ARCHIVIO PENALE

RIVISTA QUADRIMESTRALE
DI DIRITTO, PROCEDURA E LEGISLAZIONE PENALE SPECIALE, EUROPEA E COMPARATA



NUOVA SERIE

A CURA DI
ALFREDO GAITO
DAVID BRUNELLI – GIOVANNI DEAN – GIULIO GARUTI – ADELMO MANNA –
OLIVIERO MAZZA – TULLIO PADOVANI – MAURO RONCO – GIORGIO SPANGHER

MAGGIO–AGOSTO 2013 FASCICOLO 2
ANNO LXV

ARACNE

ARCHIVIO PENALE
RIVISTA QUADRIMESTRALE
DI DIRITTO, PROCEDURA E LEGISLAZIONE PENALE SPECIALE, EUROPEA E COMPARATA

Direzione
Studio Gaito
viale Giulio Cesare, 6
00192 Roma
direzione@archiviopenale.it

Redazione
Studio Pannain
via Achille Papa, 21
00195 Roma
redazione@archiviopenale.it

Condizioni di acquisto

Italia
Abbonamento annuale . . . . . euro 80,00
Fascicolo . . . . . euro 30,00

Estero
Abbonamento annuale . . . . . euro 80,00
Fascicolo . . . . . euro 30,00

Per ordini
telefax: 06 93781065
e–mail: info@aracneeditrice.it
online: www.aracneeditrice.it
Skype: aracneeditrice

Modalità di pagamento
1. Bonifico bancario intestato ad:
Aracne editrice S.r.l.
IBAN: IT 23 N 05308 38860 000000020121
Causale: *Abbonamento Archivio Penale*
2. Contrassegno postale
3. Carta di credito (acquisto *online*)

Autorizzazione n. 114 del 7 settembre 1984
Tribunale di Urbino

Editore
Aracne editrice S.r.l.
via Raffaele Garofalo, 133/A-B
00173 Roma
(06) 93781065
www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXI Aracne editrice

ISBN 978-88-548-5819-0
ISSN 0004-0304-13002

I edizione: agosto 2013

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4, della legge 22 aprile 1941, n. 633, ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Le riproduzioni a uso differente da quello personale potranno avvenire, per un numero di pagine non superiore al 15% del presente volume, solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da AIDRO – via delle Erbe, 2 – 20121 Milano – telefax 02 809506 – e-mail aidro@iol.it.

La rivista «Archivio Penale» è documentata nell'Archivio DoGi dell'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica (ITTIG) del Consiglio Nazionale delle Ricerche, consultabile all'indirizzo www.ittig.cnr.it/dogi.

La versione *online* è consultabile sul sito *web archiviopenale.it*

Indice

375 Ricordo di Giovanni Dean
Alfredo Gaito

377 Ricordo di Giovanni Silvestri
Giovanni Canzio

Editoriale

381 Paradossi e limiti della attuale *realpolitik* in materia penale
David Brunelli

Confronto di idee su:
« *Luci e ombre sull'azione civile nel processo penale* »

391 Ma davvero il processo penale è luogo adatto al soddisfacimento delle istanze civilistiche?
Ciro Santoriello, Alfredo Gaito

405 L'opposizione alla richiesta di archiviazione
Rossella Fonti

425 Famiglie in crisi e minori devianti: premesse allo studio di un diritto penale « *dalla parte della vittima* »
Ave Gioia Buoninconti

443 Gli « Enti esponenziali di interessi lesi dal reato »: figli legittimi del 'nuovo' codice, ma ancora eredi del 'vecchio' *status* di parti civili
Daniela Chinnici

459 Parte civile e processo *de societate*: profili di un'esclusione ragionevole
Gianrico Ranaldi

473 L'impugnazione della parte civile: in mezzo al guado fra la riforma della "Pecorella" e le dichiarazioni di incostituzionalità
Cristiana Valentini

487 La persona offesa tra diritto di difesa e diritto alla giurisdizione: le nuove tendenze legislative
Teresa Bene

509 Azione civile e processo penale
Giorgio Spangher

L'opinione

515 Legittimità e merito. Il deducibile dubbio
Giuliano Dominici

Cultura penale e spirito europeo

529 Italia "maglia nera" a Strasburgo. A proposito di un eccesso che continua
Domenica Naike Cascini

539 Interessi finanziari UE, procura europea, difesa: nessun passo indietro sul piano delle garanzie
Vincenzo Comi

Orientamenti

557 Ancora sulla frattura della disposizione *ex* art. 317 c.p. Qualche rapido spunto in attesa delle Sezioni Unite
Vico Valentini

Quesiti

575 Tra diritto alla prova e principio di legalità: giudizio abbreviato e rinnovazione istruttoria in appello
Nicoletta Mani

Criminologia

595 L'impenetrabilità del sistema penale e penitenziario cinese: la macchina repressiva del regime nella condanna ai *laogai* tra violazione dei diritti umani ed economia di schiavitù
Rosanna Romanelli

Questioni aperte

613 Aperture ed esitazioni della Corte costituzionale
Alessandro Serrani

623 La Corte di cassazione tra aspirazioni garantiste e perduranti insensibilità verso il giusto processo d'appello
Daniela Chinnici, Daniele Livreri

639 Quali responsabilità per l'incendio della Thyssen? Osservazioni a prima lettura sulla sentenza d'appello
Ciro Santoriello

655 Il ridimensionamento progressivo delle presunzioni nel regime custodiale obbligatorio
Nadia E. La Rocca

667 Il computo delle restrizioni alla libertà personale nei rapporti di cooperazione Italia–Regno Unito: alla ricerca di una base concettuale comune
Marina Tiberi

679 Istigazione alla corruzione ed oltraggio
Francesca Romana Fulvi

693 Usura bancaria. La C.M.S. non va inclusa nel calcolo del T.E.G.M.
Nicola Gianaria

701 La complessità del reato: tra unità del fatto, unicità dell'offesa e pluralità del "danno"
Daniela Falcinelli

719 Sui confini delle garanzie autodifensive. Accertamenti fiscali, richiesta di documenti, rischio di autoincriminazione
Antonio Faberi

733 L'elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione
Pierluigi Cipolla

Le idee degli altri

751 Recensione a *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione* di Francesco Mauro Iacoviello (Milano, 2013, pp. 940)
Sandro Fùrfaro

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/97888548581901
pag. 375–376

Ricordo di Giovanni Dean

Alfredo Gaito

Pochi giorni fa, venerdì 19 luglio, ad appena 53 anni, se ne è andato anzitempo, in punta di piedi e con la discrezione di sempre, Giovanni Dean. A darmene immediata notizia Carlo Fiorio, e subito dopo Mariangela Montagna, anche loro miei allievi e collaboratori per anni, assieme e come Giovanni.

Un nuovo lutto, dopo l'altro recente ed egualmente doloroso di Giovanni Silvestri, colpisce così e commuove i processualpenalisti italiani e la famiglia di Archivio penale.

Figlio d'arte, era sposato con una collega e padre di due ragazzi.

Per ripetuti mandati aveva ricoperto il ruolo di Presidente dell'Ordine degli avvocati di Perugia.

Il sentimento mi impone subito di ricordare l'Amico, a scapito dell'adeguatezza del ricordo. Giovanni Dean uomo aveva saputo assorbire in composta, severa, dignità i ripetuti dolori della vita (dal drammatico incidente della mamma con le lunghe e travagliate conseguenze nel tempo, alla sorte infausta che aveva afflitto il papà Fabio, fino ai Suoi personali problemi di salute). Qui non posso soffermarmi; ma ho ancora negli occhi quel giovane allegro in divisa militare che nel 1986 Assunta Mazzarra (altra amica, ricercatrice di Procedura penale a Perugia, prematuramente scomparsa) mi presentava come giovane laureato di grandi promesse.

Di Giovanni Dean cattedratico non sono adatto a dire, avendolo io avviato a questa carriera ed avendolo voluto al mio fianco quale docente incaricato in un periodo difficile per entrambi, pur se per differenti ragioni.

È certo, però, che si trattava di processualista particolarmente raffinato, con doti innate; lo stile sobrio, asciutto, incisivo, era lo specchio della Sua personalità. Aveva iniziato il *cursus honorum* accademico nel periodo in cui io ero titolare della cattedra di Diritto dell'esecuzione penale a Sassari e contemporaneamente supplente di Procedura penale nell'Ateneo perugino: ammesso dapprima al Dottorato di ricerca sardo, e subito dopo ricercatore a Perugia, sede nella quale era poi stato professore associato e successivamente ordinario di Diritto processuale penale, Giovanni Dean ha recato numerosi e cospicui contributi alla nostra scienza. Dal volume sull'archiviazione (tema trattato con ampio respiro dogmatico e critico) a quello sulla revisione, ai saggi su argomenti *illo tempore* d'attualità su temi anche assai di-

stanti tra loro, dall'esecuzione penale al giudice naturale, rivelatori anche di una solida cultura storica e filosofica (sicuro frutto delle frequentazioni con il comune compianto amico e Maestro Alessandro Giuliani), ed altri ancora disseminati soprattutto tra le varie annate della Giurisprudenza italiana, a testimonianza della Sua ricca varietà di interessi e padronanza della materia. Ma il nome di Giovanni Dean resta legato soprattutto alla fervida e meritoria opera che Egli ha dedicato allo sviluppo del Codice di procedura penale ipertestuale, prima, ed alla realizzazione del Manuale come co–autore con Dominioni, Corso, Spangher, Garuti, Mazza e me, poi; senza trascurare le Sue relazioni in vari congressi (tra i quali quello dell'Associazione tra gli studiosi del processo penale tenutosi a Siracusa nel 2011).

Asciutto, essenziale nel pensiero, era sincero nei rapporti umani e riusciva così a mitigare quelle asprezze tipiche del carattere dei perugini ben note a chi come me ha avuto modo di rimanere in quella sede accademica per oltre vent'anni. Aveva un dono in via d'estinzione: la coerenza.

Fuori d'ogni retorica, e senza scadere in poco utili ricordi commoventi, con lui scompare uno studioso di vasta e profonda cultura e di vivida intelligenza, attento e sensibile anche ai fermenti provenienti dall'Europa.

I collaboratori tutti di Archivio penale, che lo ha avuto tra i suoi Direttori negli ultimi tre anni, s'inchinano reverenti, con me, alla Sua memoria.

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/97888548581902
pag. 377–378

Ricordo di Giovanni Silvestri

Giovanni Canzio

Giovanni Silvestri ci ha lasciato improvvisamente la mattina del 13 maggio 2013.

Non appena la notizia si è diffusa ci si è subito reso conto che la Sua prematura scomparsa — aveva appena settantadue anni — segnava un grande vuoto nell'animo sgomento degli amici e nella comunità dei giuristi.

La nobile figura di Giovanni Silvestri, nell'arco di circa vent'anni nel corso dei quali ha svolto le funzioni di consigliere prima e di presidente poi della Prima Sezione penale e altresì di componente delle Sezioni Unite penali della Corte di Cassazione, ha costituito, infatti, un costante e solido punto di riferimento per coloro che esercitano l'attività di magistrato, avvocato, docente universitario e per gli studiosi in genere del diritto e della procedura penale.

Nelle motivazioni delle sentenze da Lui redatte, nelle relazioni congressuali, negli interventi per gli incontri di formazione, nelle lezioni universitarie, nelle note per le Riviste di cui era impareggiabile collaboratore (*Il Foro Italiano* innanzitutto, ma anche *Archivio Penale*) si ammirano il fluire limpido e armonioso degli argomenti e la logica raffinata e suadente dei ragionamenti, argomenti e ragionamenti peraltro agevolmente fruibili dal lettore o dall'ascoltatore, in quanto lucida espressione di una lunga pratica esperienziale e di una vasta e sedimentata cultura, non solo giuridica.

Giovanni Silvestri (che nasce — e ripete più volte di sentirsi — 'civilista', per avere praticato luminosamente per tanti anni il processo civile di merito prima di approdare in Cassazione) è stato un protagonista di primo piano della più recente evoluzione giurisprudenziale della Suprema Corte nei settori di maggior rilievo del diritto e del processo penale.

Vanno ricordate, fra le tante, le sentenze più importanti in materia di: delitto associativo anche mafioso e responsabilità dei capi e dei partecipi dell'organizzazione; chiamata in reità o correità e riscontri individualizzanti; gravità degli indizi di colpevolezza e prova cautelare; termini di durata della custodia cautelare in carcere; preclusione endoprocessuale e cosa giudicata; abnormità; revisione e ricorso straordinario per errore di fatto; patteggiamento e giudizio abbreviato; misure patrimoniali di prevenzione; esecuzione della pena; ordinamento penitenziario e regime carcerario speciale.

Arresti, questi, davvero memorabili, richiamati dalla giurisprudenza successiva e dalla dottrina, per il largo respiro sistematico dell'opera di lettura e interpretazione delle norme e per il privilegio costantemente accordato alla valorizzazione del bene giuridico protetto e alle garanzie assicurate dalla Costituzione e dalle fonti sovranazionali.

Meritano di essere rimarcati il dichiarato distacco da ogni impropria opzione 'sostanzialistica' delle disposizioni processuali, il rigoroso rispetto dei canoni oggettivi e scientifici della ermeneutica giudiziale, il prevalere, in ogni caso, dei principi di legalità.

La Sua vita e il Suo magistero di interprete e applicatore della legge penale e del codice di rito si rivelano ispirate da una profonda sapienza giuridica e da un forte impegno civile a difesa dei valori di democrazia e di legalità repubblicana, in cui Egli credeva fermamente e per i quali si batteva con coraggio e determinazione.

E però Giovanni Silvestri non è stato solo un '*signore del diritto*'.

I colleghi, gli amici, gli allievi, le persone che hanno avuto la fortuna di conoscerLo ricordano, innanzi tutto, l''*uomo*': semplice, umile, non ambizioso, retto, sorridente, saggio, sempre attento alle ragioni e alle critiche degli altri componenti del Collegio, degli Avvocati difensori, della Dottrina, indipendente e irriducibile contro ogni atteggiamento prevaricatorio o illegale.

Egli ha servito con dedizione la Giustizia e ha onorato l'Istituzione giudiziaria alla quale apparteneva.

Insieme con il privilegio di avere lavorato accanto a Lui, di averLo frequentato, di averLo letto o ascoltato, di averne condiviso percorsi di ricerca e di decisione e talora anche emozioni e moti dell'animo, resta tuttavia il rimpianto di una troppo prematura scomparsa dai nostri orizzonti di vita.

EDITORIALE

David Brunelli

L'*abstract* (in italiano e in inglese) di ogni contributo può essere consultato sul sito *web archiviopenale.it*

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/97888548581903
pag. 381–387

Paradossi e limiti della attuale *realpolitik* in materia penale

David Brunelli

1. Primo paradosso. Come si sa, è difficile disporre di aggettivi e di metafore che possano descrivere adeguatamente lo stato odierno della giustizia penale in Italia. Basti dire che quasi trent'anni fa, nel 1986, nel corso di una Conferenza nazionale sulla giustizia organizzata dall'allora ministro Martinazzoli, già si diceva che la giustizia penale era in agonia e che si trattava di un malato terminale. Quel corpo così malmesso non solo è stato esposto ulteriormente all'ingiuria degli anni, ma ha subito il devastante *shock* del nuovo processo penale "accusatorio", variamente aggiustato e adeguato nel tempo, il quale, al di là della dubbia resa in termini di efficacia, ha comportato dei costi ingenti in termini di efficienza e di speditezza.

Non solo, sul piano del diritto sostanziale la trama delle incriminazioni ha subito un massiccio incremento, anche dovuto all'ansia di rincorrere sbandierati traguardi europei o internazionali, mentre il sistema sanzionatorio, nel quale sono confluiti opposte esigenze politico criminali e contraddittori segnali, ha dovuto ospitare gli strumenti più svariati, sino a farsi praticamente indecifrabile e ingestibile: in un nevrastenico moto circolare alla tendenza alla decarcerizzazione ha tenuto dietro una rincorsa alla carcerizzazione per tipo d'autore, con l'introduzione di circuiti fortemente differenziati basati su inaccettabili presunzioni e soverchianti pregiudizi, il tutto materializzato attraverso una congerie normativa tecnicamente illeggibile.

Il risultato odierno è sotto gli occhi di tutti ed ecco perché la sua descrizione non può essere più affidata a aggettivi o metafore: tutti peccherebbero per difetto!

Accanto ad un disastro pratico di proporzioni incalcolabili, si pone un quadro teorico niente affatto tranquillizzante. Non molti studiosi sono ancora disposti a giurare sul modello prevenzionistico, che ruota attorno all'ipotizzato messaggio che l'ordinamento rivolge al consociato su ciò che può fare e ciò che non deve fare e sulla possibilità che la pena funga da efficace controspinta alla spinta criminosa. Al di là dell'inefficienza del sistema di applicazione della pena e, dunque, di concretizzazione della minaccia, la costruzione è in crisi di identità anche presso gli studiosi non italiani, non afflitti da un simile preliminare ostacolo. Che il diritto penale possa fungere

da principale strumento di tutela di beni giuridici e da freno ai vecchi e nuovi fenomeni criminosi è molto dubbio anche in termini concettuali e non solo per le deludenti prove sinora fornite; mancando una qualunque spiegazione condivisa e attendibile circa le cause della delinquenza, e dunque una diagnosi dei fenomeni criminosi, la pena rischia di essere malinconicamente inghiottita nella prospettiva della vendetta sociale e di giocare solo un ruolo di rassicurazione psicologica della massa, giuridicamente regolato.

Dov'è il paradosso? Semplicemente nella costatazione che pur in queste condizioni nessuno si è inventato niente di diverso dalla pena e dalla giustizia penale; anzi, nella costatazione che presso l'opinione pubblica, e — conseguentemente — presso la classe politica che quella opinione cerca di intercettare e mediare, la pena non è affatto in crisi di identità e la giustizia penale è sempre più considerata come il rimedio naturale al crimine, come il luogo di riparazione delle ingiustizie. Il bisogno di infliggere la pena ai delinquenti non solo non si attenua, ma anzi cresce in parallelo con l'incremento delle devianze e dei fenomeni di rottura degli equilibri sociali, con l'insofferenza verso i "nemici", con la radicalizzazione dei conflitti. Pure in queste condizioni il diritto penale appare insostituibile, perché strumento di agevole gestione politica "a costo zero", maneggevole vessillo nella strategia degli annunci, espressione di forte carica simbolica di stigmatizzazione.

Tanto peggiore è la resa della giustizia penale, tanto più fragile è la giustificazione teorica della pena, quanto più forte si presenta il bisogno sociale di punizione, la rincorsa politica alla rassicurazione che crea l'annuncio della incriminazione e della inflessibilità sanzionatoria. In questo consiste il primo dei paradossi: il diritto penale gode di ottima salute seppure la giustizia penale sia da tempo deceduta!

2. Il secondo paradosso muove dal primo. Quale diritto penale si dovrebbe concepire dalle macerie dell'attuale? Quale diritto penale si aspetta un'opinione pubblica che ripone le proprie speranze sulla capacità della pena di trattenere i delinquenti e di colpire e rigenerare i colpevoli?

La risposta dovrebbe essere agevole. Se si vuole ancora scommettere sulla pena, soprattutto per promuovere un modello di società in cui sia distinguibile il giusto dall'ingiusto, il corretto dallo scorretto e, in definitiva, ciò che si può fare da ciò che non si deve fare, il messaggio deve arrivare chiaro e nitido; nettezza delle incriminazioni e delle risposte sanzionatorie, unita alla semplicità e alla funzionalità del sistema sanzionatorio *in action*, dovrebbero costituire le condizioni essenziali per scommettere ancora sul diritto penale.

Del resto, perché in questi giorni si percepisce una diffusa avversione nei confronti della ventilata e sempre più necessaria amnistia? Semplicemente perché la durezza dei tempi mal tollera colpi di spugna, cancellazioni, soluzioni di compromesso, privilegi e sconti: « *chi ha sbagliato paghi* », si sente

dire sempre più spesso.

La pena è percepita come una questione seria, non cancellabile con un ripensamento; ma allora, anche per determinarne l'applicazione al caso singolo occorre chiarezza, precisione, riconoscibilità del confine, nettezza di contorni.

L'unico diritto penale concepibile è un diritto penale "di lotta": il consenso sociale sulla pena applicata (« *nessuno faccia sconti!* ») implica previo consenso sociale sulla pena da applicare (« *questo è il delitto e questa è la pena!* »). In tanto solida può essere la pena applicata in quanto la stessa solidità doveva riconoscersi alla pena da applicare.

Ebbene, il secondo paradosso è che al bisogno — nonostante tutto — della pena come fattore di rassicurazione e di giustizia socialmente avvertito corrisponde una produzione normativa incapace di esprimere alcuna strategia di politica penale. Il diritto penale si comporta né più né meno come qualunque altro settore politicamente rilevante; fiaccato da scorribande, percorso da trattative, oggetto di scambio e di ricatto, offre soluzioni compromissorie, frutto di equilibrismi politici e di scelte cerchiobottiste, capaci di ospitare qualunque opzione e, dunque, di essere il prodotto di nessuna opzione. Un diritto penale ingessato, proteiforme, complesso, fantasmagorico: una sorta di supermarket dove si trova di tutto e a buon prezzo. Un diritto penale non di lotta, ma "di governo".

3. Il *trend* non è nuovo e, anzi, percorre gran parte della politica penale del dopoguerra, rivelatasi incapace di esprimere un nuovo codice penale, confinata sempre e solo in balbettanti riforme, eventualmente seguite da puntuali controriforme. Così, nel corso degli ultimi decenni, quanto ai fremiti securitari che hanno a più riprese contrassegnato innumerevoli interventi emergenziali, quasi sempre l'effetto di annuncio o di messaggio ha sopravanzato l'effettiva portata tecnica e pratica della innovazione; quanto, invece, ai fremiti garantistici e innovatori, la mediazione politica ne ha costantemente annacquato la resa e depotenziato l'impatto. Quanto all'altalena legalità *versus* discrezionalità giudiziale, alla frequenza delle oscillazioni verso l'uno o l'altro dei criteri di ripartizione dei compiti ha corrisposto una sostanziale ponderazione degli interventi correttivi, quasi che la rotta dovesse essere soltanto marginalmente adeguata, mai invertita, e con manovre accorte e soppesate.

Un effetto di ulteriore cauterizzazione del sistema l'ha poi svolto costantemente il diritto vivente, che ha visto una giurisprudenza niente affatto pronta a recepire le novità e più che altro dedita a minimizzare la portata dell'innovazione legislativa; un atteggiamento che talvolta si è tradotto in una sorta di sfida al legislatore, lanciata brandendo i vessilli di un nostrano giusnaturalismo.

Solo che la prudenza e l'equilibrio, virtù in genere raccomandabili anche

in politica, diventano vizi esiziali quando si tratta di allestire una politica penale in grado di imprimere una svolta stabile e autorevole ad un sistema collassato e ormai incapace di svolgere alcuna funzione.

In tempi recenti, è noto come la XVI legislatura, caratterizzatasi per scarsissimo attivismo nel campo della giustizia penale, si è chiusa con un intervento politicamente significativo nella lotta alla corruzione, che tuttavia, sotto il profilo squisitamente penalistico, incarna mirabilmente il prototipo del minimalismo e dell'equilibrismo riformista.

Nuove norme incriminatrici chiamate a convivere con le vecchie e a farsi spazio in una foresta già molto affollata, creando insormontabili grovigli interpretativi, attorno ai quali l'ingegno della giurisprudenza è chiamata a dare il meglio di sé; nuove linee politico–criminali emergenti senza molta convinzione e più che altro per supposte pretese europee, chiamate a forgiare pasticciate risposte sanzionatorie; formulazione di norme in cui le parole dei precetti penali — quelli che dovrebbero orientare i consociati — più che scolpite nella pietra rappresentano la frettolosa riproduzione di "pizzini" parlamentari dell'ultima ora, partoriti dal compromesso politico; comminatorie penali sapientemente calibrate attorno alle conseguenze pratiche che determinano (prescrizione, custodia cautelare, sospensione condizionale della pena), ma non sempre ispirate a equità e proporzione anche sistematica.

Quanto al primo scorcio della XVII legislatura, apertasi nei discorsi di tutti i partiti con un potenziale slancio innovatore, in un clima da "ora o mai più!", i prodotti normativi già lanciati e quelli in rampa di lancio non sembrano discostarsi dal consueto *cliché*. Ancora una volta domina la logica del compromesso tra opposte esigenze, la politica penale della composizione del conflitto, insomma la *realpolitik*. E ancora una volta dovremo commentare il risultato minimo, la modesta oscillazione, l'aggiustamento del tiro.

4. Diamo un rapido sguardo a cosa bolle in pentola.

Certo, non si può sperare che attraverso un decreto legge allestito in gran fretta per dare una immediata risposta al problema del sovraffollamento carcerario, tacitando provvisoriamente la Corte europea dei diritti dell'uomo che ci ha rivolto la non onorevole né lieve accusa di violare l'art. 3 CEDU, si possa porre mano ad una grande riforma del sistema sanzionatorio. In materia, la diffusa ed agevole risposta secondo la quale per risolvere il problema del sovraffollamento basta costruire nuove carceri, non incontra solo obiezioni di natura "economica", particolarmente invalicabili in un momento come l'attuale, ma non tiene conto che il nostro ordinamento non ha ancora chiarito il "perché" si vada in carcere, il "quando" si debba andare in carcere, e, soprattutto se chi oggi va in carcere davvero lo meriti ovvero se l'evenienza non sia legata ad un accidente, alla sfortuna, ad un

equivoco dettato a sua volta da un sovraffollamento, non di persone ma di norme.

Il sovraffollamento carcerario non costituisce, infatti, che la punta dell'*iceberg* di un problema ben più imponente e radicale: quello della correttezza nella gestione della pena, che coinvolge profili di equità, di efficienza e di efficacia, impossibili da risolvere senza una completa rifondazione del sistema. Il sovraffollamento è la forma di manifestazione più acuta del problema, e qualunque intervento tampone, provvisorio, occasionale rischia di nascondere il sintomo per un po' di tempo, finendo per rendere ancora più grave e incurabile la malattia.

A parte ciò, le previsioni del decreto legge 1° luglio 2013, n. 78, confermano la tendenza a individuare soluzioni di compromesso tra opposte esigenze: la prospettiva di decarcerizzazione soprattutto per le pene o i residui di breve durata (calcolo anticipato della liberazione anticipata) si arresta ancora una volta di fronte ai reati di cui all'art. 4 *bis* l. 26 luglio 1975, n. 354, con la conseguenza che le misure di favore introdotte accentuano ancor di più il divario che separa i due binari nell'esecuzione della pena, quello ordinario e quello di cui al citato e famigerato art. 4 *bis*. Il d.l. Cancellieri conferma l'odioso regime di presunzioni su cui si fonda l'esclusione di tutte le misure di decarcerizzazione per taluni tipi di condannati. Così, per esempio, il condannato per violenza sessuale che ha affrontato da libero il processo, magari avendo già scontato un periodo di custodia cautelare, deve necessariamente rientrare in carcere in fase di esecuzione della pena, anche se il residuo di pena da scontare sia inferiore (o prossimo) ad un anno, perché l'art. 4 *bis* impone a tale tipologia di delinquente l'obbligo di sottoporsi all'osservazione scientifica della personalità in regime intramurario e, inoltre, impone un termine non inferiore all'anno di durata dell'osservazione, senza neppure calibrare tale periodo in funzione della complessiva durata della pena inflitta.

Si tratta di una presunzione inaccettabile ed evidentemente incostituzionale, non solo non eliminata dal d.l. Cancellieri, ma anzi resa dallo stesso ancor più evidente ed odiosa.

Il metodo della discriminazione per tipologia di condannato non cambia, ma cambia l'individuazione del "nemico" da emarginare: il co. 9 dell'art. 656 c.p.p., destinato ad individuare i casi in cui non si applica la sospensione dell'esecuzione delle pene detentive brevi da parte del p.m. in attesa della decisione del giudice di sorveglianza sulle misure alternative richieste, aggiorna l'elenco in linea con le più attuali "sensibilità" della nuova e variegata maggioranza parlamentare. Sul punto è significativa la modifica che il d.l. ha subito in corso di conversione. Mentre il governo aveva espunto dal novero i piromani, i topi d'appartamento, i ladri in genere (dopo che la Corte costituzionale aveva già espunto gli immigrati clandestini) nonché i recidivi reiterati, e vi aveva inserito i condannati per maltrattamenti in

famiglia con conseguenze lesive o mortali (non volute) e gli *stalkers* (ma solo nel caso dell'art. 612 *bis*, co. 3 c.p.), il parlamento ha fatto rientrare nel girone discriminatorio i piromani e i topi d'appartamento.

Discussioni ed equilibri politici si giocano attorno a pennellate di attualità nell'ambito una politica penale molto attenta al particolare, come se il problema riguardasse solo i dettagli e non il disegno nel suo complesso.

5. Trattative, affinamenti, sapiente calibrazione di regole, deroghe, eccezioni e controderoghe caratterizzano i passaggi parlamentari di altri disegni di legge che sembrano destinati a giungere al traguardo dell'approvazione.

Sempre in tema di sanzioni, pende al Senato il *disegno di legge* n. 925 del deputato Ferranti e altri, che ha già avuto l'approvazione della Camera, il quale contiene delega al governo per la previsione della reclusione o dell'arresto « *presso il domicilio* » come pena principale e l'introduzione diretta nel sistema dell'istituto della sospensione del procedimento con messa alla prova. Entrambe le misure, muovendosi nell'ottica della decarcerizzazione, vanno giudicate positivamente; ma il limite dell'operazione è ancora una volta quello di innestarsi su un corpo già derelitto e stremato dagli innumerevoli interventi subiti, con la conseguente seria possibilità di produrre sul piano pratico risultati aberranti rispetto agli scopi dichiarati. Basti pensare che, in mancanza di una completa riscrittura delle comminatorie edittali, la nuova pena "principale" non potrà che consistere in una ulteriore pena "sostitutiva" affidata al giudice, a sua volta chiamato a "regolare il traffico", ancora una volta con l'unico indecifrabile strumento dell'art. 133 c.p. Peraltro, nel testo attualmente in discussione non è neppure chiaro se il limite della sostituzione, indicato in sei anni di reclusione per i delitti, sia quello della pena irrogata in concreto o quello del massimo edittale. A parte ciò, è evidente che in questo contesto la decarcerizzazione passa comunque attraverso un pericoloso processo di delegalizzazione della pena, attuato con strumenti normativi farraginosi e complicati, la cui gestione rischia di generare intollerabili iniquità e diseguaglianze, favori e privilegi.

L'altro disegno di legge che sembra godere di un vento favorevole per giungere al traguardo è il n. 19, in discussione presso il Senato, ad iniziativa del senatore Grasso ed altri. Interviene in materia di corruzione, voto di scambio, falso in bilancio e riciclaggio, e in tutte queste materie, peraltro non sempre con tecnica apprezzabile, tende a realizzare modifiche e aggiunte ispirate da scelte di segno contrario rispetto a quelle di recente effettuate dal legislatore. Basti pensare alla cancellazione della previsione di pena per colui che si lascia indurre a dare o a promettere, nel caso del reato di nuovo conio di cui all'art. 319 *quater* c.p., novità, questa, che era stata sbandierata come uno dei punti qualificanti della legge n. 190 del 2012, siccome imposta in sede europea, e che aveva giustificato la problematica scissione tra le due originarie figure di concussione (per costrizione e per induzione). L'approva-

zione della proposta contenuta nel disegno di legge Grasso comporterebbe, dunque, un completo ed immediato *revirement* legislativo sul punto, con un evidente effetto di disorientamento degli operatori.

6. Al di là della fondatezza delle scelte su cui si basano simili ritocchi del sistema, il legislatore sembra ancora una volta molto lontano dal percepire come il diritto penale, sulla cui resa evidentemente e nonostante tutto ancora una volta si vuole scommettere, non si presta alle scorribande parlamentari orchestrate dalle contingenti maggioranze politiche e fomentate dalle *lobbies* in auge nelle varie pieghe delle legislature. Il sistema penale nel suo complesso richiede, come condizione preliminare, autorevolezza e stabilità, semplicità di impiego e chiarezza di contenuti.

Tale condizione preliminare va ricostruita partendo dalle basi del sistema; in assenza di una rifondazione radicale, qualunque intervento contingente, fosse anche quello tecnicamente più raffinato e politicamente più condiviso è destinato al sicuro fallimento. Proporre ancora — come si sente dire in questi giorni a proposito dei compiti delle commissioni ministeriali di nuova istituzione — agli studiosi di fabbricare ordigni di pronto impiego per tamponare le falle è una scelleratezza pari a (o peggiore di) quella di decidere di non fare nulla.

CONFRONTO DI IDEE SU:
« *Luci e ombre sull'azione civile nel processo penale* »

Ciro Santoriello
Alfredo Gaito
Ave Gioia Buoninconti
Daniela Chinnici
Gianrico Ranaldi
Cristiana Valentini
Teresa Bene
Rossella Fonti
Giorgio Spangher

L'*abstract* (in italiano e in inglese) di ogni contributo può essere consultato sul sito *web archiviopenale.it*

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/97888548581904
pag. 391–403

Ma davvero il processo penale è luogo adatto al soddisfacimento delle istanze civilistiche?

Ciro Santoriello, Alfredo Gaito

1. . . . Che poi, come direzione e redazione, un "Confronto di idee" sul tema della presenza della parte civile nel processo penale nemmeno volevamo farlo. Perché per noi il giudizio criminale non è il luogo dove possono trovare soddisfazione e ristoro le pretese (prevalentemente economiche) della persona offesa. Ma il rilievo — mediatico e non — del fenomeno ha sovrastato le nostre perplessità.

Per tante ragioni, che proveremo ad esporre in poche pagine.

2. Prima però pare opportuno un inquadramento teorico della figura della parte civile nel processo penale.

Indiscutibilmente, il soggetto in discorso rappresenta una parte eventuale del giudizio penale, non essendo — al pari di quanto può dirsi per il responsabile civile ed il responsabile per la pena pecuniaria — un protagonista indefettibile del rapporto processuale principale, che corre fra il pubblico ministero e l'imputato; al contempo, però, pur considerando la limitata rilevanza del ruolo di tale soggetto e la natura accessoria del suo intervento rispetto allo schema minimo del processo penale[1], non si è mai dubitato che allo stesso competa senz'altro la qualifica di parte del giudizio[2]. In effetti, è la stessa disciplina contenuta negli artt. 74–82 c.p.p. a deporre in tal senso indicando chiaramente come questo soggetto possa svolgere « *una serie di attività, e non di puro intervento, si badi bene, nell'ambito del processo giurisdizionale volte a porre i presupposti per l'emissione del provvedimento riparatore in presenza di una norma penale violata. Non di facoltà di mettere in moto il procedimento si tratta, né di mera possibilità di costituirsi e di attendere*

1. Secondo l'espressione di Dominioni, *Le parti nel processo* penale, Milano 1985, 41. Si veda anche Santoriello, *Parte processuale*, in *Dig. Pen.*, II, Torino 2000, 830.

2. Nella vigenza del codice del 1930, Vanni, *Garanzie processuali della parte civile, della persona offesa dal reato e del querelante*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1969, 806; Giarda, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano 1971; Dominioni, *Le parti* , cit, 24.

Nella vigenza dell'attuale codice di rito, Guidotti, *Persona offesa e parte civile*, Torino 2001, 20; Di Chiara, *Parte civile*, in *Dig. Pen.*, vol. IX, Torino 1995, 233; Pennisi, *Parte civile*, in *Enc. Dir.*, *Aggiornamento*, *Vol. I*, Milano, 1997, 783.

l'esito, bensì di un ingresso nel processo penale e di una presenza da comprimario fino al suo compimento »[3].

In sostanza, pare indiscutibile che il legislatore del 1988 ha pienamente riconosciuto l'autonoma natura giuridica dell'azione civile nel processo penale, quale azione di responsabilità da illecito. L'esercizio dell'azione civile nel processo penale presenta i medesimi caratteri e finalità che sono rinvenibili quando la domanda di risarcimento sia avanzata in sede civile: in entrambi i casi, infatti, la parte lesa legittimamente agisce al solo fine di ottenere la giusta riparazione del torto subito[4].

3. Questa configurazione della presenza della persona offesa nel rito criminale quale modalità ordinaria — o meglio eccentrica per la scelta particolare del *locus* giurisdizionale dove procedere ma per il resto priva di profili di specificità rispetto all'usuale — di esercizio dell'azione civile non è stata però senza conseguenze, giacché ha determinato una sorta di duplice "ibridizzazione" dei diversi sistemi processuali — civile e penale — inevitabilmente destinati a venire a (brutale) contatto[5].

3.1. Un esempio emblematico di come, inserite nello svolgimento del procedimento criminale, siano venute a perdere la loro specificità le regole che governano la tutela dei diritti in sede civile è dato dal contrasto giurisprudenziale circa l'operatività della disciplina che gli artt. 2943 e 2947 c.c. dettano in tema di prescrizione del diritto al risarcimento quando lo stesso venga esercitato innanzi al giudice penale[6].

Le Sezioni Unite civili[7] ed alcune decisioni della Cassazione penale ritengono che « *in base al terzo co. dell'art. 2947 c.c., il diritto al risarcimento*

3. Scillitani, *Art. 74*, in *C.p.p. ipertestuale*, Gaito, III ed., Torino 2008, 244. Per la definizione delle facoltà e possibilità di intervento di cui gode la persona offesa/parte civile nel corso delle indagini preliminari, cfr. l'intervento di Bene, *La persona offesa tra diritto di difesa e diritto alla giurisdizione: le nuove tendenze legislative*, nonché, per quanto riguarda l'opposizione alla istanza di archiviazione, Fonti, *L'opposizione alla richiesta di archiviazione*.

4. Della Sala, *Natura giuridica dell'azione civile nel processo penale e conseguenze sul danno*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1989, 1095; Moscarini, *Esigenze antiformalistiche e raggiungimento dello scopo nel processo penale italiano*, Milano 1988; Di Chiara, *Parte civile*, cit., 237; Ghiara, *art. 74*, in *Comm. nuovo c.p.p.*, Chiavario, Torino 1989, 365.

5. Cfr. Diffusamente Gaito, « *Electa una via* », *I rapporti tra azione civile e azione penale nei reati perseguibili a querela*, Milano, 1984.

6. Sul punto, in dottrina, Chiliberti, *Azione civile e nuovo processo penale*, II ed., Milano, 2006, 183; Diddi, *L'impugnazione per gli interessi civili*, Padova, 2011; Mancuso, *La parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Spangher, vol. I.I, *I soggetti*, a cura di Dean, Torino, 2009, 585; Maniscalco, *L'azione civile nel processo penale*, Padova, 2006, 25; Id., *L'azione civile nel processo penale*, in *La prova e il* quantum *nel risarcimento del danno non patrimoniale*, a cura di Cendon, Torino, 2008, 263; Quaglierini, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, Milano, 2003, 30; Squarcia, *L'azione di danno nel processo penale*, Padova, 2002, 205.

7. Cass. civ., Sez. Un., 18 febbraio 1997, Min. Difesa c. Scimia, in *Danno e resp.*, 1997, 320, secondo cui, pur in pendenza di giudizio penale, il mancato esercizio dell'azione civile nei termini di prescrizione della naturale azione risarcitoria, *ex* art. 2943 c.c. determina il venir meno del diritto alla tutela

del danno da fatto illecito, che sia considerato dalla legge come reato, si prescrive nello stesso termine di prescrizione del reato se quest'ultimo si prescrive in un termine superiore ai cinque anni, mentre si prescrive in cinque anni se per il reato è stabilito un termine uguale o inferiore, nel qual caso il termine di prescrizione dell'azione civile decorre dalla data di consumazione del reato e non assumono rilievo eventuali cause di interruzione o sospensione della prescrizione relative al reato, essendo ontologicamente diversi l'illecito civile e quello penale ». In sostanza, secondo questa impostazione « *ai fini della tempestività dell'esercizio dell'azione civile nel processo penale occorre fare riferimento alle regole del processo civile, con la conseguenza che essa deve essere proposta nel termine di cinque anni dal giorno in cui il fatto illecito si sia verificato, in quanto la parte civile, come gli altri soggetti indicati nell'art. 100 c.p.p., si muove nel processo penale nell'ambito, diretto o indiretto, di un contenzioso di natura civilistica, con la conseguenza che l'azione civile inserita nel processo penale soggiace alle regole della prescrizione penale e delle relative cause di interruzione e di sospensione soltanto allorquando sia tempestivamente esercitata e, dunque, nei limiti temporali di cui al succitato art. 2947 c.c.* »[8].

Il quadro sembrerebbe chiaro, dunque, anche in ragione del fatto che tale tesi è sostenuta dal Supremo Consesso in sede civile. Senonché, altre decisioni obiettano che l'azione civile esercitata nel processo penale soggiace alle regole proprie della prescrizione penale, di guisa che ad essa sono applicabili anche gli istituti della sospensione e della interruzione, di cui agli artt. 159 e 160 c.p., per cui non solo opera il termine di prescrizione quinquennale (o superiore, se, come accadrà di regola, per il reato è previsto un periodo più lungo), ma anche che quest'ultimo patisce le dilatazioni dovute agli eventi interruttivi o sospensivi tipici della prescrizione penale e ciò in quanto il rinvio, operato dal codice civile alla disciplina penalistica, è ampio e deve intendersi riferito anche all'interruzione e alla sospensione, di cui, quindi, deve tenersi conto[9].

Insomma, come debba configurarsi l'azione civile quando dal terreno suo proprio venga fatta trasmigrare nel giudizio criminale è ancora lungi dal decidersi.

3.2. Ancora più gravi sono però le conseguenza che dalla costituzione di parte civile derivano per la disciplina del processo penale, la quale rischia di subire una vera e propria metamorfosi nel suo funzionamento, specie — come vedremo dappresso — nella sua fase più delicata, ovvero quella della decisione.

giurisdizionale. Nello stesso senso, Cass. civ., sez. I, 2 marzo 2009, Banca Popolare Lodi c. B.S., in *Mass. Uff.*, n. 607109.

8. Cass., sez. V, 2 febbraio 2011, Nanni, in *Mass. Uff.*, n. 249846,

9. Cass., sez. V, 26 febbraio 2013, Di Ielsi, in *Mass. Uff.*, n. 254643; Id., sez. IV, 12 luglio 2011, Fantozzi, *ivi*, n. 251432; Id., sez. I, 20 dicembre 2007, Gallo, *ivi*, n. 238369.

Tralasciando le problematiche attinenti le facoltà di impugnazione riconosciute a tale soggetto — tema dai confini sempre più incerti dopo l'improvvida iniziativa del legislatore del 2006 ed i continui interventi demolitivi della Corte costituzionale[10] — basti considerare quali incertezze governino l'individuazione dei soggetti che possono agire per la tutela dei propri diritti patrimoniali nel processo penale e quali difficoltà incontri il giudice penale nella fase della costituzione delle parti quando deve decidere se dare o meno ingresso ad un soggetto che voglia partecipare al procedimento quale parte civile[11].

Proprio la necessità che sia il giudice penale, prima del giudizio, a stabilire se un soggetto possa o meno rivestire il ruolo di parte all'interno del medesimo rappresenta una prima importante frattura rispetto alla ordinaria struttura del rito criminale. Infatti, da sempre per « *parte del giudizio penale* » va intesa semplicemente colui il quale, a seguito di propria iniziativa o subendo una iniziativa altrui, deve attendere e sottostare ad una decisione giurisdizionale relativa alla sussistenza di un reato ed all'individuazione del relativo responsabile, potendo la suddetta pronuncia arrecare effetti tanto sulla sfera patrimoniale che sul bene della libertà personale di alcuni dei soggetti che partecipano al singolo processo[12]: a fronte dell'organo giurisdizionale, cui spetta verificare la sussistenza dei presupposti per l'emissione della pronuncia di condanna o assoluzione, stanno le parti, cui la legge riconosce le facoltà ed i poteri idonei ad influire sulla valutazione che della vicenda dovrà fare il giudice[13].

Di contro, il rapporto che si pone fra giudice e la costituenda parte civile assume connotazioni radicalmente diverse posto che il giudicante può trovarsi a dover decidere dell'ammissibilità dell'esercizio dell'azione civile analizzando i rapporti fra la pretesa vantata dal privato che si assume danneggiato e le concrete caratteristiche che ha assunto il fatto illecito, verificando — prima ancora di decidere della responsabilità del singolo — se chi vuole costituirsi quale parte civile può vantare un diritto al risarcimento per il reato commesso. In questo modo, però, nel processo penale sembra trovare — incongruamente[14] — ingresso una risalente teoria della giuri-

10. All'argomento è dedicato l'intervento di Valentini, *L'impugnazione della parte civile: in mezzo al guado fra la riforma della Pecorella e le dichiarazioni di incostituzionalità, infra*.

11. Cfr. gli interventi di Chinnici, *Gli « Enti esponenziali di interessi lesi dal reato »: figli legittimi del 'nuovo' codice, ma ancora eredi del 'vecchio'* status *di parti civili*, *infra*, e Ranaldi, *Parte civile e processo de societatate: profili di un'esclusione ragionevole, infra*.

12. Per questa impostazione di carattere formale della definizione di parte processuale, nella vigenza del codice Rocco, Dominioni, *Le parti nel processo*, cit, 14; Bellavista, *Lezioni di diritto processuale penale*, V ed., a cura di Tranchina, Milano 1979, 181; Santoro, *Manuale di diritto processuale penale*, Torino 1954, 210; Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, I, Napoli 1961, 248.

13. Fazzalari, *La dottrina processualistica italiana: dall'azione al processo (1864-1994)*, in *Riv. dir. proc.* 1994, 911.

14. Sui pericoli di un riferimento, nel giudizio penale, ai consueti schemi del processo civile,

sprudenza civilistica[15]: trattasi della tesi secondo cui nell'ambito delle liti privatistiche sarebbe possibile operare una scissione fra la nozione di parte e la nozione di "giusta parte", per cui, pur dovendosi qualificare come parte il soggetto che ha formulato la domanda, potrebbe comunque riconoscersi che l'atto introduttivo del processo può essere formulato anche da chi non è titolare dell'interesse per la cui soddisfazione si agisce, onde appunto la riferita scissione della parte (che domanda) dalla giusta parte (che ha titolo per domandare avendo la cd. legittimazione ad agire *o legittimatio ad causam*, ma non lo ha fatto e quindi non è parte)[16].

Ritenendo, però, che questa teorica possa operare anche nell'ambito del processo penale con riferimento alla richiesta di costituzione della parte civile, costui viene ad essere l'unico soggetto per il quale, nel processo penale, può porsi un problema di *legittimatio ad causam*, problematica che certo non può riferirsi al pubblico ministero — nei cui confronti non sono configurabili possibile ipotesi di differenziazione fra posizione processuale e posizione sostanziale della parte, posto che l'ordinamento pone in capo agli uffici di Procura la titolarità dell'azione penale e quindi la legittimazione ad esercitare la stessa mediante la formulazione della imputazione — né all'imputato — il quale è senz'altro parte legittimato al processo per il semplice fatto che viene esercitata l'azione penale nei suoi confronti — . In sostanza, il processo penale ubbidisce ad una logica forse brutale, ma assolutamente chiara; il pubblico ministero è il titolare dell'azione penale ed in quanto tale parte necessaria *sic et simpliciter*, l'imputato è parimenti parte perché destinatario dell'accusa, il giudice penale decide e quando assolve l'imputato lo fa perché questi è innocente e non perché egli, pur essendo parte, non è la giusta parte; nell'ambito del rito criminale non ha ragion d'essere ogni possibile ipotesi di dissociazione fra posizione processuale e posizione sostanziale del singolo, dovendosi di contro riscontrare una costante identità fra qualità di parte e *legittimatio ad causam*.

Tutto ciò non viene ad essere vero quando si discute della posizione della parte civile: rispetto a questo soggetto il giudice deve compiere una prima delibazione circa la fondatezza (o plausibilità) della sua pretesa di tutela ma nel far ciò deve richiamarsi ad una qualche forma di verità assoluta esistente a prescindere ed al di fuori delle risultanze del processo penale proprio perché solo tale realtà trascendente ed antecedente rispetto agli esiti dell'accertamento giurisdizionale rende possibile verificare, prima ancora dello svolgimento del giudizio, se il soggetto chiamato a rispondere del fatto

Conso, *Capacità processuale penale*, in *Enc. Dir.* vol. VI, Milano 1960, 134.

15. Cfr. Cass., 13 aprile 1989, n. 1751, in *Dir. e pratica lav.*, 1989, 1510; Id., 15 marzo 1988, n. 2458, in *Mass.Uff.*, 1988; Id., 28 ottobre 1970, n. 2206, in *Foro it.* 1971, I, 185.

16. In senso critico verso questa teorica Satta, Punzi, *Diritto processuale civile*, XIII ed., Padova 1996, 118; Satta, *Variazioni sulla* legittimatio ad causam, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1967, 638; Liebman, *Manuale di diritto processuale civile*, IV ed., I, Milano 1985, 76.

illecito possa assumere o meno il ruolo di parte. Così facendo, però, si pone in discussione l'*ubi consistam*, il principio fondamentale del processo penale, ovvero il fatto che non esiste altra verità che quella che emerge dal processo, nel confronto dialettico delle parti, le quali, per il solo fatto di confrontarsi in tale sede, assumono tale qualità: sarà poi la decisione finale a stabilire, sulla base della ricostruzione del fatto verificato in contraddittorio fra gli interessati, se l'imputato corrisponda all'effettivo responsabile del reato[17].

