanziona penalmente l'obbligo di "vivere onestamente e di rispettare le leggi", sia compatibile con gli artt. 25 e 117 della Carta fondamentale, letto questo secondo articolo in relazione all'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali ed all'art. 2 del Protocollo n. 4 della stessa Convenzione, interpretati alla luce della ratio decidendi espressa dalla sentenza della Corte Edu, Grande camera, De Tommaso c. Italia*».

Nel discostarsi dalla scelta operata dalle Sezioni Unite, il collegio nomofilattico ha considerato che «*la stessa "esistenza astratta" di un delitto*» non possa essere sottoposta alla fisiologica instabilità correlata alla facoltà di interpretazione. Peraltro la soluzione prescelta dalle Sezioni Unite comporterebbe l'inconveniente di non incidere il giudicato.

Fin qui gli sviluppi della decisione della Grande Corte, e tuttavia pare che la disciplina delle misure di prevenzione è destinata ad un lungo travaglio determinato dalla normativa sovranazionale.

---

un., 27 aprile 2017, n. 40076).

<sup>114</sup> Per spunti critici riguardo alla soluzione della Corte di cassazione si rimanda a G. BIONDI, *Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza EDU De Tommaso C. Italia sul delitto ex art. 75, comma II, D.LGS. 159/2011: luci ed ombre di una sentenza attesa*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/2017, p. 163 ss.

<sup>115</sup> Cfr. Cass. pen., sez. II, ord. 26 ottobre 2017 n. 49194.

## Il giudice politico

SOMMARIO: 1. Il Problema dell'imparzialità del giudice. – 2. Le possibili influenze del potere politico ed economico sulle decisioni dei magistrati. – 3. La partecipazione attiva del magistrato alla vita politica. – 4. *Index suspectus* – 5. La selezione dei candidati: così la politica sceglie i suoi giudici.

### 1. Il Problema dell'imparzialità del giudice.

C'è, tra i connotati del giusto processo, uno che è quasi sempre lasciato in ombra, un carattere del giudice che sembra interessare poco ai commentatori.

La svolta è stata rappresentata, nell'articolo 111 della Costituzione, dalla terzietà del giudice, dalla parità delle parti, dalla formazione della prova in contraddittorio, dalla ragionevole durata del processo, che è il presupposto stesso del processo accusatorio. Della "imparzialità" del giudice si è parlato raramente, probabilmente perché non dovrebbe mancare in nessun tipo di giudizio, o forse anche perché è un requisito totalmente connaturato alla figura del giudicante che non vale la pena di occuparsene.

Ed è stato un errore, perché gli altri elementi del giusto processo sono realizzabili con dei mutamenti anche settoriali, mentre oggi l'imparzialità del giudice è un problema di sistema, e la sua attuazione richiederebbe una serie di interventi nella organizzazione della magistratura, sui rapporti tra magistratura e potere politico, sulla attuale cultura della giurisdizione, e, infine, sui costumi e sulla moralità dei giudici.

Aspettative di carriera, intrecci con il potere politico, il dominio delle correnti, il riferimento a valori sostanziali, nella interpretazione, sono tutti *virus* che, poco alla volta, a partire dagli anni '60, hanno messo a rischio la imparzialità del giudice.

### 2. Le possibili influenze del potere politico ed economico sulle decisioni dei magistrati.

La magistratura, in Italia, è un organo autonomo e indipendente, e ciò è enunciato a livello costituzionale. La Costituzione afferma, altresì, che il giudice è soggetto soltanto alla legge. Ciò indurrebbe a pensare che i magistrati, inclusi i pubblici ministeri, siano del tutto immuni da eventuali direttive provenienti dal potere politico, e in particolare dal governo, e che le loro decisioni siano, per così dire, "asettiche", nel senso che non tengono in alcun conto della loro ricaduta sul sistema politico, economico o sociale.

Non è così. Sono molte le ragioni che rendono il giudice "non indifferente" alle attese del potere politico, soprattutto rispetto alle scelte a cui il Governo è particolarmente sensibile, per ragioni economiche o di ricaduta politica.

A livello istituzionale la magistratura non può essere condizionata, né dal Governo, né, ad esempio, dai grandi gruppi industriali. È, invece, una questione di aspettative, di rapporti di forza, di ricerca di possibili benefici, anche se non immediati, da parte di singoli magistrati chiamati a decidere su casi concreti di particolare interesse per lo Stato italiano.

Non è detto, ovviamente, che ciò accada sempre: è un rischio che diventa tanto più alto, quanto più alti sono gli interessi in gioco, e quindi l'attenzione del Governo, o della politica, su quella che sarà la sentenza del giudice.

A ciò si aggiunge che la magistratura è divisa in "correnti", che ciascuna corrente è "gemellata" con un partito politico, e che le correnti controllano il Consiglio superiore della magistratura, da cui dipendono tutti i magistrati per le promozioni, gli incarichi e le sanzioni.

È proprio il "carrierismo" dei magistrati, la loro politicizzazione, che ha determinato, tra le altre cause, un alto tasso di sfiducia verso la istituzione giudiziaria, in Italia. I dati raccolti dalla Demos – nella XVII indagine sugli italiani e lo Stato, condotta per il quotidiano La Repubblica –, dicono che la credibilità della magistratura tra i cittadini ha subito un pesante calo di fiducia, dal 50% nel 2010, al 33% nel 2014, con 17 punti in meno<sup>1</sup>. Nel 2015 è scesa, ulteriormente, al 30%<sup>2</sup>. Ancor più preoccupanti sono i dati del rapporto Eurispes 2015 che registra un notevole calo di fiducia nei magistrati, che è scesa al 28,8%, con un calo di consensi del 12,6%<sup>3</sup>.

### 3. La partecipazione attiva del magistrato alla vita politica.

Per l'art. 3 lett. h) del decreto legislativo n. 109 del 2006, sull'Ordinamento giudiziario, costituisce illecito disciplinare "l'iscrizione o la partecipazione sistematica e continuativa a partiti politici". La Corte Costituzionale, con la sentenza 17 luglio 2009, n. 224, ha poi determinato i limiti che deve incontrare l'attività politica del magistrato, anche se collocato fuori ruolo. La Corte ha statuito che "l'estraneità del magistrato alla politica dei partiti e dei suoi metodi è un valore di particolare rilievo e mira a salvaguardare l'indipendente e imparziale esercizio delle funzioni giudiziarie, dovendo il cittadino essere rassicurato sul fatto che l'attività del magistrato, sia esso giudice o pubblico ministero, non sia guidata dal desiderio di far prevalere una parte politica".

Tutto ciò, in teoria. In realtà è estremamente diffuso il fenomeno di magistrati che, senza rinunciare al loro *status*, partecipano intensamente alla vita politica, anche nei luoghi in cui hanno svolto le loro funzioni giudiziarie. E tuttavia non si ha notizia che siano stati promossi procedimenti disciplinari nei loro confronti.

Michele Emiliano, già Pubblico ministero antimafia della Procura della Repubblica di Bari, è stato Sindaco di Bari, Segretario regionale del Partito democratico, Presidente della Regione Puglia dal 31 maggio 2015. È in aspettativa, il che significa che, terminati gli incarichi politici, tornerà a fare il magistrato.

Felice Casson, è stato prima giudice e poi Pubblico ministero a Venezia, dal 1993 al 2005. È stato eletto in Parlamento nel 2006 nelle liste del Partito democratico. È tutt'ora Senatore, con la carica di vice presidente della Commissione giustizia. È stato candidato sindaco di Venezia, nelle elezioni del 2015.

Anna Finocchiaro, magistrato sino al 1987. È stata eletta parlamentare nelle liste del Partito comunista. È stata ministro delle pari opportunità del governo Prodi. È stata candidata alle elezioni regionali nel 2008 in Sicilia per il Partito democratico. Nel frattempo, il Consiglio Superiore della Magistratura le ha riconosciuto sette valutazioni di professionalità, come a tutti i magistrati che ricoprono incarichi politici.

Molti altri sono i magistrati che dalle aule di giustizia sono passati a quelle parlamentari, o dei Consigli regionali, o dei Comuni d'Italia; Doris Lo Moro, magistrato sino al 1993, sindaco fino al 2001, eletta in Consi-

<sup>1</sup> L'inchiesta è stata illustrata da I. DIAMANTI, su *La Repubblica*, 28 dicembre 2014.

<sup>2</sup> Si osserva, nel rapporto del 2015, "che, presso l'opinione pubblica si è diffusa la tendenza a 'politicizzare' l'immagine dei magistrati. A percepirli come 'attori', oltre che 'controllori' della politica".

<sup>3</sup> V. Rapporto Italia, 2015.

glio regionale, nelle liste DS, nel 2005, Senatrice del partito democratico dal 2013; Cosimo Maria Ferri, *leader* della corrente di Magistratura indipendente, magistrato sino al 2013, componente del Consiglio Superiore della magistratura, nel 2013 è stato nominato Sottosegretario di Stato della giustizia, ruolo tutt'ora ricoperto nel governo Renzi; Giacomo Caliendo, Procuratore generale, e poi Senatore di Forza Italia dal 2008; Gianrico Carofiglio, Pubblico ministero, Senatore del Partito democratico dal 2008 al 2013; Gerardo D'Ambrosio, ha diretto l'inchiesta su mani pulite, nel 1999 è diventato Procuratore capo della Repubblica di Milano, nel 2006 è stato eletto Senatore nelle liste del Partito democratico; e ancora, Donatella Ferranti, Stefano Dambroso, Lanfranco Tenaglia, Silvia Della Monica, Alberto Maritati, parlamentari del partito democratico; Roberto Centaro, Pasquale Giuliano, Francesco Nitto Palma, Franco Frattini, Alfonso Papa e Alfredo Mantovano (sottosegretario all'interno nel 2001-2006, attualmente giudice della IV Sezione della Corte d'Appello di Roma), parlamentari della destra.