3.3. Ma non basta quanto detto a dare conto della schizofrenia in cui viene a trovarsi il giudice penale quando nel procedimento di sua competenza fa la comparsa la parte civile, posto che le incertezze maggiori emergono quando si voglia definire quale sia la regola di giudizio — o come altrimenti si dice, lo *standard* probatorio — che nel rito criminale va applicata quando si tratti di decidere delle pretese civilistiche avanzate in questa sede.

Il problema ha ragione di porsi in quanto, come è noto, nel nostro ordinamento processuale il criterio della decisione giudiziaria è diverso a seconda dell'ambito in cui la stessa viene resa, a seconda cioè che il giudice debba definire una controversia civilistica o debba invece intervenire in materia di responsabilità penale. Indubbiamente, quale che sia la natura della controversia sottoposta al suo esame, la decisione del giudicante è sempre rimessa al suo libero convincimento ma la circostanza che il giudice possa apprezzare liberamente gli elementi di conoscenza acquisiti in sede processuale non significa certo che l'ordinamento consenta all'autorità giudiziaria di decidere con assoluta ed incontrollabile discrezionalità se sia stata o meno raggiunta la dimostrazione circa la veridicità del *factum probandum*: se il giudice è libero nella valutazione della attendibilità dei dati probatori acquisiti nel processo, quando deve qualificare come provato o meno l'enunciato di fatto che è oggetto di decisione è tenuto invece ad attenersi a quanto in proposito prescrive il legislatore e quindi deve dimostrare che i dati probatori raccolti sono concordi nell'assegnare alla asserzione contenuta nel dispositivo della pronuncia giudiziale il grado di conferma richiesto dall'ordinamento processuale[18].

La nozione di "regola di giudizio" richiama appunto il criterio in base al quale il legislatore vuole che il giudice pervenga alla decisione circa la questione portata al suo esame: tale espressione indica cioè lo *standard* probatorio (o, se si vuole, il grado di conferma) raggiunto il quale il soggetto decidente potrà ritenere provata la domanda dell'attore o l'ipotesi dell'accu-

17. Per approfondimenti, sia consentito il rinvio a Santoriello, *Parte processuale*, cit., 830.

18. Come sostenuto da Stella, *Giustizia e modernità*, II ed., Milano 2002, 163, « *la valutazione del grado di conferma richiesto perché un'ipotesi sia assunta a base della decisione non può che derivare da una valutazione complessiva, in funzione della quale il* giudice *stabilisce che quel grado di probabilità è sufficiente a giustificare l'assunzione dell'ipotesi come descrizione attendibile del fatto* ».

sa[19]. Tuttavia, come accennato, il nostro sistema processuale non conosce un'unica regola di giudizio, giacché il legislatore differenzia lo *standard* probatorio richiesto per la decisione a seconda che la stessa sia assunta in sede civile od in sede penale.

Nel processo civile viene ritenuta « *una valida razionalizzazione del principio del libero convincimento [il criterio] della probabilità prevalente, che corrisponde sostanzialmente alla formula nordamericana della* preponderance of evidence »[20]. La cosiddetta regola del « *più probabile che no* » implica che rispetto ad ogni enunciato si consideri l'eventualità che esso possa essere vero o falso, ossia che sul medesimo fatto vi siano un'ipotesi positiva ed una complementare negativa; fra queste due alternative, il giudice deve scegliere quella che, in base alle prove disponibili, ha un grado di conferma logica superiore all'altra, per cui « *l'ipotesi positiva deve essere scelta come alternativa razionale quando è logicamente più probabile dell'ipotesi negativa, ossia quando riceve dalle prove disponibili una conferma forte, [mentre] deve invece essere scartata quando le prove disponibili le attribuiscono una conferma debole, tale cioè da farla ritenere scarsamente attendibile* »[21]. In campo penale, invece, vige una regola di giudizio profondamente diversa da quella suddetta, giacché in tale tipologia di processo « *il pubblico ministero deve provare la responsabilità dell'imputato al di là di ogni ragionevole dubbio, mentre all'imputato basta addurre elementi idonei a far sorgere il dubbio sull'esistenza dei fatti impeditivi o estintivi della punibilità* »[22].

La differenza fra la regola probatoria propria del giudizio civile e quella del giudizio penale è assolutamente significativa perché evidenzia come siano diversi i criteri di giustizia di queste due procedure[23]. Nel processo civile il legislatore indica quale presupposto del giudizio « *un'assunzione 'paritaria' del rischio della mancata prova sulla base della cosiddetta 'semplificazione*

19. Per ulteriori approfondimenti sia permesso il rinvio a Santoriello, *Il vizio di motivazione*, Torino 2008, 50 ss..

20. Taruffo, *La prova del nesso causale*, in *Scienza e causalità*, a cura di Di Maglie, Seminara, Padova 2006, 109. Dello stesso autore, si veda anche *La prova dei fatti giuridici*, Milano 1992, 373.

21. Ancora Taruffo, *La prova del nesso causale* cit., 110. L'autore poi, nel medesimo contesto, precisa come la regola del « *più probabile che no* » possa in alcuni casi doversi combinare con la regola della "prevalenza relativa" della probabilità. In particolare, « *quando sullo stesso fatto esistano diverse ipotesi, ossia diversi enunciati che narrano il fatto in modi diversi e queste ipotesi abbiano ricevuto qualche conferma positiva dalle prove acquisite al giudizio . . . , la regola della prevalenza relativa implica che il giudice scelga come vero l'enunciato che ha ricevuto il grado relativamente maggiore di conferma sulla base delle prove disponibili* ».

22. Amodio, *Comm. nuovo c.p.p.*, I, Milano 1989, XXXIX.

Sul principio dell'oltre ragionevole dubbio la bibliografia è venuta ampliandosi in maniera considerevole soprattutto negli ultimi anni. Per non appesantire il testo si rimanda alla bibliografia citata in Santoriello, *Il vizio di motivazione*, cit.

23. Nel senso che « *decisive sono le valutazioni complessive del giudice, compiute sulla base di regole giuridiche, fissate dall'ordinamento, in relazione alle funzioni svolte dal processo civile e dal processo penale, ed in una prospettiva che tenga conto dei valori posti in gioco nell'uno e nell'altro tipo di processo, degli argomenti orientati alle conseguenze* », Stella, *Giustizia e modernità* cit., 164.

analitica della fattispecie', [in quanto in tale rito] vi è un'esigenza strutturale di rispettare l'equivalenza degli interessi delle parti . . . [mentre nel processo penale] non ci si può accontentare di un equo bilanciamento dell'onere probatorio, allo scopo di soddisfare esigenze di giustizia distributiva »[24], e da ciò deriva la necessità di adottare per il processo penale — con riferimento alla posizione del pubblico ministero — un criterio di giudizio assai più stringente rispetto a quello fatto proprio dal legislatore per il rito civile.

Detto altrimenti, posto che « *il nucleo essenziale del giudizio di fatto verte sulla scelta dell'ipotesi sostenuta da prove preponderanti, dovendosi . . . stabilire se la probabilità logica sia in favore dell'ipotesi positiva o dell'ipotesi negativa, o dell'una o dell'altra ipotesi positiva* »[25], il limite minimo per un giudizio favorevole ad una delle ipotesi in competizione è rappresentato dalla prevalenza dell'una tesi sull'altra in termini di conferma probatoria, per cui « *un grado di conferma dell'ipotesi pari a 0,50 si può considerare come il limite minimo, sotto il quale non è ragionevole considerarla attendibile, anche se essa non è del tutto priva di elementi di conferma: un'ipotesi con un grado di conferma superiore a 0, ma inferiore a 0,50 può essere sensata, ma non è attendibile* »[26]. Questo appunto è quanto prescrive il legislatore con riferimento al processo civile, nel quale vi è un'assunzione paritaria del rischio della mancata prova essendovi in tale rito l'esigenza di rispettare l'equivalenza degli interessi delle parti, « *tanto che la ripartizione dell'onere della prova in tale sede trova il suo punto di riferimento nel principio costituzionale di eguaglianza* »[27].

Accanto al criterio di decisione ora indicato « *può accadere che vengano usati per la decisione criteri di riferimento più elevati in particolari contesti* »[28] in ragione dei diversi valori ed interessi che il legislatore ritiene siano coinvolti nel processo. Ciò è proprio quanto accade nel processo penale, dove opera il principio di presunzione di innocenza dell'imputato[29], che rappresenta per il giudice penale la regola di giudizio cui uniformare la sua decisione nei casi dubbi, quando cioè ci si interroga su chi grava il rischio della mancata

24. Paulesu, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. Pen.*, IX, Torino 1995, 690.

25. Taruffo, *Idee per una teoria della decisione giusta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, I, 315 ed ora anche in Id., *Sui confini*, Bologna 2002, 288.

26. Stella, *Giustizia e modernità* cit., 161. Così anche Taruffo, *La prova dei fatti* cit., 272.

27. Patti, *Prove. Disposizioni generali*, in *Comm. c.c.*, Scialoja, Branca, Bologna–Roma, 1987, 43; Id., *Prova (Dir. proc. civ.)*, in *Enc. Giur.*, vol. XXV, Roma 1992. Meno di recente, Verde, *L'onere della prova*, Napoli 1974, 10 ss., Cass. civ., Sez. Un., 20 novembre 2007, n. 576

28. Taruffo, *Idee per una decisione cit.*, 320.

29. Sul tema, senza pretesa di completezza, Chiavario, *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, 1089; Dominioni, *La presunzione di innocenza*, in Id., *Le parti nel processo penale*, Milano 1985, 200 ss.; Illuminati, *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. Giur.*, vol. XXIV, Roma 1991; Id., *La presunzione dell'innocenza dell'imputato*, Milano 1979; Orlandi, *Provvisoria esecuzione delle sentenze e presunzione di non colpevolezza*, in *Ind. pen.*, 2000, 87; Paulesu, *Presunzione di non colpevolezza cit.*, 671; Riganti, *La presunzione di non colpevolezza: primi appunti per un'analisi giurisprudenziale*, in *Ind. pen.*, 1992, 380; Garofoli, *Presunzione d'innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 1169

prova: mediante la presunzione in discorso, infatti, il legislatore esprime una « *precisa opzione costituzionale su come va impostato l'accertamento della responsabilità in un moderno processo penale, cristallizzando il principio dell'onere accusatorio della prova in capo al pubblico ministero . . . privilegia[ndo] un assunto legale (la non colpevolezza, appunto), suscettibile di confutazione solo allorché l'accusa riesca a dimostrare in modo esaustivo una differente realtà processuale, cioè l'esistenza del reato e la sua attribuzione all'imputato* »[30].

In virtù dell'art. 27 cost., dunque, deve ritenersi che nel rito penale non possa trovare spazio la regola espressa dall'art. 2697 c.c. che determina — come detto — un equo bilanciamento dell'onere probatorio fra le parti allo scopo di soddisfare esigenze di giustizia distributiva, bensì viene riconosciuto all'imputato una sorta di *status* probatorio maggiormente favorevole: tale regime di favore si traduce in una diversa ripartizione del rischio della mancata prova fra pubblica accusa ed imputato, giacché mentre per quest'ultimo « *è sufficiente insinuare il dubbio circa l'esistenza di elementi impeditivi [per la pronuncia della sua dichiarazione di colpevolezza]* »[31], in relazione al quadro probatorio presentato dal pubblico ministero deve applicarsi, quale metodo di valutazione complessiva delle prove, il criterio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, il quale « *implica il riferimento ad un livello minimo di conferma probatoria che è assai più elevato di quello della prevalenza di conferma logica di un'ipotesi rispetto alle altre* »[32].

In sintesi, posta, come detto, la possibilità logica di asserire la fondatezza di un'ipotesi laddove essa abbia raggiunto un grado di conferma quantomeno dello 0,50, il legislatore potrebbe accontentarsi di tale *standard* di conferma per ritenere dimostrato il *factum probandum*, secondo la cosiddetta regola del « *più probabile che no* »: ciò è quanto accade per l'appunto nel processo civile, laddove, in mancanza di principi che stabiliscono il grado di prova richiesto perché un enunciato di fatto possa considerarsi provato, si ritiene che « *la decisione sui fatti ed in base alle prove si [può] analizzare in termini di probabilità . . . [secondo] lo* standard *della probabilità prevalente . . .*,

30. Paulesu, *Presunzione di non colpevolezza cit.*, 685, secondo il quale « *presumere l'imputato non colpevole significa che l'ipotesi da verificare tramite il procedimento probatorio è la colpevolezza. Se l'accertamento fallisce, occorre ripristinare, meglio confermare, la situazione preesistente alla formulazione dell'accusa di reità. La logica insista nella presunzione di non colpevolezza non consente che la costruzione della prova sul fatto storico prenda le mosse dalle discolpe dell'imputato, il quale non sarebbe tenuto ad attivarsi sul piano probatorio se non dopo la fornita prova d'accusa da parte del pubblico ministero, posto che può contare su un epilogo favorevole — l'assoluzione — se la stessa non è stata raggiunta . . . [è solo] una volta che il pubblico ministero ha adempiuto all'onere probatorio d'accusa, [che] l'onere della prova contraria si trasferisce sull'imputato, il quale dovrà fornire prove a discarico che contrastino efficacemente quelle di reità già fornite dal pubblico ministero* ».

31. Nel senso che « *la mancata prova dell'esimente (una volta, naturalmente, che siano stati provati i fatti costitutivi [del reato] — a carico dell'imputato — determina la condanna; ma il dubbio garantisce, in ogni caso, l'assoluzione* »: Paulesu, *La presunzione cit.*, 694. Nello stesso senso, Illuminati, *Presunzione di non colpevolezza cit.*, 5.

32. Taruffo, *Idee per una decisione cit.*, 321. Per approfondimenti, Santoriello, *Il vizio cit.*, 53 ss..

[per cui] di fronte a due enunciazioni relative allo stesso fatto, una scelta razionale non può che essere nel senso di preferire l'enunciazione che appare sorretta da un grado relativamente maggiore di probabilità »[33]. Tali conclusioni si palesano invece inaccettabili con riferimento al processo penale, all'interno del quale, in considerazione dei valori di enorme portata e rilevanza che vengono in gioco, è vigente una regola giuridica di assoluto rigore per individuare il necessario grado di conferma dell'ipotesi che può essere assunta a base della decisione, posto che in tale rito l'accertamento dei fatti deve essere guidato dalla scelta ideologica e politica — bene espressa dalla previsione di cui all'art. 27, co. 2, cost.[34] — secondo cui « *è preferibile che molti colpevoli siano assolti rispetto al pericolo di condannare un innocente: questa opzione etica porta a varie conseguenze, una delle quali consiste appunto nel richiedere che la condanna sia fondata su una prova della colpevolezza di grado particolarmente elevato* »[35], sicché, per pronunciarsi una decisione di condanna, il ragionamento probatorio deve concludersi con « *l'acquisizione di una verità processuale forte, nei termini di una (quasi) assoluta certezza, [scongiurandosi così] il pericolo che venga banalizzato il valore dell'innocenza* »[36].

Orbene, ciò posto, quale regola di giudizio deve applicare il giudice penale nel decidere della fondatezza della istanza di parte civile? Da un lato, l'esame di tale domanda — provenendo la stessa da una parte privata e considerata la sua natura di azione civile — dovrebbe essere governato dal disposto di cui all'art. 2697 c.c.: opinando altrimenti, si assisterebbe ad un diverso trattamento della persona che si assume danneggiata a seconda della sede giurisdizionale ove la stessa decide di reclamare le proprie ragioni — con evidente maggior onere probatorio quando l'istanza venga avanzata in sede penale — ; dall'altro, pare decisamente incongruo che il singolo giudice penale debba applicare in una medesima sentenza — o con due decisioni che, se pur formalmente distinte, vengono comunque assunte in momenti temporalmente coincidenti — due diverse regole di giudizio, una — quella dell'oltre ogni ragionevole dubbio — per definire la sorte dell'imputato — e l'altra — il « *più probabile che no* » di natura civilistica — con riferimento alla responsabilità per i danni arrecati dall'illecito.

Quest'ultima considerazione assume senz'altro prevalenza nella defi-

33. Taruffo, *Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali*, 11 del dattiloscritto. Dello stesso autore, per riflessioni analoghe, cfr. Id., *La prova dei fatti giuridici* cit., 217; Id., *La prova del nesso causale* cit., 107.

34. Nel senso che la regola della presunzione di non colpevolezza ha un valore eminentemente ideologico, Paulesu, *Presunzione* cit., 671.

35. Taruffo, *La prova del nesso* cit., 108. Nello stesso senso Agazzi, *La causalità ed il ruolo delle* frequenze statistiche nella spiegazione causale, in *Scienza e causalità* cit., 54; Stella, *Giustizia e modernità* cit., 189; Illuminati, *La presunzione di innocenza* cit., 163.

36. Paliero, *Il ragionevole dubbio diventa criterio*, in *Guid.dir.*, 2006, 10, 74. Così anche Canzio, *« L'oltre il ragionevole dubbio » come regola probatoria* cit., 303; Centonze, *La Corte d'assise di fronte al « ragionevole dubbio »* cit., 674; Garofoli, *I nuovi* standards *valutativi* cit., 77.

nizione della questione ed infatti, a quanto ci consta, nessuno dubita che della domanda della persona offesa appositamente costituitasi parte civile il giudice penale debba decidere facendo applicazione del solo criterio di decisione indicato dall'art. 533 c.p.p. Così ritenendo, tuttavia, si risolve la natura "anfibia" della decisione che il giudice penale è chiamato a formulare ma si pone nel nulla — ed anzi si contraddice — la stessa *ratio* della costituzione di parte civile nel rito criminale: quanti sollecitano una maggiore partecipazione della persona offesa nel processo penale e propongono al contempo di facilitare l'ingresso delle istanze civilistiche in tale sede non si accorgono, in realtà, di aggravare in maniera considerevole l'onere dimostrativo di tale soggetto e di assoggettarlo al rischio del mancato raggiungimento dello *standard* probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio[37].

Come dire, *tìmeo Dànaos et dona ferentis* . . .

4. Tuttavia, il vero rischio che consegue ad una accentuazione del ruolo e delle funzioni della parte civile nel processo è di determinare una trasmutazione, un vero e proprio snaturamento delle finalità che devono essere perseguiti con il giudizio penale.

Nonostante l'affermazione — sopra riportata — secondo cui l'esercizio dell'azione civile nel processo penale sarebbe una semplice modalità alternativa di richiesta di risarcimento per i danni cagionati dall'illecito, l'impressione che si ricava da una analisi della realtà è ben diversa ed è nel senso che la presenza di tali soggetti nel procedimento da reato serva ad affiancare la parte pubblica nella richiesta di punizione del responsabile, a sollecitare — non un ristoro del pregiudizio subito, quanto — una maggiore attenzione della giustizia penale sulla vicenda, il cui accertamento, se lasciato alla sola iniziativa dell'organo inquirente, rischierebbe di essere superficiale e parziale. In questo modo, dunque, il danneggiato agisce non al fine di ottenere un risarcimento, ma reca un contributo all'accertamento dei fatti ad opera della pubblica accusa, onde meglio dimostrare la responsabilità dell'imputato: al pari di quanto si riteneva in epoche lontane[38], il danno prodotto da reato viene considerato quale elemento dell'illecito criminoso, per cui l'azione civile tendente all'accertamento della lesione subita dalla parte lesa — più che istituto autonomo — deve essere ritenuta quale aspetto secondario dell'esercizio dell'azione penale. Non potrebbe giustificarsi altrimenti, se non aderendo a tale impostazione — in realtà ipocritamente sottaciuta dai più — , la scelta di consentire la partecipazione, quale parte civile, a soggetti assolutamente estranei alla vicenda criminosa oggetto del giudizio e che dall'illecito non hanno certo subito alcun danno — è il caso degli enti rappresentativi degli interessi lesi dal reato — oppure di ammettere la costituzione di parte

37. Blaiotta, *Casualità e colpa: diritto civile e diritto penale si confrontano*, in *Cass. pen.*, 2009, 100.

38. Cfr. Visco, *Il soggetto passivo del reato nel diritto sostantivo e processuale*, Roma 1933, 287 ss..

civile nel processo contro gli enti collettivi *ex* d.lgs. n. 231 del 2001 quando il danno sia stato già risarcito dalla persona fisica responsabile dell'illecito e quindi non vi sia nessun pregiudizio economico ulteriore da riparare[39].

Nulla di male, dirà la vulgata popolare: in fin dei conti, il processo penale proprio a questo serve, ovvero ad accertare la verità con il maggiore approfondimento possibile ed a stabilire la pena congrua da applicare all'imputato — pena che ben può essere comprensiva anche di un obbligo di risarcimento a favore di quanti sono stati lesi dal crimine — e rispetto al perseguimento di tali obiettivi l'istituto della costituzione della parte civile è assolutamente funzionale.

Ed invece no... per noi il processo non serve all'accertamento della verità né tanto meno è finalizzato alla definizione di una sanzione che copra ogni spazio di responsabilità dell'accusato. Per noi il processo è uno strumento di tutela dell'inquisito, una modalità di sottoposizione dello stesso ad una forma di giustizia mite, ad una procedura idonea a sottrarlo alle pressioni punitive, spesso isteriche, della collettività, collettività pronta a confondere fra accusato e responsabile, fra pena congrua e pena esemplare e spinta dalla visione palingenetica della punizione a richiedere l'individuazione di un responsabile del fatto, quale che sia.... È certo che nel processo penale bisogna accertare l'accaduto, ma tale accertamento non è obiettivo da perseguire con ogni mezzo ed al cui raggiungimento subordinare ogni altro valore e principio: la ricostruzione del passato nel giudizio criminale è il presupposto per l'applicazione al reo di una pena giusta, commisurata all'effettivo disvalore di quanto dal medesimo realizzato, ma se è il reo — e non il danneggiato — il protagonista del giudizio criminale allora questo giudizio deve per l'appunto essere strutturato in maniera tale da privilegiare — prima ancora dell'accertamento della verità — la posizione dell'accusato ed in omaggio a tale obiettivo la sua logica decisionale deve essere strutturata in maniera tale da favorire l'assoluzione dello stesso quando, pur in presenza di una molteplicità di spunti accusatori, residui un margine di dubbio sulla sua responsabilità. È l'affermazione dello *standard* probatorio dell'oltre ogni ragionevole dubbio, così distonico rispetto alle giuste — ma assolutamente diverse — esigenze che cerca invece di soddisfare il criterio della probabilità prevalente che va applicato in sede civilistica: sono due logiche deliberative assolutamente divergenti, dirette alla tutela di bisogni dissimili e devono operare, proprio in ragione di tale loro diversità, in luoghi diversi onde non confondersi e non rischiare di trasferire una di queste modalità decisionali in un *topos* che non gli appartiene.

Con quanto si va dicendo non si intende certo sottostimare le conse-

39. Nel senso che il diritto penale va da tempo « *a caccia del civile, appropriandosi* del suo armamentario, allo scopo di ergersi a *collettore dei bisogni di pena veicolati dal sistema sociale* », Piergallini, *Civile e penale a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1300.

guenze deleterie che alla vittima derivano dall'illecito commesso ai suoi danni, né disconoscere il suo diritto ad una tutela ed ad un risarcimento: semplicemente il processo penale non è, non deve essere, il luogo ove tali bisogni possono trovare soddisfazione. I più deboli, coloro che più necessitano di protezione vanno tutelati dall'apparato statuale secondo le più diverse modalità ma prima ed a prescindere dalla lesione criminosa dei loro diritti commissione del delitto[40]; è ipocrita illudersi che un danno che la collettività non ha saputo prevenire possa trovare soddisfazione mediante la mera punizione del colpevole ed anzi dobbiamo rifiutare « *il senso della pena come un raddoppio del male, come aggiunta del male ad un male commesso* »[41]. Bisogna invece ripensare le modalità di risposta al reato in sede di condanna, richiedendo reazioni che non siano « *corrispettivi che intendono rappresentarne la gravità ma progetti che si prefiggono di intervenire sulle conseguenze concrete del reato, nonché sulla frattura nei rapporti interpersonali e sociali ad esso correlata* »[42]: è il tema — su cui ancora tanto bisogna riflettere — della giustizia riparatoria, della mediazione, della giustizia che lenisce le ferite della vittima a prescindere dalla punizione del responsabile[43].

Solo in tale quadro istituzionale ed in tale clima culturale il processo penale potrà tornare ad essere il luogo terribile ove si cerca di rimediare alla disparità di forze che connota lo scontro fra il singolo e la macchina repressiva dello Stato. Oggi invece tale momento giurisdizionale è spesso utilizzato per il raggiungimento di scopi ulteriori — quale « *luogo di attuazione di scelte politiche* » per dirla *a là* Damaska[44] — , per finalità di difesa sociale o per realizzare qualche forma di giustizia sostanziale che sta al di là delle responsabilità dei singoli e per il cui migliore e più efficace perseguimento è opportuna la partecipazione al processo anche di soggetti privati diversi dall'accusato: parafrasando Brecht, « *beato quel popolo che non ha bisogno del processo penale per un miglioramento della società* ».

40. Sul punto si veda il contributo di Buoniconti, *Famiglie in crisi e minori devianti: premesse allo studio di un diritto penale « dalla parte della vittima »*, infra.

41. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, in corso di pullicazione in *Riv. it. dir. proc. pen.*, secondo cui « *questo è per noi un punto di non ritorno rispetto al passato. Si sta consumando una rivoluzione copernicana che tocca ormai l'essenza del diritto penale, l'essenza di un suo possibile umanesimo* ».

42. Eusebi, *La risposta al reato ed il ruolo della vittima*, in *Dir. pen. proc.*, 20013, 527.

43. Sul tema, cfr. Donini, *Per una concezione*, cit.; Mazzuccato, *Giustizia esemplare. Interlocuzione con il precetto penale e spunti di politica criminale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, II, Napoli, 2011, 407; Mannozzi, *La reintegrazione sociale del condannato fra rieducazione, riparazione ed empatia*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 833; Id., *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano 2003.

44. Damaska, *I volti della giustizia e del potere*, Bologna 1991.

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/97888548581905
pag. 405–424

L'opposizione alla richiesta di archiviazione

Rossella Fonti

1. Non contemplata nel sistema processuale previgente[1], l'opposizione alla richiesta di archiviazione costituisce una delle più importanti prerogative riconosciute dal codice di rito del 1988 alla persona offesa dal reato[2], dal momento che consente a quest'ultima di intervenire nelle dinamiche della vicenda archiviativa, condizionando le forme procedimentali ed eventualmente anche il contenuto della decisione del giudice in merito alla scelta di inazione della pubblica accusa. Ed invero, a fronte di un'opposizione ammissibile, il gip non può decidere *de plano* sulla richiesta di archiviazione, ma deve fissare un'apposita udienza camerale all'esito della quale emetterà un'ordinanza i cui contenuti spaziano dall'archiviazione fino al massimo epilogo contrario, costituito dall'imputazione coatta.

Manifestazione procedimentale dell'interesse persecutorio della vittima del reato[3], l'opposizione alla richiesta di archiviazione si risolve in una forma di controllo sul rispetto dell'obbligatorietà dell'azione penale[4], in quanto stimola la verifica dell'osservanza del principio di completezza delle indagini[5]: in questa prospettiva la facoltà della persona offesa di opporsi alla richiesta

1. La prima apertura alla tutela della persona offesa all'interno della procedura di archiviazione si è avuta nella bozza Carnelutti, in cui si riconosceva alla vittima il diritto di ricorrere in via gerarchica al procuratore generale contro il decreto di archiviazione. Successivamente il progetto preliminare del 1978 stabiliva che la persona offesa poteva reagire alla scelta di inazione del pubblico ministero attraverso l'istanza di fissazione dell'udienza preliminare. Questa previsione veniva in seguito riprodotta nella direttiva n. 51 della legge–delega del 1987, alla quale il legislatore delegato ha dato attuazione, sia pur con significative variazioni, negli artt. 408–410 c.p.p. In proposito e per ampi richiami bibliografici sul tema v. Dean, *L'impromovibilità dell'azione penale*, Milano, 1996, 109–110.

2. Sul ruolo e sulle prerogative della persona offesa dal reato nella disciplina del codice di rito del 1988 v., per tutti, Pansini, *Contributo dell'offeso e snodi procedimentali*, Padova, 2004, *passim*.

3. Cfr. Iasevoli, *Il diritto di proporre opposizione come pretesa autonoma rispetto alla dichiarazione della persona offesa di voler essere informata della richiesta di archiviazione*, in *Cass. pen.*, 2004, 3551.

4. In questo senso v., tra i tanti, C. Conti, *Archiviazione*, in *Trattato di procedura penale*, coordinato da Spangher, vol. III (*Indagini preliminari e udienza preliminare*), a cura di Garuti, Torino, 2009, 772; Grevi, *Archiviazione per « inidoneità probatoria » ed obbligatorietà dell'azione penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, 1299 ss.; Valentini Reuter, *Le forme di controllo sull'esercizio dell'azione penale*, Padova, 1994, 141.

5. Cfr. Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88, in *Giur. cost.*, 1991, 586, secondo cui il principio in questione, da un lato, funge da argine contro eventuali prassi di esercizio apparente dell'azione penale che, avviando la verifica giurisdizionale sulla base di indagini troppo superficiali, lacunose o monche, si risolverebbero in un ingiustificato aggravio del carico dibattimentale e, dall'altro lato, è

di archiviazione, indicando nel contempo l'oggetto dell'investigazione suppletiva ed i relativi elementi di prova, risulta preordinata allo « *scopo di evitare archiviazioni derivanti da carenze nelle indagini* »[6].

È del tutto pacifico che l'atto oppositivo sia estraneo al *genus* delle impugnazioni, essendo diretto non nei confronti di un provvedimento del giudice, ma contro la richiesta archiviativa del pubblico ministero[7]. Più in particolare, l'atto in questione « *consacra l'esistenza di un conflitto tra i "due rami dell'accusa"* »[8], che postula un approfondito vaglio del giudice, in camera di consiglio, nel contraddittorio di cui all'art. 127 c.p.p.[9]. In proposito, è opportuno evidenziare, sin da ora, che l'opposizione attribuisce il diritto al contraddittorio nell'udienza camerale — e correlativamente inibisce al giudice l'adozione del decreto *de plano* — solo se la persona offesa lamenti la presenza di lacune investigative e richieda un supplemento istruttorio: a fronte del peculiare contenuto prescritto, a pena di inammissibilità dell'atto oppositivo, dall'art. 410 c.p.p., non ogni divergenza rispetto alle determinazioni della pubblica accusa può essere validamente veicolata con l'opposizione, ma esclusivamente quella contrapposizione che, inerendo alla completezza delle indagini preliminari, è volta ad ampliare il panorama conoscitivo utile ai fini della decisione sull'*an* dell'azione penale.

2. Funzionali e prodromiche all'esercizio del diritto di proporre opposizione sono le due prerogative della persona offesa riconosciute nell'art. 408 c.p.p.: quella di essere informata, previa manifestazione di volontà in tal senso, della richiesta di archiviazione e quella di prendere visione degli atti.

Quanto al primo diritto, il pubblico ministero deve notificare l'avviso della richiesta di archiviazione presso il difensore eventualmente nominato dalla persona offesa (art. 33 disp. att. c.p.p.) o, in mancanza, presso il domicilio di quest'ultima[10]. All'incombente in questione l'accusa è tenuta solo

volto ad evitare che il pubblico ministero si orienti per l'archiviazione sulla base e in forza di carenze investigative.

6. Così Corte cost., 15 febbraio 1991, n. 88, cit.

7. Cass., sez. II, 16 marzo 2006, in *Mass. Uff.*, p.o. in c.R.S., n. 234243; Id., sez. II, 13 gennaio 2004, Cassa Risparmio di Carpi, in *Riv. pen.*, 2005, 1248; Id., sez. IV, 4 novembre 2003, Buccignoli, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 101; Id., sez. VI, 18 ottobre 2003, Stara, in *Riv. pen.*, 2005, 355; Id., sez. II, 30 gennaio 2003, Riccetti, in *Mass. Uff.*, n. 223904.

8. Così Pansini, *Contributo dell'offeso*, cit., 48. In senso analogo Fasolin, *L'opposizione della persona offesa tra ammissibilità e merito*, in *Cass. pen.*, 2011, 3056; Iasevoli, *Il diritto di proporre*, cit., 3552.

9. Cfr. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, 386.

10. C. Conti, *Archiviazione*, cit., 772. Secondo Cass., sez. VI, 10 luglio 2009, p.o. in c. Donati, in *Mass. Uff.*, n. 244775, « *la notifica della richiesta di archiviazione presso il difensore della persona offesa che abbia dichiarato di volerne essere informata, deve intendersi correttamente effettuata, a norma dell'art. 33, disp. att., cod. proc. pen., anche nell'ipotesi in cui la persona offesa abbia precedentemente eletto un proprio domicilio* ». Peraltro, la giurisprudenza ritiene valida la notifica effettuata a mano della persona offesa anziché presso il difensore, in quanto idonea a garantire la conoscenza dell'atto: v. Cass., sez. VI, 3 dicembre 2002, Di Mascolo, in *Mass. Uff.*, n. 223779; Id., sez. VI, 23 marzo 2000, De Gennaro, *ivi*, n.

in presenza di un'esplicita e formale dichiarazione da parte dell'offeso di voler essere informato del proposito di non agire[11]. Per ciò che concerne i tempi di presentazione della dichiarazione, il legislatore specifica solo quello iniziale, stabilendo che essa può essere presentata nella notizia di reato o anche successivamente. Il silenzio serbato a proposito del termine finale era stato foriero di un contrasto interpretativo: secondo un primo orientamento l'istanza poteva essere presentata fino alla pronuncia del giudice sulla richiesta di archiviazione[12]; stando ad un contrapposto indirizzo la dichiarazione doveva essere proposta prima che il pubblico ministero inoltrasse la richiesta e gli atti al giudice per le indagini preliminari[13]. Quest'ultima conclusione è stata accolta dalle Sezioni Unite che hanno individuato il termine ultimo per la presentazione della domanda della persona offesa nella trasmissione degli atti al giudice, sul rilievo che se fosse consentita la presentazione anche oltre questo momento si determinerebbe una indebita regressione processuale, in quanto il gip dovrebbe ritrasmettere gli atti all'autorità (p.m.) che si è ormai spogliata del procedimento[14]. Nella medesima pronuncia le Sezioni Unite affermano, peraltro, che la persona offesa, che sia comunque venuta a conoscenza della richiesta di archiviazione, può presentare l'opposizione anche successivamente alla trasmissione degli atti, purché non sia intervenuta la pronuncia del giudice; teoricamente ineccepibile, tale conclusione rischia di avere una scarsa ricaduta pratica ai fini dell'esercizio del diritto di opposizione, posto che in tale eventualità l'atto oppositivo è destinato ad essere presentato sostanzialmente "al buio"[15], ossia senza conoscere le ragioni e gli atti posti a fondamento della richiesta di archiviazione.

Ulteriori incertezze si erano profilate a proposito delle conseguenze derivanti dall'omesso avviso, nonostante la rituale richiesta della persona offesa di essere notiziata dell'intento di non agire: in assenza di esplicite previsioni normative si era posto l'interrogativo circa i possibili rimedi con cui fronteggiare tale inosservanza con specifico riferimento al caso in cui il giudice, non avvedutosi dell'omissione, avesse pronunciato il provvedimento di archiviazione *de plano*. Un importante contributo alla risoluzione della questione è stato fornito dalla Corte costituzionale che, mediante una sentenza interpretativa di rigetto, ha ritenuto configurabile, nella richiamata

217132.

11. Nel senso che la dichiarazione in questione sia un atto formale non suscettibile di essere sostituito da atti equipollenti v. Cass., sez. V, 6 novembre 1991, Pesce, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1992, 590; Id., sez. IV, 30 maggio 1990, Mascioli, in *Riv. pen.*, 1991, 414; analogamente, Carli, *L'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 92.

12. Cass., sez. IV, 7 aprile 1999, Bellumat, in *Mass. Uff.*, n. 214240; Id., sez. V, 21 maggio 1997, Giovannelli, *ivi*, n. 208370; Id., sez. VI, 10 maggio 1995, Piscitelli, in *Cass. pen.*, 1997, 1392.

13. Cass., sez. VI, 30 marzo 2000, Rizzuto, in *Mass. Uff.*, n. 217189; Id., sez. V, 9 giugno 1997, Pane, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1997, 438; Id., sez. VI, 18 dicembre 1995, Fiocco, in *Cass. pen.*, 1997, 1393.

14. Cass., Sez. Un., 30 giugno 2004, Apruzzese, in *Giur. it.*, 2005, 577.

15. Così C. Conti, *Archiviazione*, cit., 774.

eventualità, una nullità eccepibile con il ricorso per cassazione: benché tale impugnazione sia prevista dal legislatore solo nei confronti delle ordinanze emesse al termine della procedura camerale (e non anche avverso il decreto) ed esclusivamente per far valere le nullità di cui agli artt. 409, co. 6, e 127, co. 5, c.p.p., a giudizio della Consulta la tutela in questione deve ritenersi *a fortiori* operante nel caso di omissione dell'avviso al quale sia poi seguito il decreto di archiviazione pronunciato *de plano*, dal momento che tale carenza, menomando all'origine la stessa potenziale instaurazione del contraddittorio proprio dell'udienza in camera di consiglio, costituisce un vizio « *ancor più grave di quello derivante dall'omesso avviso alla persona offesa che abbia proposto opposizione, della data fissata per la stessa udienza in ordine al quale, pure, l'art. 409, co. 6, la legittima espressamente a ricorrere per cassazione* »[16]. Per quanto non appaia immune da alcune condivisibili censure concernenti specialmente le modalità e talune forzature interpretative utilizzate per giungere a tale conclusione[17], la pronuncia della Corte costituzionale ha colmato il *deficit* di tutela presente nella disciplina codicistica, consentendo di assimilare il regime di impugnabilità del decreto di archiviazione a quello dell'ordinanza in tutti i casi in cui il primo si sostituisca alla seconda "in modo indebito"[18]. A differenza di quanto è previsto per l'impugnazione dell'ordinanza, il termine per proporre ricorso per cassazione nei confronti del decreto decorre dalla data di effettiva conoscenza

16. Corte cost., 16 luglio 1991, n. 353, in *Giur. cost.*, 1991, 2820. In linea con la soluzione della Corte costituzionale si è posta la giurisprudenza successiva: v., *ex multis*, Cass., sez. V, 13 dicembre 2010, p.o. in c. G.A., in *Mass. Uff.*, n. 249085; Id., sez. V, 26 novembre 2008, p.o. in c. Giannino, *ivi*, n. 243594; Id., sez. II, 4 luglio 2003, Prochilo, in *Riv. pen.*, 2004, 1136; in senso contrario Cass., sez. V, 18 ottobre 2002, Saccucci, in *Mass. Uff.*, n. 222982, secondo cui « *il ricorso per Cassazione avverso il decreto di archiviazione per violazione dell'art. 408, co. 2, c.p.p. non è previsto da alcuna disposizione del codice di rito; non appare, pertanto, consentito disapplicare, in virtù dell'interpretazione estensiva, il principio di tassatività delle impugnazioni, dilatando l'impugnabilità di un provvedimento, quale quello di archiviazione, che essendo pronunciato allo stato degli atti, può essere, ove ne ricorrano le condizioni, sempre revocato* ».

17. Per il rilievo che la Corte costituzionale avrebbe dovuto « *dichiarare incostituzionale la mancata previsione di uno strumento che avrebbe potuto consentire alla persona offesa dal reato di essere adeguatamente tutelata* » v. Giarda, *Interpretazioni autentiche e declaratorie di incostituzionalità nel nuovo rito penale*, in Id., Praxis criminalis. *Cronache di anni inquieti*, Milano, 1994, 336. Ulteriori riserve a proposito dell'utilizzo dell'interpretazione "analogica" praticata dalla Corte costituzionale, nonostante il principio di tassatività delle nullità e delle impugnazioni, sono state espresse da Caprioli, *L'archiviazione*, Napoli, 1994, 430; Ciavola, *Il diritto di intervento della persona offesa nel procedimento di archiviazione*, in *Cass. pen.*, 1999, 898; Di Palma, *Ancora in tema di archiviazione e persona offesa*, *ivi*, 1995, 2214; Rigo, *Archiviazione, principio del contraddittorio e poteri del g.i.p.*, *ivi*, 1994, 1565; Varraso, *Diligenza postuma della persona offesa e ipertrofia dei ruoli*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1253.

18. Così Dean, *L'impromovibilità*, cit., 125, il quale afferma che ciò si verifica oltre che nel caso in cui il decreto di archiviazione sia stato emesso nonostante la mancanza della rituale notifica dell'avviso di cui all'art. 408, co. 2, c.p.p., anche nelle eventualità in cui il decreto sia stato pronunciato contravvenendo al termine dilatorio di cui all'art. 126 disp. att. c.p.p. ovvero trascurando indebitamente l'opposizione alla richiesta di archiviazione (*ibidem*, 122, nota 51); al riguardo v., in particolare, Caprioli, *L'archiviazione*, cit., 426.

del provvedimento[19]; inoltre, mentre nel caso in cui venga riconosciuta la nullità dell'ordinanza per omissione dell'avviso di fissazione dell'udienza gli atti sono restituiti al gip (che dovrà fissare una nuova udienza e le relative notifiche), diversamente nell'ipotesi in cui venga dichiarata la nullità del decreto, stante la mancata notificazione dell'avviso della richiesta di archiviazione, gli atti verranno restituiti al pubblico ministero che dovrà provvedere all'incombente in precedenza omesso[20].

La giurisprudenza, muovendo dal rilievo che « *spetta al giudice l'attività necessaria a prevenire il vizio* », ha affermato che qualora il gip, prima dell'emissione del provvedimento, si avveda dell'omissione dell'avviso, deve ordinare la restituzione degli atti al pubblico ministero affinché quest'ultimo provveda alla notifica dell'avviso alla persona offesa che aveva chiesto di essere informata[21].

Quanto al diritto di prendere visione degli atti, non vi è dubbio, sebbene il testo della norma non lo preveda espressamente, che esso ricomprenda anche la possibilità di estrarre copia[22].

3. Il diritto di proporre opposizione — e in via preliminare di richiedere la notificazione dell'avviso della richiesta di archiviazione — è espressamente riconosciuto alla persona offesa dal reato[23]. Pacifico che la legittimazione non spetti al mero denunciante ovvero al danneggiato che non siano anche

19. Corte cost., 16 luglio 1991, n. 353, cit., nonché, *ex multis*, Cass., sez. VI, 6 febbraio 2013, p.o. in c. G.C., in *Mass. Uff.*, n. 254767; Id., sez. II, 26 novembre 2010, F. G. *ivi*, n. 248897; Id., sez. II, 26 giugno 2007, F., *ivi*, n. 237761; Id., sez. III, 9 dicembre 2004, Alpino, in *Giur. it.*, 2006, 140.

20. C. Conti, *Archiviazione*, cit., 774; in giurisprudenza v. Cass., sez. VI, 25 ottobre 2011, p.o. in c. G.S., in *Mass. Uff.*, n. 251048.

21. Cfr. Cass., sez. V, 20 settembre 2004, p.m. in c. PP.TT. Avigliano, in *Riv. pen.*, 2005, 1247; Id., sez. III, 9 luglio 1996, Cammarata, in *Giust. pen.*, 1998, III, 651; Id., sez. III, 22 novembre 1995, p.m. in c. Ignoti, in *Cass. pen.*, 1997, 1385. È invece abnorme il provvedimento con cui il gip, verificato l'omesso avviso alla persona offesa che ne aveva fatto richiesta, revochi il decreto di archiviazione precedentemente emesso in violazione del contraddittorio: così Cass., sez. VI, 9 ottobre 2012, in *Mass. Uff.*, n. 253739.

22. V., per tutti, Dean, *L'impromovibilità*, cit., 112; Gualtieri, *La richiesta di archiviazione si dimentica della persona offesa dal reato*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, 866; *contra* Padula, *L'archiviazione. Modelli, questioni e scelte operative*, Milano, 2005, 83. In proposito, occorre ricordare che Corte cost., 17 gennaio 2000, n. 13, in *Giur. cost.*, 2000, 111, ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale dell'art. 408, co. 2, c.p.p., nella parte in cui, nel caso di richiesta di archiviazione per infondatezza della notizia di reato, non prevede che la persona offesa abbia la facoltà di estrarre copia degli atti di cui può prendere visione, proprio perché era possibile addivenire ad un'interpretazione conforme a Costituzione. In precedenza, Corte cost., 24 giugno 1997, n. 192, in *Cass. pen.*, 1997, 2983, ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 293, co. 3, c.p.p., nella parte in cui non prevedeva la facoltà per il difensore di estrarre copia, insieme all'ordinanza che ha disposto la misura cautelare, della richiesta del pubblico ministero e degli atti presentati con la stessa, osservando che la mera conoscenza degli atti depositati dal p.m., non accompagnata dal diritto di estrarne copia, rappresenta una ingiustificata limitazione del diritto di difesa.

23. Per il rilievo che l'opposizione può essere proposta personalmente dalla persona offesa, senza l'assistenza e la rappresentanza del difensore v. Cass., sez. IV, 4 novembre 2003, Buccignoli, cit.

persona offesa[24], più problematica è l'individuazione del titolare del diritto in questione quando si tratta di fattispecie che offendono un interesse di tipo collettivo: in tali eventualità solo se si riconosce che il reato in questione tutela, sia pur in via secondaria, un bene individuale si potrà attribuire al titolare di tale bene la qualità di persona offesa. La tematica della natura plurioffensiva o meno di determinate fattispecie incriminatrici è stata oggetto di una copiosa giurisprudenza[25] che, in relazione alle ipotesi più controverse — quali quelle dei reati contro la fede pubblica[26], la p.a.[27] e contro l'amministrazione della giustizia[28] — , è giunta, peraltro, a conclusioni non sempre

24. V., per tutte, Cass., sez. VI, 11 giugno 1996, Alberti, in *Mass. Uff.*, n. 205892. Nel senso che la mancata estensione del diritto di proporre opposizione alla richiesta di archiviazione al danneggiato–denunciante che non sia persona offesa « *non viola il diritto di difesa, potendo il danneggiato dal reato esercitare ogni sua pretesa in sede civile, ove, come è noto, non spiega alcun effetto vincolante il decreto di archiviazione* » v. Cass., sez. VI, 27 settembre 1999, Taboni, in *Cass. pen.*, 2000, 2306, che ha ritenuto, pertanto, manifestamente infondata la prospettata questione di costituzionalità dell'art. 408 c.p.p. In dottrina, si sono espressi in senso critico Ubertis, *Per un effettivo rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale*, in *Cass. pen.*, 1991, 1893; Viglietta, *Obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale tra realtà ed apparenza*, in *Critica dir.*, 1990, n. 4–5, 30.

25. Per una completa disamina della giurisprudenza sul punto v. C. Conti, *Archiviazione*, cit., 783–786; La Regina, Sub *art. 408 c.p.p.*, in *C.p.p. comm.*, a cura di Giarda, Spangher, 4ª ed., Milano, 2010, 5048–5050.

26. Il contrasto giurisprudenziale che si era sviluppato a proposito di tali reati è stato composto da Cass., Sez. Un., 25 ottobre 2007, Pasquini, in *Cass. pen.*, 2008, 1283, secondo cui, poiché i delitti contro la fede pubblica tutelano, oltre all'interesse della collettività, anche l'interesse del singolo sulla cui posizione giuridica incide direttamente la condotta antigiuridica in questione, il titolare dell'interesse individuale è legittimato a proporre opposizione contro la richiesta di archiviazione. Sulla tematica v. Triggiani, *Puntualizzazioni giurisprudenziali sulla legittimazione a ricevere l'avviso della richiesta di archiviazione e a proporre opposizione*, in *Cass. pen.*, 2004, 2029.

27. Si è esclusa la possibilità che il privato, danneggiato dal reato, possa assumere la qualifica di persona offesa nelle ipotesi di usurpazione di pubbliche funzioni (Cass., sez. VI, 3 dicembre 2012, p.o. in c. L.F., in *Mass. Uff.*, n. 253990), di rivelazione e utilizzazione di segreti di ufficio (Cass., sez. VI, 6 novembre 2012, p.o. in c. M.C., in *Mass. Uff.*, n. 254239), di malversazione e di indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato (Cass., sez. VI, 21 maggio 2010, p.o. in c. Z.S., in *Mass. Uff.*, n. 247390). Quanto al delitto di cui all'art. 323 c.p., mentre si esclude che possa essere configurata la persona offesa nel caso di abuso d'ufficio con ingiusto profitto (Cass., sez. VI, 14 novembre 2006, B. A., in *Riv. pen.*, 2007, 1056), si tende a riconoscere la natura plurioffensiva del reato nell'ipotesi di abuso consistito nel procurare ad altri un danno ingiusto (Cass., sez. VI, 10 aprile 2008, p.o. in c. M.G., in *Mass. Uff.*, n. 239648; Id., sez. VI, 31 marzo 1999, Testa, in *Giur. it.*, 2000, 1480; Id., sez. VI, 11 novembre 1998, Messineo, in *Cass. pen.*, 1999, 3401; *contra* Id., sez. VI, 13 gennaio 1998, Airò, in *Giur. it.*, 1999, 2385). Anche rispetto al delitto cui all'art. 328 c.p. si distingue a seconda delle diverse fattispecie ivi disciplinate: mentre l'ipotesi del co. 2 è considerata un delitto plurioffensivo (Cass., sez. II, 29 marzo 2011, p.o. in c. C.S., in *Mass. Uff.*, n. 250077; Id., sez. VI, 12 novembre 2002, Cuffaro, in *Riv. pen.*, 2004, 116; Id., sez. VI, 10 maggio 1995, Piscitelli, in *Cass. pen.*, 1997, 1392), a diverse conclusioni si è giunti a proposito del reato di cui al co. 1 (nel senso che si tratti di un delitto monoffensivo Cass., sez. VI, 29 maggio 2008, N.S., in *Mass. Uff.*, n. 241482; Id., sez. VI, 14 gennaio 2000, Pedona, in *Cass. pen.*, 2001, 879; Id., sez. VI, 4 novembre 1997, Rienzi e Codacons, *ivi*, 1999, 3145).