Meritano una citazione particolare alcuni magistrati che hanno ricoperto, in politica, cariche di altissimo prestigio, come Luciano Violante, noto per le sue inchieste nei confronti della destra, eletto con il Partito comunista, e poi Presidente della Camera; Pietro Grasso, giudice a Palermo, e poi Procuratore nazionale antimafia, eletto Senatore nel 2013, con il Partito democratico, ed ora Presidente del Senato, che è la seconda carica dello Stato; infine, Antonio Di Pietro che è stato il magistrato simbolo di mani pulite, che ha riguardato tutti i partiti dell'epoca, salvo il Partito comunista, nominato Ministro dei lavori pubblici nel governo Prodi.

## 4. Index suspectus

Già nel 2003 la Commissione dei diritti umani delle Nazioni Unite ha condotto una inchiesta sulla indipendenza dei giudici in Italia, concludendo nel senso che “l'attuale prassi dei magistrati di entrare in politica e di correre per le elezioni del Parlamento, senza dimettersi dall'ufficio giudiziario, è preoccupante. Altrettanto preoccupante è che i magistrati esprimono pubblicamente opinioni su questioni politiche controverse”<sup>4</sup>.

Nelle raccomandazioni, per ciò che concerne i magistrati in politica, si legge: “I magistrati dovrebbero ricordare il principio n. 9 dei Principi base delle Nazioni Unite sull'indipendenza della magistratura, nel senso che devono sempre comportarsi in modo tale da preservare la dignità del loro ufficio e l'imparzialità e l'indipendenza della magistratura. Alla luce di questo principio ANM dovrebbe seriamente domandarsi se il coinvolgimento dei magistrati in politica e la loro adesione a partiti politici sono coerenti con il principio n. 8 dei principi base. Infine, i magistrati dovrebbero astenersi dall'esprimersi pubblicamente, sia oralmente o per iscritto, su questioni politiche controverse. Se i magistrati vogliono partecipare alle elezioni per un seggio parlamentare, dovrebbero dimettersi dalle loro funzioni giurisdizionali. Se poi volessero tornare in magistratura dovrebbero passare nuovamente attraverso la selezione e il processo di nomina”<sup>5</sup>.

Vito Marino Caferra, magistrato dal 1965, componente del Consiglio Superiore della magistratura, dal 1998 al 2008, Presidente della Corte d'Appello di Bari, ha scritto nel libro “*Processo al processo. La responsabilità dei magistrati*” (2015): “Nell'attuale contesto politico-istituzionale la questione della politicizzazione (della magistratura) assume una consistenza concreta quando il magistrato sceglie di partecipare alla politica attiva (nei partiti, nel Parlamento, al Governo o negli Enti locali...). È inevitabile che il fenomeno, specie se riguarda

<sup>4</sup> United Nation, Economic and Social Council, Commission of Human Rights. Fifty-ninth session. *Report on the mission to Italy (5-8 novembre 2002)*, 20.

<sup>5</sup> *Ibid.*, 22.

magistrati impegnati in inchieste di grande rilievo politico, suscitati nella opinione pubblica dubbi di strumentalizzazione della pregressa attività giudiziaria (in vista di future candidature); in ogni caso appanna l'immagine di terzietà e di indipendenza del giudice-candidato. Negli ultimi decenni si è realizzato, con effetti preoccupanti, un vero e proprio 'sistema di vasi comunicanti tra magistratura e politica', che riguarda soprattutto i magistrati del Pubblico ministero. E con il passaggio del magistrato alla politica – attiva quando il passaggio non è definitivo (e persistono sia lo status di magistrato che le sue prospettive di carriera) – sorge l'ulteriore sospetto di possibili interferenze tra il mondo giudiziario e quello della politica. Il fenomeno, sempre più frequente, interessa l'intero sistema dei partiti (senza distinzione ideologica) e, sul versante giudiziario, tutte le aree culturali della magistratura associata, la quale ha più volte avvertito la gravità del problema per la evidente commistione tra funzione giudiziaria e impegno politico<sup>6</sup>.