28. Non sono stati considerati plurioffensivi i delitti frode processuale (Cass., sez. VI, 10 aprile 2008, p.o. in c. A.G., in *Mass. Uff.*, n. 239647), di falsa perizia (Cass., sez. VI, 10 aprile 2008, p.o. in c. A.G., in *Mass. Uff.*, n. 239646; Id., sez. VI, 15 ottobre 2002, Manuello, in *Riv. pen.*, 2004, 672), di falsa testimonianza (Cass., sez. VI, 4 dicembre 2006, p.o. in c. G.F., in *Mass. Uff.*, n. 235915; Id., sez. VI, 21

congruenti[29].

In forza delle previsioni di cui agli artt. 90, co. 3, e 91 c.p.p., la titolarità a proporre l'opposizione è estesa, rispettivamente, ai prossimi congiunti della persona offesa che sia deceduta in conseguenza del reato[30] e agli enti e associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato (qualora anteriormente alla commissione del fatto per cui si procede agli stessi siano state riconosciute, in forza di legge, finalità di tutela degli interessi lesi dal reato).

Inoltre, anche il difensore nominato dalla persona offesa può proporre l'opposizione, senza che sia necessario a tal fine il conferimento di procura speciale: la legittimazione deriva, infatti, dalla previsione dell'art. 101, co. 1, c.p.p., secondo cui la persona offesa può nominare un difensore, nelle forme previste dall'art. 96, co. 2, del c.p.p., per l'esercizio dei diritti e delle facoltà ad essa attribuiti[31].

Resta da dire che, pur in assenza di un'esplicita previsione in tal senso, la carenza di legittimazione determina l'inammissibilità dell'opposizione[32], posto che tale requisito costituisce un presupposto di ammissibilità di qualsiasi domanda di parte.

4. Per ciò che concerne i tempi di proposizione dell'opposizione alla richiesta di archiviazione, l'opinione assolutamente prevalente in dottrina ed in giurisprudenza ritiene che sia ammissibile l'atto depositato successivamente al termine dei dieci giorni di cui all'art. 408, co. 3, c.p.p., purché in

gennaio 1998, Berrera, in *Giust. pen.*, 1998, II, 649; *contra* Id., sez. VI, 9 giugno 1997, Bosio, in *Cass. pen.*, 1998, 1627), di false dichiarazioni al pubblico ministero (Cass., sez. VI, 27 maggio 2008, C.F., in *Mass. Uff.*, n. 241257), di false dichiarazioni al difensore (Cass., sez. VI, 10 aprile 2006, p.o. in c. D., in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 655), di falso giuramento (Cass., sez. VI, 10 giugno 2003, Gifuni, in *Riv. pen.*, 2004, 1016), di falsa consulenza tecnica (Cass., sez. VI, 26 marzo 1999, Gandolfo, in *Giur. it.*, 1999, 1906), di simulazione di reato (Cass., sez. VI, 30 gennaio 2008, p.o. in c. B.V., in *Mass. Uff.*, n. 239454), di false dichiarazioni o attestazioni in atti destinati all'autorità giudiziaria (Cass., sez. VI, 24 maggio 2011, p.o. in c. F.G., in *Mass. Uff.*, n. 250502). Si è invece configurata la qualità di persona offesa nel caso di mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice (Cass., sez. VI, 24 maggio 2011, V. F. in *Mass. Uff.*, n. 250106) e di calunnia (Cass., sez. VI, 28 aprile 2010, p.o. in c. P.R., in *Mass. Uff.*, n. 247116; Id., sez. VI, 21 febbraio 2007, p.o. in c. Caprio, in *Riv. pen.*, 2007, 880; Id., sez. VI, 15 maggio 1998, Saprano, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1998, 549).

29. A proposito dell'incongruenza tra la conclusione cui pervenuta la giurisprudenza in tema di calunnia e le altre fattispecie ad essa criminologicamente affini v. C. Conti, *Archiviazione*, cit., 784; Iai, *Opposizione della persona offesa (privata) nei procedimenti per reati contro l'amministrazione della giustizia*, in *Giur. it.*, 2002, 2127.

30. Ove, invece, la persona offesa sia deceduta non in conseguenza del reato, i prossimi congiunti non possono esercitare le prerogative di cui agli artt. 408 e 410 c.p.p.: v. Cass., sez. V, 2 luglio 2007, p.o. in c. Briano, in *Mass. Uff.*, n. 237575; Id., sez. VI, 26 febbraio 2003, Pagano, *ivi*, n. 224960.

31. V. Cass., sez. V, 23 ottobre 2007, S. M. L., in *Mass. Uff.*, n. 238870; Id., sez. V, 20 maggio 2004, Maesano, *ivi*, n. 230106; Id., sez. II, 2 dicembre 2003, Adragna, in *Guida dir.*, 2004, 18, 86. Inoltre, Cass., Sez. Un., 27 settembre 2007, Lo Mauro, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 979, ha escluso la necessità che il difensore sia munito di procura speciale anche ai fini della proposizione del ricorso per cassazione avverso il provvedimento di archiviazione.

32. Cfr. Pansini, *Contributo dell'offeso*, cit., 50.

un momento anteriore alla pronuncia del giudice[33]. Non perentorio per la persona offesa[34], il termine dei dieci giorni — che decorre dalla notificazione dell'avviso della richiesta di archiviazione — ha natura dilatoria per il pubblico ministero (*ex* art. 126 disp. att. c.p.p.) e per il gip, nel senso che fino alla scadenza del medesimo sono, rispettivamente, inibite la trasmissione degli atti al giudice e la pronuncia sulla richiesta[35]. Ciò nondimeno, è evidente che l'inosservanza del termine da parte della persona offesa, pur non avendo immediate ripercussioni sulla validità dell'atto oppositivo, espone la medesima al rischio che il giudice abbia già provveduto *de plano* sulla richiesta di inazione dell'accusa[36]. Se non ricorre quest'ultima situazione, il gip, investito dell'opposizione tardiva, è obbligato (qualora l'opposizione sia ammissibile) a fissare l'udienza camerale; l'eventuale adozione del decreto *de plano*, menomando il diritto al contraddittorio, integrerebbe — in base alle indicazioni della Corte costituzionale del 1991 — una nullità deducibile con il ricorso per cassazione avverso il provvedimento archiviativo[37].

Quanto alle modalità di presentazione dell'opposizione alla richiesta di archiviazione, se è pacifico che l'atto venga proposto mediante deposito nella segreteria del pubblico ministero ovvero — in particolare nel caso di opposizione "tardiva" — nella cancelleria del gip al quale sono stati trasmessi gli atti, più controverso è stabilire se siano consentite delle modalità alternative a tale deposito. In proposito, sebbene l'orientamento giurisprudenziale prevalente, ritenendo che l'atto di opposizione sia espressione specifica di quella facoltà conferita in via generale dall'art. 121, co. 1, c.p.p., tenda ad escludere la validità di mezzi di trasmissione diversi dal deposito (al quale si riferisce la norma da ultimo richiamata)[38], non sono mancate

33. V., per tutti, C. Conti, *Archiviazione*, cit., 776; in giurisprudenza v. Cass., sez. II, 16 giugno 2010, S. G., in *Mass. Uff.*, n. 248120; Id., sez. II, 3 luglio 2008, p.o. in c. I.M., *ivi*, n. 241117; Id., Sez. Un., 30 giugno 2004, Apruzzese, cit.; *contra* Id., sez. VI, 18 settembre 2003, Stara, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 387.

34. Muovendo dal rilievo che i termini stabiliti a pena di decadenza, *ex* art. 173, co. 1, c.p.p., sono solo quelli stabiliti dalla legge, si è affermato che in mancanza di una espressa previsione in tal senso il termine dei dieci giorni non ha carattere perentorio: così, per tutte, Cass., sez. II, 16 marzo 2006, p.o. in c.R.S., cit., secondo cui la perentorietà non potrebbe essere desunta neanche dalla normativa della disciplina delle impugnazioni, posto che l'atto di opposizione non rientra nel novero dei mezzi di impugnazioni.

35. Giostra, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, 2ª ed., Torino, 1994, 63; nel senso che « *deve essere annullato per violazione del diritto di difesa, e quindi del principio del contraddittorio, il provvedimento di archiviazione del g.i.p. adottato anteriormente alla scadenza del termine di dieci giorni* » v. Cass., sez. VI, 30 ottobre 1998, Doglioni, in *Cass. pen.*, 1999, 3455.

36. Cass., sez. II, 16 marzo 2006, p.o. in c.R.S., cit., secondo cui il suddetto termine ha carattere « *meramente acceleratorio per la persona offesa, altrimenti esposta al rischio di pervenire alla cognizione del giudice a procedimento già definito* ».

37. Cfr. C. Conti, *Archiviazione*, cit., 777; in giurisprudenza v. Cass., sez. V, 31 marzo 2010, p.o. in c.B.R., in *Mass. Uff.*, n. 247511.

38. Muovendo dal rilievo che l'opposizione non rientri nel *genus* delle impugnazioni, si è escluso che possa trovare applicazione l'art. 582 c.p.p., in base al quale le parti private e i difensori possono

alcune pronunce che hanno affermato la validità dell'opposizione presentata a mezzo di servizio postale (come prescrive, in tema di impugnazioni, l'art. 583 c.p.p.), sottolineando come la spedizione mediante plico raccomandato soddisfi quelle esigenze di certezza che il deposito personale mira a garantire[39]. Continua invece ad essere esclusa, con riferimento all'atto in esame, la possibilità di un inoltro tramite fax[40], nonostante le aperture registratesi, con riferimento a determinate tipologie di richieste, a favore di tale modalità di trasmissione che oltre a non incontrare espliciti divieti normativi appare in sintonia con l'evoluzione del sistema di comunicazioni e notifiche[41].

5. Come si è avuto modo di accennare, l'opposizione alla richiesta di archiviazione è concepita dal legislatore come un'istanza motivata di prosecuzione delle indagini. A questo proposito, l'art. 410 c.p.p. individua il contenuto dell'atto oppositivo precisando che, nel richiedere la prosecuzione delle indagini, la persona offesa deve indicare, a pena di inammissibilità, « *l'oggetto della investigazione suppletiva e i relativi elementi di prova* ». Ai sensi di tale disposizione, pertanto, l'opposizione conferisce il pieno diritto all'esercizio del contraddittorio nell'udienza camerale solo in quanto il contributo dell'offeso si sostanzi e si esplichi in una censura di incompletezza delle indagini accompagnata dall'individuazione del supplemento istruttorio di cui si richiede l'espletamento.

Quanto all'onere posto a carico della persona offesa, la locuzione impiegata dalla norma non deve peraltro essere interpretata nel senso che soltanto la prospettazione di investigazioni totalmente nuove valga a far ritenere integrato il requisito di ammissibilità dell'atto oppositivo[42]. Ed invero, posto

depositare l'atto di impugnazione presso la cancelleria del giudice di pace o del tribunale del luogo in cui si trovano o presso un agente consolare all'estero: così Cass., sez. VI, 18 settembre 2003, Stara, cit.; Id., sez. II, 30 gennaio 2003, Riccetti, cit.; Id., sez. V, 12 aprile 1999, Magi, in *Mass. Uff.*, n. 213807.

39. Cass., sez. II, 13 gennaio 2004, Cassa Risparmio di Carpi, cit.

40. Nel senso che sia inammissibile un'opposizione trasmessa via fax non solo (e non tanto) per la sua incerta provenienza, quanto perché l'atto verrebbe presentato con un mezzo non consentito dalla legge v. Cass., sez. II, 26 maggio 2005, Damato, in *Guida dir.*, 2005, 42, 83.

41. Così si sono espresse — con riferimento alle richieste *ex* art. 121 c.p.p. di rinvio dell'udienza per legittimo impedimento del difensore — Cass., sez. V, 16 gennaio 2012, B.M., in *Mass. Uff.*, n. 252954; Id., sez. V, 16 novembre 2010, G.P., *ivi*, n. 249280; Id., sez. III, 20 gennaio 2010, B.F., *ivi*, n. 246338; Id., sez. V, 24 aprile 2008, P.U., *ivi*, n. 241167; *contra* Cass., sez. V, 19 novembre 2010, C.L., in *Mass. Uff.*, n. 249829; Id., sez. V, 14 ottobre 2009, G.A., *ivi*, n. 245397; Id., sez. VI, 9 gennaio 2008, Di Stefano, in *Guida dir.*, 2008, 11, 85; Id., sez. V, 12 dicembre 2005, Pellegrino, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 382; un indirizzo intermedio, pur non escludendo *a priori* il ricorso alla trasmissione tramite fax, precisa che in tale eventualità il richiedente si espone al rischio dell'intempestività con cui l'atto può pervenire alla conoscenza del giudice, con la conseguenza che non sussiste nullità della sentenza ove il giudice non abbia esaminato la richiesta, anche se tempestivamente inoltrata, perché comunicatagli successivamente alla celebrazione dell'udienza (Cass., sez. Fer., 25 agosto 2011, G.A., in *Mass. Uff.*, n. 251089; Id., sez. III, 29 ottobre 2009, G.G., *ivi*, n. 246207; Id., sez. IV, 23 giugno 2009, K.H.M., *ivi*, n. 245315).

42. In tal senso, invece, Bernardi, Sub *art. 410 c.p.p.*, in *Commento al nuovo codice di procedura*

che l'attributo "suppletiva" significa "supplementare o integrante"[43], sembra corretto ritenere che sia suppletiva non solo un'investigazione nuova e ulteriore, ma anche quella complementare ed integrativa rispetto all'attività di indagine su cui si basa la richiesta di archiviazione[44]. Del resto, l'incompletezza delle indagini preliminari — che l'opposizione mira a denunciare e a contrastare — può dipendere oltre che da un'assoluta carenza nell'espletamento di talune investigazioni, anche dall'insufficienza o dalla parzialità degli atti istruttori compiuti. In questa prospettiva non può che essere considerato ammissibile un atto di opposizione con cui si richieda di sentire nuovamente le medesime persone informate sui fatti, ma su circostanze inesplorate nel corso delle indagini[45], ovvero con il quale si richieda di integrare e completare un atto istruttorio già compiuto[46], come ad esempio una consulenza tecnica in precedenza espletata[47]; ad analoghe conclusioni si è giunti con riguardo all'opposizione fondata sulla produzione di nuovi documenti, di cui si richiede un approfondito esame congiuntamente alle risultanze già acquisite fino a quel momento, pur in assenza di ulteriori suggerimenti probatori[48]. Allo stesso modo sembra possibile propendere per l'ammissibilità di un atto oppositivo con il quale si lamenti la totale carenza di indagini espletate: in questa prospettiva il concetto di investigazione suppletiva finisce per ricomprendere « *anche l'indagine che "supplisce" ad un lavoro di indagine mai compiuto* »[49].

L'interpretazione estensiva della locuzione in esame non può comunque indurre a ritenere che sia ammissibile un atto di opposizione che si limiti esclusivamente a contraddire la scelta di inazione del pubblico ministero[50]: una simile conclusione sarebbe del tutto contrastante con l'esplicita previsione normativa e finirebbe per obliterare un requisito che viceversa il

penale, a cura di Chiavario, vol. IV, Torino, 1990, 541.

43. Così Nigro, *L'opposizione della persona offesa alla richiesta di archiviazione*, in *Dir. proc. pen.*, 2011, 48, richiamando Devoto, Oli, *Il dizionario della lingua italiana*, Firenze, 2001, 2084.

44. In questi termini, Sammarco, *La richiesta di archiviazione*, Milano, 1993, 270. Nello stesso senso Colamussi, *La tutela processuale dell'offeso dal reato nel procedimento di archiviazione*, in *Cass. pen.*, 1997, 83; Fasolin, *L'opposizione*, cit., 3057; Padula, *L'archiviazione*, cit., 87.

45. Nigro, *L'opposizione*, cit., 48.

46. V. Cass., sez. VI, 9 ottobre 2012, M.M., in *Mass. Uff.*, n. 254253.

47. Cfr. Cass., sez. VI, 28 settembre 2007, B., in *Cass. pen.*, 2008, 4257.

48. V. Cass., sez. VI, 20 giugno 1994, Migliaccio, in *Cass. pen.*, 1997, 82.

49. Così Valentini Reuter, *Le forme di controllo*, cit., 194; analogamente Pansini, *Contributo dell'offeso*, cit., 54.

50. Peraltro, nel senso che « *le condizioni di ammissibilità dell'atto di opposizione sono pienamente soddisfatte sol che l'offeso solleciti un approfondimento delle indagini, prospettando una diversa ricostruzione dei fatti rispetto a quella contenuta nella richiesta di archiviazione* » v. Sammarco, *La richiesta*, cit., 272; analogamente Padula, *L'archiviazione*, cit., 88. Secondo Cordero, *Procedura penale*, 8ª ed., 2006, Milano, 430, il testo dell'art. 410 c.p.p. è « *da intendere cum iudicio: può darsi che non abbia prove da indicare e lamenti l'inerzia del non indagante; o siano sul tappeto pure questioni giuridiche (càpita quando il pubblico ministero opinabilmente neghi rilievo penale all'accaduto)* ».

legislatore ha espressamente previsto, sanzionandone, peraltro, la mancanza con l'inammissibilità dell'atto.

La necessità di soddisfare l'onere posto a carico dell'offeso sconta i suoi profili più problematici specialmente nelle ipotesi in cui la richiesta di archiviazione si fondi su una valutazione di assenza di illiceità penale di fatti storicamente pacifici: in tali eventualità l'intrinseca impossibilità di indicare l'oggetto del supplemento istruttorio renderebbe a monte inammissibile l'atto di opposizione, mediante il quale la persona offesa altro non potrebbe fare che fornire un giudizio *in iure* antitetico alle determinazioni del pubblico ministero. Ciò nondimeno, non si può escludere che una simile opposizione argomentata in diritto[51] riesca ugualmente a consentire alla persona offesa di raggiungere l'obiettivo di ottenere la fissazione dell'udienza camerale: posto che ai sensi dell'art. 409 c.p.p., il gip, a prescindere dall'opposizione dell'offeso, è tenuto a fissare l'udienza camerale qualora ritenga di non poter accogliere la richiesta di archiviazione, « *il contributo dialettico della persona offesa, ancorché irrituale, potrebbe comunque rivelarsi decisivo nel generare il dissenso del giudice sulla richiesta di archiviazione* »[52].

È opportuno ricordare, infine, che una peculiare e differente disciplina del contenuto dell'atto oppositivo è dettata dall'art. 17 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, a proposito dell'archiviazione nel procedimento dinnanzi al giudice di pace: nel riprendere quanto precedentemente prescritto dall'art. 156 disp. att. c.p.p. in relazione all'archiviazione nel rito pretorile, l'art. 17, co. 2, stabilisce che con l'opposizione la persona offesa « *indica, a pena di inammissibilità, gli elementi di prova che giustificano il rigetto della richiesta o le ulteriori indagini* »[53]. La formulazione normativa implica chiaramente — come si desume

51. In tale ipotesi l'atto di opposizione inammissibile potrebbe valere come memoria *ex* art. 90 c.p.p.: così Giostra, *L'archiviazione*, cit., 64, nota 33, e 117, nota 24.

52. Così Dean, *L'impromovibilità*, cit., 116. In una direzione simile si è espressa anche Corte cost., 26 marzo 1997, n. 95, in *Giur. cost.*, 1997, 947, che ha sottolineato come nelle richiamate eventualità — in cui non è necessario espletare alcun atto di indagine — nell'opposizione la persona offesa possa indicare i motivi volti a dimostrare la non infondatezza della notizia di reato, motivi che se convincenti devono indurre il giudice « *a fissare l'udienza in camera di consiglio* [...] *così assicurando alla persona offesa la medesima tutela prevista in caso di opposizione volta a ottenere la prosecuzione delle indagini preliminari* ». Per il rilievo che « *altro è confidare nella fissazione dell'udienza come effetto collegato automaticamente dalla legge all'opposizione, altro è rimettersi alla decisione discrezionale del giudice in merito alla convocazione del contraddittorio camerale* » v. C. Conti, *Archiviazione*, cit., 778, secondo cui « *sarebbe stato preferibile che la legge avesse consentito la presentazione dell'opposizione senza richiedere, a pena d'inammissibilità, l'indicazione delle indagini da svolgere* ». In proposito v. le considerazioni svolte, *infra*, par. 9.

53. Sempre nell'ambito della disciplina dell'archiviazione nel procedimento di fronte al giudice di pace, un'altra previsione speciale che garantisce maggiormente la persona offesa è quella in base alla quale spetta a quest'ultima, qualora abbia fatto istanza di essere notiziata della scelta di non agire, il diritto di ricevere una copia (e non il mero avviso) della richiesta di archiviazione. Quanto alla disciplina dell'archiviazione nel contesto di altri procedimenti differenziati, si segnala che tanto la normativa sulla responsabilità degli enti dipendente da reato (cfr. art. 58 d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231), quanto quella sui reati ministeriali (cfr. l. cost. 16 gennaio 1989, n. 1 e l. 5 giugno 1989, n. 219) non

dalla congiunzione "o" — che, ai fini dell'ammissibilità dell'opposizione, è sufficiente anche la mera esplicazione delle ragioni (fondate sugli elementi di prova già raccolti) del dissenso rispetto alla scelta di inazione, pur se non accompagnata dall'indicazione dell'investigazione suppletiva[54]; com'è noto, peraltro, anche a fronte di un atto oppositivo ammissibile, la decisione del giudice di pace è sempre emessa *de plano*, non essendo contemplata la possibilità di celebrare l'udienza camerale.

6. I profili più problematici che si registrano a proposito dell'ammissibilità dell'atto di opposizione concernono certamente le caratteristiche e l'ampiezza della delibazione cui è chiamato il gip al fine di stabilire se la persona offesa abbia soddisfatto l'onere fissato dall'art. 410 c.p.p. Ci si interroga, in particolare, se il giudice debba limitarsi a verificare esclusivamente che nell'opposizione venga richiesto un supplemento istruttorio integrante un'investigazione suppletiva ovvero se il suo sindacato possa estendersi anche all'accertamento della rilevanza e della concreta utilità delle indagini sollecitate nell'opposizione. Sulla tematica in esame si sono pronunciate anche le Sezioni Unite[55], con una decisione scarsamente risolutiva che, non dipanando completamente i termini della questione, è stata foriera di un successivo e perdurante contrasto interpretativo. Ed invero, se da un lato le Sezioni Unite hanno chiarito che le condizioni di ammissibilità dell'atto oppositivo « *non sono suscettibili di discrezionali estensioni, né possono consistere in valutazioni anticipate di merito ovvero in prognosi di fondatezza* », dall'altro lato, la perentorietà di tali affermazioni è stata di fatto mitigata dal rilievo che la portata dei requisiti richiesti a pena di inammissibilità è definita dai complementari profili della pertinenza e rilevanza, intendendo la prima come l'« *inerenza rispetto alla notizia di reato* » e la seconda come « *l'incidenza concreta sulle risultanze dell'attività compiuta nel corso delle indagini preliminari* ». Proprio valorizzando quest'ultimo assunto, un consistente orientamento giurisprudenziale ritiene che il gip possa e debba dichiarare inammissibile l'opposizione alla richiesta di archiviazione, qualora il supplemento istruttorio indicato dalla persona offesa risulti superfluo, non pertinente ed inidoneo ad incidere sulla *notitia criminis* o sull'attività già svolta dal pubblico ministero e dunque sul tema della decisione[56].

contemplano alcuna forma tutela e/o di intervento della persona offesa.

54. Cfr. C. Conti, *Archiviazione*, cit., 828.

55. Cass., Sez. Un., 14 febbraio 1996, Testa, in *Cass. pen.*, 1996, 2168.

56. In questo senso, *ex multis*, Cass., sez. VI, 26 marzo 2004, Guidoni, in *Riv. pen.*, 2005, 1247; Id., sez. I, 21 novembre 2003, p.o. in c. Fioretti, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2004, 668; Id., sez. V, 3 aprile 2000, Valieri, in *Cass. pen.*, 2001, 2118. In alcuni casi la giurisprudenza ha anche affermato che nell'apprezzamento dei profili di pertinenza e di rilevanza è consentita al giudice la valutazione « *circa la potenzialità dimostrativa delle prove indicate nell'opposizione* » (Cass., sez. V, 6 maggio 2010, L.M.A., in *Mass. Uff.*, n. 247354) e che, ai fini dell'ammissibilità dell'atto oppositivo, le indagini suppletive debbano apparire « *idonee a porre in discussione i presupposti della richiesta del pubblico ministero e a*

Il rischio sotteso a simili conclusioni è evidentemente quello di anticipare in sede di vaglio di ammissibilità quel giudizio sul merito dell'atto che dovrebbe, viceversa, essere compiuto all'esito dell'udienza camerale: è solo in questo contesto, infatti, che il giudice è tenuto, nel contraddittorio tra le parti, a valutare la fondatezza dell'opposizione e la sua idoneità a sovvertire le determinazioni dell'accusa circa la scelta dell'inazione[57]. Né appare convincente, per sostenere l'opinione contraria, il richiamo all'esigenza di garantire l'economia processuale: il principio in esame — che, peraltro, deve essere bilanciato con altrettanti fondamentali principi che governano il sistema processuale penale — non può essere evocato per aggirare le indicazioni testuali e sistematiche delineate dal legislatore che ha inteso escludere il diritto ad esercitare il contraddittorio nell'udienza camerale nelle sole ipotesi in cui l'opposizione sia carente dell'indicazione dell'investigazione suppletiva e dei relativi elementi di prova[58]. Detto in altri termini, la circostanza che, a differenza di quanto è previsto in altri contesti processuali[59], non sia stata prescritta alcuna prognosi *in limine litis* di fondatezza dell'opposizione, dovrebbe indurre a ritenere che l'apprezzamento dei profili di utilità o idoneità delle investigazioni indicate dalla persona offesa, attenendo al merito della richiesta, debba essere svolto esclusivamente nel contesto dell'udienza camerale.

Ciò posto, è innegabile che la conclusione appena riferita possa risultare eccessivamente categorica se rapportata ad alcune situazioni, quali quelle in cui nell'atto di opposizione si faccia genericamente riferimento alla necessità di compiere ulteriori indagini senza indicare in modo specifico le investigazioni da espletare ed in che termini siano inerenti alla *notitia criminis*, o ancora nell'eventualità in cui a fronte della richiesta di archiviazione per estinzione del reato con l'opposizione si richieda un'investigazione volta a dimostrare la sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi del reato medesimo, ed infine nell'ipotesi in cui venga richiesto un supplemento istruttorio finalizzato a far ritenere integrato l'elemento soggettivo del reato,

determinarne eventualmente il rigetto » (Cass., sez. VI, 19 marzo 2004, Bianchi, in *Riv. pen.*, 2005, 1399).

57. Cfr., specialmente, Di Nicola, *L'opposizione della persona offesa all'archiviazione*, in *Cass. pen.*, 1999, 568; Pansini, *Contributo dell'offeso*, cit., 57. In giurisprudenza, v. Cass., sez. II, 8 marzo 2006, p.o. in c. Colagiacomo, in *Riv. pen.*, 2007, 220; Id., sez. IV, 22 giugno 2004, Voci ed altri, in *Guida dir.*, 2004, 45, 61; Id., sez. IV, 1° aprile 2004, Bonaventura, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2005, 517; Id., sez. VI, 21 febbraio 2000, Orofino, in *Mass. Uff.*, n. 220570, secondo cui « *... la valutazione di eventuali ragioni di irrilevanza o superfluità dei temi di prova indicati dall'opponente comporterebbe un'anticipazione del merito dell'opposizione che, per espressa e non irragionevole scelta del legislatore, a salvaguardia delle ragioni della vittima dell'ipotizzato reato, deve essere trattato e deciso nel contraddittorio delle parti interessate alla procedura di archiviazione* ».

58. Cfr. Fasolin, *L'opposizione*, cit., 3060.

59. Cfr. le previsioni di cui agli artt. 41, 49, 606, 625–*bis*, 634, 666 c.p.p. che collocano tra le cause di inammissibilità di un determinato atto di parte anche la manifesta infondatezza dei motivi o della richiesta. Altra norma che implica una valutazione prognostica in sede di vaglio di ammissibilità è l'art. 631 c.p.p.

sebbene la richiesta di archiviazione si fondi sulla carenza dell'elemento oggettivo. Non a caso, con riferimento a tutte le richiamate fattispecie, anche coloro che escludono che in sede di delibazione sull'ammissibilità dell'opposizione possa essere espressa una valutazione sulla rilevanza–fondatezza del supplemento istruttorio richiesto tendono a ritenere legittima una declaratoria di inammissibilità: se in determinati casi a tale epilogo si giunge richiamando i profili di pertinenza e specificità[60] — certamente sottesi alla formulazione dell'art. 410 c.p.p. nella parte e nella misura in cui richiede che venga indicata l'investigazione suppletiva ed i relativi elementi di prova —, in altri si ipotizza che il giudice possa compiere un giudizio sulla manifesta irrilevanza, in forza della quale, comunque, si dovrebbe escludere l'attivazione del contraddittorio camerale solo qualora le indagini richieste con l'opposizione non facciano neanche sorgere il dubbio sulla loro capacità di fornire materiale conoscitivo ulteriore[61]. Anche a voler accogliere, non senza qualche perplessità (rispetto all'incerto e labile criterio della manifesta irrilevanza), una simile posizione intermedia, è necessario in ogni caso sottolineare come, qualora ritenga inammissibile l'opposizione, il gip debba motivare in proposito l'eventuale provvedimento *de plano*[62] « *al fine di dimostrare la correttezza della propria valutazione* »[63]: il decreto di archiviazione privo di motivazione sul punto (o recante una motivazione solo apparente) o comunque contenente una declaratoria di inammissibilità adottata in violazione delle condizioni di legge sarebbe ricorribile per cassazione, posto che simili evenienze renderebbero « *illegittima la mancata adozione del rito camerale* », e sarebbero quindi « *veicolo della violazione del diritto della persona offesa al contraddittorio* »[64].

7. Ulteriori e controversi aspetti suscitati dalla formulazione degli artt. 409

60. Cfr. Fasolin, *L'opposizione*, cit., 3060.

61. Nigro, *L'opposizione*, cit., 53.

62. È opportuno ricordare che il decreto *de plano* può essere emesso solo al ricorrere delle due concomitanti e distinte condizioni che non vi sia un'opposizione ammissibile e che il giudice sia immediatamente convinto dell'assunto del pubblico ministero; pertanto, ove il gip, pur ritenendo inammissibile l'atto oppositivo, nutra dei dubbi sull'intento abdicativo del pm, dovrà fissare l'udienza camerale. Sulla necessità che nel decreto archiviativo siano separatamente e autonomamente motivati entrambi i profili dell'inammissibilità dell'opposizione e dell'infondatezza della *notitia criminis* v. Di Nicola, *L'opposizione*, cit., 571.

63. C. Conti, *Archiviazione*, cit., 780.

64. V. Cass., Sez. Un., 14 febbraio 1996, Testa, cit., secondo cui tale interpretazione « *è aderente al coordinamento disposto dell'art. 409, co.1, 2, 6, c.p.p. e dell'art. 410 c.p.p., non potendosi disconoscere che l'arbitraria ovvero illegittima declaratoria di inammissibilità sacrifichi il diritto della parte offesa al contraddittorio in termini equivalenti o maggiormente lesivi rispetto alle ipotesi di mancato avviso per l'udienza camerale* »; nella medesima pronuncia si sottolinea che il vizio del provvedimento è riconducibile ai casi di ricorso per cassazione di cui al co. 1 lett. *c*) dell'art. 606 c.p.p. (e non a quello di cui all'art. 606, lett. *e*), c.p.p.), trattandosi della « *verifica delle condizioni legittimanti l'esercizio del potere di interdire alla parte offesa l'accesso al procedimento di archiviazione, con quelle forme di contraddittorio proprie della garanzia della camera di consiglio* ».

e 410 c.p.p. concernono l'eventualità in cui il pubblico ministero intenda nuovamente richiedere l'archiviazione, dopo aver espletato le indagini suppletive disposte dal giudice a seguito dell'udienza camerale. In assenza di esplicite previsioni normative si è posto il problema di stabilire se nella richiamata situazione il gip debba provvedere automaticamente a fissare una nuova udienza camerale, al fine di valutare nel contraddittorio tra le parti l'esito del supplemento istruttorio espletato[65], ovvero se trovi applicazione l'ordinaria disciplina che ricollega l'obbligo di celebrare l'udienza camerale ai soli casi in cui sia stata proposta un'opposizione ammissibile ovvero se il giudice nutra dei dubbi rispetto alla scelta di inazione del pubblico ministero[66]. La prima conclusione implica il riconoscimento della natura interlocutoria dell'ordinanza con cui il gip dispone il supplemento di indagine e finisce per attribuire alla persona offesa una tutela maggiore e più pregnante rispetto a quella riservatale nell'ambito della primigenia richiesta di inazione, dal momento che alla fissazione dell'udienza camerale si dovrebbe addivenire in virtù della mera proposizione dell'opposizione[67] o addirittura a prescindere dall'avvenuta proposizione di tale atto[68]; l'opposto epilogo interpretativo postula, invece, la natura definitiva del provvedimento del giudice, a seguito del quale si ripristinerebbe l'ordinaria sequela, con la duplice conseguenza che il pubblico ministero avrebbe facoltà di esercitare l'azione penale ovvero di richiedere l'archiviazione e che in quest'ultima eventualità la celebrazione dell'udienza camerale avrebbe luogo secondo le previsioni di cui agli artt. 409 e 410 c.p.p., la cui formulazione, del resto, non contempla alcuna previsione derogatoria per l'ipotesi in esame. Quest'ultima impostazione, già anticipata da una prima pronuncia resa delle Sezioni Unite del 2005 su una questione diversa ma affine[69], è stata accolta dal massimo consesso della Cassazione nel 2010: nel risolvere il contrasto giurisprudenziale sviluppatosi sulla tematica, le Sezioni Unite hanno affermato, infatti, che « *il giudice può provvedere "*de plano*" sulla reiterata richiesta di archiviazione — proposta a seguito dello svolgimento di indagini suppletive,*

65. Cass., sez. VI, 29 settembre 2009, p.o. in c. M.L., in *Mass. Uff.*, n. 244560; Id., sez. VI, 13 dicembre 2006, p.o. in c. Tollari, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2007, 655; Id., sez. IV, 3 dicembre 2003, Ciampa, in *Riv. pen.*, 2005, 1399; Id., sez. I, 21 maggio 1996, Maimone, in *Cass. pen.*, 1997, 2115.

66. Cass., sez. II, 28 aprile 2003, Abbagnato, in *Mass. Uff.*, n. 225162; Id., sez. IV, 27 maggio 2003, Basile, in *Riv. pen.*, 2004, 578; Id., sez. IV, 8 novembre 2001, Ianeselli ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 220790; Id., sez. V, 27 ottobre 2000, Gismondi, in *Cass. pen.*, 2002, 1431.

67. Cass., sez. VI, 17 giugno 1998, Cardella, in *Cass. pen.*, 1999, 2864.

68. Cass., sez. VI, 29 settembre 2009, p.o. in c. M.L., cit.; Id., sez. VI, 13 dicembre 2006, p.o. in c. Tollari, cit.; Id., sez. I, 21 maggio 1996, Maimone, cit.

69. Cass., Sez. Un., 31 maggio 2005, Minervini, in *Mass. Uff.*, n. 231163, secondo cui « *è abnorme, e pertanto ricorribile per cassazione, l'ordinanza con la quale il g.i.p., all'esito dell'udienza camerale fissata sull'opposizione della persona offesa per il mancato accoglimento della richiesta di archiviazione del p.m., dopo aver ordinato l'espletamento di nuove indagini, fissi contestualmente una nuova udienza di rinvio per l'ulteriore corso, in quanto crea un vincolo per le valutazioni conclusive del p.m. circa l'idoneità degli elementi acquisiti a sostenere l'accusa in giudizio* ».

indicate dal giudice all'esito del contraddittorio camerale — qualora la persona offesa non abbia presentato una nuova opposizione ovvero quest'ultima sia inammissibile»[70].

Il corollario di tale conclusione, con specifico riferimento alla posizione della persona offesa, è che quest'ultima, pur conservando il diritto di essere informata della ulteriore scelta abdicativa dell'accusa, è tenuta a proporre una nuova opposizione al fine di esercitare il contraddittorio nell'udienza camerale. Non solo, dunque, la persona offesa non è esonerata dalla proposizione di un nuovo atto oppositivo, ma tale atto è sottoposto a criteri più rigorosi per ciò che concerne il contenuto e, correlativamente, il vaglio di ammissibilità effettuato dal giudice[71]: ed invero, qualora il pubblico ministero abbia effettivamente espletato quelle indagini sollecitate con la prima opposizione e disposte dal giudice, la persona offesa non potrebbe limitarsi a sindacare la perdurante volontà di non agire dell'inquirente né potrebbe riproporre il contenuto della prima opposizione, ma dovrà evidenziare quali ulteriori lacune e incompletezze presenta il materiale probatorio su cui si fonda la nuova richiesta di archiviazione. Detto in altri termini, posto che a fronte della seconda richiesta di archiviazione il diritto della persona offesa è quello non già di una replica, ma di proporre una nuova opposizione, quest'ultima dovrà denunciare l'eventuale incompletezza del materiale risultante a seguito delle investigazioni indicate dal giudice[72]. Diversamente, nella "patologica" situazione in cui il pubblico ministero non abbia provveduto a compiere le indagini indicate dal gip, potrà essere considerato ammissibile l'atto oppositivo che ribadisca i contenuti, i motivi e le censure a suo tempo esposti dalla persona offesa ed accolti dal giudice, il quale con ogni probabilità non potrà che reiterare, all'esito dell'ulteriore udienza camerale, la decisione di disporre le indagini coatte; l'eventuale contrasto che dovesse permanere tra l'organo inquirente e quello giudicante sarebbe destinato ad essere superato attraverso l'istituto dell'avocazione delle indagini[73].

8. Come si è avuto modo di analizzare, l'approdo al contraddittorio camerale può derivare da due distinte situazioni: dalla proposizione di un'opposizione ammissibile ovvero — e a prescindere da essa — dal dissenso del giudice rispetto alla richiesta di archiviazione. Se in entrambe le evenienze è obbligatorio fissare l'udienza camerale, diverso è il regime degli avvisi

70. Cass., Sez. Un., 27 maggio 2010, p.o. in c. S.L., in *Mass. Uff.*, n. 247124.

71. Cfr. Belfiore, *Richiesta di archiviazione dopo le ulteriori indagini* ex *art. 409, co. 4, c.p.p. e nuova opposizione inammissibile: il giudice può provvedere* de plano, in *Cass. pen.*, 2011, 1450; Bosco, *Indagini coatte e nuova richiesta di archiviazione: davvero necessaria l'udienza camerale?*, *ibidem*, 1463; Gatto, *Richiesta di archiviazione a seguito di indagini "coatte" e poteri del g.i.p.: dalle Sezioni Unite una pronuncia chiarificatrice*, in *Giur. it.*, 2011, 925; Nigro, *L'opposizione*, cit., 53.

72. Cfr. Bosco, *Indagini coatte*, cit., 1464.

73. V., ancora, Bosco, *Indagini coatte*, cit., 1466.

di fissazione dell'udienza nell'ipotesi di una pluralità di persone offese: nel caso in cui il contraddittorio camerale tragga origine dal disaccordo del giudice, destinatari dell'avviso — e quindi potenziali interlocutori in sede di udienza — sono indistintamente tutte le persone offese; diversamente qualora esso scaturisca dalla rituale opposizione di una sola di esse, l'avviso dovrà essere notificato al solo opponente. Il combinato disposto degli artt. 409, co. 2, e 410, co. 3, c.p.p. introduce, in tal modo, « *una distinzione ambigua, per certi versi persino irragionevole* »[74], la cui unica spiegazione è da ricercare in queste considerazioni: nell'ipotesi dell'art. 409 c.p.p. è opportuno fornire al giudice dissenziente « *il contributo conoscitivo di tutte le persone coinvolte dal reato per meglio lumeggiare la congruità della richiesta* » archiviativa, mentre in quella dell'art. 410, co. 3, c.p.p. « *ragioni di economia inducono ad inviare l'avviso di udienza al solo soggetto dissenziente rispetto all'epilogo abortivo del procedimento* »[75].

9. L'opposizione alla richiesta di archiviazione, per quanto rappresenti indubbiamente uno degli istituti più significativi posti a presidio della persona offesa, non offre, nella sua configurazione normativa vigente, una piena ed incondizionata tutela delle ragioni della vittima del reato: nella sua apparente semplicità la disciplina codicistica in esame presenta numerosi profili di criticità e lacune, solo in parte superati e/o superabili in via interpretativa.

Come si è avuto modo di analizzare, se in relazione ad alcuni aspetti — quale specialmente la mancanza di esplicite previsioni in tema di sanzioni e rimedi configurabili nei confronti dell'indebita adozione del decreto *de plano* in luogo dell'ordinanza emessa al termine dell'udienza camerale — il silenzio del legislatore è stato colmato dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità non senza alcune evidenti forzature interpretative volte a superare altrettanto evidenti menomazioni di tutela della persona offesa, rispetto ad altri — quali la delimitazione del vaglio di ammissibilità effettuato dal giudice sull'atto oppositivo — le conclusioni adottate nella prassi rischiano di rendere decisamente asfittico l'esercizio del contraddittorio cui è volta la proposizione dell'atto oppositivo; con riferimento, infine, ad altri profili ancora — quali i requisiti contenutistici dell'opposizione — l'opera dell'interprete è frenata dalle indicazioni testuali e sistematiche del legislatore che, come si è più volte ribadito, concepisce l'opposizione come uno strumento di critica vincolata al tema della completezza delle indagini[76]. Ed invero, i requisiti di ammissibilità dell'atto oppositivo, previsti dall'art. 410 c.p.p.,

74. Così Dean, Fonti, *Archiviazione*, in *Dig. Pen.*, Agg. III, t. 1, Torino, 2005, 47. Analoghe perplessità sul disposto dell'art. 410, co. 3, c.p.p. sono espresse da Di Chiara, *Il contraddittorio*, cit., 388, 389.

75. In questi termini Giostra, *L'archiviazione*, cit., 65, secondo cui ove alla fissazione dell'udienza camerale si sia giunti sia per il dissenso del giudice che per la rituale opposizione di una sola delle persone offese, l'avviso deve essere notificato a tutti gli offesi.

76. Osserva Fasolin, *L'opposizione*, cit., 3054, che il legislatore « *ha concepito l'opposizione della*

denotano che l'intervento e l'interlocuzione nella vicenda archiviativa sono concepiti più che in funzione del diritto di difesa della persona offesa, come strumenti di stimolo per il controllo del giudice sulla completezza delle indagini effettuate dal pubblico ministero[77].

A fronte di tale scenario, si potrebbe auspicare *de iure condendo* una rivisitazione della vigente normativa dell'opposizione alla richiesta di archiviazione che, in linea con la crescente tendenza, emergente a livello interno[78] e soprattutto a livello sovranazionale[79], ad incrementare la tute-

persona offesa come strumento finalisticamente vincolato: la stessa se ne può servire solo per denunciare mancanze e incompletezze nelle indagini dell'accusa ».

77. Cfr., oltre agli Autori citati in nota 4, Di Chiara, *Il contraddittorio*, cit., 387, il quale rileva che sul ruolo sollecitatorio della persona offesa l'ordinamento « *"specula" allo scopo di conseguire risultati di correttezza e linearità nello svolgimento delle indagini e nelle determinazioni consequenziali al loro epilogo* ». Nel senso che « *in ambito di archiviazione si riconosce alla vittima il diritto al contraddittorio, non già in risposta al suo interesse concreto e personale alla vicenda, ma fintantoché essa sia in grado di dare un apporto effettivo all'accertamento, sopperendo a eventuali difetti nell'indagine del pubblico ministero* » Trapella, *Sul contraddittorio dopo l'opposizione della vittima alla richiesta di archiviazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1279, secondo cui « *l'attività propulsiva della vittima, pertanto, assume rilevanza nel procedimento in quanto funzionale a sanare eventuali lacune nell'impegno degli inquirenti* ». In giurisprudenza, il ruolo strumentale dell'opponente è fortemente rimarcato, tra le altre, da Cass., Sez. Un., 27 maggio 2010, p.o. in c. S.L., cit., secondo cui l'« *opposizione ha il fine di offrire al g.i.p. contributo conoscitivo. Ed il contraddittorio incidentale gli consente di riceverlo, eventualmente sulla premessa dell'opposizione ammissibile, anche dall'indagato* [...]. *Non ha altra funzione* [...] »; in proposito v. le considerazioni critiche di Belfiore, *Richiesta di archiviazione*, cit., 1457.

78. Tra gli interventi legislativi interni successivi al codice v. soprattutto la normativa del d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274, sul procedimento dinnanzi al giudice di pace, nonché la l. 1° ottobre 2012, n. 172 (sulla quale v. nota successiva). È necessario ricordare, inoltre, che sin dal 2003 si susseguono proposte di legge costituzionale finalizzate ad inserire nell'art. 111 cost. un nuovo co. che sancisca la garanzia dei diritti e delle facoltà della vittima del reato; gli ultimi di tali disegni di legge sono quelli presentati nel corso della vigente legislatura (C. 896; S. 244; C. 31). Nell'ambito delle proposte di legge ordinaria, l'ultimo d.d.l. volto a modificare il codice di procedura penale e altre disposizioni in tema di assistenza, sostegno e tutela delle vittime di reati è C. 591 del 28 marzo 2013.

79. Il riferimento concerne, in particolare, la direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale. La direttiva del 2012 adotta un concetto molto ampio di "vittima", intendendo con questa espressione « *una persona fisica che ha subito un danno, anche fisico, mentale o emotivo, o perdite economiche che sono stati causati direttamente da un reato* » e « *un familiare di una persona la cui morte è stata causata direttamente da un reato e che ha subito un danno in conseguenza della morte di tale persona* » (tra i familiari rientrano anche la persona che convive con la vittima in una relazione intima, nello stesso nucleo familiare e in modo stabile e continuo, nonché le persone a carico della vittima). Altra direttiva che tutela, in generale, la vittima del reato è la 2011/99/UE, del 13 dicembre 2011, sull'ordine di protezione europeo, la quale stabilisce un meccanismo per il reciproco riconoscimento delle misure di protezione in materia penale tra gli Stati membri. Ulteriori e recenti direttive volte a tutelare in modo specifico talune peculiari categorie di vittime sono la direttiva 2011/36/UE, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime e la direttiva 2011/92/UE, del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile. Infine, nell'ambito di altri e diversi interventi sovranazionali è opportuno menzionare la Convenzione del Consiglio d'Europa (Lanzarote, 25 ottobre 2007) per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale (ratificata in Italia con la l. 1° ottobre 2012, n. 172, recante anche norme di adeguamento dell'ordinamento interno) e la Convenzione

la della vittima del reato[80], punti al rafforzamento della posizione e delle prerogative della persona offesa anche e specialmente nei confronti della scelta di inazione. In questa prospettiva, molteplici potrebbero essere gli aspetti (oltre a quelli sopra evidenziati) sui quali intervenire. Innanzitutto, la persona offesa dovrebbe essere tempestivamente informata del diritto di poter richiedere l'avviso della richiesta di archiviazione al fine di valutare l'opportunità di proporre l'opposizione: già criticata in base al rilievo che « *non qualsiasi persona offesa può ambire ad assumere un ruolo, per quanto tangenziale, nel procedimento di archiviazione che la concerne, ma soltanto quella che sia assistita da un difensore o abbia le necessarie cognizioni tecniche per menzionare la sua volontà di essere avvertita* »[81], l'assenza di una previa informazione si pone in esplicito contrasto con le indicazioni dell'art. 6 della direttiva 2012/29/UE del 25 ottobre 2012, secondo cui la vittima deve essere informata, senza ritardo, del proprio diritto di ricevere informazioni anche su « *un'eventuale decisione di non esercitare l'azione penale o di non proseguire le indagini o di non perseguire l'autore del reato* ». Sotto altro e più generale profilo, potrebbe essere rimeditata la stessa fisionomia dell'opposizione come veicolo di censura delle sole incompletezze delle indagini, per estenderla a strumento di critica "aperta" verso le determinazioni abdicative del pubblico ministero[82]. È innegabile che la fissazione dell'udienza camerale come effetto automatico derivante anche dalla proposizione di un'opposizione con la quale la persona offesa si limiti a denunciare le ragioni del dissenso rispetto alla richiesta di archiviazione possa ripercuotersi negativamente sulle esigenze di economia processuale e di celerità del procedimento; ciò nondimeno, una simile previsione consentirebbe di superare le problematiche ed i contrasti generati dalla vigente formulazione dell'art. 410 c.p.p., garantendo, da un lato, l'interesse pubblico ad un maggiore e approfondito — perché effettuato *coram partibus* — accertamento sul rispetto del principio di obbligatorietà dell'azione penale (principio certamente eluso non solo ove all'archiviazione si addivenisse in forza di indagini incomplete, ma e *a fortiori* a fronte di scelte di inazione avanzate nonostante la presenza di

del Consiglio d'Europa (Istanbul, 11 maggio 2011) sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica (ratificata in Italia con la l. 27 giugno 2013, n. 77).

80. Cfr., specialmente, Aimonetto, *La valorizzazione del ruolo della vittima in sede internazionale*, in *Giur. it.*, 2005, 1327; Del Tufo, *Linee di politica criminale europea e internazionale a protezione della vittima*, in *Questione giustizia*, 2003, 705; Ead., *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in *Punire Mediare Riconciliare — Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, a cura di Fiandaca, Visconti, Torino, 2009,107; Tranchina, *La vittima del reato nel processo penale*, in *Cass. pen.*, 2010, 4051; Venturoli, *La tutela della vittima nelle fonti europee*, in *Dir. pen. contemporaneo*, 2012, 3–4, 86.

81. Così Di Nicola, *L'opposizione*, cit., 568.

82. A proposito dei diritti della vittima rispetto alla scelta di inazione, l'art. 11 della direttiva 2012/29/UE prevede il diritto di chiedere un « *riesame della decisione di non esercitare l'azione penale* », statuendo, altresì, che « *qualora la decisione di non esercitare l'azione penale sia adottata dalla massima autorità responsabile dell'esercizio dell'azione penale avverso le cui decisioni non è possibile chiedere la revisione secondo il diritto nazionale, la revisione può essere svolta dalla stessa autorità* ».

elementi idonei a sostenere l'accusa in giudizio) e, dall'altro lato, il diritto al contraddittorio della persona offesa dal reato in ragione dell'interesse di cui essa è portatrice nel procedimento penale[83].

Postilla

Si dà conto che nelle more della pubblicazione del presente saggio è stato adottato il d.l. 14 agosto 2013, n. 93 (in Gazzetta Ufficiale, 16 agosto 2013, n. 191), recante "Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province", non ancora convertito in legge, che ha aggiunto all'art. 408 c.p.p. il co. 3 *bis*, in base al quale « *per il reato di cui all'articolo 572 del codice penale, l'avviso della richiesta di archiviazione è in ogni caso notificato, a cura del pubblico ministero, alla persona offesa ed il termine di cui al co. 3 è elevato a venti giorni* ».

83. Sottolinea Belfiore, *Richiesta di archiviazione*, cit., 1457, che « *affermare che il potere di intervento della persona offesa risponde a una funzione di stimolo al controllo sulla completezza delle indagini del p.m.* [. . .] *non vale a escludere che quello stesso potere — il cui esercizio è subordinato a una richiesta ammissibile — soddisfi un vero e proprio diritto al contraddittorio dell'offeso dal reato in virtù dell'interesse di cui quest'ultimo è portatore nel procedimento penale* ».

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/97888548581906
pag. 425–441

Famiglie in crisi e minori devianti: premesse allo studio di un diritto penale « *dalla parte della vittima* »

Ave Gioia Buoninconti

1. Le riflessioni che seguono non pretendono né possono essere esaustive perché si limitano a segnalare i punti fondamentali di una ricerca in corso di più ampio respiro[1]. Esporrò i punti nodali che per il momento mostrano la necessità di ampliare il profilo dei confronti e dei rapporti verso la fase propositiva di una innovazione legislativa che di essi tenga conto e che recuperi ciò che di fatto già c'è e cioè una molteplicità di previsioni legislative che, ancorché non collegate esplicitamente e sistematicamente fra di loro, tutte insieme muovono verso gli obiettivi che in questo lavoro mi è sembrato utile delineare. Non può sottacersi al riguardo, per stare al tema del presente "confronto", l'opzione legislativa che non ammette la costituzione di parte civile nel procedimento penale davanti al Tribunale per i minorenni, allo scopo di evitare che un processo costruito con peculiari finalità educative sia snaturato da interessi meramente economici[2]. Nello stesso senso sono inquadrabili quei provvedimenti, alternativi rispetto alla sentenza di condanna, quali il perdono giudiziale, la sentenza di non doversi procedere per irrilevanza del fatto, la sospensione del processo e la messa alla prova. A queste premesse, che spiegano il perché del lavoro stesso e del suo essere *in fieri,* deve essere aggiunta una premessa generalissima di carattere metodologico che è la seguente.

Il punto di vista di un penalista in relazione all'argomento della violenza minorile rischia di essere eccentrico rispetto a quello del criminologo e del

1. L'avvicinamento a questa tematica è stato determinato dalla poliennale esperienza maturata nell'insegnamento al Master in Diritto del minore diretto dal prof. Bianca, presso l'università "La Sapienza" di Roma. In quella sede l'insegnamento dei profili di carattere penalistico si è necessariamente dovuto innestare su altri indirizzi culturali, anche essi presenti nella didattica del Master. In particolare, sono risultati fruttuosi i confronti con gli aspetti civilistici, sociologici, criminologici e di psicologia del minore.

2. Ciò ai sensi dell'art. 10, co. 2, disp. proc. pen. min. (d.P.R. n. 448 del 1988) che, con una ulteriore eccezione rispetto alla regola generale (art. 651 c.p.p.), prevede che la sentenza penale emessa nel procedimento minorile « *non ha efficacia di giudicato nel giudizio civile per le restituzioni e il risarcimento del danno cagionato dal reato* ».

sociologo perché, mentre la loro ricerca scientifica sulla famiglia comprende, weberianamente[3], la finalità di sviluppo della personalità del minore, la riflessione sulla materia penale deve inevitabilmente distinguere la "famiglia" dal "minore", quando li considera come soggetti attivi o passivi di reati. Ciò posto è opportuno però premettere che recenti vicende legislative dimostrano che il precetto penale può anticipare il "peggio": se la punizione è consegnata esclusivamente al poi, la tutela può servirsi di cautele amministrative[4], come avviene nel delitto di atti persecutori (*stalking*)[5]; in questa prospettiva i due obiettivi divaricati, *famiglia* e *minore*, potrebbero riavvicinarsi.

2. L'indagine, che è diretta soltanto alla segnalazione delle problematiche di fondo, sarà articolata in tre punti:

a) il primo è ovviamente dedicato alle considerazioni metodologiche;
b) il secondo, verterà sulla tutela penale della famiglia nella consapevolezza che per tutela della famiglia si può intendere tanto la "tutela dei componenti" quanto quella dell'"ente intermedio";
c) il terzo riguarderà la violenza minorile, come sintomo di una patologia presente all'interno del contesto familiare. Con l'avvertenza immediata che il minore violento, però, non è soltanto — almeno nella lettura che ci consegnano i sociologi[6] — il frutto di famiglie

3. Il riferimento è a Weber e alla sua Sociologia comprendente, risultante dalla fusione delle tendenze positivistiche e di quelle delle storicismo tedesco nella quale si proponeva di studiare le azioni tipiche, le probabilità calcolabili nel comportamento degli uomini, non i valori soggettivi "determinanti" le loro azioni nella realtà. Weber, *Il metodo delle scienze storico–sociali,* a cura di P. Rossi, Torino, 1997, p. 327, in particolare rileva che « *mediante l'indagine psicologico–empirica e storica di un determinato punto di vista valutativo, considerato nel suo condizionamento individuale, sociale, storico, non si perviene mai a nient'altro che a questo — a spiegarlo comprendendolo* ». In particolare, l'A., in *Economia e Società*, a cura di Rossi, Milano, 1968, I, 12, già aveva affermato che la comprensione sociologica designa « *un atteggiamento molto vicino a quello che i manuali di logica indicano con l'espressione "induzione poliziesca" e che consiste nel ricostruire motivazioni non direttamente accessibili con il metodo della costruzione dei fatti mediante informazioni provenienti da più fonti con l'effetto di intrecciarli tra loro* ». È in base a queste considerazioni che il metodo della sociologia comprendente risulta essere un metodo razionale: una interpretazione che rende intellegibile un'azione, indicandone un senso è un'ipotesi che va "controllata nei fatti".

4. Secondo un'anticipazione ascrivibile alla concezione di Franz von Liszt il crimine va osservato come fenomeno puramente sociale: è il concetto di prevenzione sociale. In tal senso deve essere predisposta una intensa difesa sociale in modo da eliminare ogni manifestazione criminosa applicando all'uopo un modello di scienza penale integrata (la *gesammte Strafrechtswissenschaft*): F. von Liszt, *Der Begriff des Rechtsgutes im Strafrecht,* in *ZSTW*, 1888.

5. Introdotto dall'art. 7 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv., con modif., in l. 23 aprile 2009, n. 38 (« *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori (Stalking)* »).

6. Marotta, *Prevenzione e trattamento dei minori devianti*, Roma, 1986; Id., *Il comportamento violento del minore: la prospettiva sociocriminologica,* in *Cultura giuridica e politiche pubbliche in Italia,* a cura di Febbraio, La Spina, Raiteri, Milano, 2006; in argomento nell'ottica del penalista v. Pavarini,

"instabili", caratterizzate al loro interno da "ostilità" e "aggressività", ma è pure il prodotto di un disagio sociale che investe ma anche travalica l'ambito della famiglia[7]. Il problema dei minori violenti è un tema connesso a quello della tutela penale della famiglia e non può essere pretermesso, perché minori e famiglia vengono presi in considerazione congiuntamente nella normativa complessiva degli artt. 29, 30, 31 e 34 della Costituzione[8].

3. È diffusa in dottrina l'opinione che i concetti di "reato" e di "vittima" rimandino a una valenza "costante" e, soprattutto, "uniforme" tanto per il diritto penale quanto nelle diverse discipline collegate, psicologiche, sociologiche o criminologiche: si consideri, ad esempio, la concezione del reato come "interazione" fondata sul binomio reo–vittima[9]. Al riguardo, è opportuno precisare *in primis,* che la prospettiva reo–vittima, erroneamente percepita come "costante", è ben lontana dall'essere tale nell'ambito ristretto della disciplina penale. In effetti, una parte consistente del diritto penale è definita "diritto penale artificiale"[10], nel quale spesso non è dato individuare una vittima in senso proprio: ne sono esempi i reati senza vittima, i reati ostacolo e i reati di pericolo astratto[11]. A ben vedere, anche nel "diritto penale naturale" è spesso difficile individuare una vittima. Una spia significativa di ciò si ravvisa nel linguaggio comune: nessuno infatti direbbe « *il ladro ha fatto una vittima* »; si parla, piuttosto, della « *vittima di un furto* », ricorrendo così ad una costruzione astratta e richiamando l'attenzione sul fatto che in concreto il rapporto non si stabilisce come "interazione personale" e non

Sorvegliare punire correggere, in *Minori in giudizio. La Convenzione di Strasburgo*, a cura di Contri, Milano, 2012, 139 e ss.

7. G. Marotta, *Teorie criminologiche — Da Beccaria al Postmoderno*, Milano, 2004, 146: si chiede « *se non sia il caso di indirizzare le politiche sociali non solo verso l'attuazione di programmi diretti a migliorare le condizioni materiali della famiglia o, come sostengono Gottfredson e Hirschi, a socializzare adeguatamente i bambini, ma anche verso la realizzazione di programmi che spostino l'ottica sugli adulti significativi (ad esempio di "educazione" degli adulti al rispetto dei valori socialmente accettati e a essere in grado di comunicarli ai minori)* ».

8. Si pensi al riconoscimento dei « *diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio* » (art. 29), al « *dovere e diritto dei genitori* » di « *mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori del matrimonio* » (art. 30), alla protezione della "maternità", dell'"infanzia" e della « *gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo* » (art. 31) ed all'« *istruzione inferiore* [. . .] *obbligatoria e gratuita* » (art 34).

9. Sul binomio reo–vittima e sul potere evocativo di esso: Ramacci, *Reo e vittima,* in *Ind. pen.,* 2001, 7 ed *ivi* per gli ulteriori riferimenti bibliografici.

10. Mantovani, *Diritto penale, Parte Generale*, Padova, 2011, 202; la definizione di "delitto naturale" risale a Garofalo, *Criminologia*, Torino, 1891, 9 e ss., come « *l'offesa a* [. . .] *sentimenti profondi ed istintivi dell'uomo socievole* ».

11. Flora, *I vincoli costituzionali nell'interpretazione delle norme penali,* in *www.penalecontemporaneo.it*. Nell'ottica di tutela a tutto campo del minore si è introdotto (l. 6 febbraio 2006, n. 38) il delitto di pornografia virtuale, nel quale si puniscono le rappresentazioni di immagini virtuali utilizzando immagini di minori o parti di esse (art. 600–*quater*, co. 1, c.p.).

vien percepito come tale nella concretezza degli eventi. È corretto pertanto affermare che il concetto di vittima non ha una valenza universale, perché la vittima in concreto può mancare del tutto e, paradossalmente, anche in taluni reati che appartengono alla categoria del diritto penale naturale. Per fare ancora un esempio, nel delitto di incesto, perpetrato da persone maggiorenni e consenzienti, è arduo riconoscere una vittima, mentre è senz'altro agevole identificare due rei. L'assenza della vittima e la divaricazione tra reo e vittima non sono prodotti del diritto penale moderno bensì risalenti. Lo dimostra la vicenda narrata dallo storico Livio, che ha per protagonista l'Orazio vincitore il quale, unico sopravvissuto al duello contro i Curiazi, uccide la sorella che piangeva la morte del promesso sposo, membro della famiglia dei Curiazi[12]. Dal punto di vista naturalistico, Orazio commette un omicidio (reo: Orazio; vittima: la sorella); mentre per Livio questa vicenda è ricostruita giuridicamente in due diversi reati, con due diversi autori e nessuna vittima. L'Orazio è responsabile di *perduellio*, un reato politico che in questo caso consiste nell'aver ucciso un cittadino romano ritenuto colpevole senza il previo processo; a sua volta la sorella è responsabile di alto tradimento in guerra ossia del reato di *proditio*[13].

Questa raffinatezza giuridica è ravvisabile non solo nel diritto romano ma anche nella tradizione greco–classica. Infatti, nelle tragedie attiche la vendetta, prerogativa delle Erinni, si poneva come obiettivo la metamorfosi del reo in vittima, per ripristinare così l'equilibrio sociale sconvolto dalla commissione del delitto.

Riassuntivamente, si può affermare che, il diritto penale si serve senza problemi di categorie che non sono precisamente sovrapponibili a quelle tipiche della criminologia e della sociologia.

4. Generalmente il diritto penale non ha usato il termine vittima ma si è servito di termini equivalenti (la persona offesa, l'offeso, il soggetto passivo, la parte lesa)[14]. Peraltro, il concetto di vittima anche in criminologia[15] si è slabbrato; ciò non toglie che la vittima sia una figura che continua ad essere associata, in via generale, alla commissione di un delitto. Fatte queste premesse, lo studioso attento si deve interrogare sulla possibilità di stabilire

12. Livio, *Storia di Roma dalla sua fondazione*, I, 25, 26.

13. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma,* Milano, 1998, 14 e ss. L'A. (nota n. 27) precisa che « *la perduellio è propriamente l'alto tradimento, la valutazione del dovere di fedeltà verso lo stato e le sue istituzioni (da non confondere con la proditio, o tradimento con il nemico in tempo di guerra)* ». V. Giuffrè, *Il "Diritto penale" nell'esperienza romana*, Napoli, 1989, 17, ritiene applicata da Tullio Ostilio una *lex horrendi carminis* che attribuisce ai *duunviri* il compito di individuare casi di 'alto tradimento', come quello degli Orazi e Curiazi.

14. Più ampiamente v. Del tufo, voce *Vittima del reato*, in *Enc. Dir.,* XLVI, Milano, 1993, 1001.

15. Per una ricostruzione storico–evolutiva della teoria relativa alla vittimologia v. Portigliatti, Barbos, voce *Vittimologia*, in *Dig. Pen.*, XV, Torino, 1999, 314 e ss.

i lineamenti essenziali di un diritto penale dalla parte della vittima, piuttosto che dalla parte del reo.

È qui un altro esempio è calzante. Uno dei punti più ricordati della *Recherche* di Proust è "la passeggiata". Quest'ultima poteva essere affrontata dalla parte di *Swann* oppure dalla parte di *Guermantes*, ma partendo sempre da un punto e ritornando sempre allo stesso; tuttavia, un versante veniva preferito all'altro a seconda delle condizioni meteorologiche e del tempo a disposizione[16], considerato che dalla parte di *Guermantes* la passeggiata era più lunga. Allo stesso modo, i giuristi hanno affrontato "la passeggiata" penalistica dalla parte del reo, perché è più immediata, ma nulla vieta che essa si possa fare dalla parte della vittima, anche se questo comporta un percorso più lungo e la necessità, durante tale percorso, di fare qualche deviazione ulteriore.

In questo modo, però, il diritto penale, rinunciando all'esclusività della pena, perderebbe la propria nota caratteristica, romperebbe con la tradizione e si trasformerebbe, ad esempio, in un diritto civile sanzionatorio o, come già è avvenuto, ma non in funzione vittimologica, in un diritto amministrativo punitivo[17]. Attualmente, due sembrano essere le strade percorribili:

a) la prima è quella dei fondi di « *sostegno per le vittime* » variamente differenziati, i quali devono funzionare da ammortizzatore sociale del crimine con vittima, con applicazione soltanto nelle ipotesi nelle quali sia identificabile con chiarezza il rapporto reo vittima non generalizzabile. Quindi, fondi di sostegno come ammortizzatori sociali, i quali eliminano uno degli aspetti del conflitto sociale aperto dal delitto. Si pensi, ad esempio, all'istituzione di fondi di assistenza per le vittime del *racket*, dell'usura, del sequestro di persona a scopo di estorsione, del terrorismo[18].

16. Proust, *Dalla parte di Swann*, a cura di P. Pinto, 1990, 133.

17. Al riguardo sempre valide le riflessioni di Moccia, *Considerazioni di politica criminale sull'illecito depenalizzato*, in *Arch. pen.*, 1986, 528, secondo il quale il ricorso alla sanzione amministrativa, apprestando una forma di difesa avanzata, è rivolta ad « *illeciti offensivi di interessi costituzionalmente non incompatibili e, comunque, connotati strutturalmente da uno scarso contenuto di illiceità, oppure quali fatti perseguiti per finalità di prevenzione dei reati* ».

18. Sul punto v. più ampiamente Ramacci, *Corso di Diritto penale,* Torino, 2013, 563. Sia consentito segnalare la fattispecie riformata dell'usura che, nella nuova formulazione, esprime un chiaro « *intento di rafforzamento della tutela* » da parte del legislatore a favore della vittima. Il legislatore, infatti, come osserva Leoncini, *Reato e contratto nei loro reciproci rapporti*, Firenze, 2000, 72, non considera la vittima un "concorrente necessario", poiché rimane nell'ombra il suo comportamento "collaborativo" (von Hentig, *The Criminal and his victim: studies in the Sociology of Crime*, 1948, 419, 420, aveva individuato la tipologia della « *vittima ad offesa desiderata* »); in controtendenza appare oggi l'orientamento del legislatore che ha "spacchettato" l'originaria ipotesi della concussione: infatti la previsione contenuta nell'art. 319–*quater* c.p. (Induzione indebita a dare o promettere utilità), co. 2, comporta la punibilità anche del destinatario della pretesa che 'dà o promette danaro', il quale, da persona offesa nell'o-

b) la seconda è quella del diritto civile utilizzato in funzione punitiva[19], percorrendo la strada tracciata dai cd. *exemplary damages* cioè dalle condanne esemplari, che mirano non tanto al risarcimento dei danni quanto all'arricchimento della vittima, come compensazione per l'*iniuria* subita. In base a questo sistema il reo è tenuto, non soltanto alla riparazione del danno inferto[20], ma anche ad una prestazione in arricchimento della vittima, per mezzo di una valutazione per equivalente di quello che è stato il disagio complessivo sofferto da quest'ultima.

Nelle suddette due ipotesi, le categorie civilistiche si sommano a quelle penalistiche. Da entrambe emerge una visione commerciale, utilitaristica della situazione della vittima, e di conseguenza dello stesso diritto penale

riginaria ipotesi di concussione per induzione, diventa « *concorrente necessario nella nuova fattispecie di reato* », in tal senso Cass., sez. VI, 11 febbraio 2013, Castelluzzo, in *www.dejure.giuffre.it*. A questo punto ci si potrebbe anche interrogare sull'effettivo ruolo "attivo" della vittima nel delitto di usura pensando ai casi di c.d. ludopatia o a tentativi estremi di salvataggio di società destinate al fallimento. Il legislatore invece in materia d'usura promuove una tutela via via amplificata che va dalla vittima come consumatore alla protezione della vittima dal crimine organizzato, superando un bene giuridico strettamente patrimoniale a favore di un altro teso a garantire un regolare funzionamento delle attività connesse alla prestazione del credito. Su questi aspetti v. Di Marzio, *Illiceità penale della condotta e invalidità del contratto,* in *I contratti*, 2013, 314; Rampioni, *La fattispecie di usura "presunta" nel crogiuolo della pratica applicativa. Il "nodo" della commissione di massimo scoperto mette a nudo il 'non sense' della delega politica ad organi tecnici*, in *Cass. pen.*, 2012, 361 e ss. Secondo Ronco, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 185, la mancata o inesatta individuazione dell'oggetto della tutela si riverbera negativamente sull'intera proposizione precettiva rendendola approssimativa ed indeterminata. Ancora, nella fattispecie è scomparso il necessario collegamento tra la violazione e lo "stato di bisogno" della vittima e, correlativamente, l'approfittamento di tale stato da parte del soggetto attivo. Conseguentemente, secondo Mucciarelli, *l. 7 marzo 1996, n.108 — Disposizioni in materia di usura*, in *Leg. pen.*, 1997,517, è stato eliminato il termine "persona" — vittima, con ampliamento della sfera applicativa anche alle persone giuridiche. Tale ampliamento ha comportato, nella formulazione della nuova fattispecie, l'introduzione di un limite legale che vincola l'incriminazione al superamento di soglie oggettivamente stabilite: pertanto, « *è il legislatore che 'presume', al superamento del tasso prefissato, la verificazione perciò solo, di un pericolo per il patrimonio della vittima* [. . .] »: così Manna, *La nuova legge sull'usura*, Torino, 1997, 67.

19. Manna, *Tutela penale della personalità*, Bologna, 1993, 157, 165, sottolinea con forza che l'esperienza in materia di diritti della personalità ha consentito di valutare in senso positivo il ricorso a strumenti civilistici e aggiunge, conseguentemente, nell'ottica della funzione fondamentale dell'art. 2043 c.c., che sarebbe auspicabile il ricorso alla tutela civile anche in chiave preventiva. Lo stesso A., *Prospettive di depenalizzazione nei delitti contro l'onore,* a cura di Pepino, *La riforma del diritto penale. Garanzie ed effettività delle tecniche di tutela,* Milano, 1993, 337, però non sottace come la « *ricerca di tecniche di tutela, alternative a quella penalistica tradizionale, si presenti irta di difficoltà, certamente da non sottovalutare* ». In argomento v. pure Piergallini, « *Civile* » e « *Penale* » *a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1318.

20. La "riparazione", cosi come sottolineato nella relazione allo schema di disegno legge proposto nel 1974 dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, è correlata ad un diritto soggettivo pubblico per distinguerlo dall'"indennizzo" e dall'"indennità" collegati, viceversa, a d un rapporto assistenziale assicurativo; più ampiamente in termini v. Portigliatti Barbos, voce *Vittimologia*, cit., 336.

dalla parte della vittima, che si pone in antitesi con la tradizionale visione etica assegnata al diritto penale quale prodotto della morale sociale.

A questo nuovo sistema, certamente, la società non è ancora pronta. Infatti, è quantomai insistente la richiesta di afflittività "pura e semplice" avanzata dalla collettività allo Stato. Ciò nonostante che, da un punto di vista utilitaristico, la pena sia « *un male in pura perdita* » perché toglie senza dare: la reclusione dell'uno, infatti, non dà all'altro se non una soddisfazione morale[21]. Eppure, l'aspettativa della punizione da parte della collettività non tramonta e quest'ultimo è un dato che il penalista non può fare a meno di considerare in quanto l'ordinamento penale si basa sul consenso[22] che genera la "conformazione spontanea" dei consociati, più che sulla deterrenza ingenerata dalla certezza della repressione. Dietro alla richiesta di afflittività risiede l'esigenza che i fatti che integrano un reato siano puniti perché non devono accadere in quanto la normalità dei consociati rifugge dal commettere quei fatti e, poiché non li commette, pretende che anche tutti gli altri non li commettano e se li commettono che siano puniti: altrimenti il meccanismo della conformazione spontanea è destinato a fallire.

Una prima conclusione parziale: posto che è prematuro pensare ad una eliminazione del diritto penale, non sarebbe una scelta del tutto infelice integrare il modello esistente con il principio che nessuno può trarre profitto dalla commissione di un reato; con le nuove prospettive dei fondi di sostegno per le vittime di reato; con l'utilizzazione degli strumenti del diritto civile sanzionatorio.

Ad ogni modo queste ultime proposte sono già in via di sperimentazione parziale, anche se ancora difettano del coordinamento istituzionale e dell'inserimento sistematico. Nel futuro, l'introduzione di un nuovo sistema punitivo integrato potrebbe lasciare alla pena afflittiva soltanto i delitti più gravi coerentemente alla sua previsione come *ultima ratio*.

5. Il codice Rocco aveva approntato una tutela specifica della famiglia, concetto che ha subìto un rilevante cambiamento storico sociale e che, di conseguenza, ha determinato una serie di criticità sulla compatibilità delle fattispecie con l'attuale modello aggregativo. Tuttavia, il nostro Codice penale, seppur inevitabilmente influenzato dal contesto politico ideologico dell'epoca e dalla concezione autoritaria e patriarcale della famiglia, si è dimostrato da un lato, precursore dei principi fondamentali della nostra Costituzione e, dall'altro, progressista rispetto alle norme civilistiche. Infatti, il codice civile del 1942 aveva originariamente apprestato essenzialmente la tutela alla famiglia legittima, ponendo in secondo piano quella dei sog-

21. Per una analisi sul problema dei "costi" della pena v. Paliero, *L'economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, 1336 e ss.

22. Per un primo, sensibile, approccio, v. Musco, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, 80.

getti legati da esclusivi vincoli di sangue e, solo recentemente, sono state adottate le norme per il riconoscimento "a tutto campo" dei figli naturali (l. 10 dicembre 2012, n. 219 — Disposizioni in materia di riconoscimento dei figli naturali)[23]. La tutela penale, invece, seppur mossa dall'intento di ampliare la sfera della punibilità, aveva dunque dimostrato una lungimiranza riconoscendo una equiparazione tra filiazione legittima e naturale: con una norma interpretativa suppletiva il legislatore, sotto la rubrica "rapporti di parentela" aveva superato la soglia di tutela degli altri rami dell'ordinamento, sancendo che « *la filiazione naturale è equiparata alla filiazione legittima quando il rapporto di parentela è considerato come elemento costitutivo o come circostanza aggravante o attenuante o come causa di non punibilità* » (art. 540 c.p.). Tutto ciò, non è in contraddizione con il concetto di famiglia fondato sul matrimonio: il Titolo XI, « *dei delitti contro la famiglia* » esordisce, infatti, con il capo I dedicato ai « *delitti contro il matrimonio* », ma anzi, come si specificherà più avanti, in linea con quanto successivamente sancito dalla Costituzione. Con le norme incriminatrici a tutela della famiglia, sono stati individuati altri possibili modelli di parentela e anche altri rapporti esistenti tra soggetto attivo e vittima, determinati da « *ragioni di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia* » (artt. 571, 572 c.p.)[24]. Si tratta delle c.d. "funzioni vicarianti"[25] rispetto a quelle attribuibili, in senso proprio ai componenti familiari. Tali funzioni si riferiscono a figure parafamiliari, sorte per svolgere quelle funzioni tipiche della famiglia, si pensi agli obblighi assistenziali, nel caso in cui quest'ultima non sia in grado di espletarle, parzialmente o totalmente o a quelli connessi alla "formazione".

Dal punto di vista penalistico la prima distinzione che deve essere fatta è tra reati "contro la famiglia" e reati "in famiglia"[26]. I reati contro la famiglia, perlomeno buona parte di essi, si propongono la tutela della famiglia come ente intermedio. I reati in famiglia invece sono reati che avvengono nell'ambito familiare ma che riguardano prevalentemente la tutela della persona. Nella nostra Costituzione la tutela della persona è prevista in apertura (artt. 2 e 3); viceversa, la tutela della famiglia come ente intermedio, come

23. Scordamiglia, *Prospettive di nuova tutela penale della famiglia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 366, aveva opportunamente rilevato che « *la dimensione primigenia della famiglia non è quella del diritto. Il costume, alimentato dai più diversi fattori dell'ambiente (comprensivi di strutture economico–sociali, e di concezioni spirituali e religiose), resta alla base della realtà familiare* ».

24. In altri termini, le norme richiamate presuppongono l'affidamento della vittima nelle mani del colpevole: Ruffo, *La tutela penale della famiglia, Prospettive dommatiche e di politica criminale*, Napoli, 1998, 67, 68. L'A. individua nella fattispecie incriminatrice dell'art 572 c.p. tre distinti modelli: il primo relativo ad un rapporto familiare, il secondo correlato ad un relazione di affidamento, ed il terzo, « *che apparentemente si colloca all'esterno dello schema tipo, che ha come soggetto passivo il minore degli annui quattordici* ».

25. Delogu, *Diritto penale*, in *Comm. dir. ital. della famiglia*, a cura di Cian, Oppo, Trabucchi, VII, Padova, 1995, 5.

26. Pisapia, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, 106 ss., nonché Pisapia, Pisapia, voce *Famiglia (delitti contro la)*, in *Dig. Pen.*, V, Torino, 1991, 120.

« *società naturale fondata sul matrimonio* », compare, più avanti negli artt. 29 e 30 del testo costituzionale. Per alcuni si tratta solo di una sistemazione topografica ininfluente, per altri invece la collocazione degli articoli lascia trasparire l'esistenza di una precisa gerarchia tra i beni costituzionali. È orientata in questo senso anche la Corte costituzionale la quale non soltanto ricorre all'argomento della prova di resistenza tra beni costituzionali in ordine alla soluzione del caso concreto, ma, in linea generale, distingue tra i diritti costituzionali, privilegiando i diritti inviolabili ed enunciando una sorta di super–tutela per i principi supremi dell'ordinamento costituzionale. Come esempio del primo orientamento si può citare la c.d. "sentenza Abu Omar", nella quale la Corte costituzionale afferma che il segreto di Stato è espressione della *salus rei publicae*, interesse assoluto di fronte al quale deve cedere l'altro interesse costituzionale all'amministrazione della giustizia[27]. In maniera analoga, ancora recentemente, la stessa Corte ha enunciato la valenza dell'ambiente, elevato anche esso al rango di diritto assoluto[28].

A questo punto si pone il problema di confrontare la disposizione di cui all'art. 2 cost., che riconosce i diritti inviolabili dell'uomo, con la disposizione di cui all'art. 29 che riconosce i diritti fondamentali della famiglia.

La Costituzione repubblicana è costruita secondo un criterio ascendente, partendo dalla persona e arrivando allo Stato: le prime disposizioni riguardano l'individuo, le ultime riguardano lo Stato; da ciò deriva che prima viene la tutela dell'individuo come componente della famiglia e poi quella dell'ente intermedio, nella sua autonomia, come entità diversa dalla somma dei singoli componenti. A fronte di ciò, il codice penale vigente è invece costruito secondo un criterio discendente: dallo Stato alla persona. Nell'un caso e nell'altro, la tutela della famiglia si trova appunto nel mezzo e ciò spiega la sua definizione come ente intermedio. Di qui la problematicità insita nell'approccio ai delitti contro la famiglia o contro la persona membro della famiglia.

La comprensione delle suddette criticità risulta ancora più evidente se si analizzano alcune fattispecie:

a) art. 558 c.p. (Annullamento del matrimonio nel caso di induzione al matrimonio mediante inganno): in questo caso l'induzione in inganno non viene punita in conseguenza del matrimonio, come sarebbe ragionevole, ma è punita soltanto se lo stesso matrimonio

27. Corte cost., n. 106 del 2009. Con la sent. n. 1146 del 1988 la Corte costituzionale aveva enunciato i principi supremi dell'ordinamento, affermando la propria competenza alla soluzione dei conflitti non soltanto con una legge ordinaria, ma anche con una legge costituzionale con essi contrastante.

28. Dopo una prima tenue affermazione risalente al 1987, la Corte costituzionale (sent. n. 378 del 2007, n. 12 del 2009 e n. 114 del 2012) ha dichiarato la prevalenza dell'ambiente come valore assoluto. Più ampiamente su questi temi v. Ramacci, *Alle origini della tensione tra diritti umani e diritto positivo: i Sette contro Tebe e Antigone,* in *Sociologia*, 2012, 7.

vien annullato, il che significa che la *ratio* è quella di tutelare la famiglia non la persona che è stata ingannata.

b) Art. 649 c.p. (Non punibilità e querela della persona offesa, per fatti commessi a danno dei congiunti): il caso è disciplinato insieme ai delitti contro il patrimonio. La norma si esprime però nel senso di escludere la punibilità di tali reati se perpetrati da soggetti conviventi in seno alla famiglia, purché non siano commessi con violenza. Se ne deduce che la famiglia è privilegiata rispetto al patrimonio dei componenti[29].

Al contrario, quando i delitti contro il patrimonio del componente sono commessi con violenza, l'esistenza del vincolo familiare importa l'applicazione dell'aggravante *ex* art. 61, n. 11 c.p.; il che significa che la *ratio legis* è diversa: non si privilegia più la famiglia bensì la persona del componente. Al riguardo è opportuno precisare che detta aggravante si applica in ragione del rapporto interpersonale di convivenza che genera affidamento, e che essa è destinata a valere soltanto quando non si applichi l'art. 649 c.p. e cioè nei casi di condotte colorate dalla violenza. La problematicità sussiste anche in relazione ad ipotesi di reato che compaiono sistematicamente tra quelli contro la famiglia, come ad esempio l'abuso dei mezzi di correzione o i maltrattamenti in famiglia, (secondo l'attuale rubrica « *Maltrattamenti contro familiari e conviventi* », modificata a seguito della Convenzione di Lanzarote, art. 4 l. 1 ottobre 2012, n. 172 — « *Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno* »), i quali però sono potenzialmente plurioffensivi, perché la condotta descritta si colora a seconda del contesto in cui si svolge. Analoghi problemi presenta anche il nuovo reato di atti persecutori (art. 612–*bis* c.p.)[30] il quale è configurabile anche per fatti commessi nel contesto

29. Già storicamente sulla non configurabilità dell'azione di furto per il fatto commesso da un coniuge a danno dell'altro durante il matrimonio v. Ferrini, *Esposione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in *Enc. Dir. pen. it.*, a cura di Pessina, Milano, 1905, I, 223.

30. Merita un cenno il problema relativo alla reiterazione delle condotte costituenti la fattispecie *de qua*. Infatti, premesso che secondo la stessa rubrica trattasi di "atti", la giurisprudenza ha ritenuto che per la sua sussistenza siano sufficienti due "episodi" di molestia o minaccia (Cass., sez. V, 2 marzo 2010, V.L., in *www.dejure.giuffre.it*, e Cass., sez. V, 21 gennaio 2010, O., in *Cass. pen.*, 2011, 158 con nota di Lo Monte, *L'individuazione delle « condotte reiterate (art. 612–bis c.p.): tra lacune legislative e discutibili applicazioni giurisprudenziali »*, alla quale si rinvia). Dunque, il singolo fatto di disturbo o di molestia non è sufficiente per la configurabilità dello *stalking,* ma lo *stalking* nasce dalla ripetitività: questa ripetitività potrebbe rappresentare un'ipotesi di continuazione di reato? Peraltro, per il reato continuato bisogna essere ben cauti nell'individuare la fattispecie. Invero, i fatti in continuazione nella costruzione penalistica del reato continuato vengono "determinati" *a posteriori* e quindi non si può parlare di un reato continuato *in itinere* come un progetto indeterminato che in qualunque momento possa essere interrotto; si riscontra l'esistenza di una continuazione di reati quando i fatti mostrano il disegno criminoso, quindi, la medesimezza del disegno emerge sulla base di fatti già avvenuti che

familiare[31]; al riguardo, anzi, emerge un problema ulteriore, perché tra il reato di *stalking* e quello di maltrattamenti in famiglia può ravvisarsi tanto un rapporto di specialità quanto un eventuale assorbimento[32]: un rapporto di specialità perché nel reato di maltrattamenti è presente una componente, quella dell'affidamento, che non è presente nello *stalking*; l'assorbimento perché i maltrattamenti potrebbero, in concreto, costituire il più grave reato nel quale, stante la clausola di riserva con la quale esordisce l'art. 612–*bis* c.p., resterebbe assorbito lo *stalking* (ad esempio, quando dalla condotta derivi, come conseguenza non voluta, la morte; soluzione, questa, a mio avviso preferibile all'applicazione dell'art. 586 c.p. sia per ragioni di natura

possono essere tutti insieme valutati o che possono essere valutati anche in successione, se alcuni di essi sono stati considerati in precedenza come aggiunzione dell'ultimo fatto ai primi, corollario del disegno comune. Al riguardo, l'elaborazione del reato continuato ne ha fatto una figura dai contorni non così rigidi come sembra emergere dall'argomentazione che si può trarre dall'art. 671 c.p.p., che consente di ravvisare *ex post*, in sede di esecuzione, l'accertamento di un disegno criminoso, dimostrando di optare così per il riconoscimento del reato continuato. L'innesto di spezzoni di reato che avvengono in tempi successivi, sulla base di un giudicato esistente, sembra far pensare a una progressione in astratto ipotizzabile e in concreto ravvisabile del reato continuato stesso che però ricomincerebbe ad avere due anime: non più quella dell'unione reale o finzione giuridica — per spiegare l'eccezione alle regole del concorso di reati — , bensì quella della compatibilità possibile con la medesimezza del disegno. L'interpretazione dell'art. 81 c.p. deve orientarci decisamente in senso negativo: lo *stalking* non è un reato continuato. Il fenomeno dello *stalking,* descrivendo una condotta frammentata, ipotizza un reato unico (nel quale) i singoli episodi non sembrano attingere l'intera fattispecie. È però sicuramente un reato in "continuazione" e, parimenti, non è un reato permanente perché non è possibile individuare nel singolo atto un momento consumativo. E allora, di fronte a una situazione di fatto come quella descritta nell'art. 612–*bis* c.p., si spiega e trova completa giustificazione la corrispondente frazionabilità degli interventi (penale e amministrativo) e anche la diversa incisività degli stessi, perché se è vero che i singoli fatti non rilevano come singoli reati in un reato che nasce continuato nella descrittività di fattispecie, è vero anche che i singoli fatti rappresentano elementi costitutivi necessari di questo reato. Nell'ottica di questo lavoro parliamo piuttosto di un intervento che anticipa o che perlomeno interrompe e dunque sembrerebbe porsi in contrasto con la struttura del reato continuato guardato sotto il profilo punitivo. Conclusivamente, bloccare l'"evoluzione" del reato nel momento in cui un elemento costitutivo, come sopra specificato, è già posto in essere, risulta doppiamente vantaggioso sia dal punto di vista della prevenzione speciale sia dal punto di vista della prevenzione generale. Questi, pertanto, sono i primi passi di un diritto penale diverso dagli schemi tradizionali che, innestando un profilo sanzionatorio civilistico, un profilo funzionale amministrativo, un'ipotesi risarcitoria di tipo sanzionatorio civile o comunque delle misure cautelari di tipo civile, non necessariamente di tipo penale, trova la sua situazione elettiva nei reati per i quali possa essere descrittivamente ipotizzato il divenire criminoso.

31. Con riferimento ad altri contesti e ai rapporti con altre figure l'accostamento immediato è con il *mobbing* che attualmente non costituisce reato, potendo dar luogo solo al risarcimento in sede civile; tuttavia per la punizione del *mobbing* potrebbe in astratto ipotizzarsi la configurabilità del c.d. *Stalking occupazionale* sebbene, in tal caso, potrebbe essere alto il rischio di contravvenire al divieto di analogia vigente in materia penale.

32. In tema di rapporti tra il delitto di maltrattamenti in famiglia e quello di atti persecutori, interessante è il profilo della cessazione del vincolo familiare in caso di separazione legale (oltre che di fatto) « *al venir meno degli obblighi di convivenza e fedeltà non corrisponde il venir meno anche dei doveri di reciproco rispetto e di assistenza morale e materiale tra i coniugi* ». In tal senso Cass., sez. VI, 24 novembre 2011, A.F., in *www.dirittoegiustizia.it* e successivamente v. pure Cass., sez. V, 6 marzo 2013, R.A., *ivi*.

sistematica che strettamente tecnica[33]).

In effetti, l'accostamento tra il reato di maltrattamenti e quello di atti persecutori consente di affermare che quest'ultimo, più del primo, sembra essere costruito guardando dalla parte della vittima. Per i maltrattamenti, la dottrina parla di riduzione della vittima in uno stato di sudditanza morale, ma di questa conclusione non c'è traccia esplicita nella descrizione legislativa della fattispecie, che si ferma all'uso c.d. pregnante del termine maltratta. Invece, il reato di atti persecutori presenta un evento che consiste proprio nello stato di ansia o di paura della vittima o, ancora, di fondato timore per l'incolumità, propria o di un prossimo congiunto o di persona con la quale la vittima ha una relazione affettiva. Ma allora, è del tutto esagerato affermare che l'evento possa o meno sussistere e, quindi, il reato configurarsi o non configurarsi in funzione o a seconda del grado di sensibilità della vittima? La questione deve essere risolta con molta attenzione, perché se è vero che l'evento sopra indicato appartiene al nucleo descrittivo della fattispecie legale, è vero anche che la situazione descritta è un fatto psichico, del quale è difficile predicare l'intensità. Quando il timore è fondato? Quando l'apprensione diventa ansia? Quando la preoccupazione diventa paura? Eppure, se si accetta l'ipotesi che gli atti persecutori siano un reato descritto dalla parte della vittima e costruito sulla vittima, è proprio questo che bisogna fare. Dunque, poiché la sensibilità di una vittima è diversa dall'altra non perciò si deve proporre un paradigma generico, quello della vittima media, per rispettare il canone della determinatezza insidiato dalla variabile sensibilità individuale; è necessario invece accertare nella concretezza dell'evento la corrispondenza del fatto alla descrizione legale in modo da garantire la tutela anche dei soggetti più deboli che sono psichicamente più vulnerabili[34].

Mi sembra che questo percorso interpretativo, sia, più che necessario, obbligato, dal momento che la fattispecie di atti persecutori è corredata da un complesso di disposizioni tutte mirate al sostegno della vittima: le misure cautelari del divieto di avvicinamento alla vittima; dell'allontanamento del coniuge dal nucleo familiare; il procedimento di ammonimento da parte del

33. Dal punto di vista sistematico e nell'ottica del bene giuridico tutelato basti rammentare il carattere "residuale" dell'art. 586 c.p. nel panorama dei "delitti di omicidio"; dal punto di vista tecnico, a tacer d'altro, l'abitualità della condotta nel reato di maltrattamenti in famiglia rappresenta il discrimine rispetto alle fattispecie con evento "circostanziato" morte sia esso "preterintenzionale" o aberrante.

34. In relazione agli atti ritenuti persecutori con effetto comunque destabilizzante dell'equilibrio psicologico della vittima, la recente giurisprudenza sostiene che « *tale effetto deve avere indubbiamente una qualche consistenza, come suggerisce il ricorso da parte del legislatore agli aggettivi "grave" e "perdurante" per qualificare gli elementi selezionati per caratterizzare l'evento in questione, ma ciò non significa che necessariamente ansia o paura debbano corrispondere ad un preciso stato patologico, nel senso proprio del termine. Sotto il profilo probatorio tutto ciò significa che l'effetto destabilizzante deve risultare in qualche modo oggettivamente rilevabile e non rimanere confinato nella mera percezione soggettiva della vittima del reato* [. . .] » (Cass., sez. V, 9 maggio 2012, G., in *www.dejure.giuffre.it*).

questore in via amministrativa; i nuclei di polizia che possono intervenire a seguito della segnalazione di un disagio, anche attraverso un numero verde *ad hoc*.

Al riguardo non può non sottolinearsi il fatto che non è molto frequente che in una normativa di carattere penalistico vengano introdotte delle indicazioni di carattere amministrativo[35], in quanto normalmente avviene il contrario e cioè la norma penale è solitamente utilizzata come "norma di chiusura" di discipline amministrative. Tuttavia, in questo particolare contesto illecito la compiutezza della tutela che il legislatore intendeva offrire ha fatto sì che si prevedessero congiuntamente precetti di tipo amministrativo e di tipo penale. La stessa indicazione relativa alla scelta processuale della procedibilità a querela o meno si innesta sulla valenza prevalente dell'aspetto amministrativo o dell'aspetto penale. Ciò dimostra — ed è quello che preme mettere in luce — che in una forma di intervento penale integrato le varie opzioni devono essere viste in modo sincretistico e che effettivamente danno buoni risultati: in materia di *stalking* al momento l'esito è positivo; o per lo meno la risposta non produce effetti solo sul campo della repressione perché l'articolazione per gradi di intervento fa sì che molti casi possano essere bloccati *in itinere* in quanto il controllo della polizia amministrativa può accertare la commissione di un reato ma può essere soprattutto utile in funzione dissuasiva e con effetti preventivo–anticipativi[36]. In questo modo ci si allontana dal criterio dell'*extrema ratio*, perché l'autorità amministrativa

35. Si tratta del provvedimento di ammonimento disciplinato dall'art. 8 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, convertito nella l. 23 aprile 2009, n. 38. Esso ha specifiche finalità dissuasive e muove dalla necessità di invitare a desistere da qualsiasi condotta vessatoria, anche sotto forma di minaccia e molestia, chiunque tenga un comportamento non conforme a legge e che sia idoneo a determinare un giudizio di pericolosità sociale del soggetto, ciò indipendentemente dalla sussistenza di prove compiute sulla commissione di reati e dalla esistenza di pendenze penali a carico dell'interessato, essendo infatti sufficiente fare riferimento ad elementi dai quali è possibile desumere un comportamento persecutorio o gravemente minaccioso che, nel contesto delle relazioni affettive e sentimentali, possa degenerare e preludere a veri e propri comportamenti delinquenziali: in termini T.A.R. Piemonte, I, 2 marzo 2012, n. 290, in *www.lexitalia.it*.

36. In tema di ammonimento sull'applicabilità della legge n. 241 del 1990, in particolare sulla illegittimità della assenza della previa comunicazione all'interessato dell'avvio del procedimento nonché dell'audizione dello stesso: Tar Calabria–Catanzaro, sez. I, 21 maggio 2013, n. 613, in *www.lexitalia.it*; *contra* Tar Lombardia–Brescia, sez. II, 8 maggio 2013, n. 444, *ivi*, nel senso che « *nei procedimenti amministrativi riguardanti gli ammonimenti* ex *art. 8 del d.l. 11 del 2009 la comunicazione di avvio può essere omessa qualora l'autorità di pubblica sicurezza ravvisi motivi di urgenza. Questa condizione può essere considerata normale, vista la natura degli interessi coinvolti e il rischio che il rispetto delle garanzie procedimentali possa prolungare lo stato di sofferenza della vittima degli atti persecutori. Poiché l'ammonimento ha natura intrinsecamente cautelare, per adottare il relativo decreto è sufficiente che l'evidenza a disposizione dell'autorità di pubblica sicurezza sia tale da rendere plausibile la tesi della sussistenza e dell'insostenibilità della situazione descritta dalla vittima. Per il resto soccorre il principio della sanatoria processuale di cui all'art. 21–*octies *co. 2 della legge 7 agosto 1990 n. 241* ». Dal punto di vista del regime della prova, prosegue il Tribunale (§ 7, *sub* c), la fattispecie amministrativa e quella penale pur riguardando i medesimi comportamenti comportano un diverso onere probatorio: « *per l'ammonimento sono sufficienti indizi coerenti, essendovi una finalità cautelare* ».

interviene prima che il reato venga commesso. Così si evita il "peggio" e non si interviene troppo tardi: la tutela del bene protetto, famiglia o persona che sia, è assicurata da una pluralità di strumenti che si pongono un fine convergente: la pena è "uno" dei mezzi, ma altri possono essere utilizzati sempre che siano rispettosi della legalità e del criterio di proporzione, in modo da evitare eccessi autoritari. La precedente conclusione parziale può essere così integrata: anche le misure preventive possono essere utilizzate perché in un diritto penale dalla parte della vittima sono paganti in misura maggiore rispetto a quelle repressive. La prospettiva è utilitaristica, ma non perde di vista la causa etica: evitare un crimine.