Paolo Barile, uno dei più autorevoli costituzionalisti, ha affermato che “il pericolo nuovo che incombe oggi sui magistrati è la politicizzazione, o, peggio, la loro partitizzazione, perché il magistrato che cambia il suo seggio con un palco da comizio cessa di essere un magistrato”<sup>7</sup>.

Ciò dimostra come sia esteso il fenomeno dei magistrati che, in virtù della notorietà acquisita per taluni processi, e non di rado per le indagini in materia politica, sono stati candidati dai partiti ed eletti in Parlamento. Può accadere, dunque, anche se il “può” è d'obbligo, che talune decisioni dei magistrati siano condizionate, o quanto meno risentano, delle “risposte” che, nel tempo, potrebbero determinare in taluni partiti politiche, ed in particolare in quella parte politica a cui sono più vicini, e dalla quale un domani potrebbero avere un posto di rilievo politico.

È evidente che non potrà mai dirsi di nessun giudice, preventivamente, o dopo la sua sentenza, se la sua scelta ha tenuto conto, e in che misura, del “gradimento” di un partito politico: tuttavia, il pericolo c'è, ed è concreto, come dimostra la storia d'Italia di questi ultimi anni.

## 5. La selezione dei candidati: così la politica sceglie i suoi giudici

Oggi, peraltro, il rischio è ancora più elevato che in passato, considerato che l'attuale sistema elettorale attribuisce ai *leader* dei partiti la selezione insindacabile di chi sarà eletto, e chi no. Il sistema elettorale, infatti, è congegnato in modo tale che l'elettore non può manifestare le sue preferenze, ma può soltanto dare il voto al partito, motivo per cui l'essere eletto dipende dalla posizione nella lista dei candidati: chi viene collocato ai primi posti, sarà eletto, gli altri saranno esclusi.

Per guadagnarsi uno dei primi posti, chi intende fare politica, deve avere “crediti” particolari nei confronti di questo o di quel partito. Ciò, evidentemente, rende ancor più stringente il rapporto tra i “meriti” del candidato, ed il partito, e tra i meriti, in astratto, può esserci una iniziativa giudiziaria, una decisione, un provvedimento gradito al *leader*.

Come si è visto, la maggior parte dei magistrati-parlamentari, da sempre, si trova nel partito democratico, un tempo PCI, poi Ulivo, ecc., e cioè nel partito dell'attuale Presidente del Consiglio, Matteo Renzi. Può accadere, e nei fatti accade, che in un processo penale siano in gioco rilevanti interessi economici, o politici, che fanno capo al governo, o ai suoi componenti, o anche a enti pubblici. Chi giudicherà, allora, per concedere,

<sup>6</sup> V. M. CAFERRA, *Il processo al processo*, Bari, 2015, 165.

<sup>7</sup> P. BARILE, introduzione a P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, IV edizione, Firenze, 1989.

o negare un provvedimento, per decidere in giudizio, potrà non tener conto di queste conseguenze, ma la situazione è tale che è impossibile escludere che accada il contrario.

A tutto ciò si deve aggiungere che non di rado i magistrati in aspettativa, o fuori ruolo, sono destinati a far parte di consigli di amministrazione di Enti statali, o parastatali, o a ricoprire altri incarichi pubblici, sempre su designazione del Governo o dei partiti. Ci sono magistrati che passano dal Quirinale al Consiglio Superiore della magistratura, dalla Corte Costituzionale alla Presidenza del Consiglio, dalle Commissioni parlamentari alle autorità indipendenti. L'ex Sostituto Procuratore generale di Cassazione, Stefano Ercolani, è presso il segretariato generale del Quirinale. Presso la Presidenza della Repubblica si trovano anche Enrico Gallucci, già giudice al Tribunale di Roma, e Franca Zacco, in precedenza magistrato presso il Tribunale di Teramo. Emma De Pasquale, già giudice al Tribunale di Catania, è al dipartimento affari giuridici di Palazzo Chigi, sede del Governo. Noemi Coraggio, in passato giudice di Avellino, è alla Presidenza del Consiglio in qualità di esperta. Questi sono soltanto alcuni dei moltissimi casi che si potrebbero citare: basti dire che i casi di incarichi extragiudiziari, non pochi di natura politica, dal novembre 2015 al maggio 2016 sono stati 862.

Anche l'aspettativa di ricoprire un incarico politico di prestigio, benché extraparlamentare, non può non costituire, in ipotesi, una ragione per tener conto delle ricadute delle decisioni giudiziarie sulle future designazioni da parte della politica. L'attuale situazione, in Italia, lo fa temere benché, lo ripeto, non si potrà mai dire se un singolo magistrato ha o meno tenuto conto di queste aspettative emettendo un provvedimento di sua competenza.