6. Preliminarmente, occorre dar conto dell'orientamento metodologico qui accolto relativamente ai rapporti tra imputabilità e colpevolezza. Riducendo al minimo la tematica, ma anche concretizzandola, usando il concetto normativo di colpevolezza si afferma che la colpevolezza è un rimprovero che si può muovere solo alla persona imputabile; se ne deduce che il minore non imputabile non delinque ovvero che non commette reato. La suddetta conclusione, tradotta in termini naturalistici è non solo bizzarra, ma assurda. In concreto il minore delinque allo stesso modo dell'adulto, sia con dolo che con colpa, perché il minore commette (deve commettere) il reato (perché reato sia) con il dolo o con la colpa richiesta dalla fattispecie. Già nel Deuteronomio, ovviamente ricorrendo alla casistica[37], è specificata la differenza esistente fra omicidio volontario e omicidio colposo, con il noto esempio per cui è diversa la responsabilità di chi, andando a far legna con la scure insegue e colpisce il compagno e di chi nell'atto di colpire il tronco vede sfuggire dal manico il ferro che va a colpire il compagno. L'esempio descrive due fatti profondamente diversi e dimostra che, anche qualora il soggetto attivo sia minore non imputabile, si può ugualmente constatare se questi abbia agito volontariamente o meno.

Incidentalmente, deve considerarsi anche che il momento d'inizio dell'imputabilità, in Italia fissato a quattordici anni, non ha un parametro scientifico; tanto è vero che nella realtà europea l'inizio è ampiamente differenziato: ad esempio otto anni in Scozia, dieci anni in Inghilterra, tredici anni in Francia, sedici in Portogallo e diciotto anni in Spagna; l'assenza di un parametro scientifico produce un quadro di riferimento variabile[38]. Comunque, quale che sia il momento d'inizio dell'imputabilità, il problema non si risolve, perché il disagio sociale resta. A ciò si aggiunge il disagio carcerario, il quale aumenta se ci si riduce a trasformare, abbassando l'inizio dell'imputabilità, i "minori violenti" in "delinquenti minorili" e optando per la emarginazione reclusoria.

37. Deuteronomio, 19, 5, 6.

38. Gulotta, *Il minore e la sua capacità di discernimento*, in *Minori in giudizio. La Convenzione di Strasburgo*, cit., 113.

A questo proposito si deve osservare che sono già state sperimentate tre forme di intervento: la prima, successiva all'introduzione del Tribunale minorile, nel 1934, optava per il modello penale repressivo, ma con connotazione paternalistica, della quale era espressione sintomatica l'istituto del perdono giudiziale. La seconda è caratterizzata dalla finalità rieducativa e risocializzante del minore; essa è cronologicamente successiva all'entrata in vigore della Costituzione e, dopo la l. 25 luglio 1956, n. 888 (« *Modificazioni al regio decreto legge 20 luglio 1934, n. 1404, conv. in legge 27 maggio 1935, n. 835, sull'istituzione e funzionamento del Tribunale per i minorenni* »), affida all'assistenza sociale minorile e agli istituti medico–psico–pedagogici il compito di recupero del minore disadattato. In tal modo l'intervento amministrativo tende a surrogare il momento repressivo–penale. La terza, successiva alla crisi ideologica del '68, denuncia la violenza della rieducazione riducendola al forzato adattamento del minore irregolare, che nel procedimento rieducativo verrebbe massificato e quindi depersonalizzato; la critica anti–istituzionale ha portato così alle riforme del diritto di famiglia e dell'ordinamento penitenziario, entrambe del 1975: assistenza e trattamento tendono ad oscurare il profilo rieducativo connesso al momento punitivo[39].

In seguito alla sperimentazione di questi modelli, nessuno dei quali si è rivelato decisivo per risolvere il problema della devianza del minore, si è più di recente assistito ad un ritorno al passato, cioè alla pretesa punitiva, che suggestivamente è stato definito neo–classico. Questa impostazione assume che la non–imputabilità derivante dall'immaturità non ha un fondamento scientifico: *ergo* trattare da immaturo il minore che delinque significa deresponsabilizzarlo e con lui deresponsabilizzare tutte le parti in gioco, giustizia minorile e famiglia in primo luogo: occorre, di conseguenza, affermare la responsabilità del minore e punirlo per il reato commesso perché esso è un fatto, comunque, da contrastare[40]. Il tutto, ben inteso, con la particolare dovuta accortezza da applicarsi in sede esecutiva.

In effetti, in una più ampia cornice europea, piuttosto che allo *Jugend–Strafrecht* tedesco, diffusamente indicato come modello avanzato dell'impostazione tradizionale, magari corredato con l'ausilio delle Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile elaborate dall'ONU nel 1985, sarebbe il caso di guardare con più attenzione al modello inglese. Esso è stato costruito nel segno dello *slogan*: *no more excuse.* In Inghilterra l'intervento

39. La stessa misura di sicurezza del riformatorio giudiziario (art. 223 c.p.) è stata trasformata, in ossequio alle particolari esigenze psicologiche e rieducative del minore, nel c.d. "collocamento in comunità", ai sensi degli artt. 36, co. 2, e 22 d.P.R. n. 448 del 1988. La misura pur essendo rimasta formalmente invariata è stata modificata per ciò che attiene le forme e i modi di esecuzione: v. F. Ramacci, *Corso di Diritto penale,* cit., 551.

40. In Italia questa teoria trova un esponente in De Leo (a cura di), *Azione deviante, responsabilità e norma: proposta per un nuovo schema concettuale,* Milano, 1982, 12; v. però anche le puntualizzazioni critiche di Pavarini, *Sorvegliare punire correggere,* cit., 146.

è, prima di tutto di controllo e vigilanza estesa anche ai genitori, i quali, se riconosciuti carenti nei loro compiti non possono fruire di benefici sociali altrimenti godibili. L'anticipazione della soglia di controllo ispirata al paradigma amministrativo–preventivo, permette, a tacer d'altro, di adottare una serie di provvedimenti che non potrebbero essere adottati in sede penale, vista l'avversione a riconoscere una responsabilità per fatto altrui. Il modello amministrativo di vigilanza e controllo impegna anche i genitori, i quali soltanto a condizione dell'educazione/correzione dei propri figli possono "meritare" di accedere ai privilegi del *Welfare*.

Nel suesposto modello inglese anche un altro dato è da tener presente: quello della valutazione della pericolosità del minore. La valutazione è fatta al momento della pronuncia della condanna, che è quantificata, ma produce effetti a tempo indeterminato; ciò significa che l'esecuzione della sentenza:

a) può iniziare nel momento in cui il minore è ristretto in una struttura deputata per accogliere esclusivamente il tipo di minore contro il quale è emessa;
b) può proseguire nella struttura per giovani adulti, se il condannato continua ad essere pericoloso;
c) prosegue ancora nella struttura dei delinquenti comuni, se l'ormai adulto è ancora pericoloso.

Dunque, la condanna a tempo indeterminato, poiché è condizionata dalla persistenza della pericolosità, si atteggia come una misura amministrativa di sicurezza. Ad ogni buon conto essa è anche munita di una "valvola di contenimento", grazie alla quale il minore che dimostra sicuro ravvedimento può scampare alla restante condanna, anche se questa era nel minimo determinato superiore. Questa elasticità nei confronti di una « *personalità in via di sviluppo* » è apprezzabile, perché nulla vieta che il minore, correttamente indirizzato per mezzo dell'attività di sostegno, possa dimostrare in breve tempo di essere stato recuperato alla socialità e di aver superato il precedente disadattamento.

Un'altra conclusione parziale può, a questo punto, essere tratta. La constatazione che la rieducazione del reo per mezzo della pena non è produttiva in generale e non lo è neppure nei confronti dei minori delinquenti ha ispirato la sperimentazione di altri strumenti, in particolare quello del ricorso a misure preventivo–amministrative di controllo, vigilanza e sostegno, le quali spesso hanno potuto fruire del contributo di istituzioni private e di associazioni di volontariato. Tuttavia, l'opzione penale–punitiva non può essere eliminata, sia per le ragioni esposte da ultimo, sia perché la delinquenza minorile di fatto è in aumento. Meglio, allora, adottare una risposta articolata nelle forme di prevenzione, perdono, controllo, punizione, ma anche flessibile e reversibile in caso di insuccesso. In un ipotetico sistema

sanzionatorio comune, e minorile in particolare, da ridisegnare *ex novo*, alla pena in senso proprio deve essere restituito il ruolo originario di *ultima ratio*. Se, di fatto, i minori delinquono, anch'essi, di diritto, devono essere puniti, come chiunque. Tuttavia, sono state esposte le ragioni che giustificano nei confronti dei delinquenti minorili un trattamento indulgenziale e con esso il ricorso ad altri strumenti diversi dal circuito giudiziario e dalla pena. In una prospettiva più ampia, famiglia e minori devianti costituiscono uno spaccato della società altamente significativo, sicché è lecito aver cercato di tratteggiare, su di essi, i lineamenti di un futuribile diritto penale « *dalla parte della vittima* ».

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/97888548581907
pag. 443–458

Gli « Enti esponenziali di interessi lesi dal reato »: figli legittimi del 'nuovo' codice, ma ancora eredi del 'vecchio' *status* di parti civili

Una delle (tante) questioni irrisolte

Daniela Chinnici

1. Con il codice del 1988 fanno ingresso nel processo penale gli "enti esponenziali di interessi lesi dal reato": soggetto inedito quanto a configurazione codicistica, ma non altrettanto quanto alla possibilità — nella prassi applicativa — di partecipare all'*iter* processuale, già largamente sperimentata per alcuni enti collettivi, tramite la legittimazione come parte civile[1].

In breve, il codice repubblicano ha riconosciuto come soggetti gli enti portatori di interessi metaindividuali, con la possibilità di partecipare al processo con i diritti e le facoltà spettanti all'offeso, di cui devono ricevere il consenso[2].

Come noto, tali organismi sono rappresentativi di interessi diffusi — ossia senza un titolare (adespoti) — ovvero collettivi, che riguardano, quindi, un insieme di persone purché associatesi in un'organizzazione stabile, senza scopo di lucro, con regole interne e riconoscimento legale *ante delictum*.

1. Nella vigenza del c.p.p. 1930 la parte civile esauriva le forme di legittimazione attraverso cui istanze antagonistiche rispetto a quelle della difesa dell'imputato potevano avere ingresso nel processo penale, al di fuori della cerchia istituzionale entro cui operava l'ufficio del pubblico ministero: il rilievo è di Grosso, *Enti esponenziali ed esercizio dell'azione civile nel processo penale*, in *Giust. pen.*, 1987, III, 3.

2. La bibliografia sugli enti esponenziali di interessi lesi dal reato è oramai assai vasta, visti i non pochi nodi problematici via via intrecciatisi: v., almeno, Bargis, *Il ruolo degli enti rappresentativi*, in *La vittima questa dimenticata*, Roma, 2001, 67 s.; Barone, *Enti collettivi e processo penale*, Milano, 1989, *passim;* Di Chiara, *Interessi collettivi e diffusi e tecniche di tutela nell'orizzonte del codice del 1988. Salute in fabbrica ed entità "esponenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 426 s.; Giarda, *L'accusa privata: offeso dal reato ed enti collettivi nelle indagini e nel giudizio*, in *Dif. pen.*, 1989, n. 25, 21; v. Gualtieri, *La tutela di interessi lesi dal reato tra intervento e costituzione di parte civile*, 107 s.; Quaglierini, *Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato*, Milano, 2003, 199 s.; Rivello, *Riflessioni sul ruolo ricoperto in ambito processuale dalla persona offesa dal reato e dagli enti esponenziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 637. Per un panorama completo e aggiornato quanto alla casistica della giurisprudenza, v. da ultimo e per tutti, Bronzo, Sub *art. 91*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Nuova edizione, vol. I, t. secondo, Libro I. Artt. 50, 108, Milano, 2012, 1424, 1425.

La genesi della 'nuova' configurazione processuale di tali soggetti è da ricondurre alla esigenza di consentire riconoscimento formale nel processo a diversificate e spesso assai serie istanze collettive, in genere di natura sociale, ambientale e sanitaria, prima non catalizzate in organismi appositamente istituiti o a monte trascurate, portate avanti da enti formatisi *ad hoc,* senza tuttavia — grazie a tale strumento — continuare ad 'affollare' il processo penale di parti civili di creazione politica[3], come era avvenuto sino ad allora, per di più evitando squilibri tra le posizioni soggettive delle parti e aggravi in termini di attività giudiziali[4].

E così, con la disciplina di cui agli artt. 91, 95 c.p.p., il legislatore trasla dal piano fattuale a quello formale il riconoscimento processuale di interessi superindividuali[5], sempre più pressanti, che da 'criptoaccuse private[6]' assurgono a interessi tutelabili in quanto lesi dal reato, sempre che riconducibili a centri di imputazione riconosciuti per legge.

Invero, la figura in questione sembra avere ridimensionato il ruolo processuale degli organismi rappresentativi di interessi metaindividuali, già di fatto attori nella scena del processo, atteso che, almeno *littera legis*, essi possono adoperarsi solo in funzione di stimolo e controllo dell'accusa pubblica, senza più varcare l'ampio ingresso riservato alla parte civile[7].

2. Brevemente. Quanto ai requisiti per partecipare al processo penale, gli enti hanno i diritti e le facoltà riconosciuti all'offeso, di cui devono ricevere il consenso[8]; la partecipazione è da intendersi immanente in ogni stato e

3. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2008, 158.

4. Proprio al fine di evitare di alterare l'equilibrio tra le parti si è suggerito di consentire l'ingresso nel processo a enti rappresentativi di interessi di rilevanza costituzionale.

5. Si tratta in genere di interessi superindividuali, riferentisi alla tutela del territorio, dell'ambiente, della genuinità e integrità degli alimenti, della salubrità e sicurezza dei luoghi di lavoro, dei diritti dei malati, della protezione degli animali, con una espansione nel tempo a sempre più diversificate tipologie di interessi.

6. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 1998, 205.

7. Sottolinea Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2001, 147, 148, come sia stata adottata una soluzione intermedia tra la concezione dello stato individualista e quella collettivista, in quanto il legislatore, pure avendo di mira in via principale la tutela di interessi individuali, ha ammesso la possibilità di fare intervenire enti rappresentativi di interessi lesi dal reato a condizione tuttavia della sussistenza di specifici requisiti. Come rileva Quaglierini, Le parti private diverse dall'imputato e l'offeso dal reato, cit., 203, nel periodo successivo all'entrata in vigore del codice « *l'opera del legislatore non è stata, però, coerente con tale scelta* », in quanto « *soltanto con riferimento ai reati di abuso di informazioni privilegiate e aggiotaggio su strumenti finanziari sono stati riconosciuti* » a un ente — la CONSOB — i diritti e le facoltà previsti per gli enti e le associazioni rappresentativi di interessi lesi dal reato. Per tutti gli altri organismi si è perpetuato il vecchio *modus operandi* della giurisprudenza, solo che legittimazione alla costituzione di parte civile a singoli enti è stata operata di volta in volta *ex lege* .

8. Il consenso, che può essere revocato in qualsiasi momento, può essere prestato solo a un ente; se prestato a più enti è inefficace per tutti e, inoltre, se revocato, ai sensi dell'art. 92, co. 3, c.p.p., non può più essere prestato né al medesimo ente né ad altro: ciò, come rileva Nosengo, Sub *art. 92*, in *Comm. nuovo c.p.p.*, Chiavario, vol. I, Torino, 1989, 434, al fine di impedire qualunque contrattazione

grado del giudizio[9], attesa l'eliminazione dell'inciso "merito", presente nel testo del progetto preliminare. Ènecessario che l'ente persegua fini di tutela di interessi lesi dal reato riconosciuti in forza di legge: il che è facilmente comprensibile, essendosi voluto evitare l'ingresso a organismi dall'incerta fisionomia, la cui legittimazione a tutelare determinate situazioni è rintracciabile solo nell'articolato del proprio statuto interno o, al più, in provvedimenti amministrativi. Peraltro, a ulteriore garanzia della affidabilità oggettiva[10] dell'ente, il legislatore ha previsto che il riconoscimento normativo delle finalità di tutela degli interessi debba essere anteriore al fatto di reato. La garanzia di un controllo legale, tuttavia, non implica la restrizione ai soli enti dotati di personalità giuridica[11], atteso che, ai sensi dell'art. 91 c.p.p., è richiesto che la legge riconosca finalità di tutela degli interessi lesi dal reato all'ente o all'associazione senza fare cenno all'ulteriore requisito della personalità giuridica. Per riconoscimento in forza di legge deve ritenersi anche quello derivante da regolamenti o atti amministrativi, purché emanati in esecuzione di una legge statale[12], restando inteso il conferimento al giudice di un potere di controllo sulla legittimità del riconoscimento ottenuto tramite provvedimento amministrativo, che, del resto, in concreto, appare lo strumento più idoneo alla verifica delle condizioni possedute dall'organismo[13]. Ovviamente deve esserci coincidenza tra l'interesse tutelato dalla norma penale incriminatrice che si assume violato e l'interesse perseguito istituzionalmente[14]. Sempre al fine di assicurare la necessaria "affidabilità oggettiva" dell'ente, figura come condizione che l'organismo non debba perseguire scopo di lucro, con ciò recidendo qualunque possibile finalità obliqua sottesa all'ingresso nella vicenda processuale[15], anzi « *allontanando*

tra offeso ed enti esponenziali. Critico su tale preclusione si mostra Rivello, Riflessioni sul ruolo ricoperto in ambito processuale dalla persona offesa dal reato e dagli enti esponenziali, cit., 637. Sulle eccezioni al consenso da parte dell'offeso v. Dean, *Legittima la costituzione di parte civile di un'associazione ambientalistica in mancanza del consenso della persona offes*a, in *Giur. it.*, 1997, 147; Quaglierini, cit., 207, 208.

9. L'immanenza sino al giudizio di cassazione si desume dalla soppressione dell'inciso "merito" che figurava nel Progetto preliminare in riferimento ai gradi cui era ammessa la partecipazione degli enti: Ciani, Sub *art. 91*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Lattanzi, Lupo, *I soggetti (artt. 1,108)*, t. I, nuova edizione, Milano, 2003.

10. Amodio, Sub *artt. 91–92*, in *Comm. nuovo c.p.p.*, diretto da E. Amodio, O. Dominioni, I, artt. 1, 108, Milano, 1989, 557.

11. Di Chiara, Interessi collettivi e diffusi e tecniche di tutela nell'orizzonte del codice del 1988. Salute in fabbrica ed entità "esponenziali, cit., 438 ss.; *contra* Chiliberti, *Azione civile e nuovo processo penale*, Milano, 2006, 132.

12. Tra gli altri, in tal senso, v. Nosengo, Sub *art. 91*, cit., 426.

13. Di Chiara, Interessi collettivi e diffusi, cit., 438. Per Amodio, Sub artt. 91–92, cit., 556, non essendo specificato che debba trattarsi di legge statale, può ritenersi che il riconoscimento all'ente sia conferito in forza di una legge regionale.

14. Quaglierini, *Le parti private*, cit., 203.

15. Chiliberti, *Azione civile e nuovo processo penale*, cit., 75.

anche il minimo sospetto di una strumentalizzazione della prestazione del consenso della persona offesa per manovre non trasparenti tanto da parte di chi presta il consenso tanto da parte di chi lo richiede[16] ».

Con il nuovo codice, quindi, gli enti lasciano le delineate traiettorie conquistate nella prassi applicativa per assurgere a simboli, per così dire 'ufficiali', di rivendicazioni sociali o collettive, svolgendo una funzione di accusa privata sussidiaria di quella del pubblico ministero, con cui interloquiscono[17].

Quanto alla fase del giudizio, possono di fatto ormai solo assistere e non più partecipare al dialogo con le parti e il giudice, sebbene — a differenza della persona offesa che ne è priva[18] — con limitati poteri dibattimentali, potendo chiedere al presidente o al giudice monocratico di rivolgere domande a testimoni, periti, consulenti tecnici e parti private, come anche l'ammissione di nuovi mezzi di prova, di cui all'art. 506 c.p.p., e la lettura o indicazione di atti di cui all'art. 511, co. 6, c.p.p.[19], con la necessaria assistenza del difensore. Né parti, allora, ma nemmeno solo stimolatori dell'accusa, al pari dell'offeso dal reato, alla luce della loro voce (meglio, *flatus vocis,* non essendo ammessi a partecipare agli esami diretti)[20] prevista nel 'luogo della parola', il dibattimento.

3. L'ente collettivo: *"pendant* metaindividuale delle persone offese"[21], si è detto; non parte processuale.

L'itinerario tracciato dalla giurisprudenza (di merito) per spianare agli interessi collettivi la strada di accesso alla tutela penale, in estrema sintesi, può scindersi in due tappe. Da un lato, i giudici hanno rimosso il tradizionale presupposto del "danno diretto e immediato", affermando che condizione necessaria e sufficiente per integrare l'ipotesi di un danno patrimoniale o non patrimoniale, cagionato dal reato, ai sensi dell'art. 185 c.p., cui ricondurre la costituzione di parte civile, è la sussistenza di un nesso eziologico tra il fatto costituente il reato e il pregiudizio verificatosi nella sfera giuridica del soggetto che aspira a entrare nel processo penale. Dall'altro, hanno ritenuto che l'interesse collettivo si incorporasse nello scopo dell'ente esponenziale,

16. *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Gazz. Uff.*, 24 ottobre 1988, serie generale, n. 250, suppl. ord. n. 2., 42.

17. Riguardo a tale funzione, critico è il giudizio di Giarda, *Riforma della procedura penale e riforme del processo penale*, in Praxis criminalis. *Cronache di anni inquieti*, Milano, 1994, 85, secondo cui il rischio della normativa è quello di ammettere « *l'intrusione di elementi spurii dell'accertamento penale* », consentendo così che l'imputato si trovi « *esposto ad una serie indeterminata di interventi accusatori che, a ben vedere, contrastano con il principio costituzionale della parità delle armi secondo lo schema collaudato in forza della previsione dell'art. 3 Cost* ».

18. Quaglierini, *Le parti private*, cit., 167.

19. Chiliberti, *Gli enti e le associazioni degli interessi lesi dal reato*, in *Riv. pen.*, 1990, 804.

20. Gli enti sono pure esclusi dal potere di impugnare.

21. Così efficacemente Chiavario, *Giudice parti ed altri personaggi sulla scena del nuovo processo penale*, in *Comm. nuovo c.p.p.* a cura di Chiavario, Torino, 1989, I, 36.

così configurando, in caso di lesione dell'interesse medesimo, gli estremi del danno aquiliano risarcibile. Insomma, per la costituzione di parte civile si è enucleato il concetto di lesione di un interesse collettivo "statutario": quindi imputabile a uno specifico soggetto di diritto, talché il fatto criminoso non incide più su un interesse metaindividuale "senza struttura" o adespota — quale è l'interesse diffuso — ma lede un "diritto della personalità" dell'ente esponenziale, si dà integrare a vantaggio dello stesso "il presupposto dall'*actio aquiliana*"[22]. E così le frontiere del danno risarcibile si sono spalancate alle pressanti esigenze di partecipazione nel processo penale delle formazioni sociali, cooperandovi fattivamente i numerosi interventi normativi speciali, che hanno attribuito legittimazione all'esercizio dell'azione civile a enti e associazioni svariate. Da qui il proliferare di parti civili per così dire 'apparenti', attesa l'assenza dei presupposti per la costituzione di cui agli artt. 74 ss. c.p.p.

Tuttavia, il cambio di prospettiva degli organismi metaindividuali, come nuovo soggetto e non più quale parte civile, non sembra avere superato la 'prova di resistenza' nella prassi applicativa[23]. Si è assistito, infatti, alla immediata parabola discendente della figura appena affacciatasi nel panorama dei soggetti nel processo del 1989, con una vera e propria estenuazione — *tamquam non esset* — visto il consolidamento degli sperimentati assesti della partecipazione processuale degli enti quali parte civile, sia per via normativa, col riconoscimento tramite leggi specifiche del ruolo *de quo* a molti organismi collettivi, sia per interpretazione estensiva della giurisprudenza ad organismi non oggetto di regolamentazione *ad hoc* in tal senso. Il risultato poteva, del resto, essere prevedibile, atteso che la 'recinzione' normativa degli enti entro il piano dei meri soggetti processuali avrebbe comportato, nella prassi, un arretramento degli spazi operativi e del corredo dei diritti e delle garanzie partecipative rispetto alla situazione di cui godevano *ante* c.p.p. 1988, grazie all'assimilazione alla parte civile ad opera del diritto vivente. È intuitivo che l'equiparazione allo *status* dell'offeso, di cui, peraltro, come detto, devono ricevere il consenso "costante"[24], fa scontare agli enti un'innegabile debolezza, dovendo cedere, non solo, le prerogative in termini di diritti partecipativi, ma anche il diritto al possibile risarcimento del danno, in cambio di un ruolo meramente *ad adiuvandum* dell'accusa, se non addirittura simbolico, di rivendicazione degli interessi di cui sono portatori,

22. Per tale ricostruzione v. Di Chiara, *Parte civile*, in *Dig. Pen.*, vol IX, Torino, 1995, 236.

23. Di Chiara, *Interessi collettivi e diffusi*, cit., p. 447, intuiva già, all'indomani del c.p.p. 1988, come qualora sarebbe risultato « *precluso l'accesso al procedimento per gli enti rappresentativi di interessi diffusi e per certi versi collettivi, tali entità non personificate* » avrebbero potuto, « *ancora una volta, ripiegare sulla più 'tradizionale' porta di accesso costituita dall'art. 74 c.p.p., ponendo nel nulla gli sforzi di limpidezza dei ruoli processuali che pure gran parte avevano avuto nella progettazione della riforma* ».

24. Sui nodi problematici del consenso, che deve essere "costante", v. Di Chiara, *Interessi collettivi e interessi diffusi*, cit., 442, 447.

per rafforzare l'efficacia dell'azione del pubblico ministero.

Come detto, sembra proprio la *deminutio* formale degli enti, quali soggetti equiparati alla persona offesa, la ragione per la quale la giurisprudenza ha continuato ad assecondare le pregresse modulazioni sperimentate in via di prassi, nel senso del riconoscimento ai gruppi metaindividuali della posizione di parte civile nel processo, sebbene non irrilevanti siano le oscillazioni in senso restrittivo, agganciate al diverso inquadramento come soggetti di cui all'art. 91 c.p.p.

Sarebbe allora opportuno cercare di verificare la possibilità di una 'uscita di sicurezza' dalla crisi d'identità e dalla amorfità in cui tali organismi si trovano, che in effetti l'inedita disciplina codicistica non ha saputo dissolvere, anzi ha amplificato. In caso contrario, occorrerà rinunciare a un assestamento sicuro nella prassi, accettando solo quello del contesto formale (meglio, codicistico), ove gli enti ricevono inquadramento definitivo[25] tra i soggetti con sostanziale equiparazione all'offeso, lasciati però in balia — ovviamente solo quanto agli organismi che non hanno ricevuto il riconoscimento normativo di parte civile — di un destino processuale volta per volta da scrivere, anzi, da fare scrivere alla giurisprudenza. Lo scotto è quello di dovere accettare epiloghi diversi, a seconda che i gruppi in questione ricevano in concreto l'*imprimatur* formale di enti, di cui all'art. 91 c.p.p. ovvero le più marcate sembianze di parte civile, tramite l'antica *fictio iuris*[26]. E le differenze, com'è intuitivo, non sono di poco momento soprattutto per gli esiti, visto, come si è detto, che, al di là dell'assai più ampia traiettoria della parte privata eventuale rispetto all'offeso, solo se ammessi come parte civile gli enti hanno la possibilità del diritto al risarcimento.

Quindi: mera 'adesione' alle iniziative e alle attività del titolare dell'azione penale o, al più, 'controllo' rispetto a eventuali ritenute inerzie o lacune del pubblico ministero ovvero partecipazione attiva al processo come danneggiati dal reato?

Tuttavia, prima, la domanda da porsi è un'altra: la *querelle* giurisprudenziale in relazione al ruolo dell'ente collettivo nel processo — offeso o parte civile — è conseguenza dell'essersi la giurisprudenza adagiata sui sentieri sperimentati *ante* nuovo codice (enti come parte civile) o ha radici in una ragione più a monte ossia nella intrinseca 'innaturalezza' della loro configurazione quali comprimari del processo penale, sia nella versione 'affievolita' di enti collettivi di interessi lesi dal reato, sia in quella più marcata di parte civile.

25. A conferma del nuovo assetto degli enti quali soggetti, l'art. 212 d.lgs. 28 luglio 1989, n. 271 (Norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale) statuisce che « *quando leggi o decreti consentono la costituzione di parte civile o l'intervento nel processo penale al di fuori delle ipotesi indicate nell'art. 74 del codice, è consentito solo l'intervento nei limiti e alle condizioni previsti dagli artt. 91, 92, 93 e 94 del codice* ».

26. In questi termini si esprime la Relazione al progetto preliminare, cit., 42.

A nostro parere è l'identità degli enti quali comprimari nel contesto dell'accertamento penale a essere esorbitante rispetto al fine del processo, visto che le istanze sottese agli organismi — tutte comunque di matrice sociale — non avrebbero di per sé giustificazione logico–sistematica per una collocazione nel contesto formale dell'accertamento penale, non trattandosi né di soggetti lesi dal reato né di danneggiati (tanto che nell'una come nell'altra opzione si parla di assimilazione all'offeso, di *fictio iuris* rispetto alla parte civile).

Sicuramente è innegabile che la previsione codicistica degli enti come soggetto processuale segna il varco ufficiale nel processo a esigenze di garantismo sociale, verso cui, in precedenza, era assente nel legislatore alcun grado di sensibilità, e che via via sono andate coagulandosi attorno ad organismi *ad hoc*, sempre più strutturati nel territorio e dotati di una minuziosa regolamentazione statutaria. Con l'andare del tempo, del resto, era naturale che la modifica delle compagini sociali, dei rapporti economici e dello sviluppo industriale e tecnologico, con i problemi inevitabilmente seguiti in termini di tutela dell'ambiente, della salute, dei lavoratori, dei soggetti deboli — anziani, malati, handicappati e via dicendo — avrebbe fatto aumentare in modo esponenziale i gruppi e corpi intermedi rappresentativi di interessi rilevanti, che, unitamente a quelli già riconosciuti dalla prassi, rivendicavano in modo dirompente la partecipazione nel processo penale. Ne è seguita, quasi *naturaliter*, l'attenzione della giurisprudenza, la quale evidentemente ha ritenuto di non potere lasciare inascoltate in sede processuale queste voci via via emerse, che chiedevano — alcune anche grazie a una sonora eco mediatica — di irrompere formalmente nel processo con un ruolo pregnante, mostrando peraltro una malcelata sfiducia della collettività verso l'azione della giustizia. Il timore, in sostanza, di inerzie o poca attenzione verso rilevanti questioni di interesse collettivo, atteso, del resto, che il pubblico ministero era abituato da sempre a rapportarsi con lesioni di beni o interessi individuali.

Se potrebbe, allora, apparire pregevole che il legislatore dell'88 abbia fatto chiarezza nei ruoli, distinguendo parti civili, persone offese ed enti collettivi, cui oramai veniva assicurata — tramite la previsione codicistica di cui all'art. 91 c.p.p. tra i soggetti — giustiziabilità certa[27], tuttavia il giudizio sull'operazione normativa *de qua* non può essere liquidato in poche battute.

Da un lato, infatti, si è legittimato con apposita disciplina il varco del processo penale a istanze sociali non fisiologicamente aderenti all'*humus* penale, essendo stati ammessi organismi non titolari del bene offeso dal reato, oggetto di accertamento né, men che mai, danneggiati dal reato in questione, a meno di ricorrere alla *fictio* argomentativa della lesione dell'interesse collettivo "statutario", cui si è accennato. Dall'altro, si è contraddetta

27. Di Chiara, *Parte civile*, cit., 236.

l'operazione di chiarezza e distinzione dei ruoli da parte dello stesso legislatore, che ha avallato l'operazione creativa della giurisprudenza, invece di confinarla sempre più entro spazi residuali della prassi applicativa, amplificando la legittimazione degli enti collettivi come parte civile, con non pochi interventi a smentita della figura degli enti esponenziali di interessi lesi dal reato, a prescindere dalla sussistenza della pretesa di un danno risarcibile.

Un passo avanti verso la limpidezza dei ruoli — la disciplina sugli enti di cui all'art. 91 c.p.p. — e tanti indietro, ancora sulla strada solcata dai giudici *ante* c.p.p. 1988, all'insegna dell'affollamento del processo con parti civili 'finte', in quanto tali solo per suggello legale e non per sottesi presupposti sostanziali.

La preoccupazione del legislatore — rintracciabile nella creazione del soggetto *de quo* — di evitare gli inconvenienti di sovraffollamento di parti e il rischio di strumentalizzazioni dell'istituto della costituzione di parte civile[28] è stata smentita subito dopo essere stata espressa. Come detto, ne è prova la lunga serie di interventi che hanno attribuito ruolo di parte civile a molti enti collettivi, a prescindere dall'esistenza di un effettivo danno risarcibile subito, senza peraltro che sia rintracciabile alcun 'filo rosso' che annodi logicamente le diverse situazioni. Basti pensare — ma l'elenco non è esaustivo[29] — alla Croce Rossa Italiana, secondo il nuovo statuto di cui all'art. 39 d.p.c.m. 7 marzo 1997, n. 110, nonché alle associazioni di promozione sociale, che hanno visto riconosciuto il diritto ad intervenire in giudizi civili e penali per il risarcimento dei danni derivanti dalla lesione di interessi collettivi concernenti finalità generali perseguite dalle associazioni (art. 27 l. 7 dicembre 2000, n. 383). Ancora, al d.lgs. 18 agosto 2000 n. 67 che, all'art. 9 co. 3, ha riconosciuto alle associazioni ambientaliste, aventi carattere nazionale o presenti in almeno cinque regioni individuate con apposito decreto ministeriale[30], la legittimazione ad esercitare le azioni civili risarcitorie conseguenti

28. Bronzo, Sub *art. 91*, cit., 1427.

29. Per un completa rassegna degli interventi normativi che hanno previsto la legittimazione come parte civile a organismi superindividuali v. Anceschi, *La costituzione di parte civile nel processo penale*, Torino, 2009, 97 s.

30. Si tratta delle associazioni ambientaliste di cui all'art. 13 l. n. 349 del 1986. In dottrina, come in giurisprudenza, il riconoscimento della *legitimatio ad causam* alle associazioni ambientalistiche in materia di danno ambientale registra ancora difformità di posizioni. Nella vigenza della l. n. 349 del 1986 vi erano due opinioni; l'una, che riconosceva alle associazioni la facoltà di intervento *ex* art. 91 c.p.p. come soggetti in funzione di accusa sussidiaria, mentre l'altra, che ammetteva la possibilità di costituirsi parte civile per reati ambientali *iure proprio* solo quando avessero subito un danno risarcibile dal reato secondo le regole ordinarie, riconoscendo nella generalità dei danni ambientali il diritto in via esclusiva allo Stato, alle Regioni e ai Comuni. Dopo il t.u. dell'ambiente (approvato con d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152) sembra che l'attribuzione dell'azione civile in sede penale spetti solo al Ministero dell'Ambiente. In giurisprudenza, dopo tale normativa sembra riconoscersi invece la legittimazione anche agli enti locali, con posizioni contrastanti quanto alle associazioni ambientaliste. Sulla tematica assai complessa vedi sinteticamente, da ultimo, per tutti, Bronzo, Sub *art. 74*, in *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, cit., 1290 s.

a danno ambientale spettanti al comune e alla provincia[31]. Non mancano interventi mossi dalla volontà di supportare l'azione penale del pubblico ministero in procedimenti per reati concernenti ambiti altamente tecnici: ci si riferisce alla l. 9 luglio 1990, n. 188, in tema di tutela della ceramica artistica e tradizionale e della ceramica italiana di qualità, che, all'art. 11, co. 5, ha consentito ai comitati di disciplinare, alle regioni, agli enti locali ed economici della zona o della provincia, ai consorzi o enti di tutela e alle associazioni di produttori ceramici di costituirsi parte civile nei processi aventi ad oggetto l'uso illegittimo dei marchi "ceramica di artistica e tradizionale" e "ceramica italiana di qualità". Stessa logica ispira la l. 5 febbraio 1992 n. 169 che, all'art. 19, legittima i consorzi di produttori di olio a costituirsi parte civile nei procedimenti per reati relativi alle materie da essa disciplinate. Altro intervento è il d.lgs. n. 58 del 1998 che ha previsto per alcuni reati la possibilità che la Consob si costituisca parte civile e richieda, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa. L'elenco può continuare con la l. 29 dicembre 1993 n. 580, in tema di "riordinamento delle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura", che ha attribuito a queste ultime la legittimazione a costituirsi parte civile nei giudizi relativi ai delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio. Ulteriori congegni normativi sono stati ispirati dalla volontà di rafforzare la tutela processuale di soggetti, per così dire, deboli: ci si riferisce, da un lato, alla l. 5 febbraio 1992 n. 104, per l'assistenza e l'integrazione sociale dei diritti delle persone handicappate, che ammette la costituzione di parte civile del difensore civico e dell'associazione alla quale la persona handicappata è iscritta, o un suo familiare, quando si proceda per i reati di atti osceni e di rapina nonché per delitti colposi contro la persona e per i reati di cui alla l. 20 febbraio 1958 n. 75, commessi nei confronti delle persone handicappate. Dall'altro, alla l. 7 marzo 1996 n. 108, in tema di usura, che legittima a costituirsi parte civile nei giudizi per reati di usura le fondazioni e le associazioni riconosciute per la prevenzione di tale fenomeno, iscritte nell'elenco *ad hoc* predisposto dal Ministro dell'economia (prima Ministero del tesoro). Sempre in questa logica sembra rientrare la prevista possibilità di costituzione di parte civile delle associazioni, individuate con decreto ministeriale, a tutela degli animali (art. 7, l. 20 luglio 2004, n. 159). L'elenco delle deroghe alla disciplina degli enti in qualità di soggetti di cui all'art. 91 c.p.p. non è da considerarsi esaustivo. Un fiume in piena il legislatore, che ha finito per travolgere il soggetto

31. Sul punto è da condividere la posizione di Quaglierini, *Le parti private*, cit., 67, 68, che ritiene si sia in presenza di una sostituzione processuale dell'ente ambientalista al comune e alla provincia che non si siano attivati, così chiarendo che « *le associazioni ambientaliste non sono legittimate iure proprio all'esercizio dell'azione civile per il risarcimento del danno ambientale, ma agiscono in nome proprio per la realizzazione di un diritto altrui* ». Di conseguenza il risarcimento viene liquidato in favore dell'ente territoriale mentre le spese processuali a carico o a favore dell'associazione.

processuale di sua creazione, riducendo la partecipazione nel processo di enti collettivi quali, soggetti ausiliari dell'accusa con le prerogative della persona offesa, a situazione residuale. Insomma, il nomoteta che rinnega se stesso, evidentemente ritenendo di non potere obliterare le forti pressioni sociali provenienti dall'associazionismo e dalle organizzazioni radicate nel territorio, che rivendicavano sempre più garanzie partecipative effettive nel processo, avendo del resto molti enti ormai indossato l'*habitus* di parte civile, con una copertura in termini di tutela e di diritti che la disciplina sugli enti esponenziali, di cui agli artt. 91 e ss., non può assicurare.

Tuttavia è innegabile come l'abito cucito addosso a molti organismi nella vigenza del pregresso sistema processuale, mossa dalla volontà di venire incontro alle urgenze sociali sempre più dirompenti, oltre a forzare il concetto stesso di danno privatistico, snaturava (e snatura) il senso della presenza nel processo di molti gruppi, sicuramente almeno di quelli portatori di meri interessi diffusi, privi di riconducibilità a centri di imputazione metaindividuali e quindi non convertibili in interessi collettivi: il risultato odierno è l'ingresso, in un certo senso *ad libitum*, nel processo di una serie di organizzazioni "nelle vesti di parti civili *sui generis* indossate anche a costo di trasfigurazioni non sempre convincenti del concetto di danno risarcibile"[32]. Una folla sempre più massiccia di istanti cui era — ed è — oggettivamente difficile riconoscere una legittimazione al risarcimento del danno, a meno che non la si accetti quale frutto di opzione politica: una *fictio iuris*.

4. La riflessione sulla legittimazione degli enti come soggetti processuali da accomunare alle persone offese o piuttosto da fare partecipare al procedimento in quanto parte civile pretende a monte un distinguo, a livello degli interessi tutelati dagli enti medesimi.

Come noto, si individuano due tipologie di interessi. Interessi diffusi[33] e interessi collettivi. È altrettanto noto come le categorie in questione non sono concettualmente sovrapponibili.

Da un lato, infatti, vi sono interessi riferibili a « *uno stato psico–sociale di tensione fra un bisogno e un bene ripetuto tendenzialmente all'infinito sì da riguardare vaste masse per definizione indifferenziate di soggetti* »[34]. Dall'altro vi è la possibilità di una *reductio ad unum* dell'interesse diffuso, coagulandosi in un organismo tale da fargli assumere una dimensione soggettiva idonea a rivendicare proprie forme di tutela[35]. Si verifica così il passaggio da pluralità di persone che non possono essere identificate, ma che dall'illecito possono

32. Tranchina, *I soggetti*, in Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, *Diritto processuale penale*, vol. I, Milano, 2011, cit., 204.

33. Sugli interessi diffusi, per tutti, v. Denti, *Interessi diffusi*, in *Noviss. Dig. it.*, App., IV, Torino, 1983, 307 s.

34. Nigro, *Le due facce dell'interesse diffuso*, in *Foro it*, 1987, V, 8.

35. Denti, cit., 307.

subire un'interferenza negativa, a una cerchia di soggetti aggregata in una formazione che gode del bene la cui tutela è scopo del loro statuto e dalla cui salvaguardia, quindi, l'ente e i suoi aderenti traggono vantaggio[36]. È allora proprio l'inidoneità dell'oggetto ad essere considerato entro la sfera esclusivamente individuale a rendere i relativi interessi non imputabili ai soggetti aderenti all'ente, essendo essi non individuabili singolarmente ma in quanto membri di una collettività[37].

Gli interessi collettivi, invece, sono riferibili a una moltitudine di persone costituitesi in gruppo organizzato al fine di perseguire gli scopi propri della categoria nella quale si riconoscono, tanto da appartenervi, con la suddetta tutela indicata come fine primario dell'ente per statuto interno e approvazione di legge. Si deve trattare di enti strutturati nel territorio nazionale o almeno in cinque regioni operanti in modo continuativo a tutela del bene leso dal reato oggetto di accertamento processuale, sicché la lesione del bene possa incidere in negativo sull'esistenza del gruppo e di riflesso sulle situazioni dei singoli aderenti.

Quindi, gli interessi diffusi non sono riconducibili a centri di imputazione metaindividuali: sono, allora, senza titolare, e pertanto è impossibile configurare un danno per l'inidoneità intrinseca della condotta penalmente rilevante a incidere su entità, per così dire, 'evanescenti'. Di contro, è configurabile un interesse alla partecipazione dei suddetti organismi come enti esponenziali di interessi lesi dal reato, atteso che la condotta in questione può avere provocato un turbamento al gruppo, organizzato proprio allo scopo di tutelare il bene leso; situazione pertanto assimilabile alla lesione del bene o interesse che subisce la persona offesa. Si è in presenza, quindi, di fatti criminosi che possono assumere assoluta rilevanza per il pregiudizio arrecato agli interessi di più soggetti, pure se il bene leso non può divenire oggetto di appropriazione individuale, essendone preclusa la riconducibilità ai singoli interessati alla tutela, in quanto costoro « *sembrano funzionare soltanto come antenne rilevatrici del bisogno stesso* »[38]. Insomma, « *una realtà a forte polarizzazione oggettiva, data appunto dalla rilevata frammentarietà [...] delle situazioni soggettive riferibili a una pluralità indistinta di soggetti...* »[39].

Diversamente, come detto, l'interesse collettivo è quello coagulatosi attorno a formazioni sociali: l'interesse di una categoria di persone, riconducibile all'associazione che se ne fa portatrice — la quale è dotata di un'organiz-

36. Secondo Trocker, *Gli interessi diffusi nell'opera della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 1115, pertanto, la distinzione non si rintraccia sul piano ontologico, ma sul tipo di aggregazione, sebbene, rilevi l'A., non sia sempre chiaro quali caratteri debba avere il gruppo né quali connotati il suo aspetto organizzativo affinché l'interesse, comune a più soggetti, si specifichi da interesse diffuso a interesse collettivo.

37. Cass civ., Sez. Un., 8 maggio 1978, n. 2207, Xy, in *Giur. it.*, 1978, I, 2132.

38. Nigro, *Le due facce*, cit, 9.

39. Ancora lucidamente Di chiara, *Interessi collettivi*, 433.

zazione stabile e di uno statuto interno — costituitasi proprio al fine di tutelare e salvaguardare il bene che li accomuna. Un interesse "corporativo" distinto, tuttavia, dalla somma degli interessi soggettivi comuni ai soci[40]. Il bene metaindividuale in tali casi è 'plurimputabile', essendo, al tempo stesso, riconducibile in capo all'ente come ai soggetti che vi aderiscono.

Per questa gamma di interessi è ammessa la possibilità di costituzione di parte civile dell'ente in funzione di un danno proprio che l'organismo lamenta di avere subito come conseguenza diretta e immediata delle condotte oggetto di imputazione. Insomma, non basta la dimostrazione della lesione dell'interesse diffuso, ma del diritto soggettivo dell'ente alla tutela del suo patrimonio morale o al perseguimento dei suoi scopi statutari. Il fatto criminoso, quindi, oltre a ledere l'interesse tutelato dalla norma penale, finisce col produrre un danno all'associazione, la quale ha fatto della tutela di quell'interesse il proprio scopo esclusivo o prevalente[41].

In effetti, per questa tipologia di interessi si potrebbe anche configurare un danno risarcibile sia all'ente, in quanto organismo avente come scopo la tutela del bene leso, sia a ogni singolo individuo titolare dello stesso interesse, ricevendone, entrambi, un danno in quanto titolari del bene. Occorre allora verificare *ex ante* se l'organismo riconosciuto per legge, che chiede di partecipare al procedimento penale, rappresenti interessi qualificabili come diffusi ovvero collettivi.

In claris non fit interpretatio: in realtà la lettura testuale delle norme non sembrerebbe deporre nel senso appena indicato: l'art. 212 disp. att. c.p.p. stabilisce infatti che, fuori dalle ipotesi di cui agli artt. 74 c.p.p. e 240 r.d. 16 marzo 1942 n. 267, le formazioni superindividuali possono entrare nel procedimento come persone offese. Si tratta « *di una puntuale conferma della definitiva collocazione degli enti in un'area estranea alla pretesa risarcitoria* ex delicto*, sicché dovrebbe ritenersi superato ogni equivoco interpretativo anche in relazione alle norme preesistenti al nuovo codice* »[42]. Tuttavia la giurisprudenza ritiene che l'ente possa partecipare *iure proprio* come parte civile se abbia subito un danno risarcibile a causa della condotta penalmente rilevante, ovvero se sia stato leso un diritto soggettivo dell'ente, assunto nello statuto interno a ragione della propria esistenza, in modo tale che tra l'offesa al bene e la lesione del diritto vi sia un nesso eziologico sicuro. Se invece non è individuabile una certa e determinata pretesa risarcitoria, di cui l'ente istante

40. In questo senso v. Tonini, *Le organizzazioni dei consumatori nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1979, 155. Sulla nozione di di interesse corporativo v., tra gli altri, Bricola, *Partecipazione e giustizia penale. Le azioni a tutela degli interessi collettivi*, in *Quest. Crim.*, 1976, 32.

41. Così Accinni, *Enti esponenziali, associazioni di categoria dei consumatori e profili di ammissibilità della costituzione di parte civile nelle più recenti affermazioni della giurisprudenza di merito*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1085.

42. Così Spagnolo, *Sub art.* 91, in c.p.p., a cura di Canzio, Tranchina, Tomo I, Milano, 2012, 952, aderendo alla posizione di Amodio, *Sub artt.* 91–92, cit., 556

deve apparire titolare, non dovrebbe potersi configurare un ingresso nel processo come parte privata di cui all'art. 74 c.p.p.[43], ma nei termini di enti di cui all'art. 91 c.p.p. La giurisprudenza ritiene che se l'ente collettivo possa costituirsi come parte civile, questo ruolo sarà riconosciutogli e risulterà assorbente rispetto a quello di ente esponenziale di interessi lesi, attesa la maggiore pregnanza dei poteri della parte eventuale rispetto al soggetto esponenziale[44]. Si tratta quindi di verificare se il reato abbia comportato una lesione diretta e immediata dell'interesse primario dell'associazione, che si ritiene rinvenibile quando la condotta incriminata abbia inciso oltre che sul bene tutelato in via diretta dalla norma penale anche sull'interesse alla tutela del patrimonio morale imprescindibile dell'ente o al perseguimento dei suoi scopi statutari[45], che viene ritenuto quale diritto soggettivo. Se invece la lesione dell'interesse del gruppo costituito non sia configurabile in termini di diritto dell'ente, l'organismo potrà intervenire nel processo solo come soggetto in funzione ausiliare dell'accusa, secondo le modulazioni di cui all'art. 91 c.p.p., non vantando una lesione a un suo diritto né, di conseguenza, un danno di cui chiedere il risarcimento. In questa lettura, allora, quella che sembrerebbe una tutela processuale attenuata — atteso che in molte situazioni relative a interessi diffusi si accorda il riconoscimento della tutela processuale a organismi superindividuali come enti esponenziali di interessi lesi dal reato — mostra invece tutta la potenzialità in termini di garanzie, in quanto si consente a interessi sociali spesso rilevanti di accedere al processo. Situazione che, *ante* c.p.p. 1988, non si sarebbe potuta verificare per il mancato riconoscimento di gruppi sociali tra gli attori del processo penale, essendo preclusa la loro legittimazione di parte civile appunto perché rappresentativi di interessi diffusi.

È impossibile non sottolineare i chiaroscuri della materia, i cui paletti di confine sembrano apposti nelle sabbie mobili: in alcuni casi l'ente è solo legittimato, ai sensi dell'art. 91 c.p.p.; in altri casi interviene come persona offesa, *ex* art. 90 c.p.p., non quindi solo equiparato all'offeso, avendo subito dalla condotta incriminata una lesione diretta di un suo interesse; in altri casi — e sono i più — l'ente è legittimato a costituirsi parte civile, con la forzatura del dato ermeneutico di danno risarcibile, di cui si è detto.

C'è una galassia di enti, associazioni, gruppi, tutti portatori di interessi rilevanti, espressione della sensibilità sociale, che premono per entrare nel processo penale, come attratti da una forza irresistibile, che ha finito col generare situazioni processuali artificiose. Si è data tutela di parte a gruppi rappresentativi di interessi evanescenti, nel senso di una loro irriducibilità a

43. Quaglierini, *Le associazioni ambientaliste*, cit., p. 1371 s.; nello stesso senso Parlato, *Sub art. 91*, in *Codice di procedura penale* a cura di Tranchina, vol. I, Milano, 2008, 783.

44. In tal senso, tra le altre, v. Pret., 2 marzo 1999, in *Foro ambr.*, Milano, 2000, 171.

45. Parlato, Sub art. 91, cit., 783.

centri di imputazione strutturati, con la configurazione del danno risarcibile solo per scelta normativa, senza il verificarsi delle condizioni che la legge pretende. In situazioni, che sono risultate poi eccezionali, si è ammessa, ai sensi dell'art. 91 c.p.p., la presenza di gruppi sociali in modo pressoché simbolico, *ad adiuvandum* dell'accusa; in altre ancora si sono considerate come vera e propria persona offesa enti superindividuali. La conseguenza è una confusione di ruoli che pure il legislatore della legge delega del nuovo codice di procedura penale aveva voluto distinguere con rigore. Il rischio (meglio, il danno) verificatosi è l'affollamento del processo penale di soggetti e parti che hanno trovato un'identità senza possederne i requisiti per ottenerla. "Personaggi in cerca…" che hanno alfine trovato, grazie alle disinvolture della prassi applicativa come anche del legislatore, il loro autore.

Cui prodest?

5. La confusione sui ruoli è massima: al di là delle numerose parti civili solo formali, trattandosi di danni di 'creazione normativa', per pochi organismi collettivi rimane la partecipazione fisiologica come enti esponenziali di cui all'art. 91 c.p.p., sempre che la giurisprudenza non abbia intanto provveduto ad attribuire loro legittimazione di parte civile.

Il risultato è che associazioni o gruppi in posizione assai simile, quanto a statuto, finalità e possibile lesione da condotte penalmente rilevanti, possono trovarsi a ricevere trattamenti diversificati, con ambiti di operatività ed esiti processuali, come è intuibile, assai differenti.

Il problema non si pone (meglio, non si può più rimediare), come si è detto, per tutti gli enti cui leggi specifiche hanno conferito la legittimazione a intervenire come parte civile, pur intatti rimanendo i dubbi da un punto di vista logico–sistematico. In ogni caso, riguardo a tali parti civili di genesi normativa, non può negarsi almeno un *punctum dolens*: l'assenza di una *ratio* comune, che possa consentire una *reductio ad unum* secondo criteri interpretativi coerenti, se non forse la sfiducia di fondo dei cittadini nella giustizia penale, che ha agito da aggregante sociale in formazioni ed enti *ad hoc*. Per gli organismi e le associazioni che non hanno ottenuto la patente, normativa o giurisprudenziale, di parte civile, l'operatore naviga a vista, subendo ancora troppo spesso la suggestione del 'canto delle sirene' del sociale, come anche delle maglie larghe della giurisprudenza, annodate dagli anni 70 ad oggi, che hanno consentito il passaggio 'dal sociale al penale' a tante istanze, sicuramente serie e urgenti, ma — a nostro dire — non geneticamente compatibili con la categoria del danno risarcibile. Peraltro, ne consegue un ampio potere di qualificazione processuale degli organismi istanti da parte dei giudici di merito[46], con risvolti negativi in termini di certezza del diritto, di coerenza dei fini e di uguaglianza di trattamento.

46. Sul punto rileva Gambirasio, *La legittimazione degli enti a costituirsi parte civile*, in *Foro ambr.*, 2003, 173, come in molte pronunce di merito il riconoscimento come parte civile prescinde « *da*

L'unico modo per tentare un cambio di rotta rispetto all'ambiguità e precarietà processuale dello *status* degli enti collettivi potrebbe essere l'individuazione di *guidelines*, nel solco, del resto, di un itinerario finalmente rigoroso intrapreso di recente dalla giurisprudenza di merito[47]. Conferire ruolo di parte civile solo a condizione che: l'ente abbia ricevuto un riconoscimento legislativo della rappresentatività dei propri interessi[48]; abbia patito, a causa del reato, un danno *iure proprio*, quale soggetto di diritto, agli interessi esclusivi, stabiliti in modo puntuale nello statuto, e accertato in termini di mancata possibilità di esplicazione dei propri fini, tale da influire anche sui diritti delle persone aggregatesi all'ente o che da esse ricevono tutela diretta e immediata dei loro interessi; che l'ente abbia come fine esclusivo la tutela del bene che è stato leso. Ancora, che sussista un radicamento dell'ente nel territorio nazionale, con una attività continuativa e concreta nel perseguimento del proprio scopo, ovvero radicato nel luogo in cui la lesione all'interesse è stata inferta. Diventa allora imprescindibile la necessità di potere individuare una pretesa risarcitoria in modo esatto e rigoroso e, dunque, la condizione che nello statuto dell'ente sia indicata in maniera puntuale e circoscritta la piattaforma dell'interesse perseguito, spesso invece riferita in termini volutamente generici. Come pure, diventa necessario dimostrare in termini di prova la sussistenza di un nesso causa–effetto tra il fatto che si imputa e il danno — ovviamente anche solo morale — che sarebbe stato determinato all'ente in quanto tale, pena la abrogazione della disciplina di cui all'art. 185 c.p.[49]. In questi termini si potrebbe considerare parte civile, a titolo di esempio, l'organizzazione sindacale nazionale (o anche la sezione sindacale territoriale) per la lesione di individuati diritti di lavoratori iscritti al sindacato[50]; l'associazione di cittadini di un quartiere danneggiato dalle immissioni nocive di un'industria (si pensi, solo come esempio eclatante, alla odierna questione Ilva di Taranto o all'inquinamento

qualsiasi ricerca di indici concreti volti a giustificare l'esistenza di un danno nei confronti di enti, poiché è stata ritenuta sufficiente l'effettività del collegamento tra il bene tutelato e lo stesso ambito di incidenza delle associazioni », sicché per la lesione del diritto soggettivo è stato ritenuto sufficiente « *il solo collegamento ideologico tra l'interesse tutelato dalla norma penale e quello collettivo* ».

47. V. la rassegna delle decisioni di merito analizzate da Accinni, *Enti "esponenziali"*, cit., 1088.

48. Il suddetto presupposto del riconoscimento normativo è richiesto per gli enti rappresentativi degli interessi lesi ai sensi dell'art. 91 c.p.p.; sicché *a fortiori*, visti i più pregnanti poteri in capo agli enti legittimati come parte civile, sembra necessaria la sussistenza di tale presupposto anche per la parte eventuale, che si ricava quindi per via interpretativa: in tal senso v. Gualtieri, *La tutela di interessi lesi dal reato tra intervento e costituzione di parte civile*, cit., 107 s.; Seminara *Facoltà della Consob nel procedimento penale*, in Campobasso (a cura di), *Testo unico della Finanza*, Torino 2002, III, 1448.

49. Accinni, *Enti "esponenziali"*, cit., 1087–1088.

50. Non appare rilevante l'attribuzione della personalità giuridica né per la legittimazione di parte civile (dato pacifico come rileva, tra i tanti, Ichino, *La parte civile nel processo penale. La legittimazione*, Milano, 1989, 85 s.) né tuttavia per gli enti esponenziali di cui all'art. 91 c.p.p., non essendo equiparabile a tale attribuzione il richiesto riconoscimento legislativo: sul punto Giarda, *L'accusa privata: offeso dal reato ed enti collettivi nelle indagini e nel giudizio*, in *Dif. pen.*, 1989, n. 25, 21.

da diossina di Seveso, negli anni '80); le associazioni di vittime di un disastro (Disastro del Treno Italicus, strage di Ustica, ecc.).

Quanto agli organismi portatori di interessi non soggettivizzabili, e quindi diffusi, è da stroncare in modo deciso il tentativo di una configurabilità in termini di parte civile per gli enti che li rappresentano, sussistendo, del resto, per la rappresentatività dei loro interessi, la figura di cui all'art. 91 c.p.p., che, altrimenti, non avrebbe ragione di esistere, istituita proprio per accogliere formalmente le istanze sociali coagulate attorno a enti che li rappresentano, con un ruolo di stimolo e supporto della parte pubblica. Peraltro, la loro presenza non è da sottovalutare, essendo ammissibile sin dalla fase delle indagini, cosa preclusa per gli enti legittimati come parte civile, atteso che la relativa costituzione può avvenire solo per l'udienza preliminare.

Allargare a dismisura il catalogo delle parti civili, come pure è stato fatto, fino a ricomprendervi organismi non titolari di una concreta pretesa risarcitoria, per dare risposta ad ansie di giustizia di certo serie e giustificate, altera gli scopi e gli equilibri del sistema. Il danno risarcibile è quello causalmente riconducibile alla condotta illecita (artt. 40 ss. c.p.). Le altre ricostruzioni in tema di danno aquiliano[51] sono razionalizzazioni *a posteriori* per la legittimazione degli organismi collettivi a intervenire come parte civile.

La questione non è di poco conto: l'omologazione processuale degli organismi collettivi in termini di parte civile lambisce l'identità stessa del processo penale, troppo spesso eletto a luogo di lotta sociale o di rassicurazione delle esigenze di una collettività o, ancora, di risposta a istanze di una moltitudine di persone o di categorie organizzate per la tutela di determinati interessi, con ineludibili ricadute negative sul senso, in concreto, del processo penale, che si rintraccia nel difficile equilibrio tra necessità di accertamento dei fatti — nel dialogo delle parti in posizione di parità, col giudice terzo e imparziale — e tutela (primariamente tutela) dei diritti di libertà degli imputati in un tempo ragionevole.

Il resto è superfetazione.

51. Per un efficace quadro di sintesi dei ragionamenti alternativi, per giustificare la lesione dell'interesse collettivo v. Guerini, *Le sanzioni civili*, in *c.p. Parte generale* a cura di Bricola e Zagrebelsky, vol. III, Torino, 1984, 1424 ss.

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/97888548581908
pag. 459–472

Parte civile e processo *de societate*: profili di un'esclusione ragionevole

Gianrico Ranaldi

1. Per effetto dell'entrata in vigore del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231[1] che reca la « *disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della l. 29 settembre 2000, n. 300* » — episodi di criminalità aziendale e societaria in senso lato determinano una reazione interdittiva e sanzionatoria — ad opera dello Stato ordinamento — perlomeno duplice[2].

Infatti — accanto ai profili personali di responsabilità riconducibili, in astratto ed in concreto, a comportamenti connotati da penale antigiuridicità — la legislazione nazionale contempla un "armamentario" di cautele e sanzioni che attengono, in esclusiva, agli enti collettivi e la cui operatività afflittiva è condizionata all'osservanza delle cadenze rituali proprie del modello giurisdizionale penale di accertamento dei fatti e dei comportamenti.

Sennonché, in tale ambito speculare, una delle questioni maggiormente controverse concerne la legittimazione — ad opera di colui che assuma di

1. Per uno sguardo di sintesi sui contenuti dello specifico provvedimento legislativo, Gaito, Fùrfaro, *Il procedimento penale amministrativo*, in *Procedura penale*, a cura di Gaito A., Assago, 2013, 1486; Garuti, *La procedura per accertare la responsabilità degli enti*, in Corso P., Dean G., Dominioni O., Gaito A., Garuti G., Mazza O., Spangher G., *Procedura penale*, Torino, 2012, 685. In prospettiva maggiormente analitica, Presutti, Bernasconi, Fiorio, *La responsabilità degli enti. Commento articolo per articolo al d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, Padova, 2008, *passim*.

2. Per ciò che concerne la classificazione della responsabilità ascrivibile agli enti collettivi ai sensi e per gli effetti del d.lgs. n. 231 del 2001, ritengono che si tratti di responsabilità penale, nonostante la qualificazione operata dal d.lgs. n. 231 del 2001, Fiandaca, Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2001, 146; Paliero, *Il d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: da ora in poi, societas* delinquere (*et puniri*) *potest,* in *Corr. giur.*, 2001, 845; De Simone, *La responsabilità da reato dell'impresa nel sistema italiano: alcune osservazioni rapsodiche e una preliminare divagazione comparativa*, in *Atti convegno Firenze 15, 16 marzo 2001*, Padova, 2003, 220 ss.; ritengono si tratti di un *tertium genus* di responsabilità, seppur fortemente condizionata dai principi della responsabilità penale, Pulitanò, voce *Responsabilità amministrativa per i reati delle persone giuridiche*, in *Enc. Giur.*, VI, Milano, 2002, 955; Id., *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri di imputazione,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 417 ss.; Pelissero, *La "nuova" responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *Leg. pen.*, 2002, 591 ss.; di contro, affermano che si tratti di un'autentica responsabilità amministrativa, Marinucci, *Relazione di sintesi*, in *Atti convegno Firenze 15, 16 marzo 2001*, Padova, 2003, 308 ss.; Cocco, *L'illecito degli enti dipendente da reato ed il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2004, 116 ss. ovvero che sia superfluo affannarsi sul tema di specie, tra gli altri, Alessandri, *Riflessioni penalistiche sulla nuova disciplina*, in *La responsabilità amministrativa degli enti*, a cura di Giarda A., Milano, 2002, 48 ss.

aver subito un danno dall'illecito amministrativo dipendente da reato — ad esercitare, nei confronti dell'ente collettivo sottoposto a processo, l'azione civile risarcitoria mediante la costituzione di parte civile[3].

2. Il "campo" è conteso da due posizioni — una dominante e l'altra recessiva — che, rispettivamente, negano qualsivoglia ruolo procedimentale al danneggiato dall'illecito amministrativo dipendente da reato[4] ovvero ne ammettono la partecipazione attiva all'*iter* procedimentale, dapprima attraverso l'esperimento delle "pratiche" sollecitatorie previste dall'art. 90 c.p.p., poi mediante l'esercizio dell'azione risarcitoria a mente dell'art. 74 c.p.p.[5]

Sotto il primo profilo, l'impostazione, per così dire, "negatoria" è radicata su una logica a tre capisaldi.

Anzitutto, il silenzio che si rileva in parte qua, dall'esame dei canoni regolamentari posti dal legislatore tecnico delegato nel decreto legislativo n. 231 del 2001, deve ritenersi « *talmente pesante da palesarsi quale manifesta volontà di escludere la pretesa civile* », ove si consideri che il « *riserbo* » è « *nient'affatto casuale* » posto che « *la lacuna si riscontra nella relazione sia alla legge delega sia al decreto ad essa disceso* », così da poterla qualificare « *ostentata* »[6].

Infatti, se il succitato provvedimento legislativo regolamenta espressamente istituti paralleli a quelli previsti e disciplinati dal codice penale e dal

3. In tema, tra gli altri, Grosso, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti chiamati a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 davanti al giudice penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2004, 1335. In proposito, vale rilevare che la specifica questione interpretativa assume particolare rilievo nell'ipotesi in cui « *l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile* » o « *il reato si estingue per una causa diversa dall'amnistia* »; infatti, posto che l'art. 8 d.lgs. n. 231 del 2001 riconosce in queste ipotesi l'autonomia della responsabilità dell'ente rispetto a quella della persona fisica imputata, stante l'impossibilità di ricorrere in tali evenienze all'istituto del responsabile civile, allora si pone, in termini effettivi e concreti, il problema circa l'ammissibilità, in sede penale, dell'esercizio dell'azione risarcitoria direttamente *versus* l'ente imputato. Sul punto di specie, Balducci, *La costituzione di parte civile nei confronti dell'ente "imputato": una questione ancora aperta*, in *Cass. pen.*, 774.

4. In giurisprudenza, in maniera esemplare, Cass., sez. VI, 5 ottobre 2010, O.M.S. Saleri S.p.a. e altri, in *Guida dir.*, 2011, 55. Inoltre, v. Trib. Milano, 11 giugno 2010 (ord.), in *www.rivista231.it*; Trib. Milano, 26 marzo 2009 (ord.), *ivi*; Trib. Torino, 2 ottobre 2008 (ord.), in *Dir. pen. proc.*, 2009, 851; Trib. Torino, 23 luglio 2008 (ord.), in *Giur. merito*, 2008, 2812; Trib. Milano, 18 gennaio 2008 (ord.), in *Cass. pen.*, 2008, 3858. Analogamente, v. Scalfati, *Difficile ammettere la pretesa risarcitoria senza un coordinamento tra giurisdizioni*, in *Guida dir.*, 2008, 11, 80; Paolozzi, voce *Processo agli enti (giudizio di cognizione)*, in *Dig. Pen.*, III, Torino, 2005, 1172; Varraso, *L'ostinato silenzio del d.lgs. n. 231 del 2001 sulla costituzione di parte civile nei confronti dell'ente ha un suo "perché"?*, in *Cass. pen.*, 2011, 2545; Bassi, Epidendio, *Enti e responsabilità da reato*, Milano, 2006, 549 ss.

5. Trib. Milano, 16 settembre 2010 (ord.), in *www.rivista231.it*; Trib. Milano, 9 luglio 2009 (ord.), *ivi*; Trib. Milano, 5 febbraio 2008 (ord.), *ivi*; Trib. Milano, 24 gennaio 2008 (ord.), in *Guida dir.*, 2008, 11, 76; Trib. Torino, 12 gennaio 2006 (ord.), in *www.rivista231.it*. In dottrina, Grosso, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti chiamati a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 davanti al giudice penale*, cit., 1335; Zanchetti, *La tutela degli interessi fondamentali milita a favore della costituzione di parte civile*, in *Guida dir.*, 2008, 25, 86.

6. Così Sandrelli, *Procedimento a carico degli enti collettivi e costituzione di parte civile*, in *Giur. merito*, 2009, 2819.

codice di procedura penale[7], non è da discutersi che manchi qualsivoglia riferimento alla persona offesa ed alla costituzione di parte civile.

In secondo luogo, è la corretta esegesi del combinato disposto degli artt. 185, co. 2, c.p. — rubricato « *Restituzioni e risarcimento del danno* » — e 74 c.p.p. — rubricato « *Legittimazione all'azione civile* » — ad escludere che l'ente collettivo — a cui s'ascriva un illecito amministrativo (seppur) dipendente da reato — possa considerarsi legittimato passivamente rispetto all'azione risarcitoria di colui che assuma di aver patito un danno risarcibile a causa dell'illecito amministrativo per cui si procede, secondo le cadenze del d.lgs. n. 231 del 2001, nei confronti della *societas*.

In altri termini, se « *ogni reato che abbia cagionato un danno patrimoniale o non patrimoniale, obbliga al risarcimento il colpevole e le persone che, a norma delle leggi civili, debbano rispondere per il fatto di lui* » (art. 185, co. 2, c.p.p.) e se « *l'azione civile per la restituzione e per il risarcimento del danno di cui all'art. 185 c.p. può essere esercitata nel processo penale dal soggetto al quale il reato ha arrecato danno ovvero dai suoi successori universali, nei confronti dell'imputato e del responsabile civile* » (art. 74 c.p.p.), allora dovrebbe ritenersi legittimato a far valere la propria pretesa risarcitoria, dinanzi al giudice penale, in esclusiva colui che abbia subito da un reato (e non, quindi, da un illecito amministrativo da esso dipendente) conseguenze dannose, siano esse patrimoniali e/o non patrimoniali.

In terzo luogo, posto che l'illecito penale che "fonda" la responsabilità amministrativa dell'ente collettivo è commesso dalle persone fisiche che rivestono un ruolo apicale all'interno della *societas* (artt. 5, co. 1, lett. *a*, 6 d.lgs. n. 231 del 2001) ovvero da soggetti sottoposti all'altrui direzione o vigilanza (artt. 5, co. 1, lett. *b*, 7 d.lgs. n. 231 del 2001), costituirebbe un fuor d'opera farne ricadere le conseguenze risarcitorie in capo all'ente collettivo a cui non può certamente ascriversi la "paternità" del reato.

Sotto il secondo profilo, invece, coloro che ritengono ammissibile la costituzione di parte civile nei confronti degli enti collettivi, "impostano" la tesi affermativa sul presupposto esplicito che nulla osterebbe all'interpretazione analogica degli artt. 74 c.p.p. e 185, co. 2, c.p..

Infatti, trattandosi, rispettivamente, di una norma processuale e di una norma civile — seppur collocata *per incidens* nel codice penale — esse sfuggirebbero al divieto di interpretazione analogica costituzionalmente declinato dall'art. 25, co. 2, cost. e sancito espressamente dall'art. 14 disp. prel. c.c..

Inoltre, la possibilità della costituzione di parte civile sarebbe implicitamente ammessa da alcune disposizioni del d.lgs. n. 231 del 2001.

7. Il riferimento è, a titolo di esempio, al principio di legalità, al sistema delle sanzioni, alla successione delle leggi, alla prescrizione, alla contumacia, alle indagini preliminari ed all'udienza penale, ai procedimenti semplificati.

Il riferimento è all'art. 12, co. 2, d.lgs. n. 231 del 2001, alla cui stregua è possibile ridurre da un terzo alla metà la sanzione pecuniaria che sia stata comminata all'ente collettivo se, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, l'ente abbia risarcito integralmente il danno ed eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si sia comunque efficacemente adoperato in tal senso, oltre ad aver attuato e reso operativo un modello organizzativo idoneo; all'art. 17 d.lgs. n. 231 del 2001 che attribuisce alle condotte riparatorie delle conseguenze del reato, unitamente all'eliminazione delle « *carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi* », valenza impeditiva rispetto all'applicazione nei confronti dell'ente delle sanzioni interdittive; all'art. 19 d.lgs. n. 231 del 2001 secondo cui « *nei confronti dell'ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato* », cosicché compete al giudice penale procedere alla quantificazione di quanto sia restituito al danneggiato.

Quanto detto, poi, farebbe da *pendant* anche con i toni ed i contenuti degli artt. 34 e 35 del d.lgs. n. 231 del 2001, secondo cui — non solo il procedimento che presiede alla ricostruzione degli eventuali profili di responsabilità amministrativa, dipendente da reato, dell'ente collettivo è disciplinato, oltre che dalle specifiche disposizioni poste dal legislatore tecnico delegato nel d.lgs. n. 231 del 2001, anche dalle norme del codice di procedura penale « *in quanto compatibili* » (art. 34 d.lgs. n. 231 del 2001) — ma anche all'ente collettivo si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, « *in quanto compatibili* » (art. 35 d.lgs. n. 231 del 2001).

Pertanto, non vi sarebbe alcuna obiezione tecnicamente ortodossa che potrebbe precludere l'estensione operativa, nell'ambito del processo *de societate*, degli artt. 185, co. 2, c.p. e 74 c.p.p.[8]: la responsabilità amministrativa dell'ente collettivo sarebbe comunque una responsabilità che presuppone un reato e si lega alla commissione di esso, per l'appunto, nell'interesse ovvero a vantaggio del medesimo ente, dimodoché si risolverebbe nell'essere una « *responsabilità amministrativa nella forma, ma penale nella sostanza* »[9].

3. La specifica *querelle* interpretativa ha "investito" anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, a cui il giudice per le indagini preliminari presso il tribunale di Firenze (nella "veste" funzionale di giudice per l'udienza prelimi-

8. In tal senso, v. Grosso, *Sulla costituzione di parte civile*, cit., 1338; è di contrario avviso Giarda, *Azione civile di risarcimento e responsabilità "punitiva" degli "enti"*, nota a Trib. Milano, 9 marzo 2004 (ord.), in *Corr. merito*, 2005, 582, secondo il quale le norme degli artt. 185 c.p. e 74 c.p.p. sono incompatibili con la disciplina dettata dal d.lgs. n. 231 del 2001 e, pertanto, non è possibile farsene applicazione in forza dell'art. 35 d.lgs. n. 231 del 2001, il quale prescrive che « *All'ente si applicano le disposizioni processuali relative all'imputato, in quanto compatibili* ».

9. Così, testualmente, Zampaglione, *Considerazioni sulla costituzione di parte civile nel processo penale a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 1240.

nare) rimise in via pregiudiziale, con ordinanza del 9 febbraio 2011[10], la specifica questione ermeneutica — in punto di ammissibilità/inammissibilità della costituzione di parte civile nel processo penale a carico dell'ente collettivo disciplinato dal d.lgs. n. 231 del 2001 — al fine di stabilire se la normativa europea a tutela della vittima dei reati nel processo penale (decisione–quadro 2001/220/GAI del 15 marzo 2001 e direttiva 2004/80/CE) imponesse o meno agli Stati membri di prevedere espressamente la possibilità che il medesimo ente collettivo potesse essere chiamato a rispondere direttamente in tale sede dei danni cagionati alle vittime dei reati[11].

In particolare, il giudice fiorentino, muovendo dal presupposto che dovesse ritenersi inammissibile, in base alle indicazioni promananti dalla legislazione vigente, la costituzione di parte civile nel processo a carico dell'ente collettivo — sia perché « *la tesi contraria costruisce il genere di responsabilità degli enti/persone giuridiche nel processo penale, per quel che riguarda la responsabilità di risarcimento del danno alle vittime... con il ricorso all'analogia in malam partem* » — che è « *come tale vietata costituzionalmente nel diritto e nel processo penale* » — ma anche in considerazione della circostanza che « *la responsabilità degli enti/persone giuridiche ha... carattere "sussidiario" e costituisce un genere proprio, basato su criteri e fondamenti che non possono essere confusi con quelli propri della responsabilità degli autori dei reati* » — ebbe a rilevare « *la problematica compatibilità di una simile esclusione rispetto a diversi atti normativi europei sulla tutela delle vittime dei reati* », tanto da chiedere alla Corte di Giustizia dell'Unione europea di pronunciarsi sull'esatta interpretazione « *degli artt. 2, 3, e 8 della Decisione Europea n. 220 del 15 marzo 2001 e, più in generale, di tutte le Decisioni Europee che concernono la posizione della persona offesa, in particolare sulle disposizioni della Decisione/Quadro n. 2001/220/Gai del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, nonché sulle disposizioni della Direttiva Comunitaria n. 2004/80/CE del Consiglio del 29 aprile 2004, sotto il peculiare aspetto del diritto al risarcimento del danno che deve essere garantito alle vittime del reato in relazione alla responsabilità nel procedimento penale delle persone giuridiche, secondo le disposizioni interne al Diritto Italiano di cui al d.lgs. 231 del 2001* »[12].

Sennonché, la Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sez. II), con la

10. V. Trib. Firenze, 9 febbraio 2011 (ord.), in *www.rivista231.it*.

11. Sul punto, v. Della Ragione, *Questione pregiudiziale europea sulla parte civile nel processo a carico dell'ente collettivo*, in *Arch. pen.*, 2011, 681.

12. Così, ancora, Trib. Firenze, 9 febbraio 2011 (ord.), in *www.rivista231.it*. Con riferimento allo specifico provvedimento del giudice fiorentino, v. ancora Della Ragione, *Questione pregiudiziale europea sulla parte civile nel processo a carico dell'ente collettivo*, cit., 688, il quale pone in luce come apparisse problematica, secondo l'ordinanza del giudice preliminare di Firenze, la compatibilità dell'esclusione della parte civile dal processo *de societate*, alla stregua di diversi atti normativi europei sulla tutela delle vittime dei reati. Sullo "statuto" dei diritti della vittima del reato che viene progressivamente delineandosi dall'esame delle fonti nazionali e sovranazionali, v. Canzio, *La tutela della vittima nel sistema delle garanzie processuali: le misure cautelari e la testimonianza*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 985.

sentenza 12 luglio 2012, Giovanardi, C–79/11[13] — dopo aver sottolineato che la Decisione/Quadro n. 2001/220/Gai del 15 marzo 2001, « *il cui unico oggetto è la posizione delle vittime nell'ambito dei procedimenti penali* », non contiene alcuna indicazione in base alla quale il « *legislatore dell'Unione avrebbe inteso obbligare gli Stati membri a prevedere la responsabilità penale delle persone giuridiche* » (§ 45) e che — con riferimento specifico alla disciplina del decreto legislativo n. 231 del 2001 — « *un illecito "amministrativo" da reato come quello all'origine delle imputazioni sulla base del d.lgs. n. 231 del 2001 è un reato distinto che non presenta un nesso causale diretto con i pregiudizi cagionati dal reato commesso da una persona fisica e di cui si chiede il risarcimento* » e che « *la responsabilità della persona giuridica è qualificata come "amministrativa", "indiretta" e "sussidiaria", e si distingue dalla responsabilità penale della persona fisica, autrice del reato che ha causato direttamente i danni e a cui... può essere chiesto il risarcimento nell'ambito del processo penale* »(§ 47) — ha concluso nel senso che l'art. 9, § 1, Decisione /Quadro n. 2001/220/Gai[14] « *deve essere interpretato nel senso che non osta a che, nel contesto di un regime di responsabilità delle persone giuridiche come quello in discussione nel procedimento principale, la vittima di un reato non possa chiedere il risarcimento dei danni direttamente causati da tale reato, nell'ambito del processo penale, alla persona giuridica autrice di un illecito amministrativo da reato* ».

Pertanto, secondo la Corte: « *la possibilità (pacifica) per la vittima di costituirsi parte civile contro la persona fisica autrice del reato è sufficiente a garantire il rispetto dell'obbligo di cui all'art. 9 § 1 della decisione quadro, la quale non impone invece allo Stato di assicurare alla vittima medesima la possibilità di ottenere tale risarcimento (anche) dall'ente responsabile* ex *d.lgs. n. 231 de 2001, anche perché l'illecito dell'ente non può considerarsi come il fatto dal quale scaturisce direttamente il danno in capo alla vittima, materialmente cagionato dalla persona fisica autrice del reato* »[15].

13. La sentenza può leggersi, tra l'altro, in *www.dirittobancario.it*.In proposito, v. anche, Viganò, Valsecchi, *Costituzione di parte civile contro l'ente imputato: le conclusioni dell'Avvocato generale presso la Corte di giustizia UE nel caso Giovanardi*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

14. L'art. 9 della Decisione–quadro n. 2001/220/GAI del 15 marzo 2001 — rubricato « *Diritto di risarcimento nell'ambito del procedimento penale* » — prevede che: « *1. Ciascuno Stato membro garantisce alla vittima di un reato il diritto di ottenere, entro un ragionevole lasso di tempo, una decisione relativa al risarcimento da parte dell'autore del reato nell'ambito del procedimento penale, eccetto i casi in cui il diritto nazionale preveda altre modalità di risarcimento. 2. Ciascun Stato membro adotta le misure atte a incoraggiare l'autore del reato a prestare adeguato risarcimento alla vittima. 3. Tranne quando il procedimento penale imponga altrimenti, i beni restituibili appartenenti alla vittima e sequestrati nell'ambito del procedimento penale sono restituiti alla vittima senza ritardo* ».

15. Così Valsecchi, Viganò, *Secondo la Corte di Giustizia UE, l'inammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente imputato ex d.lgs. n. 231 del 2001 non è in contrasto col diritto dell'Unione*, in *www.penalecontemporaneo.it*, i quali sottolineano anche che: « *la decisione della Corte conferma, a questo punto, la sostenibilità anche al metro del diritto UE della soluzione cui è pervenuta la nostra Suprema Corte, nel senso della inammissibilità della costituzione di parte civile contro l'ente (Cass., sez. VI, 5 ottobre 2010, dep. 22 gennaio 2011, in questa Rivista); soluzione in favore della quale si era in precedenza espressa anche parte della dottrina...* ».

4. Lo specifico *dictum* della Corte di Giustizia dell'Unione Europea consolida, quindi, la linea ermeneutica maggioritaria, facendo mancare le « *sollecitazioni di tipo diverso* » che sarebbero potuto provenire « *dal giudice sovranazionale* » e che avrebbero potuto mutare, seppur in ipotesi, il corso interpretativo dominante[16].

Sennonché, a margine della pregevole intuizione "portata" nella sopraindicata ordinanza del giudice preliminare fiorentino[17], l'inammissibilità della costituzione di parte civile nel processo *de societate* deriva, oltre che dai già segnalati argomenti di tipo esegetico, anche — ma non solo — da ragionamenti di sistema, che risultano indissolubilmente legati alla "ragion pratica"[18].

Infatti, accanto all'assenza nel d.lgs. n. 231 del 2001 di ogni richiamo o riferimento alla parte civile e alla persona offesa, il provvedimento normativo *de quo* contiene alcuni "contenuti disciplinari" espressi, che confermano la volontà di escludere l'eventuale danneggiato dall'illecito amministrativo dipendente da reato dalla specifica contesa processuale. Il riferimento è, da un lato, all'art. 27 d.lgs. n. 231 del 2001 — rubricato « *Responsabilità patrimoniale dell'ente* » — che disciplina la relativa responsabilità dell'ente collettivo, limitandola all'obbligazione per il pagamento della sanzione pecuniaria, senza fare alcuna menzione alle obbligazioni civili e, dall'altro lato, all'art. 54 d.lgs. n. 231 del 2001 — rubricato « *Sequestro conservativo* » — che limita l'ambito operativo della misura cautelare reale *de qua* al solo scopo di assicurare il pagamento della sanzione pecuniaria — oltre che delle spese del procedimento e delle somme dovute all'erario — e riconosce la relativa legittimazione requirente in esclusiva in favore del pubblico ministero, a differenza, invece, di quanto è previsto dall'art. 316 c.p.p. che, sotto il profilo funzionale, ha concepito la specifica cautela non solo a tutela del pagamento della « *pena pecuniaria, delle spese del procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario* », ma anche delle « *obbligazioni civili derivanti dal reato* », riconoscendo, in quest'ultimo caso, alla parte civile anche la possibilità di richiedere il sequestro[19].

16. In tema, Magliocca, *La costituzione di parte civile nel processo* de societate*, questione definitivamente risolta?*, in *Arch. pen.*, 2011, 284.

17. È certamente degno di nota aver individuato il diritto dell'Unione Europea quale potenziale parametro di riferimento al fine di scrutinare la legittimità dell'interpretazione restrittiva che non ammette la costituzione di parte civile nel processo *de societate*.

18. In proposito, v. Cass., sez. VI, 5 ottobre 2010, O.M.S. Saleri S.p.a. e altri, cit., 2011, 55. Con riferimento a tale specifica pronuncia, v. Mucciarelli, *Il commento*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 435 ss.

19. Al riguardo vale ulteriormente rilevare, che l'art. 55 d.lgs. n. 231 del 2001, in tema di annotazione dell'illecito amministrativo, stabilisce che l'annotazione di cui all'art. 335 c.p.p. sia comunicata all'ente o al suo difensore e non annovera come destinatario della comunicazione, la persona offesa, che è espressamente richiamata, invece, nell'art. 335, co. 3, c.p.p.. L'art. 58 d.lgs. n. 231 del 2001, poi, a differenza dell'art. 408, co. 2, c.p.p., non prevede che sia notificato alcun avviso alla persona offesa dal reato, circa la determinazione del pubblico ministero di archiviazione del procedimento.

A ciò s'aggiunga, in chiave prettamente di sistema, che l'esercizio dell'azione civile risarcitoria nel processo penale costituisce, per meditata opzione del legislatore tecnico delegato, un'eccezione al "criterio fondamentale" della completa autonomia e separazione del giudizio civile da quello penale, che è stato tratteggiato da plurime disposizioni poste dal codice Vassalli — in particolare, dagli artt. 75 e 651 c.p.p., che sono espressione del c.d. *favor separationis*[20].

Pertanto, l'azione risarcitoria continua a presentare profili di marcata accessorietà rispetto all'azione penale, tanto che — non solo le disposizioni processuali che consentono la pronuncia risarcitoria ad opera del giudice penale devono essere ritenute di natura quasi eccezionale — ma anche la costituzione di parte civile nel processo a carico degli enti collettivi può ritenersi concepibile solo se "giustificata" (*rectius*, contemplata) da una norma espressa.

Inoltre, non è a discutersi che provi troppo — per non dir altro — individuare un argomento militante — in favore della tesi che postula l'ammissione dell'azione risarcitoria mediante la costituzione di parte civile — nella circostanza che il d.lgs. n. 231 del 2001 abbia delineato un sistema di riduzione sanzionatoria collegato a condotte di c.d. "ravvedimento operoso" a protezione, perlomeno tendenziale, delle pretese risarcitorie e restitutorie della persona offesa che sia anche danneggiata dal reato[21].

Per un verso, l'esame degli artt. 12, 17, 19 d.lgs. n. 231 del 2001 evidenzia che le condotte riparatorie ivi contemplate si riferiscono, per l'appunto, alle conseguenze del reato (e non, quindi, dell'illecito amministrativo commesso dall'ente collettivo), così che è lecito ritenere che il legislatore tecnico delegato abbia escluso la configurabilità di conseguenze dannose risarcibili derivanti dall'illecito amministrativo[22].

Per un altro verso, non può ritenersi che la sistematica del processo penale connetta necessariamente la possibilità di impartire prescrizioni al fine di propiziare il compimento di condotte riparatorie delle conseguenze

20. Cass., sez. VI, 5 ottobre 2010, O.M.S. Saleri S.p.a. e altri, cit., 55. Sul punto, tra gli altri, v. Ghiara, *Sub* art. 74 c.p.p., in *Comm. nuovo c.p.p.*, Chiavario, Torino, 1989, I, 361. In tema inoltre, v. Mancuso, *La parte civile, il responsabile civile e il civilmente obbligato per la pena pecuniaria*, in *Trattato di procedura penale*, Spangher, Dean, Torino, 2009, 522, secondo cui « *nel disegno del legislatore delegato, l'ingresso della parte civile nel processo è il frutto di un'opzione consapevole: vanificato il vincolo della pregiudizialità necessaria tra accertamento penale e processo civile, si affermano esigenze di celerità e semplificazione proprie del processo* adversary*, in seno al quale l'opzione per l'accertamento simultaneo di reato e danno da esso derivante è rimessa alla scelta strategica del danneggiato. Nondimeno il contenuto delle disposizioni processuali contemplate nel codice di rito lascia trasparire una tendenziale restrizione « dell'ambito di partecipazione del danneggiato » e lo sfavore con il quale il legislatore ammette l'innesto, facoltativo, dell'azione risarcitoria nel contesto penale. L'autonoma progressione dei due accertamenti, in chiave di sistema, è la regola cui può derogare il trasferimento o l'inizio dell'azione civile davanti la giurisdizione penale (art. 75 c.p.p.)* ».

21. Il riferimento è alle previsioni degli artt. 12, 17, 19 d.lgs. n. 231 del 2001, così come, seppur mediatamente, degli artt. 49, 50, 65, 78 d.lgs. n. 231 del 2001.

22. Cass., sez. VI, 5 ottobre 2010, O.M.S. Saleri S.p.a. e altri, cit., 56.

del reato, con il riconoscimento di un ruolo attivo nel processo in favore della parte civile: infatti, nel processo penale a carico di imputati minorenni, pur non essendo « *ammesso l'esercizio dell'azione civile per le restituzioni e il risarcimento del danno cagionato dal reato* » (art. 10 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448), è comunque contemplata la possibilità che con l'ordinanza di sospensione del processo e messa alla prova dell'imputato il giudice possa « *impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato* » (art. 28 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448). Il che, a tacer d'altro, dà conforto ulteriore all'impostazione ermeneutica restrittiva.

D'altronde, l'inammissibilità della parte civile nel processo *de societate* corre sul filo anche di un argomento a contrario che si ricava dalle "alterne vicende", poi "composte" dalla Corte costituzionale, relative all'inserimento dell'azione risarcitoria nel processo penale militare[23].

Nello specifico, il criterio di relazione tra azione civile risarcitoria e processo penale militare si basava — nella concezione originaria del codice penale militare di pace del 1941 — su un equilibrio chiaro — seppur sistematicamente instabile — "incardinato" su due previsioni di immediato riferimento[24].

Infatti, l'impostazione dello specifico fenomeno declinava — pur a fronte dell'affermata inammissibilità dell'esercizio dell'azione civile nel processo penale, sancita dall'art. 270 c.p.mil.p. — la possibile condanna alle restituzioni ed al risarcimento del danno, pronunciata dal tribunale militare con la sentenza che affermava la responsabilità dell'imputato, che, una volta divenuta irrevocabile, aveva autorità di cosa giudicata nel giudizio per il risarcimento o per la liquidazione del danno ai sensi e per gli effetti dell'art. 373 c.p.mil.p.

Sennonché, il sistema così delineato — pur non essendo mancate "resistenze" di tipo giurisprudenziale, anche successivamente all'entrata in

23. In proposito, tra gli altri, volendo, Ranaldi, *Lineamenti di procedura penale militare*, Padova, 2013, 71.

24. Si ha riguardo — rispettivamente — all'art. 270 c.p.mil.p. — rubricato « *Azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno* » — alla cui stregua « *Nei procedimenti di competenza del giudice militare, l'azione civile per le restituzioni e per il risarcimento del danno non può essere proposta davanti ai tribunali militari* » (co. 1) ed « *Il giudizio su di essa è sospeso fino a che sull'azione penale sia pronunciata, nella istruzione, la sentenza di proscioglimento non più soggetta a impugnazione, o, nel giudizio, la sentenza irrevocabile, ovvero sia divenuto esecutivo il decreto di condanna* » (co. 2) ed all'art. 373 c.p.mil.p. — rubricato — « *Risarcimento del danno* » — secondo cui « *Con la sentenza di condanna, l'imputato è condannato alle restituzioni e al risarcimento dei danni cagionati dal reato* » (co. 1); « *Il giudizio di liquidazione del danno è promosso davanti al giudice civile competente* » (co. 2); « *Nel giudizio per il risarcimento e la liquidazione del danno, promosso o proseguito dopo che la sentenza di condanna penale è divenuta irrevocabile, questa ha autorità di cosa giudicata quanto alla sussistenza del fatto e al titolo del risarcimento. Tuttavia, il giudice civile può conoscere anche degli effetti dannosi posteriori alla sentenza* » (co. 3); « *Rimane impregiudicata la questione, se, a norma delle leggi civili, la persona civilmente responsabile debba rispondere per l'imputato del danno cagionato dal reato* » (co. 4).

vigore del codice di procedura penale del 1988[25] — è stato gradualmente "destrutturato" dalla Corte costituzionale, che ha — dapprima — dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 373 c.p.mil.p.[26]co. 1 e 2, e — poi — ha accolto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 270 c.p.mil.p.[27], così "espungendo" dal processo penale militare il principio dell'inammissibilità dell'azione risarcitoria[28].

Ed ecco il punto. Infatti, se la Corte costituzionale, con la sent. n. 60 del 1996 — modificando il proprio indirizzo interpretativo precedente[29] — ha ritenuto priva di ragionevole giustificazione l'esclusione della parte civile dal processo, sul presupposto essenziale, ma non esclusivo, che il co. 2 dell'art. 270 c.p.mil.p. vietasse l'inizio immediato dell'azione per le restituzioni ed il risarcimento del danno, nel processo concernente la responsabilità amministrativa degli enti collettivi dipendente da reato la situazione è profondamente diversa ove si consideri, non solo la diversità della regiudicanda oggetto di scrutinio ed accertamento (*id est*, l'illecito amministrativo e non il fatto reato), ma anche la possibilità di azione immediata, dinanzi al giudice civile e senza dover attendere la definizione del processo *de societate*, da parte di colui che si assuma danneggiato, per l'appunto, dall'illecito amministrativo dipendente da talune delle fattispecie individuate nella sezione III del capo I del d.lgs. n. 231 del 2001[30].

25. In proposito, in particolare, v. Cass., Sez. Un., 14 dicembre 1994, Trombetta, in *Cass. pen.*, 1995, 696, 1170, che ha affermato che « *Nel procedimento penale militare non è ammissibile la costituzione di parte civile* ». Si veda, parimenti, per la statuizione che specificamente interessa, Corte cost., sent. n. 78 del 1989, in *Giur. cost.*, 1989, 389, che ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione di costituzionalità dell'art. 270 c.p.mil.p. sul presupposto essenziale che « *non esistono vincoli costituzionali che vietino o impongano l'esperibilità dell'azione civile per le restituzioni ed il risarcimento del danno nel processo penale militare* ».

26. Corte cost., n. 78 del 1989, cit., 389.

27. Corte cost., n. 60 del 1996, in *Giur. cost.*, 1996, 397. In tema, tra gli altri, v. Santoriello, *L'art. 270 c.p.mil.p. ed il divieto di proponibilità dell'azione civile davanti ai tribunali militari: una dichiarazione di incostituzionalità lungamente attesa*, in *Giur. it.*, 1996, I, 383 ss.

28. Sotto il primo profilo, il Giudice delle leggi, con la sent. n. 78 del 1989, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 373, co. 1 e 2, c.p.mil.p., nella parte in cui non prevedevano che il danneggiato dal reato militare potesse proporre « *dinanzi al giudice civile competente* » la domanda « *relativa alle restituzioni ed al risarcimento del danno* », anche perché appariva evidente, d'altronde, « *l'irrazionalità d'una condanna al risarcimento danno senza esercizio della relativa azione civile* »; sotto il secondo profilo, la Corte costituzionale, con la sent. n. 60 del 22 febbraio 1996, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 270 c.p.mil.p. — per contrasto con gli artt. 3 e 24 cost. — sul duplice presupposto che — non solo l'intervento della parte civile nel processo penale rinvenga la propria giustificazione nella necessità di tutelare un legittimo interesse della persona danneggiata dal reato e che l'obiettivo di tutelare gli interessi della persona danneggiata dal reato costituisca uno dei *targets* auspicabili del codice di procedura penale del 1988 — ma anche che l'esclusione della parte civile dal processo penale si sarebbe potuta ritenere *secundum tenorem rationis* solo se si fosse riconosciuta una ragionevole giustificazione nella tutela di interessi considerati preminenti.

29. Il riferimento è alle sentenze n. 106 del 1977 e n. 78 del 1989, in *www.giurcost.org*.

30. In proposito, ancora, v. Cass., sez. VI, 5 ottobre 2010, O.M.S. Saleri S.p.a. e altri, cit., 56, secondo cui l'inammissibilità della costituzione strutturato nella di parte civile nel processo *de*

5. Ad ogni modo, la "prova di resistenza" di quanto sin qui detto in ordine all'inammissibilità della parte civile nel processo a carico degli enti collettivi *ex* d.lgs. n. 231 del 2001 sembra rinvenirsi, a tacer d'altro, anche nella scarsa rilevanza pratica ed operativa della questione[31].

Vale a dire. Non è revocabile in dubbio che l'ente sia responsabile di un fatto illecito proprio, costruito nella forma di fattispecie complessa, della quale il reato è un presupposto, unitamente alla qualifica soggettiva della persona fisica ed alla sussistenza dell'interesse o del vantaggio e che, per l'effetto, l'illecito ammnistrativo *ex* d.lgs. n. 231 del 2001 sia commesso dall'ente collettivo, tanto da costituire qualcosa di diverso dal reato, sicché la sua responsabilità risulta distinta rispetto a quella della persona fisica[32].

Pertanto, la questione nodale sta nello stabilire se la costituzione di parte civile nel processo a carico degli enti collettivi trovi una ragionevole spiegazione, sotto il profilo sostanziale, nel senso che risulti individuabile un danno derivante dall'illecito amministrativo diverso da quello prodotto dal reato presupposto e se, correlativamente, la *societas* possa rispondere, per così dire, "alternativamente" delle obbligazioni risarcitorie riconducibili al comportamento — connotato da profili di penale antigiuridicità — che sia stato tenuto, nel suo interesse ovvero a suo vantaggio, dal soggetto attivo del reato presupposto.

Sotto il primo aspetto, ferma restando l'autonomia tra fatto–reato presupposto ed illecito amministrativo *ex* d.lgs. n. 231 del 2001, va sottolineato che i danni « *riferibili al reato sembrano esaurire l'orizzonte delle conseguenze in grado di fondare una pretesa risarcitoria* », tanto da doversi escludere che possano

societate non contrasta « *con gli artt. 3 e 24 cost.* », ove si consideri che « *la "disparità" di trattamento con il processo ordinario disciplinato dal codice può ritenersi sorretta da adeguata giustificazione in considerazione dell'illecito oggetto dell'accertamento nel processo a carico dell'ente che, prescindendo dalla definizione della sua natura (amministrativa o penale ovvero di un terzo genere), appare forma di una fattispecie complessa, in cui... il reato costituisce solo uno degli elementi fondamentali dell'illecito, sicché appare ragionevole che il legislatore abbia escluso... la costituzione della parte civile. Anche il dedotto contrasto con l'art. 24 cost. appare manifestamente infondato. Innanzitutto deve escludersi che la norma citata elevi a regola costituzionale quella del* simultaneus processus*; inoltre, nel processo* ex *d.lgs. n. 231 del 2001 la posizione del danneggiato è comunque garantita, in quanto oltre a poter tutelare immediatamente i propri interessi davanti al giudice civile, può citare l'ente come responsabile civile ai sensi dell'art. 83 c.p.p. nel giudizio che ha ad oggetto la responsabilità penale dell'autore del reato, commesso nell'interesse della persona giuridica, e lo può fare — normalmente — nello stesso processo in cui si accerti la responsabilità dell'ente* ».

31. Sul punto, tra gli altri, Valsecchi, *Sulla costituzione di parte civile contro l'ente imputato* ex *d.lgs. 231 del 2001*, in *www.penalecontemporaneo.it*, il quale rileva che « *l'argomento davvero decisivo per negare l'ammissibilità di una costituzione di parte civile direttamente contro l'ente consiste nell'assoluta inutilità pratica, quanto meno in tutte le ipotesi in cui la Pubblica Accusa proceda, nel rispetto della regola del* simultaneus processus *di cui all'art. 38 d.lgs. 231 del 2001, a contestare nel medesimo processo alle persone fisiche il reato e all'ente l'illecito amministrativo ancorato a quel medesimo reato* ». È di contrario avviso, Grosso, *Sulla costituzione di parte civile nei confronti degli enti chiamati a rispondere ai sensi del d.lgs. n. 231 del 2001 davanti al giudice penale*, cit., 1342.

32. In questi termini, v. Cass., sez. VI, 5 ottobre 2010, O.M.S. Saleri S.p.a. e altri, cit., 56. Rispetto a tale aspetto specifico affrontato dalla sentenza in discorso, v. Mucciarelli, *Il commento*, cit., 437 ss.

esservi conseguenze dannose ulteriori, derivanti direttamente dall'illecito dell'ente[33].

Infatti, se l'azione risarcitoria nei confronti dell'ente collettivo andrebbe esperita, in relazione all'illecito amministrativo ad esso addebitato, a titolo di responsabilità aquiliana ai sensi dell'art. 2043 c.c. e se tra la succitata disposizione del codice civile e l'art. 185 c.p. corre una rapporto di *genus* a *species* e le relazioni esistenti « *tra reato e danno civile si identificano al meglio segnalando la loro costante separazione e autonomia teorico–concettuale* », tanto che « *il reato può non comportare alcun danno civile (o perché non lo comporta strutturalmente: p.e. atti contrari alla pubblica decenza; o perché. . . « le cose sono andate bene » e il tentativo o la stessa consumazione non hanno avuto alcun seguito economico–patrimoniale o assumibile come danno non patrimoniale; p.e. l'abuso di mezzi di correzione si è in concreto risolto senza conseguenze di sorta); oppure può comportare un danno civile, vuoi quale conseguenza che promana dall'offesa criminale tipica (p.e. perdite economiche e/o mancato guadagno per inattività provocata da gravi lesioni personali), vuoi come profilo di pregiudizio economico intrinseco alla lesione del bene tutelato (p.e. danneggiamento volontario di un incunabolo; furto di un diamante, o di un computer, ecc.); vuoi infine come elemento costitutivo e "perno" dell'intera fattispecie criminosa* »[34], allora è chiaro che i danni, anche indiretti, che costituiscano effetti normali del fatto illecito *ex* d.lgs. n. 231 del 2001, secondo il criterio della c.d. regolarità causale, siano sostanzialmente sovrapponibili con quelli che rinvengono la propria causa efficiente nel fatto–reato presupposto.

In proposito, d'altronde, s'è sottolineato, non solo che « *non possano essere considerati danni prodotti dall'illecito amministrativo quelle ripercussioni negative che si determinano sugli interessi dei soci, dei creditori e dei dipendenti dell'ente per effetto dell'applicazione delle sanzioni a seguito dell'accertata responsabilità dell'ente, in quanto l'eventuale lesione dei diritti di questi soggetti non trova la sua causa diretta nell'illecito amministrativo* »[35], ma anche che « *i danni subiti dai soci e dai terzi incolpevoli cui faceva riferimento la direttiva contenuta nell'art. 11, lett.* v*) della Legge delega n. 300 del 2000, a cui non è stata data attuazione, non erano quelli derivanti direttamente dall'illecito amministrativo, ma costituivano anch'essi ricadute negative derivanti dall'applicazione delle sanzioni, pecuniarie o*

33. Cass., sez. VI, 5 ottobre 2010, O.M.S. Saleri S.p.a. e altri, cit., 56. Sul punto, v. Pistorelli, *La problematica costituzione di parte civile nel procedimento a carico degli enti: note a margine di un dibattito forse inutile*, in *La resp. amm. soc. enti*, 2008, 3, 105.

34. Romano, *Sub* art. 185 c.p., in *Comm. sistemat. c.p.*, a cura di Romano, Grasso, Padovani, Milano, III, 2011, 351.

35. Così, ancora, Cass., sez. VI, 5 ottobre 2010, O.M.S. Saleri S.p.a. e altri, cit., 56. Sul punto, seppur in prospettiva più generale, che le conseguenze personali pregiudizievoli riconducibili alle verifiche condotte dall'autorità giudiziaria, seppur su denunce di terzi, non possano costituire fonte di responsabilità risarcitoria per il denunciante, posto che esse traevano la propria causa diretta dall'ordinamento statale e, quindi, dalle attività pubblicistiche di verifica, v. Cass. civ., sez. III, 24 marzo 2000, n. 3536, Venier e altro c. Cassa risp. Udine e Pordenone, in *Danno e resp.*, 2000, 599.

interdittive »[36].

Sotto il secondo aspetto, poi, il "coinvolgimento" risarcitorio dell'ente collettivo nel processo penale, rispetto al fatto–reato per cui si procede nei confronti della persona fisica imputata e che costituisce anche il presupposto della responsabilità amministrativa della medesima *societas*, deriverà di regola — ogniqualvolta il pubblico ministero proceda nel rispetto del canone del *simultaneus processus* posto dall'art. 38 d.lgs. n. 231 del 2001 — dalla citazione di esso quale responsabile civile *ex* art. 83 c.p.p. — in relazione agli artt. 185, co. 2, c.p., 2049 c.c.[37].

Tornando al punto di partenza, allora, può dirsi che anche la "ragion pratica" milita in favore dell'impostazione ricostruttiva maggioritaria, che tende a negare qualsivoglia ruolo per la parte civile nella "contesa" giurisdizionale tendente all'accertamento della responsabilità amministrativa, dipendente da reato, degli enti collettivi[38].

6. Il tema del rapporto corrente tra azione risarcitoria e processo *de societate* fornisce il destro per una riflessione, seppur sintetica, di stampo evolutivo sul delicato tema degli ambiti della cognizione decisoria del giudice penale.

In proposito, sarebbe auspicabile, pur nella consapevolezza di quale sia la pregnanza degli argomenti di segno contrario e di quali siano le suggestioni promananti dalla tradizione[39], che il processo penale fosse progressivamente alleggerito dal "compito" di verificare la fondatezza di pretese diverse da quella punitiva statuale: infatti, efficienza decisoria, intesa come tempestività

36. Così Cass., sez. VI, 5 ottobre 2010, O.M.S. Saleri S.p.a. e altri, cit., 56. Si badi che l'art. 11, co. 1, lett. *v*), legge n. 300 del 2000 — rubricato « *Delega al Governo per la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e degli enti privi di personalità giuridica* » — stabiliva: « *1. Il Governo della Repubblica è delegato ad emanare, entro otto mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, un decreto legislativo avente ad oggetto la disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle società, associazioni od enti privi di personalità giuridica che non svolgono funzioni di rilievo costituzionale, con l'osservanza dei seguenti princìpi e criteri direttivi: . . . v) prevedere che il riconoscimento del danno a seguito dell'azione di risarcimento spettante al singolo socio o al terzo nei confronti degli amministratori dei soggetti di cui all'alinea del presente co., di cui sia stata accertata la responsabilità amministrativa con riferimento a quanto previsto nelle lettere da a) a q), non sia vincolato dalla dimostrazione della sussistenza di nesso di causalità diretto tra il fatto che ha determinato l'accertamento della responsabilità del soggetto ed il danno subìto; prevedere che la disposizione non operi nel caso in cui il reato è stato commesso da chi è sottoposto alla direzione o alla vigilanza di chi svolge funzioni di rappresentanza o di amministrazione o di direzione, ovvero esercita, anche di fatto, poteri di gestione e di controllo, quando la commissione del reato è stata resa possibile dall'inosservanza degli obblighi connessi a tali funzioni* ». La specifica direttiva non è mai stata attuata.

37. L'art. 185, co. 2, c.p., infatti, prevede che siano obbligati al risarcimento del danno, oltre al « *colpevole* », le « *persone che, a norma delle leggi civili, debbono rispondere per il fatto di lui* ». Sul punto, v. Scalfati, *Difficile ammettere la pretesa risarcitoria senza un coordinamento tra giurisdizioni*, cit., 82.

38. Al riguardo, volendo, v. Ranaldi, *L'accertamento della responsabilità penale delle persone giuridiche*, in *La prova penale,* Gaito, I, 2008, Torino, 545.

39. Da ultimo, anche per gli opportuni richiami, v. Pennisi, *Parti eventuali ed effetti sulla ragionevole durata del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 1305.

e completezza dell'accertamento, e semplificazione delle forme, significano concentrazione del giudizio sulle questioni penalistiche, sovente non di agevole soluzione, che la vicenda *sub iudice* presuppone ed involge.

Il punto, a tacer d'altro, non sta nella dichiarata volontà di ritenere recessive le eventuali istanze risarcitorie e restitutorie dei soggetti eventualmente danneggiati dal reato per cui si procede, rispetto ai "bisogni" di accertamento e verifica che più interessano l'onorabilità e lo *status libertatis* dell'imputato, bensì nel demandare al giudice penale lo scrutinio del solo fatto reato e di tutte le questioni che debba "risolvere" a tale fine precipuo; al contempo, però, secondo un'ottica di congruo bilanciamento, dovranno essere ideati e concepiti, in via legislativa, modelli procedurali differenziati che possano fronteggiare, secondo un'ottica d'efficienza[40], le pretese di coloro che ritengano di poter azionare, per finalità risarcitorie, ipotesi di responsabilità civile da reato[41].

40. Sul punto, va detto, seppur per cenni, che l'ipotesi prefigurata in prospettiva *de iure condendo* sembra comunque contraddetta dal disposto dell'art. 53 Legge n. 69 del 2009 — rubricato « *abrogazione dell'articolo 3 della l. 21 febbraio 2006, n. 102, e disposizioni transitorie* » — , che ha abrogato la disposizione che assoggettava al rito del lavoro le controversie relative al risarcimento dei danni per morte o lesioni, conseguenti ad incidenti stradali.

41. Pennisi, *Parti eventuali ed effetti sulla ragionevole durata del processo penale*, cit., 1305, il quale, per un verso sottolinea che « *non c'è dubbio che l'architettura del processo penale esaminata in fase "statica" manifesta un evidente bisogno di alleggerimento attraverso l'esclusione delle parti non necessarie che lo appesantiscono, compromettendone la ragionevole durata. Bastano due sole considerazioni per riscontrare la verità di tale affermazione: a) la presenza delle parti eventuali moltiplica le formalità dirette a garantire la loro partecipazione al processo che, essendo di stampo accusatorio, impone la parità delle armi; b) si allarga il* thema decidendum *oltre i confini dell'azione penale e conseguentemente anche l'oggetto della prova ai sensi del disposto dell'art. 187, co. 3, c.p.p.* »; per un altro verso, ritiene, però, che « *il principio costituzionale della ragionevole durata del processo va considerato sicuramente come una garanzia oggettiva, vista come efficienza del processo, ma rappresenta indubbiamente anche una garanzia soggettiva, intesa come tutela degli interessi di tutte le parti del processo* » e che « *l'esercizio dell'azione civile nel processo penale, oltre che necessario, per ragioni di ordine pragmatico, storico e sistematico, non ne rende irragionevole la durata, ma anzi ne riduce i tempi e, in ogni caso, realizza una complessiva economia processuale* », mentre una « *conclusione diversa va presa per l'azione di cui alla legge n. 231 del 2001, che... oltre a non essere congeniale al processo penale, determina un eccessivo appesantimento dei tempi, non bilanciato neppure da risultati concreti di economia* ».

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/97888548581909
pag. 473–486

L'impugnazione della parte civile: in mezzo al guado fra la riforma della "Pecorella" e le dichiarazioni di incostituzionalità

Cristiana Valentini

1. Storia ultranota, vien da dire: l'art. 6 della Legge 20 febbraio 2006 n. 46 — cd. Legge Pecorella — è intervenuto sul testo del primo co. dell'articolo, sopprimendo il riferimento ivi incluso ad un'impugnazione da effettuarsi col mezzo previsto per il p.m., a seguito del messaggio[1] con cui il Capo dello Stato rinviava alle Camere il testo della legge[2]. In particolare, secondo il Presidente, a causa dell'eliminazione del potere del p.m. di appellare le sentenze di proscioglimento e in assenza di intervento legislativo alcuno sulle previsioni relative al potere d'appello della parte civile, quest'ultima avrebbe visto compromessa la possibilità di far valere la sua pretesa risarcitoria all'interno del processo.

Ansiosi di procedere all'introduzione di *nova* più consistenti, ma anche frettolosi come troppo spesso ogni legislatore italiano, gli autori della riforma accoglievano alla lettera l'invito presidenziale, risolvendo il problema col tagliare *manu militari* ogni riferimento all'eliminando istituto dell'appello del p.m. Dalla Relazione pronunziata dal deputato Bertolini sulla proposta di legge N. *4604–C1*[3] apprendiamo che l'accusa secondo cui la scelta venne operata senza soverchie riflessioni, è senz'altro vera: al fine di dar conto alle preoccupazioni del Capo dello Stato relative a questo aspetto della riforma, osserva la Relatrice, «*la Commissione giustizia ha ritenuto di tutelare maggiormente la parte civile, modificando la disposizione generale, di cui all'articolo 576 del codice di procedura penale, relativa agli atti di impugnazione della parte civile contro i capi della sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio penale, stabilendo che tale impugnazione, limitata ai soli effetti civili, possa essere effettuata in via diretta e non più con il mezzo previsto per il pubblico ministero. Ciò ha portato alla soppressione dell'articolo 577 del codice di rito relativo alla*

1. In *Guida dir.*, 2006, 20 e ss.

2. Per la ricostruzione del passaggio cfr. Mancuso, *La modifica delle norme in materia di impugnazione della parte civile*, in *Novità su impugnazioni e regole di giudizio*, a cura di Scalfati, Milano, 2006, p. 147 e ss.

3. Si veda il resoconto stenografico della seduta n. 739 del 30 gennaio 2006 su *www.parlamento.it*.

impugnazione della persona offesa per i reati di ingiuria e diffamazione. In tali casi, troverà applicazione la norma di carattere generale di cui all'articolo 576 ».

Oggi, a distanza di un certo numero di anni e dopo copiose produzioni dottrinali e giurisprudenziali sul punto, sappiamo di più su quanto fosse "razionale" siffatta metodologia di protezione delle istanze della parte civile, ma già all'epoca il giurista non poteva certamente dubitare che la secca eliminazione dell'inciso colpevole di riferirsi al mezzo d'impugnazione dell'accusa, non aveva nulla a che vedere con l'assunto della Relazione secondo cui sarebbe stato *stabilito* dalla riforma che l'impugnazione della parte civile potesse « *essere effettuata in via diretta e non più con il mezzo previsto per il pubblico ministero* »; la riforma non prevedeva nulla del genere, limitandosi giustappunto a quell'ormai noto colpo di scure sul primo co. dell'art. 576 c.p.p. D'altra parte — merita aggiungere — la superficialità con cui il tema era stato trattato emerge dall'ulteriore tesi della Relazione secondo cui tutto ciò avrebbe condotto — a mo' di conseguenza logica — « *alla soppressione dell'articolo 577 del codice di rito relativo alla impugnazione della persona offesa per i reati di ingiuria e diffamazione. In tali casi, troverà applicazione la norma di carattere generale di cui all'articolo 576* », mancando una sia pur minima stilla di dubbio sul fatto che la mutazione dell'art. 576 non avesse alcun nesso logico necessitato con l'eliminazione del peculiare appello previsto per la p.c. dall'art. 577 c.p.p. e che, d'altra parte, l'impugnazione per i soli interessi civili non potesse sostituire efficacemente il più ampio potere d'appello all'epoca previsto anche per i capi penali appunto dall'art. 577 c.p.p. pei reati d'ingiuria e diffamazione.

Il resto è, appunto, storia: l'inciso dell'art. 576 e il riferimento al "mezzo del pubblico ministero" aveva uno scopo preciso, identificabile nell'indispensabile individuazione del tipo di strumento di impugnazione a disposizione della p.c.[4] in un ordinamento retto dal principio di tassatività delle impugnazioni medesime[5]. In sostanziale concordia, la dottrina[6] aveva fornito risposta negativo al quesito relativo al se l'art. 576 nella versione amputata, fornisse o meno spazio ad un residuo potere d'appello della parte civile, concludendo nel senso che al danneggiato restasse quale unico rimedio disponibile quello del ricorso per Cassazione[7]; del resto — s'era pure osservato — un'opzio-

4. Puntuali rilievi da Marandola, *Le disposizioni generali*, in *Trattato di procedura penale*, Spangher, V, Torino, 2009, p. 2 e ss.

5. Cfr. Garuti, Dean, *I nuovi ambiti soggettivi della facoltà di impugnare*, in *La disciplina delle impugnazioni tra riforma e controriforma*, Gaito, Torino, 2007, p. 131 e ss.

6. Per una recente ricostruzione delle riflessioni dottrinali e dei contrasti giurisprudenziali occasionati dalla riforma v. Diddi, *L'impugnazione per gli interessi civili*, Padova, 2011, p. 125 e ss.

7. Sui profili di potenziale illegittimità costituzionale di siffatta opzione ermeneutica si vedano Ferrua, *Riforma disorganica: era meglio rinviare. Ma non avremo il terzo giudizio di merito*, in *Dir. e Gius.*, 2006, p. 78; e Scalfati, *Bilancio preventivo di una riforma: principi buoni e norme da ritoccare*, in *Novità su impugnazioni*, cit., p. 21 e ss., il quale osserva: « *il legislatore ha seguito i rilievi di inadeguatezza della disciplina denunciati nel messaggio del Capo dello Stato esclusivamente sul piano degli intenti; perlomeno così*

ne ermeneutica di questo genere era destinata a risultare armonica con il complessivo tessuto della riforma; al contrario il riconoscimento, in capo alla parte civile, del potere d'appello avverso le sentenze di proscioglimento avrebbe inesorabilmente incanalato l'esegesi giurisprudenziale a ritenere imposta, in casi siffatti, la conversione in appello del ricorso del p.m.[8].

La giurisprudenza di legittimità, dal canto suo, ha seguito l'orientamento dottrinale minoritario, seguendo un'esegesi fondata, da un lato, su di un'*intentio legis* indubbiamente chiara, pur nella sua contorta espressione verbale, ma anche sulla scorta di una lettura costituzionalmente orientata tutta protesa ad evitare l'intervento della Consulta[9]. Tentativo inutile perché le questioni di legittimità costituzionale, sollevate nell'arco del tempo, sono state molteplici e la Corte è intervenuta una prima volta, dichiarando la manifesta inammissibilità delle questioni e rilevando che la premessa interpretativa accolta dai giudici rimettenti, secondo cui la riforma avrebbe soppresso il potere di appello della parte civile, non era ancora definibile quale "diritto vivente", di tal ché restava spazio per un'interpretazione costituzionalmente corretta[10]; ed è poi intervenuta in seconda battuta[11], al fine di ribadire che i giudici rimettenti avevano nuovamente omesso di applicare soluzioni ermeneutiche diverse da quelle praticate e richiamare, al contempo, *expressis verbis* la differente scelta nel frattempo effettuata dalla Cassazione con la decisione a Sezioni Unite appena citata; si legge, infatti, nell'ordinanza della Consulta che le novità provocate dalla riforma nell'art. 576, 1° co., c.p.p., risulterebbero in realtà finalizzate a « *rimodulare, accrescendoli, i poteri di impugnazione della parte civile, sganciandone la posizione da quella del pubblico ministero" ed a ripristinare, dunque, il potere di appello della parte privata: con il chiaro intento di recepire il rilievo formulato nel messaggio presidenziale, circa l'eccessiva compressione della tutela delle vittime del reato quale si delineava nelle soluzioni legislative inizialmente adottate* »; testo, questo appena riprodotto, che è citazione esplicita di quello della sentenza a Sezioni Unite 29 marzo 2007, n. 27614.

si desume dai lavori preparatori. Invece, dinanzi all'attuale panorama normativo, che sembrerebbe escludere l'appello della parte civile, è in gioco la ragionevolezza di comprimere le attese del danneggiato imponendogli, nello stesso tempo, scelte sul campo altamente rischiose per gli effetti di "giudicato" delle sentenze penali irrevocabili... per il danneggiato costituito, manca un esplicito potere di appello a fronte della perdurante supremazia dell'accertamento penale sui temi della responsabilità civile ».

8. Sul punto chiarissimo Spangher, *La parte civile nella legge Pecorella. Potrà ricorrere, ma non appellare*, in *Dir. e Gius.*, 2006, 16, p. 38 e ss.

9. Icastica, in tal senso, Cass., Sez. Un., 29 marzo 2007, n. 27614. Su siffatta linea interpretativa si veda Ranaldi, voce *Impugnazioni (in generale)*, in *Dig. Pen*, Torino, 2008, p. 444 e ss.

10. Corte cost. ord. n. 32 del 2007.

11. Corte cost., ord. n. 3 del 2008. Sull'intervento del Giudice di legittimità delle leggi merita consultare Di Chiara, *Legge Pecorella e appello della parte civile avverso le sentenze di proscioglimento dell'imputato,* in *Dir. pen. proc.,* 2008, p. 287; e v. pure Maffeo, *Sentenze di proscioglimento e appello della parte civile: una questione di costituzionalità che potrebbe riproporsi*, in *Cass. pen.,* 2008, 2825.

Una chiosa finale alla ricostruzione storica sorge spontanea: pare tanto timida la Consulta, a volte, tanto rispettosa dei (magari strani e irragionevoli) ghirigori operati sui testi dal legislatore; altre volte — chissà perché — risulta incurante persino di canoni apparentemente intangibili, come quello di tassatività dei mezzi d'impugnazione[12].

2. Lo scenario è di quelli prediletti da certi autori di gialli plumbei e intriganti nella loro paranoia, dove imperversa un assassino seriale, che lascia tracce sfuggenti della sua azione e affanna gli inquirenti nella ricerca di piste che non li scaraventino nell'abisso. Simile è il quadro per chi osservi l'istituto della parte civile, in generale, e il settore delle sue impugnazioni, in particolare.

Il difetto sta certamente all'origine, nelle scelte del legislatore dell'anno 1989, che ha voluto il processo accusatorio, ma non ne ha percorso fino in fondo le implicazioni, consentendo ad un quarto e magari ad un quinto ed un sesto interlocutore (parte civile, responsabile civile, civilmente obbligato per la pena pecuniaria) di introdursi nell'*actus trium personarum;* che ha voluto la vittima del reato all'interno del processo penale, ma l'ha costretta, per entrarvi, a vestire gli inidonei panni del postulante danari; che ha voluto l'esistenza di una parte civile, ma le ha tranciato diritti e prerogative che alla fine dovevano essere inclusi nell'idea della partecipazione, non foss'altro che in nome di quel canone di razionalità e concludenza delle scelte legislative, che sta iscritto nell'art. 3 cost. Quel che rimane, appunto, dopo tante scelte compromissorie, ambigue e spesso distratte, è un panorama in cui l'interprete vaga costantemente alla ricerca di una *guide line* senza trovarla, alla ricerca di indizi che conducano a risolvere il nodo e spieghino con chiarezza cos'è che può o non può fare la parte civile; non per nulla a margine di quest'argomento si scrive che « *non siamo nei tè del Cappellaio matto ma in un codice, dove le stravaganze costano care* »[13].

Anni fa, per esempio, chi scrive notava che l'ormai defunto art. 577 c.p.p. avrebbe potuto costituire uno stimolo in un sistema che aveva scelto di mostrare una profonda diffidenza nei confronti degli impulsi privati al processo, fossero pure intesi quale strumento di contenimento dell'ingestibile obbligatorietà dell'azione e del complessivo carico della cd. domanda penale[14].

12. Una lettura estremamente critica della giurisprudenza di cui si discute è quella effettuata da Diddi, *L'impugnazione per gli interessi civili,* p. 128 e ss., il quale appunto osserva: « *sul piano strettamente interpretativo, l'argomento della volontà del legislatore, a ben vedere, si profila alquanto debole se si considera che non solo questa non si è affatto tradotta in una disposizione normativa, ma che, in un sistema dominato dal principio di tassatività, operazioni ermeneutiche quali quelle proposte appaiono alquanto ambiziose* » p. 135.

13. Sempre magnifico, così Cordero, *Procedura penale,* Milano, 2012, p. 1100.

14. Valentini, *Le disposizioni sulle impugnazioni in generale*, in *Le impugnazioni penali*, Gaito, Torino, 1998, p. 191 e ss.

Nel frattempo, lo "stimolo normativo" è scomparso, cancellato, assieme all'art. 577, dal legislatore del 2006, quale (illogica) conseguenza del mutamento di formula convogliato nell'art. 576 c.p.p.: azione penale e impugnazione sono sempre più prerogativa dell'organo pubblico, seppur defatigato e asseritamente affranto dall'eccesso di pendenze.

In quest'orbita apparente si muovono alcune sentenze.

Eccone una, a Sezioni Unite: «*la parte civile è priva di interesse a proporre impugnazione avverso la sentenza di proscioglimento dell'imputato per l'improcedibilità dell'azione penale dovuta a difetto di querela*»[15].

La vicenda processuale è indicativa: il Giudice di Pace di Benevento dichiarava non doversi procedere nei confronti di due donne, imputate del reato di cui all'art. 595 c.p. per difetto di valida querela. Appellata la sentenza di proscioglimento ad opera della parte civile, il Tribunale competente, quale giudice di appello, dichiarava l'impugnazione inammissibile per carenza di interesse, sulla considerazione che la sentenza di non doversi procedere per mancanza di querela aveva (curiosa espressione) natura esclusivamente penale; per di più non era modificabile in assenza di impugnazione del Pubblico Ministero e comunque non era suscettibile di effetti pregiudizievoli nell'ambito dell'eventuale successivo giudizio civile.

Adìta la Cassazione in sede di ricorso, la Quinta sezione rimette la materia del contendere alle Sezioni Unite, ravvisando un contrasto di giurisprudenza relativo, appunto, al se la parte civile abbia o non abbia interesse a rimuovere la decisione che pronunzi il non doversi procedere per un asserito difetto o mancanza della querela.

Nella prospettiva originariamente perseguita dal legislatore del codice, questo potrebbe sembrare un falso problema: se l'ordinamento assicura alla persona offesa il diritto di querela, esercitabile nel rispetto di date forme e condizioni previste dalla legge, al titolare di quel diritto parrebbe dover essere assicurato lo speculare diritto di verificare, se vuole, la corretta recezione della sua iniziativa nell'ambito predisposto; non per caso a quel diritto ne è connesso un altro, identificabile come la scelta di partecipare all'instaurato processo penale in qualità di parte civile; diritto a sua volta indirettamente, ma logicamente correlato al rischio per il querelante di essere condannato al pagamento delle spese del procedimento, alla rifusione delle spese sostenute dall'imputato e perfino, in caso di colpa grave, al risarcimento dei danni patiti dall'imputato che ne abbia fatto domanda, il tutto ai sensi degli artt. 427 c.p.p., al termine dell'udienza preliminare, e ai sensi dell'art. 542 c.p.p. in caso di proscioglimento dibattimentale. Senza neppure aggiungere che laddove la persona offesa/querelante abbia deciso di perseguire le proprie istanze all'interno del procedimento penale, quell'opzione comporta spese ovviamente collegate alla necessità di munirsi all'uopo di un presidio legale.

15. Cass., Sez. Un., 21 giugno 2012, n. 35599.

Nulla di questo, spiegano le Sezioni Unite, corrisponde ad una posizione giuridica (realmente) tutelata dall'ordinamento.

Il perché merita lunghe spiegazioni: « *la scelta dell'istante di coltivare l'azione civile nel processo penale non può essere giustificata semplicemente da una preferenza di fatto per un certo "iter processuale". Invero, non è configurabile in principio un diritto ad agire in giudizio secondo un determinato procedimento, salva la previsione normativa di specifiche forme di tutela giurisdizionale, disciplinate dall'ordinamento processuale in relazione al concreto bisogno di tutela delle singole situazioni di diritto sostanziale fatte valere. Il che non appare verificarsi nel caso di specie, essendo il diritto al risarcimento del danno del danneggiato congruamente garantito innanzi al giudice civile* ». Con questo, la Corte relega il diritto della persona offesa a partecipare al giudizio penale quale parte civile, ad una (si noti) preferenza di fatto, non certo al diritto di agire in giudizio secondo un determinato procedimento; in altre parole, seguendo la logica della Corte, gli artt. 74 e ss. non configurano un diritto di azione collocato all'interno del procedimento penale, ma, evidentemente, par di capire, una categoria giuridica d'incerta natura.

D'altra parte — prosegue la Corte — il diritto della parte civile ad impugnare la sentenza di proscioglimento per difetto di querela dev'essere valutato nel più vasto ambito dell'interesse a proporre impugnazione di cui all'art. 568, 4° co., c.p.p.

L'evocazione della macro–categoria dell'interesse ad impugnare vale a conferire un manto di certezza scientifica alle scelte della Corte, ma che si tratti di una scelta opinabile è implicito nella medesima (notoria) incertezza del concetto, spesso adoperato quale contenitore multiforme, idoneo a dar ragione a tutto e al contrario di tutto. L'interesse, precisa la Corte, toccando note tanto ultra–ripetute quanto generiche « *sussiste se il gravame sia idoneo a costituire, attraverso l'eliminazione del contesto pregiudizievole, una situazione pratica più vantaggiosa rispetto a quella determinatasi con la pronuncia giudiziale* ».

Sin qui siamo all'ovvio e siffatte ovvietà condannerebbero la decisione di cui si parla alla stessa morte della sentenza suicida di Escobedo, perché è banale notare che, per il querelante che abbia scelto di perseguire i propri interessi nel processo penale, la "situazione pratica più vantaggiosa" sta, molto praticamente, nell'esito (a sé) favorevole di quel giudizio penale.

Ma siccome — lo notavamo poc'anzi — il concetto d'interesse è notoriamente tanto vessato quanto flessibile, la Corte intelligentemente aggiunge che « *d'altro canto, la concretezza dell'interesse è ravvisabile non solo quando l'impugnante, attraverso l'impugnazione, si riprometta di conseguire effetti processuali diretti vantaggiosi, ma anche quando miri ad evitare conseguenze extrapenali pregiudizievoli ovvero ad assicurarsi effetti extrapenali più favorevoli* ».

Ciò premesso, si passa alla questione focale, che viene identificata — a questo punto logicamente — nei rapporti in generale intercorrenti tra

giudizio penale e giudizio civile.

La sentenza di non doversi procedere per mancanza di querela ha carattere meramente processuale « *non contiene un accertamento mediante prove del fatto storico–reato, si limita a statuire su un aspetto processuale (la non ricorrenza di una condizione di procedibilità) che non consente l'accertamento in fatto, e non è idonea a fondare l'efficacia del giudicato nei processi civili, amministrativi e disciplinari in base agli artt. 652, 654 c.p.p.* », questo e non altro è il punto, scrivono le Sezioni Unite. Per siffatta ragione « *la decisione processuale in esame non comporta per la parte civile alcun effetto preclusivo di accertamento in sede civile* » osserva la Corte a buona ragione « *né pregiudizievole di alcun genere* », precisa, e qui evidentemente, presa dall'ansia di giustificare le proprie scelte, la Corte dice troppo, perché in nessun universo razionale è possibile sostenere che si conceda a taluno il diritto di rimuovere una condizione di procedibilità dell'azione penale e, in più, un vero e proprio diritto di azione, senza la possibilità di impugnare la denegazione di quei diritti, sicché chi decida di attivare quegli strumenti — benché allettantemente proposti dal legislatore — rischia di ritrovarsi come i bambini della favola, attirati dal pifferaio di Hamelin su una strada senza ritorno.

3. Fuor di metafora, l'inesistenza di conseguenze pregiudizievoli di alcun genere è negata dai fatti.

Come si accennava, quella dell'interesse ad impugnare è una macro–categoria, inclusa in termini estremamente sommari dall'art. 568, co. 4, c.p.p., e che, però, permea di sé una quantità di istituti fondamentali, primo tra tutti quello del cd. errore causale, inteso quale cagione di annullamento della sentenza al momento del controllo ultimo affidato alla Cassazione.

Diciamo, anzi, che proprio il decisivo concetto di errore causale offre spunto per comprendere meglio quello di interesse ad impugnare e, per conseguenza, i (reali) limiti della facoltà d'impugnare che spetta alla parte civile costituita.

Le ragioni sono ovvie: se è l'errore causale — e solo esso — a dar ragione dell'annullamento pronunziabile dal "giudice dei giudici", ovvero la Cassazione, e se quell'errore risulta identificabile nel nesso tra la motivazione della sentenza e il dispositivo della medesima, allora l'interesse ad impugnare ricorrerà tutte le volte in cui l'errore del giudice di merito abbia avuto un'eco precisa sul dispositivo della sentenza.

È con l'entrata in vigore del codice Finocchiaro, Aprile, datato 1913, che si colgono tracce iniziali di un'espansione della disciplina dell'*error causalis*, inteso quale nesso tra errore palesato dalla motivazione e dispositivo della sentenza.

Le cause d'emersione del concetto risultano identificate con chiarezza: ad una caratura maggiore conferita allo *jus litigatoris*, ovvero, per dirla in termini più chiari, ad una « *inequivoca tendenza legislativa a rendere più*

efficiente la tutela della Corte »[16], si era legato, in modo assai significativo per la presente trattazione, il contemporaneo rilievo conferito alla ricerca di un effettivo interesse del ricorrente all'annullamento e, a questa stregua, alla causalità dell'errore sul dispositivo.

In sostanza, la disciplina dell'*error causalis* appariva, da un lato, come l'ovvio riflesso dell'interesse a ricorrere e dell'utilità del ricorso per il privato, dall'altro, quale strumento idoneo ad evitare, proprio a fronte degli ampliati confini della tutela offerta dalla Cassazione al c.d. *jus litigatoris*, « *inutili ripetizioni, quando la controversia fu decisa giustamente, sebbene non fossero legali i motivi che precedettero la pronunzia* »[17].

All'interno del codice 1913, in effetti, l'embrione contenuto nell'art. 643 c.p.p. 1865 trova pieno sviluppo e dall'avvertimento per cui l'erronea citazione di un testo di legge non avrebbe potuto produrre l'annullamento della sentenza, si passa al concetto, ben più sostanzioso, per cui anche l'*error in iudicando in iure* non sarebbe stato sufficiente alla cassazione del provvedimento laddove fosse rimasto confinato alla parte motiva; ai sensi dell'art. 531, 1° co., c.p.p. 1913 — si apprendeva — « *gli errori di diritto nella motivazione e le erronee indicazioni di testi di legge non danno causa all'annullamento della sentenza se non abbiano avuto influenza sul dispositivo* ».

Di fatto, per quanto accolta con perplessità, la disposizione « *non aveva poi provocato problemi nella prassi, tant'è vero che il legislatore del 1930 aveva potuto* »[18] rieditarla senza problemi all'interno dell'art. 538, 1° co. del codice Rocco[19], per di più con la giunta della formula che esigeva un influenza "decisiva" dell'errore di diritto sul dispositivo della sentenza.

Di fatto, con ogni probabilità, l'innovazione era stata metabolizzata alla fine quale riflesso speculare e sostanzialmente inevitabile dell'idea che la Cassazione non fosse concepibile come esclusivo organo di tutela dello *jus constitutionis*, ma dovesse porsi anche come strumento di protezione dello *jus litigatoris* e che, anzi, potesse funzionare solo nella fattiva coesistenza

16. Siracusano, *I rapporti tra « cassazione » e « rinvio » nel processo penale*, Milano, 1967, p. 162.

17. Così Moschini, *L'art. 531 del nuovo c.p.p.*, in *Riv. dir. e proc. pen.*, 1913, I, p. 583.

18. Così Bargis, *Rettificazione e merito nel giudizio di cassazione penale,* Milano, 1989, p. 33.

19. Si vedano, ad epitome di siffatta sostanziale "leggerezza" con cui fu accolta la formula nel codice Rocco, le considerazioni di Florian, *Diritto processuale penale,* Torino, ed. 1939, pp. 549–550, il quale, a breve distanza di tempo dall'entrata in vigore del codice di procedura del 1930, osserva: « *una singolare potestà venne confermata alla Corte, che inferisce ad una funzione di più sostanziale giustizia e serve ad eludere la tirannide di un eccessivo formalismo. Venne opportunamente accolto il principio, d'altronde già qualche volta applicato dalla giurisprudenza del Supremo Collegio, anche prima del codice abrogato, il quale pure lo sanciva, che "gli errori di diritto nella motivazione e le erronee indicazioni di testi di legge, in quanto non abbiano avuto influenza decisiva sul dispositivo" (art. 538), rivelatosi di per sé legale e giusto, non producano annullamento. In tal caso l'errore diventa irrilevante e dà luogo solamente a sostituzione di motivi legali e a correzione, giusta il criterio che il difetto di pregiudizio salva gli effetti giuridici della sentenza, malgrado l'imperfezione della stessa. Facoltà cotesta della più alta importanza, che eleva la funzione autonoma della Suprema Corte e la trae sul terreno dei fatti; facoltà, quindi, oltre ogni dire, delicata e ardua, da usarsi con estrema cautela; ma tale, secondo noi, da plaudirsi pienamente* ».

di entrambi gli elementi[20]; onde per cui la Corte « *non può pronunciare l'annullamento della sentenza denunciata, qualora questa sia ingiusta per un error in iudicando da cui l'interesse dello Stato alla uniforme interpretazione della legge non sia violato (errore di fatto); come, inversamente, essa non può pronunciare l'annullamento di una sentenza che contenga nella sua motivazione un errore di diritto, che lo Stato avrebbe interesse a riprovare, ma che non ha prodotto nel dispositivo quelle conseguenze pratiche dalle quali solamente l'interesse individuale può sentirsi ferito* »[21].

Le conseguenze logiche di siffatte riflessioni — fondate, peraltro, è bene precisarlo, sulle origini concettuali dell'istituto dell'interesse ad impugnare e del correlato errore causale — appaiono piuttosto evidenti.

La cd. concretizzazione dell'astratto interesse che il codice riconosce al titolare del mezzo d'impugnazione, si misura sul tipo di effetti che la rimozione della sentenza impugnata appare idonea a produrre[22]; effetto utile che emerge inevitabilmente dal raffronto tra il provvedimento impugnato e quello ottenibile dal potenziale accoglimento dei motivi d'impugnazione; meglio: dal raffronto tra il comando incluso nel dispositivo del provvedimento impugnato e il comando ottenibile dal (nuovo) dispositivo che gli impugnanti auspicano di ottenere[23].

L'interesse processuale si misura su questo campo e non su altri: non ha senso argomentare sull'inesistenza di effetti extrapenali delle sentenze che dichiarano l'inesistenza della condizione di procedibilità; è cosa ovvia; ma se rimaniamo nel campo proprio del processo, allora non si può non vedere come la rimozione degli effetti di una sentenza che erroneamente dichiari l'inesistenza (o altro difetto) della querela produce eccome effetti nella sfera giuridica dell'interessato, a patto che non si dimentichi che quella sfera giuridica è composta non solo di diritti sostanziale, ma anche di diritti incardinati ed esistenti, appunto, nel processo medesimo: diritti d'azione,

20. Si veda, sul punto, l'impostazione di Satta, voce *Corte di cassazione (dir. proc. civ.),* in *Enc. Dir.,* Vol. X, Milano, 1962, p. 801 e ss., che osserva: « *il punto fondamentale è che il preteso interesse all'interpretazione della legge, così come quello all'uniformità del diritto, non esistono oggettivati ed astratti nel diritto positivo, ma sono sempre soggettivati, nel compiuto senso che sono interessi di un soggetto in relazione a un atto del giudice che lo grava, e che egli assume non rispondente alla legge* ».

21. Così Calamandrei, *Opere giuridiche,* a cura di Cappelletti, Vol. VII, Milano, 1976, p. 155. Segno di questa percezione della sostanziale inevitabilità dell'esigenza di un nesso causale tra l'errore nella motivazione e il dispositivo si colgono, del resto, anche in Cordero, *Procedura penale,* Milano, 1987, p. 796. Sul punto v. pure Petrella, *Le impugnazioni nel processo penale. Trattato teorico pratico*, II, Milano, 1965, p. 512, il quale segnala con la medesima naturalezza: « *poiché, come è noto, le impugnazioni si dirigono contro il dispositivo della sentenza, è logico che gli errori di diritto che non si siano tradotti in provvedimento ingiusti o invalidi siano irrilevanti* »; nonché Leone, *Trattato di diritto processuale penale,* Vol. III, Napoli, 1961, pp. 34–35, nonché p. 230.

22. Spangher, voce *Impugnazioni penali*, in *Dig. Pen*, Vol. VI, Torino, 1992, p. 217 e ss.

23. *Amplius* sul tema dell'interesse ad impugnare cfr., volendo, il già citato Valentini, *Profili generali della facoltà di impugnare,* cit., 223 e ss.

diritti d'impugnazione[24]. Non si vuole che la parte civile li abbia? La si escluda *ab origine* dal processo penale: sarebbe una scelta giusta e coerente col sistema accusatorio asseritamente adottato. Ma non si dica che può starci, però solo fino ad un certo punto.

4. *Delikatessen*: chiamiamo così quegli spontanei *exploit* giurisprudenziali con cui la Corte di Cassazione rende noto al popolo italiano, nel cui nome pronunzia le sentenze, che è lei e solo lei — nonostante le apparenze — l'*arbiter elegantiarum* dell'odierno caos esegetico. Nel territorio della parte civile, lo fa con piglio più disinvolto del consueto e attitudine a ridefinire in brevi tratti l'esistente.

Cominciando dalla fine e prendiamo ad esempio la sentenza, resa a Sezioni Unite, sul finire dello scorso anno[25]: la questione rimessa all'esame era la seguente: « *se la parte civile, con l'impugnazione della sentenza di proscioglimento, debba richiedere espressamente, a pena di inammissibilità, la riforma della sentenza ai soli effetti civili* ». Dopo una lunghissima e dotta premessa sulla disciplina dei poteri di impugnazione della parte civile *post* l. 20 febbraio 2006, n. 46, in generale, e sul contrasto di giurisprudenza formatosi negli anni sulla specifica questione sottoposta alle Sezioni Unite, in particolare, la sentenza giunge al punto, stabilendo che « *non è richiesto, ai fini dell'ammissibilità dell'impugnazione della parte civile contro una sentenza di proscioglimento, che l'atto di impugnazione contenga la espressa indicazione che viene proposto ai soli effetti civili* ».

Questa (evidentemente) sofferta scelta esegetica viene giustificata *in primis* su di un punto fermo: fatta salva l'ipotesi di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione, il giudice penale può decidere sulla domanda per le restituzioni e per il risarcimento solo quando pronunci sentenza di condanna. Per converso, la parte civile — leggiamo sempre in sentenza — nonostante le modifiche operate dalla legge n. 46 del 2006, possiede tutt'ora il potere di impugnare le sentenze di proscioglimento ed il giudice dell'impugnazione ha il potere di affermare la responsabilità dell'imputato (per quanto ai soli) effetti civili e di condannarlo al risarcimento del danno.

Tale conseguenza, peraltro — spiega la Corte — non dipende dalle richieste della parte civile contenute nell'atto di impugnazione, ma discende *ex lege* dalle disposizioni di cui agli artt. 538 e 576 c.p.p., sicché « *la non necessità della formale enunciazione della finalizzazione dell'atto di gravame agli effetti civili si fonda... sulla superfluità di un tale elemento dal momento che è lo stesso art. 576 cod. proc. pen. a circoscrivere in tal modo l'impugnazione svolta dalla parte civile. Se, infatti, la finalità del gravame in oggetto non può, per precisa volontà normativa, fuoriuscire da tale ambito, il richiedere all'impugnante una*

24. Diverse le conclusioni sul punto di Diddi, *L'impugnazione*, cit., 113 e ss.

25. Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2012, n. 6509.

tale specificazione si risolverebbe, in definitiva, nel pretendere un adempimento non necessario ». Insomma: il punto è che la richiesta della parte civile di condanna al risarcimento dei danni implica l'accertamento (sia pure incidentale ed ai soli effetti civili) della responsabilità dell'imputato, mentre, d'altra parte, dall'altro lato « *la richiesta di affermazione della responsabilità dell'imputato non può avere, per espressa disposizione di legge, altro significato che quello di un accertamento incidentale ed ai soli effetti civili* ».

Qui è il caso di dire che la montagna partorì il topolino: la Corte ha deciso a Sezioni Unite, col supporto di vasto dispiego di cultura giuridica, per decidere un contrasto giurisprudenziale che non aveva senso né ragion d'essere e a dirimere il quale sarebbero state ampiamente sufficienti le ultime battute, poc'anzi citate: che la parte civile possa ottenere qualcosa solo sul presupposto della condanna dell'imputato, è uno dei pochi passaggi semplici *in subiecta materia,* e che, peraltro, dato il ruolo del tutto accessorio della pretesa civile nel processo penale, la relativa impugnazione possa vivere solo nei limiti di cui all'art. 576 c.p.p., non era seriamente discutibile.

Esaminiamo un'altra questione tanto recente, quanto (sperabilmente) ovvia: « *L'appello che sia stato introdotto, ai sensi del co. primo dell'art. 576 cod. proc. pen, dall'impugnazione della sola parte civile va trattato, sulla scorta di quanto disposto dall'art. 573 c.p.p., con le forme ordinarie del processo penale, per cui è necessaria la partecipazione e le conclusioni del rappresentante della pubblica accusa* »[26], massima cui fa eco, nel corpo della sentenza, l'enunciazione di altro canone piuttosto ovvio, secondo cui « *la regola di giudizio dell'"al di là di ogni ragionevole dubbio" è efficace anche per l'affermazione della responsabilità ai fini civili che venga dichiarata nel processo penale* ».

Siamo anche qui nel campo in cui la Corte enuncia come risultati esegetici estrapolati dal complesso mondo della procedura, regole che spereremmo essere banalmente incluse nella lettura della disciplina codicistica: se, ai sensi dell'art. 573, 1° co., c.p.p., l'impugnazione per i soli interessi civili va « *proposta, trattata e decisa* » con le ordinarie forme del processo penale, non si vede davvero quale spazio vi sia per dubitare che le conclusioni del rappresentante della pubblica accusa debbano avere spazio nel relativo procedimento e che, manco a dirlo, debba trovare applicazione la regola di proscioglimento configurata dalla formula dell'"oltre ogni ragionevole dubbio".

Nelle pronunzia appena esaminate, la Corte di atteggia a solutrice di questioni controverse, in cui l'unica natura realmente controversa è data da precedenti stravaganti esegesi di un dettato legislativo privo di sfumature.

5. Esiste la possibilità di un annullamento, pronunziato dalla Cassazione, provvisto di esclusivi riverberi sulle vicende dell'eventuale pretesa civilistica

26. È la massima di Cass., sez. VI, 19 dicembre 2012, n. 1514.

inserita nella vicenda penale.

L'art. 622 c.p.p. tratta, in effetti, due fattispecie differenti: si dà l'ipotesi dell'annullamento dei capi civili, ferme restando le residue statuizioni della sentenza, come pure, giusto al contrario, quella dell'annullamento della sentenza di proscioglimento dell'imputato impugnata dalla parte civile.

In entrambi i casi, identiche parrebbero le conseguenze, almeno stando alla lettera della norma: la Corte rinvia — se occorre — al giudice civile competente per valore in grado di appello. Presa con assolutezza, la regola appare però piuttosto stravagante; si consideri, per cominciare, la prima fattispecie: l'annullamento delle statuizioni civili può intervenire per ragioni varie.

È possibile che la Corte annulli i capi civili per essere originariamente inammissibile l'atto di costituzione, a causa di uno dei possibili difetti tracciati dall'art. 78 c.p.p.: qui l'annullamento dei capi civili consegue sostanzialmente all'estromissione tardiva della parte, ma la pretesa civilistica resta intatta ed anzi il danneggiato potrà avvalersi del giudicato di condanna sui capi penali a termini dell'art. 651 c.p.p.; l'annullamento con rinvio al giudice civile d'appello non è utile al danneggiato — che comunque è provvisto di un giudicato sull'*an* — ed appare schiettamente incostituzionale nei confronti dell'imputato, cui viene sottratto un grado di giudizio sul *quantum*.

D'altra parte, è possibile — per quanto raro — che la Cassazione annulli solo capi civili che contengano, peraltro, una condanna al risarcimento sia sull'*an* che sul *quantum:* in siffatta ipotesi certamente ha senso il rinvio al giudice civile d'appello, con la precisazione che questi potrebbe valutare esclusivamente la correttezza della quantificazione del danno e non certo una responsabilità del convenuto su cui si è formato il giudicato in sede penale.

D'altro canto, la Corte potrebbe annullare una sentenza di condanna che consta di soli capi civili: si pensi al caso in cui sia stata impugnata dalla sola parte civile una sentenza di proscioglimento emessa in primo grado e l'esito dell'appello sia stato la condanna dell'imputato ai soli effetti civili; in un'ipotesi di questo tipo il ricorso vittorioso dell'imputato può portare all'annullamento della sentenza, ma con esiti potenzialmente differenti: l'annullamento dei capi civili potrà essere con rinvio al giudice civile d'appello — qualora la Corte d'appello avesse emesso una sentenza carente in punto di motivazione — ma anche senza rinvio, qualora la Cassazione ritenga che il panorama probatorio non giustificasse in alcuna guisa la condanna dell'imputato a seguito dell'appello della parte civile: nel primo caso la Cassazione annulla certamente con rinvio al giudice civile d'appello che risulti competente per valore e che valuterà circa l'*an* e il *quantum*; nell'altro caso, l'annullamento della sentenza provoca esclusivamente l'elisione dell'effetto extrapenale del giudicato e null'altro.

Quanto alla seconda fattispecie descritta dall'art. 622 — ricorso della parte civile contro il proscioglimento dell'imputato — l'esito favorevole è ancora una volta in grado si assumere sembianze variegate: è possibile che il danneggiato abbia fatto ricorso allegando l'inesistenza di prove favorevoli ad un proscioglimento pronunziato ai sensi dell'art. 129, 2° co., c.p.p. con preferenza sull'intervenuta prescrizione; in un caso del genere, l'esito favorevole dovrebbe essere l'emissione di un dispositivo che sottrae effetto extrapenale al proscioglimento in parola, non certo l'annullamento con rinvio al giudice civile d'appello, perché, qualora fosse mancata in fase di prime cure la raccolta di prove idonee alla quantificazione del danno e, dunque, alla liquidazione del medesimo, tanto il danneggiato, quanto la sua controparte, se rinviati alla fase d'appello civile perderebbero un grado di giudizio sul *quantum*. È altrettanto ipotizzabile, poi, che la parte civile abbia impugnato un proscioglimento confermato per due gradi di merito penale, risultando alfine vittoriosa in cassazione: ancora una volta il rinvio al giudice civile d'appello sottrarrebbe alle parti un grado di giudizio sul *quantum*.

Unica ipotesi ragionevole, qui, per l'annullamento prefigurato dall'art. 622, sembra essere quella dell'imputato prosciolto in fase di seconde cure dopo un dibattimento che avesse comportato condanna e accertamento del *quantum debeatur:* il rinvio al giudice civile d'appello, a seguito di ricorso vittorioso della sola parte civile, non stride, essendo sua la residua materia del contendere e non privandosi il danneggiato di alcun grado di giudizio sul *quantum:* ipotesi remota, si deve ammettere. La difficoltà del tema — risolta dal legislatore in termini poco perspicui e certamente incompleti — suscita comunque esegesi giurisprudenziali divergenti; tale l'ipotesi in cui la Corte constati la contemporanea ricorrenza di un vizio di motivazione sulla responsabilità dell'imputato e dell'estinzione del reato per prescrizione.

Nel caso descritto la prescrizione costringe il giudice di legittimità all'annullamento senza rinvio, mentre in assenza della medesima, unica decisione corretta sarebbe stata quella dell'annullamento con rinvio per difetto motivazionale; il contrasto riguarda appunto l'identificazione del giudice competente per il rinvio quanto alla ritenuta responsabilità per i capi civili della sentenza. Secondo il più recente orientamento riscontrato dalla giurisprudenza edita, in un'ipotesi del genere sarebbe « *più opportuno e motivato il rinvio al giudice civile competente a decidere sia sull'an che sul quantum, senza... inutili ed inopportuni comparti di giurisdizione* », con l'esito seguente: annullamento senza rinvio sui capi penali e contemporaneo annullamento con rinvio al giudice civile d'appello quanto ai capi civili[27].

Altre pronunzie, viceversa, hanno stabilito che situazioni di questo tipo impongono una decisione di annullamento con rinvio allo stesso giudice penale che ha emesso il provvedimento impugnato e non al giudice civile

27. Cass., sez. II, 27 aprile 2010, n. 32577; in pari termini, Cass., sez. VI, 3 giugno 2009, n. 26299.

competente per valore in grado di appello, ai sensi dell'art. 622 c.p.p., sulla scorta dell'idea che tale disposizione presupporrebbe o il già definitivo accertamento della responsabilità penale o l'accoglimento dell'impugnazione proposta dalla sola parte civile e che, per di più, il giudice penale potrebbe « *utilizzare direttamente il materiale probatorio acquisito, senza alcun onere di impulso a carico della parte civile, ed esercitare poteri di ufficio in materia di acquisizione probatoria, che non trovano corrispondenza nel processo civile* »[28].

La soluzione del problema pare tutt'altro che semplice ed inadatta a formule solutorie disinvolte: da un lato certamente l'annullamento e rinvio ai sensi dell'art. 622 c.p.p. comporta l'inequivoco vantaggio di affidare ad un unico giudice tanto la valutazione sull'*an* quanto la valutazione del *quantum,* con sicuro abbreviamento del percorso residuo di cui appare onerata la parte civile, cui verrà risparmiata la necessità di tornare nuovamente in sede penale a fini di accertamento della responsabilità, per poi iniziare un giudizio civile nel quale, avvalendosi dell'effetto extrapenale, chieda solo la liquidazione del *quantum*.

Non irrilevanti, peraltro, appaiono gli argomenti idonei a contrastare siffatta soluzione e proprio in nome del diritto ad una durata ragionevole del processo: in effetti, nulla — se non una pigra prassi dei giudicanti del merito — osta a ché il giudice penale, lungi dal demandare all'omologo civile la quantificazione complessiva del danno, provveda egli stesso; vi sarebbe, anzi, da dire che l'art. 539 c.p.p. configura l'ipotesi di condanna generica come residuale e limitata ai casi in cui non siano state ammesse prove idonee alla liquidazione complessiva; ne dà conferma il successivo art. 540 che prevede persino la possibilità di dichiarare provvisoriamente esecutiva la condanna sui capi civili.

Quando si consideri, dunque, che, in effetti, il legislatore del codice ha prefigurato il giudice penale come giudice dell'*an,* ma anche del *quantum* della pretesa fatta valere dal danneggiato, perdono certamente peso gli argomenti della giurisprudenza più recente in materia di annullamento ai sensi dell'art. 622 c.p.p.: se il giudice penale applicasse le norme del codice, non gli sarebbe impedito di essere tanto giudice dell'*an* quanto giudice del *quantum;* riprenderebbero, per converso, valore gli argomenti spesi da quella giurisprudenza che plaude, in casi siffatti, per un ulteriore rinvio al giudice penale: trattandosi di annullamento (dei soli capi civili) per mancanza di motivazione sulla responsabilità, il giudice penale deciderebbe sulla scorta di prove già acquisite, con consistente risparmio di tempo e risorse rispetto all'opera che dovrebbe svolgere, invece, il suo omologo civile.

28. Cass., sez. III, 27 febbraio 2008, n. 15653.

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/978885485819010
pag. 487–507

La persona offesa tra diritto di difesa e diritto alla giurisdizione: le nuove tendenze legislative

Teresa Bene

1. Il ruolo processuale della persona offesa dal reato nel codice di procedura penale del 1988 è previsto nel titolo V del libro I[1]. Le norme individuano una disciplina articolata che, se produce ricadute in ordine alla collocazione autonoma fra i soggetti processuali, incide anche sulla efficacia dell'intervento dell'offeso, in ordine ai tempi, alle pretese da far valere, ai poteri di natura processuale[2], al contributo utile per il pubblico ministero in tutto l'arco del processo, « *persino negli stadi più avanzati del giudizio di cognizione* »[3], anche in ragione delle funzioni di "accusa sussidiaria" che gli sono attribuite[4].

La previsione normativa attuale, sebbene non riconosca la qualità di parte all'offeso[5], introduce « *forme di tutela processuale assai più avanzate* »[6] rispetto al codice del 1930. Esse rappresentano il punto di arrivo di un mutamento ideologico aperto alle "interferenze" dei privati nell'esercizio dell'azione penale.

Scomparsa la frammentarietà normativa[7] di quel codice e superati i confini dell'art. 306, la nozione di persona offesa è stata estesa, i poteri ampliati e la sfera di operatività si proietta oltre la fase anteriore al dibattimento. L'ideologia autoritaria del codice previgente, che non ammetteva iniziative dell'offeso dal reato se non nelle forme della semplice cooperazione marginale rispetto ad un pubblico ministero, unico *dominus* dell'azione penale,

1. Aimonetto, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. Dir.*, 1983, 319 ss.; Amodio, *Persona offesa dal reato*, in *Comm. nuovo c.p.p.*, Milano 1989, I, p. 534; Bresciani, *Persona offesa dal reato* in *Dig. Pen.*, 1995, 528 ss.; Pansini, *Persona offesa dal reato,* in *Dig. Pen.*, 2011, 411 ss.; Pennisi, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. Dir.*, 1997, 790 ss.; Rivello, *Riflessioni sul ruolo ricoperto dalla persona offesa da reato e dagli enti esponenziali,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 615.

2. In particolare riferimento al danneggiato dal reato v. Kostoris, *La tutela della persona offesa nel procedimento penale*, in *La vittima del reato, questa dimenticata*, Roma, 2001.

3. Le direttive 3 e 39 della legge delega sanciscono a livello normativo l'attuazione dello sviluppo ideologico nei confronti della persona offesa.

4. Amodio, *Persona offesa dal reato*, cit., 543.

5. *Rel. prog. prelim.*, in *Gazz. uff.*, n. 250 del 24 ottobre 1988, suppl. ord. n. 2, 41.

6. Amodio, *Persona offesa dal reato*, cit., p. 533.

7. In particolare v. Giarda, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, Milano, 1971, p. 21.

riservava il suo contributo processuale esclusivamente al momento dell'istruzione, attribuendogli le mere facoltà previste nell'art. 360: presentare memorie, indicare elementi di prova, « *proporre indagini per l'accertamento della verità* ». Non vi era, dunque, spazio per uno *ius postulandi* all'offeso. In seguito, non muta l'impianto originario, sebbene sia stato realizzato un ampliamento dell'area operativa dei poteri, prima con la l. 18 giugno 1955, n. 517, che ha esteso la partecipazione "autorizzata" agli atti non coperti da segreto istruttorio (perizie, esperimenti giudiziari, ricognizioni) anche all'offeso[8], e successivamente con la l. 5 dicembre 1969, n. 932, e la l. 15 dicembre 1972, n. 773. Quest'ultima ha individuato tra i "destinatari" dell'avviso di procedimento[9] chi avesse interesse, in qualità di "parti private" tra le quali la prassi colloca l'offeso, all'esistenza di un processo penale per consentire l'esercizio dei propri diritti. Tale meccanismo, ispirato ancora ad una logica molto asfittica perché fondato sulla commistione offeso–danneggiato e orientato all'esercizio dell'azione di risarcimento del danno, può dirsi tendenzialmente superato solo con la legge delega del 1974 che ha riconosciuto alla persona offesa un ruolo attivo.

Il progressivo mutamento ideologico àncora nuove premesse metodologiche e consente di valorizzare la posizione funzionale della persona offesa[10] che, attraverso l'esercizio dei diritti e delle facoltà previsti nell'art. 90 c.p.p., fa valere l'interesse sostanziale alla violazione della norma penale sul piano procedimentale, in un'ottica di utilità per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale. Tale valorizzazione rappresenta il primo segnale verso la possibilità per l'offeso di influire sulla « *commisurazione dell'interesse pubblico al processo* ». In questa prospettiva può leggersi l'inserimento dell'art. 227, d.lgs. 19 febbraio 1988, n. 51, che, nel riconoscere agli uffici giudiziari il potere di stabilire un ordine nell'esame dei procedimenti pendenti, individua tra i criteri di priorità l'interesse della persona offesa insieme alla gravità, alla concreta offensività dell'illecito ed al pregiudizio che può arrivare dal ritardo per la formazione della prova e per l'accertamento dei fatti. Dunque, inizia a stigmatizzarsi la necessità[11], anche per il futuro, di un meccanismo che garantisca « *l'esercizio dell'azione a tutela dell'offeso, soprattutto quando questi non è portatore di un mero interesse privatistico* »[12]. Così può essere letta la facoltà di opporsi al procedimento per decreto, il cui ambito operativo è

8. . . . oltre che all'imputato e alla parte civile.

9. Sabatini Gius., *Processo penale e partecipazione*, in *Giust. pen.*, 1972, III, 644.

10. Sulla teoria funzionalista, v. Somma, *Temi e profili di diritto comparato. Tecniche e valori nella ricerca comparatisitica,* Torino, 2005, p. 2 ss.

11. Tale ruolo va valutato in una prospettiva futura, in relazione alle ipotesi in cui il reato sia escluso dalle priorità dell'ufficio, considerando l'opportunità di escogitare un modulo che consenta di provocare la giurisdizione, Caianiello, *Poteri dei privati nell'esercizio dell'azione penale*, Torino, 2000, p. 96

12. Riccio, *Spunti per un'azione penale a tutela degli interessi collettivi*, in *Processo penale e modelli di patecipazione*, Napoli, 1977, p. 118.

stato ampliato alle fattispecie perseguibili a querela di parte[13].

In linea formale queste precisazioni evidenziano la trasformazione delle mere facoltà del codice del 1930 in diritti di intervento o di impulso nelle situazioni in cui può essere pregiudicato l'interesse accusatorio, nell'ipotesi di inerzia del pubblico ministero, di ritardo nella chiusura delle indagini o di inadeguata elaborazione della prova ed individuano i diversi piani di operatività dei poteri della persona offesa.

La logica appare chiara nel meccanismo previsto dagli artt. 408, 409 e 410 c.p.p. Ragioni di sintesi inducono a tralasciare l'esame delle questioni relative alla incidenza della mancata o ritardata dichiarazione della persona offesa di voler essere informata della richiesta di archiviazione sul diritto di opposizione dell'offeso[14], né, d'altro canto l'analisi potrà interessarsi della ammissibilità dell'atto oppositivo, legato alla differente lettura o alla "novità" delle indagini[15] o della mancanza di una sanzione nel caso i cui non sia stata avvisata della richiesta di archiviazione, pur avendo dichiarato di voler essere informata[16].

La proiezione del profilo funzionale della persona offesa sull'esercizio dell'azione penale acquista rilievo pregnante nella indicazione al pubblico ministero di elementi di prova attraverso la presentazione di una memoria, ai sensi dell'art. 90 c.p.p., idonei a sostenere l'accusa in giudizio[17], affinché questi chieda al giudice l'autorizzazione per la riapertura delle indagini[18]. In questi termini il meccanismo previsto dall'art. 414 c.p.p. è diretto a realizzare una "maggiore effettività" del principio di obbligatorietà dell'azione penale. Così è nata l'idea di riconoscere la legittimazione alla persona offesa a proporre ricorso immediato al giudice di pace *ex* art. 21 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274.

Su queste premesse, ragionando sulla necessità di ipotizzare modelli di giurisdizione penale "alternativi" nei quali il processo nasca attraverso una forma di esercizio privato dell'azione penale e si celebri anche in difetto di

13. In particolare sulle criticità che pone la attuale disciplina relativa al procedimento per decreto v. Scalfati, *Le nuove prospettive del decreto penale*, in *Il processo penale dopo la riforma del giudice unico*, a cura di Peroni, Milano, 2000, p. 521; v. anche Iasevoli, voce *Persona offesa dal reato*, in *Enc. Giur. Treccani*, 2007, p. 3.

14. Cass., Sez. Un., 7 luglio 2004, Apruzzese, in *Guida dir.*, 35, 59. Com'è noto, la Corte ha affermato che « *la mancanza o la tardività della dichiarazione di voler essere informata della richiesta di archiviazione non esclude la facoltà della persona offesa di proporre opposizione dopo la trasmissione della richiesta di archiviazione al giudice per le indagini preliminari fino a quando questi non abbia provveduto* ».

15. Di Chiara, *Il contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, p. 391.

16. Può dirsi che quel meccanismo prevede, attraverso l'opposizione, la partecipazione dell'offeso all'attivazione del processo, con l'effetto eventuale della formulazione dell'imputazione da parte del pubblico ministero, su questi profili v. Giostra, *L'archiviazione. Lineamenti sistematici e questioni interpretative*, Torino, 1994, p. 96.

17. Elementi di prova, come possibile risultato delle investigazioni difensive svolte dal difensore della persona offesa.

18. Galantini, *Riapertura delle indagini*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1989, 170.

ogni iniziativa del pubblico ministero, è stata proposta una riscrittura del ricorso immediato della persona offesa[19]. Se, in questa prospettiva, sono superate molte annose questioni sollevate vigente il codice di procedura penale del 1930, possono considerarsi definitivamente fugati i dubbi, ad esempio, sulla titolarità del bene giuridico[20] tutelato dalla norma incriminatrice violata, quale criterio identificativo della persona offesa e sulla autonomia giuridica dei concetti offeso–danneggiato. Rimangono, invece, talune perplessità in ordine ad altre questioni, la cui risoluzione appare ancora problematica. Occorre verificare se esistono criticità nella individuazione dei diritti e delle facoltà attribuiti alla persona offesa nella fase procedimentale. In particolare, se l'interesse della persona offesa alla conoscenza del processo e al processo, seppur mediato dall'intervento del pubblico ministero trova efficace tutela; se l'offeso ha la facoltà di incidere nel procedimento incidentale *ex* art. 240 c.p.p. Inoltre, se il sistema sanzionatorio offre adeguata tutela alle violazioni dei diritti dell'offeso e se esiste un nesso di consequenzialità tra persona offesa e parte civile, sebbene il codice del 1988 abbia voluto interromperlo per dare « *riconoscimento autonomo all'interesse partecipativo della persona offesa, senza condizionarlo all'eventualità della presenza di un interesse risarcitorio* »[21]. Infine, occorre verificare se l'offeso non ancora costituito parte civile può depositare liste dei testi, se la valutazione della attendibilità oggettiva delle dichiarazioni testimoniali della persona offesa ha bisogno di riscontri, se sono utilizzabili nel giudizio abbreviato semplice le dichiarazioni della persona offesa, rilasciate al difensore e assunte nelle forme delle investigazioni difensive. Tralasciando l'esame delle soluzioni interpretative che, in via generale, dottrina e giurisprudenza affermano, occorre analizzare i profili per i quali residua un contrasto che talora non si ricompone.

2. I profili legati alla natura sostanziale della persona offesa non alimentano dubbi. Essa è individuata[22] in ragione della titolarità del bene giuridico

19. La Commissione di riforma del codice di procedura penale ha proposto un modulo in cui sia la persona offesa ad esercitare l'azione penale davanti al giudice di pace per i reati perseguibili a querela, prevedendo l'assistenza di un difensore e il deposito degli atti di investigazione compiuti, per i profili connessi v. *Relazione di accompagnamento della bozza di riforma del codice di procedura penale*, redatta dalla Commissione Riccio.

20. Aimonetto, *Persona offesa dal reato*, cit., p. 318 ss.; Tranchina, *Persona offesa dal reato*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1988, p. 1 e ss.; in giurisprudenza v. Cass., Sez. Un., 18 dicembre 2007, Pasquini, in *Arch. nuova proc. pen*., 2008, 148; Cass., sez. V, 3 dicembre 1998, Faraon, in *Riv. pen*., 1999, 178; Cass., sez. IV, 16 giugno 1995, Ferri, in *Arch. nuova proc. pen*., 1995, 860.

21. Santalucia, *Persona offesa e attività investigativa*, in *Giust. pen*., 2001, III, 454.

22. Gli unici elementi che dall'esame della disciplina del c.p.p 1930 emergevano con chiarezza erano il conferimento della qualità di teste all'offeso dal reato e il riconoscimento, in capo ad esso, della facoltà di contribuire, nella fase istruttoria, all'accertamento della verità con memorie, indicazione di elementi di prova e proposte di indagini, così, Garuti, *Persona offesa e incidente probatorio*, in *Giust. pen*., 1992, III, 332.

tutelato dalla norma incriminatrice che si assume violata[23], quale soggetto passivo della condotta penalmente rilevante[24] e si distingue in quanto singola persona fisica o giuridica[25] dallo Stato. Quest'ultimo va riconosciuto come soggetto passivo "costante" perché titolare dell'interesse pubblico al rispetto delle regole e dell'ordine costituito[26].

In merito alla distinzione tra offeso e danneggiato[27], si osserva che sulla base di un'idea condivisa, i termini riconducono a concetti giuridicamente autonomi, riconoscendo il primo nel titolare del bene leso o messo in pericolo dall'azione criminosa ed il secondo in colui che in conseguenza del reato ha subito un danno risarcibile[28]. La distinzione dei ruoli costituisce il presupposto della individuazione dei poteri della vittima del reato[29] nel procedimento ed attribuisce la legittimazione ad esercitare l'azione risarcitoria, mediante la costituzione di parte civile nel processo penale, soltanto alla persona danneggiata dal reato. Ciò in linea con l'approdo secondo cui il rapporto processuale civile in sede penale è instaurabile soltanto nel momento

23. Aimonetto, *Persona offesa dal reato*, cit., p. 319; Antolisei, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2000, p. 186; Bresciani, *Persona offesa dal reato*, cit., p. 529; Conso, *Istituzioni di diritto processuale penale*, Milano, 1969, p. 162; Tranchina, *Persona offesa dal reato*, cit., p. 1 ss.

24. È prevista un'ipotesi di creazione legislativa della persona offesa. Ai sensi dell'art. 90, co. 3, c.p.p. qualora una persona sia deceduta in conseguenza del reato, le facoltà e i diritti previsti dalla legge in favore dell'offeso sono esercitati "dai prossimi congiunti", indipendentemente dai diritti di natura civilistica derivanti dalla successione, pertanto « *la qualifica di offeso è attribuita anche a chi ha rinunciato all'eredità* », v. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2012, p. 149

25. La dottrina era fortemente divisa sulla natura della persona offesa, a chi considerava l'offeso una parte, v. Taormina, *Riflessioni sull'avviso di procedimento*, in *Arch. pen.*, 1972, II, 586, vi era chi decisamente negava tale qualità, v. De Marsico, *Diritto processuale penale*, Napoli, 1996, p. 36; Foschini, *Sistema del diritto processuale penale*, I, Milano 1965, p. 235; Frosali, *Sistema penale italiano*, IV, Torino 1958, p. 326; Giarda, *La persona offesa dal reato nel processo penale*, cit., p. 298, o la riconosceva solo limitatamente ad alcuni atti processuali.

26. Bettiol, *Diritto penale*, *Parte generale*, Padova, 1978, p. 186 ss.; Conso, *Formazioni sociali e giustizia penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, 162. Al riguardo, però, altra parte della dottrina obiettava che ciò costituiva la ragione in sé dell'intervento statale e non l'oggetto della tutela, Antolisei, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, p. 100.

27. V. Aimonetto, *Persona offesa dal reato*, cit., p. 318; Tranchina, *Persona offesa dal reato*, cit., p. 1 ss.

28. Il fondamento razionale di questa differenziazione si rinviene nell'osservazione che il "danno criminale" non equivale al danno di natura civilistica; del resto, il risarcimento riguarda solo le perdite economiche, le sofferenze fisiche e morali, conseguenti alla condotta criminosa. Dunque se, da un lato, la persona offesa può rivestire contestualmente sul piano civilistico la qualità di danneggiata, dall'altro, non significa che il danneggiato sia necessariamente anche la vittima del reato, cfr. Aimonetto, *Persona offesa dal reato,* cit., p. 320.

29. Alcune disposizioni del codice usano il termine "vittima", v. art. 498, co. 4–*ter*, c.p.p., ma il termine ha un'accezione internazionale. Nella decisione quadro 2001/220 GAI, in *Guida dir.*, 2001, 30 e 98, è definita vittima la « *persona fisica che ha subito un pregiudizio anche fisico o mentale, sofferenze psichiche, danni materiali causati direttamente da atti od omissioni che costituiscono una violazione del diritto penale* » (art. 1, lett. *a*). In particolare sul tema v., tra gli altri, Chiavario, *La parte dei privati: alla radice e al di là di un sistema di garanzie*, in *Procedure penale d'Europa*, a cura di Chiavario, Padova, 2001, p. 497; Confalonieri, *Persona offesa dal reato*, in *Trattato di procedura penale,* I, 1, a cura di Dean, p. 637; Del Tufo, *Linee di politica criminale europea e internazionale a protezione della vittima*, in *Quest. giust.*, 2003, 709 ss.; Gullotta, *La Vittima*, Milano, 1976.

in cui il giudice viene investito dell'azione penale. Seguendo questa idea non esiste un "nesso di consequenzialità"[30] ma un "rapporto di complementarietà" tra persona offesa e parte civile[31]. Solo dopo l'esercizio dell'azione penale, che si atteggia qui come un « if *condizionato* », la ripartizione dei ruoli tra le due figure muta e la partecipazione dell'offeso diventa residuale[32].

Fin qui *nulla quaestio* se esiste una corrispondenza tra le due figure[33]. Nel caso in cui, invece, il danneggiato non sia anche persona offesa, escluso dalle indagini preliminari, deve esercitare l'azione risarcitoria mediante costituzione di parte civile nell'udienza preliminare o nel dibattimento, senza aver diritto alla notificazione degli atti introduttivi, riservata alla persona offesa, né a ricevere l'avviso della richiesta di archiviazione del procedimento di cui all'art. 408 c.p.p., né a presentare opposizione avverso la richiesta[34], o ad essere avvisato della richiesta di proroga delle indagini preliminari. Invero, la disciplina normativa mostra, talvolta, una regolamentazione dei poteri dell'offeso costruita sulle linee previste per la parte civile come nel caso della norma sulla ampiezza dei poteri dell'offeso–ente collettivo (art. 93 co. 4) che riprende quasi alla lettera il disposto dell'art. 84, co. 4, c.p.p.[35]. Ciò induce a ritenere che in questa ipotesi operi il principio di complementarietà, qui inteso nel suo valore funzionale di coordinamento, che autorizza a fare ricorso alla normativa in tema di parte civile là dove la disciplina relativa all'offeso dal reato non è compiutamente delineata.

Assumono, dunque, rilievo le ricadute della differenziazione del ruolo dell'offeso da quello del danneggiato sul piano processuale, in particolare, nelle situazioni in cui le due figure non tendono a sovrapporsi.

3. I profili legati ai diritti e alle facoltà sono previsti nell'art. 90 c.p.p. in ragione delle diverse attribuzioni riconosciute alla persona offesa. Se le facoltà individuano poteri il cui esercizio non fa sorgere alcun dovere del pubblico ministero o del giudice, configurandosi così come atti "neutri"[36], i diritti delineano, invece, situazioni soggettive che fanno nascere l'obbligo del pubblico

30. Santalucia, *Persona offesa e attività investigativa,* cit., 454.

31. Il sistema offre tutela all'offeso per gli interessi di cui è portatore, creando uno sbarramento agli interessi civili dei privati nelle indagini preliminari, incanalando la loro pretesa risarcitoria verso la sua sede naturale e offrendo all'offeso la veste di "alleato" del pubblico ministero nelle indagini e nel controllo delle stesse, sul punto cfr. *Rel. prog. prel.*, cit., p. 64. In particolare, se i diritti previsti nell'art. 90 c.p.p. possono essere esercitati nella fase anteriore del dibattimento, i soli poteri in giudizio sono attribuiti agli enti esponenziali degli interessi lesi dal reato. Del resto, le discipline della persona offesa e della parte civile sono differenti, su questi profili v. Amodio, *Persona offesa dal reato*, cit., p. 537.

32. Amodio, *Persona offesa dal reato*, cit., p. 537.

33. *Rel. prog. prel.*, cit., p. 64.

34. Cass., sez. III, 14 gennaio 2009, Celentano, in *Cass. pen.*, 2010, 6, 2325; Cass., VI, 21 maggio 2008, Sconamiglio, *Guida dir.*, 2008, 26, 99.

35. Amodio, *Persona offesa dal reato*, cit., p. 537.

36. Giarda, *La persona offesa dal reato,* cit., p. 295.

ministero o del giudice di esprimersi attraverso un provvedimento[37].

Tra i poteri dell'offeso la funzione di stimolo e di cooperazione nella elaborazione della prova appare una previsione più ampia rispetto alle facoltà previste nell'art. 306 c.p.p. 1930, mentre i poteri di impulso all'esercizio dell'azione penale mostrano carattere di novità rispetto al precedente sistema processuale. L'esercizio di tali poteri è subordinato alla conoscenza delle indagini, attuata mediante la notificazione dell'informazione di garanzia prevista dall'art. 369 c.p.p. e alla nomina del difensore, secondo quanto disciplinato ai sensi dell'art. 101 c.p.p., che interviene nel momento attuativo[38] dei diritti e delle facoltà attribuiti alla persona offesa.

In merito ai poteri di cooperazione, occorre osservare che la persona offesa non ha la qualità di parte. Ciò si ricava dalla collocazione sistematica della disciplina in un titolo autonomo e trova ulteriore conferma nel dato normativo indicato dagli artt. 178, lett. *c*), e 328 c.p.p. che, in linea con la direttiva 3 della legge delega[39], distinguono le parti private dalla persona offesa dal reato[40]. Invero, la facoltà di indicare elementi di prova deve essere tenuta distinta dal diritto alla prova che « *è il contrassegno più significativo della qualità di parte* »[41] nel codice di procedura penale ed interessa l'offeso solo nella diversa e concorrente qualità di danneggiato costituito parte civile.

Dunque, la persona offesa, a norma dell'art. 360 c.p.p., ha il diritto di essere avvisato dell'accertamento tecnico non ripetibile disposto dal pubblico ministero. Ha solo il potere di sollecitare la richiesta di incidente probatorio, come si ricava dall'art. 394, co. 1, c.p.p., al pubblico ministero, che potrà esprimere con decreto motivato notificato alla persona offesa il proprio diniego, a norma dell'art. 394, co. 2, c.p.p. Inoltre, può assistere all'incidente quando si deve esaminare un testimone o un'altra persona (art. 401, co. 3), negli altri casi è necessaria un'autorizzazione del giudice[42] e tramite il suo difensore può, a norma dell'art. 401, co. 5, c.p.p.[43], « *chiedere al giudice di*

37. Amodio, *Persona offesa dal reato,* cit., p. 550.

38. Santalucia, *Persona offesa e attività investigativa,* cit., p. 453.

39. *Relaz. prog. prelim.*, cit., p. 41.

40. Cass., sez. VI, 30 dicembre 2008, imputato, in *Mass. Uff.*; Id., sez. V, 25 gennaio 2008, Vitalone, in *Guida dir.*, 2008, 22, 62; Id., sez. IV, 6 novembre 2003, Ansaldi e altri, in *Mass. Uff.*, 227623; Id., Sez. Un., 19 gennaio 1999, Messina, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1999, 34.

41. Amodio, *Persona offesa dal reato*, cit., p. 541.

42. Amodio, *Persona offesa dal reato*, cit., p. 539; Paolozzi, *L'incidente probatorio*, in *Giust. pen.*, 1190, III, 12; Ramajoli, *Chiusura delle indagini preliminari e udienza preliminare*, Padova, 1997, p. 123; *contra*, v. Taormina, *Diritto processuale penale*, Torino, I, 1995, p. 544.

43. Solo all'offeso ente–collettivo nel dibattimento è riconosciuto il potere di porre domande alle persone esaminate, a mezzo del presidente, e ha facoltà di chiedere al giudice l'ammissione di nuovi mezzi di prova utili all'accertamento dei fatti; a quest'ultima attività è collegata la facoltà di chiedere la lettura degli atti contenuti nel fascicolo per il dibattimento, ai sensi dell'art. 511, co. 6, c.p.p. Peraltro, in siffatte ipotesi il difensore della persona offesa avrà diritto ad esaminare direttamente il soggetto di cui sia stato disposto l'ascolto nell'incidente probatorio, non potendo trovare applicazione la specifica — situazione dell'incidente probatorio ammesso su richiesta delle altre parti legittimate.

rivolgere domande alle persone sottoposte ad esame »[44].

In estrema sintesi in questo commento in merito alla legittimazione del difensore della persona offesa allo svolgimento delle indagini difensive[45], se ne ammette il potere ancorando l'esame alla previsione generale e "programmatica"[46] individuata nell'art. 327–*bis* c.p.p., che attribuisce al difensore la facoltà di svolgere investigazioni[47] finalizzate alla ricerca ed alla individuazione degli elementi di prova a favore dell'assistito, senza alcuna limitazione per il difensore di una delle parti o dell'offeso[48]. Se è così, il rapporto tra offeso e incidente probatorio si modifica poiché le vicende con cui si sono ampliati i tempi e i casi di accesso all'incidente probatorio hanno creato una situazione diversa anche per quanto riguarda i soggetti legittimati alla richiesta. In particolare la persona offesa ha il diritto di ricorrere alla procedura incidentale al fine di ottenere la testimonianza della persona informata sui fatti, che, richiesta di rilasciare dichiarazioni, si sia rifiutata di rispondere[49].

Tali facoltà possono essere esercitate dalla persona offesa anche nell'ambito dei procedimenti incidentali di impugnazione di provvedimenti riguardanti l'applicazione di misure cautelari. Infatti, quanto alle impugnazioni concernenti le misure cautelari personali, se è vero che la persona offesa non ha alcun diritto di partecipare al procedimento, quindi deve esserle negata

44. Tale attività probatoria coinvolge direttamente la persona offesa, che ha diritto di partecipare agli atti processuali che si compiono. Se è così ne discende naturalmente che la persona offesa costituitasi parte civile ha diritto alla rifusione pure delle spese processuali afferenti all'attività probatoria che seppur collocata cronologicamente nella fase investigativa, in un momento anteriore alla costituzione, partecipa delle finalità tipiche della fase processuale, cfr., Cass., sez. IV, 18 gennaio 2011, imputato, n. 4136, in *Cass. pen.*, 2012, 208.

45. Lasciando sullo sfondo i tentativi apprezzabili di possibili e "plausibili" soluzioni contrarie, fondate sulla diversità dei contesti culturali e sulla natura dell'interesse della persona offesa, quale interesse alla conoscenza del processo ed all'esercizio di poteri, il cui esercizio è mediato dall'intervento del pubblico ministero, v. per questi profili Santalucia, *Persona offesa e attività di investigazione*, cit., 450.

46. Spangher, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive, Introduzione*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 208; v. anche Ruggiero, *Le investigazioni difensive della persona offesa dal reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 929.

47. Si osserva che la disposizione prevista dall'art. 391–*nonies* c.p.p., relativa alla c.d. attività investigativa preventiva può riguardare anche le iniziative adottabili dal difensore della persona offesa, che potrebbe decidere di compiere atti di investigazione difensiva, con esclusione di quelli che comportano un'autorizzazione o l'intervento dell'autorità giudiziaria, dinanzi alla quale ovviamente non è pendente ancora alcun procedimento, al fine di consigliare il proprio cliente in ordine alla presentazione o meno di una denuncia o di una querela, e, persino, allo scopo di verificare la fondatezza di quanto in precedenza riferitogli dal suo assistito.

48. Randazzo, *Una conquista nel solco del giusto processo ma senza la riforma del gratuito patrocinio*, in *Guida dir.*, 2001, 37; Spangher, *Maggiori poteri agli avvocati nella legge in materia di indagini difensive, Introduzione*, cit., p. 208.

49. Di Chiara, *Incidente probatorio*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 2002, p. 558; in generale, v. Gualtieri, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2003, p. 191; Ruggiero, *Compendio delle investigazioni difensive*, Milano, 2003, p. 237; Triggiani, *Le investigazioni difensive*, Milano, 2003, p. 324.

la facoltà di presentare la documentazione delle investigazioni difensive ai sensi del co. 1 dell'art. 391–*octies* c.p.p., nulla esclude che il difensore della stessa persona possa avvalersi della disposizione prevista nel co. 2 dell'art. 391–*octies* c.p.p. Con la conseguenza che, avuta conoscenza dell'esistenza di un procedimento pendente dinanzi al tribunale della libertà, il difensore ben può presentare direttamente al collegio i risultati di una propria attività investigativa affinché il tribunale ne tenga conto ai fini della sua decisione[50].

Al residuale potere di sollecitazione e di cooperazione si contrappongono ampi poteri di impulso diretti a tutelare l'interesse al tempestivo inizio dell'azione penale, sia nella fase di chiusura delle indagini preliminari, sia nell'ottica della speditezza prevista dalla legge.

La persona offesa può partecipare all'udienza fissata d'ufficio dal giudice per le indagini preliminari quando non accoglie la richiesta di archiviazione del pubblico ministero (art. 409, co. 2) ed ha il diritto di chiedere la prosecuzione delle indagini proponendo opposizione contro la richiesta di archiviazione (art. 410, co. 2). Può partecipare all'udienza di proroga delle indagini fissata d'ufficio dal giudice (art. 406, co. 5) e ha facoltà di chiedere al procuratore generale di disporre l'avocazione, in caso di decorso del termine per le indagini preliminari senza determinazioni del pubblico ministero in ordine all'azione penale (artt. 412 e 413). Il suo diritto di partecipazione si estende all'udienza preliminare, infatti deve essere inviato l'avviso di fissazione dell'udienza (art. 419, co. 1) all'offeso che può porre in essere attività integrative di indagine a norma dell'art. 419, co. 1 e 3, c.p.p. e, nel caso in cui non sia presente, deve essere inviato anche l'avviso del decreto che dispone il giudizio (art. 429, co. 4)[51]. Dopo l'emissione del decreto che dispone il giudizio, il difensore della persona offesa ai sensi dell'art. 430, co. 1, c.p.p. può compiere attività integrativa di indagine[52].

50. Quanto alle impugnazioni relative alle misure cautelari reali ed al sequestro probatorio, può accadere che la persona offesa sia legittimata a partecipare direttamente al procedimento dinanzi al tribunale, laddove si consideri che essa può essere la persona alla quale le cose sono state sequestrate o che avrebbe diritto alla loro restituzione, come tale legittimata a proporre riesame *ex* art. 257 o 322 c.p.p., appello *ex* art. 322–*bis* c.p.p., o ricorso per cassazione *ex* art. 325 c.p.p.; oppure, nel caso di sequestro conservativo, potrebbe essere interessata al dissequestro del bene e, dunque, legittimata a proporre, *ex* art. 318 c.p.p., riesame avverso l'ordinanza applicativa della misura.

51. Gli avvisi rispondono a finalità diverse, in relazione al destinatario: consentire la costituzione di parte civile all'offeso che sia anche danneggiato dal reato; rendere possibile la partecipazione dell'ente collettivo *ex* art. 91 c.p.p., che non ha legittimazione ad esercitare l'azione civile risarcitoria, in sede processuale.

52. Sulla destinazione finale degli atti di indagine integrativa compiuti dal difensore della persona offesa, il profilo riguarda anche il difensore dell'imputato, posto che il co. 2 dell'art. 430 c.p.p., stabilendo che quella documentazione « *è immediatamente depositata nella segreteria del pubblico ministero con facoltà delle parti di prenderne visione ed estrarne copia* », dimostra un chiaro difetto di coordinamento con il co. 1 dello stesso articolo, atteso che la disposizione in esame è modulata sull'attività integrativa di indagine svolta dal pubblico ministero. Infatti, se è vero che la mancata osservanza di questa norma è priva di sanzione processuale (Cass., sez. V, 22 giugno 2000, Amato, in *Guida dir.*, 2001, 33, 88), vi è da chiedersi quale senso abbia l'imposizione di un siffatto obbligo di deposito, presso la segreteria del

Epperò, tale attività è espressamente finalizzata a permettere la formulazione di richieste al giudice del dibattimento, dunque, deve ritenersi effettuabile solo dal difensore della persona offesa che intende e può costituirsi parte civile, ovvero dal difensore degli enti ed associazioni esponenziali degli interessi lesi dal reato.

All'offeso è anche notificato il decreto che dispone il giudizio immediato su richiesta del pubblico ministero e su richiesta dell'imputato, ovvero il decreto che dispone il giudizio abbreviato. In questa logica si comprendono le ragioni della esclusione della persona offesa dalla discussione finale in udienza preliminare, del mancato avviso dell'udienza per l'ipotesi prevista nell'art. 447, co. 2, c.p.p., della esclusione dalla partecipazione all'istruzione dibattimentale e l'impossibilità di impugnare le sentenze, se si esclude la facoltà di intervenire in udienza e di sollecitare il pubblico ministero a proporre impugnazione ad ogni effetto penale (art. 572 c.p.p.).

La natura dei diritti e delle facoltà della persona offesa consente di osservare e di distinguere. La presentazione di memorie, indipendentemente dal contenuto e dall'oggetto non fa nascere per l'offeso dal reato il diritto ad "avere una risposta" dal pubblico ministero o un provvedimento del giudice[53]. Del resto, il giudice nell'incidente probatorio e nel dibattimento non è tenuto a formulare la domanda posta dal difensore dell'offeso, potendo dichiararla improponibile senza l'obbligo della motivazione[54].

Il rapporto muta nelle situazioni in cui la legge attribuisce all'offeso un diritto di istanza: sebbene esso abbia valore giuridico diverso dalle richieste riservate alle parti, non rientra tra gli atti "neutri". Di talché l'opposizione alla richiesta di archiviazione obbliga il giudice per le indagini preliminari a pronunciarsi, « *per escludere con un provvedimento motivato che la notizia di reato è infondata anche alla luce delle investigazioni suppletive indicate nell'atto di opposizione* »[55].

Allo stesso modo, si è detto, il pubblico ministero quando la persona offesa gli chiede di promuovere un incidente probatorio (art. 394), di disporre l'avocazione (art. 413) o di proporre impugnazioni « *ad ogni effetto penale* » (art. 572) è tenuto a "provvedere" con atto motivato.

4. Se la facoltà di indicare elementi di prova deve essere tenuta distinta dal diritto alla prova, *ex* art. 190 c.p.p., alimenta perplessità l'orientamento[56]

pubblico ministero, di atti di indagine compiuti dalla difesa delle parti private che, soprattutto nel caso dell'imputato, ben possono avere interesse a non far conoscere al pubblico ministero i risultati della propria attività investigativa, v. Aprile, *Il ruolo della persona offesa nelle recenti riforme del processo penale,* in *Cass. pen.*, 2003, 1722 ss.

53. Tra gli altri v. Tranchina, *Persona offesa dal reato*, cit., p. 3

54. Sui caratteri del rapporto processuale, v. Santoriello, *Parte nel processo penale,* in *Dig. Pen.,* II, Torino, 2004, p. 558.

55. Amodio, *Persona offesa dal reato*, cit., p. 550.

56. V. Cass., sez. VI, 12 gennaio 2012, n. 7, VI, inedito; per il commento v. Petrarulo, *La lista*

che consente alla persona offesa la presentazione della lista testimoniale ai sensi dell'art. 90, co. 1, c.p.p.[57]. Si afferma che nella facoltà di indicare elementi di prova sia compresa, anche, la facoltà di presentare la lista *ex* art. 468 c.p.p., conseguentemente, una volta divenuta parte a mezzo dell'atto di costituzione della parte civile, può avvalersi del mezzo di prova già proposto, senza necessità di ripresentare la lista testimoniale[58].

Sul punto la Corte di cassazione sembra aver "sovrapposto piani differenti"[59], perché il potere sollecitatorio delle iniziative probatorie è altro dal diritto alla prova che compete alle parti e che ha nell'adempimento di lista un momento qualificante[60]. Epperò, il dubbio riguarda il modo di tutela delle ragioni probatorie della parte civile nell'ipotesi in cui si sia costituita dopo la scadenza del termine di presentazione della lista e, dunque, non possa avvalersi della relativa facoltà, secondo quanto previsto dall'art. 79, co. 3, c.p.p.

Al proposito la Suprema Corte ha affermato che l'impossibilità di presentazione della lista non si traduce nella « *preclusione dell'esercizio del diritto di articolare una richiesta di prova* » ma nell'essersi trovata nella impossibilità di indicare tempestivamente quei mezzi di prova (art. 493, co. 2, c.p.p.), se ne ricorrano in concreto le condizioni[61]. La Corte ha anche affermato l'ammissibilità della testimonianza resa da un soggetto indicato nella lista presentata dalla persona offesa, costituitasi parte civile fuori dell'udienza e prima della notifica alle altre parti della dichiarazione di costituzione[62]. Ha infatti precisato che la prescrizione della notifica è funzionale all'instaurazione del contraddittorio civile in sede penale perché consente alle parti di presentare la richiesta di esclusione, di predisporre un'adeguata difesa a fronte della richiesta di restituzione o di risarcimento ma non rileva nella

testimoniale della persona offesa: reale facoltà?, in *Dir. pen. proc.*, 2013, 343; Cass. sez. IV, 14 gennaio 2011, n. 4372, Bonardi, in 49751; per il commento v. Cudeo, *È ammissibile il deposito della lista testi da parte della persona offesa*, in *Dir. pen. proc.*, 20011, 1471; in particolare v. Cass., sez. V, 8 giugno 2005, Neroni, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2006, 576; *contra*, Id., sez. III, 21 gennaio 2000, Scotti e altri, in *Riv. pen.*, 2000, 330.

57. La persona offesa non può depositare la lista testi, perché l'art. 90 c.p.p. riconosce solo la facoltà di « *indicare elementi di prova* », ovvero di stimolare il potere del giudice di integrazione *ex officio* dei mezzi istruttori. Cfr. Andreazza, *Gli atti preliminari al dibattimento nel processo penale*, Padova, 2004, p. 98; Trapella, *La lista testimoniale della persona offesa,* in *Proc. pen. giust.,* 2011, 4, p. 106 ss.; v. anche Ramacci, *Reo e vittima*, in *Ind. pen.*, 2001, 7 ss.

58. Ne consegue il deposito di una nuova lista testi a seguito dell'avvenuta notifica con la conseguenza, non irrilevante, della nullità della prima lista e dell'inammissibilità della seconda, se depositata in un termine inferiore ai sette giorni liberi richiesti dalla norma di riferimento. V. Cass., sez. IV, 14 gennaio 2011, imputato, cit., 1471 ss.; Id., sez. VI, 25 gennaio 2010, n. 43211, Aliquò Antonio, in Mess. uff. n. 248828, in *Cass. pen.*, 2011, 3932.

59. Santalucia, *Gli atti preliminari al dibattimento*, in *Trattato di procedura penale*, (a cura di Spangher), Torino 2009, IV, II, p. 32

60. Cfr. Santalucia, *Gli atti preliminari al dibattimento*, cit., p. 32.

61. Cfr. Santalucia, *Gli atti preliminari al dibattimento*, cit., p. 32.

62. Cass., sez. V, 8 giugno 2005, Neroni, cit., 3736.

prospettiva di valutazione della ritualità degli adempimenti di lista. L'assunto è condivisibile perché la lista è pur sempre presentata da una parte, dalla persona offesa già costituita parte civile anche se le altre parti non hanno ancora avuto modo di interloquire[63].

5. La persona offesa, rivestendo il ruolo di titolare del bene giuridico protetto dalla norma penale violata, ha un evidente interesse alla repressione del reato che in seguito alla costituzione di parte civile, sarà diretto ad ottenere un risarcimento. Questa condizione crea perplessità sulla sua capacità a testimoniare e sulla sua attendibilità, sì da alimentare un vivace dibattito giurisprudenziale[64].

A differenza di quanto previsto per il rito civile, sebbene l'esito del giudizio non sia ad essa indifferente, la persona offesa deve essere convocata nel rispetto della cadenze previste dall'art. 468 c.p.p.[65] ed esaminata come testimone, anche se costituita parte civile. Il profilo legato alla valutazione[66] della sua deposizione, per motivi sistematici, è affrontato nel quadro dei principi generali.

La questione è stata più volte sottoposta al controllo di legittimità della Corte costituzionale, che ha ritenuto la ragionevolezza di una scelta legislativa fondata sul presupposto che « *la rinuncia al contributo probatorio della parte civile costituisse un sacrificio troppo grande nella ricerca della verità processuale* »[67] e ciò giustifica la diversità di previsioni tra il rito civile e quello penale. La testimonianza della persona offesa « *è direttamente soggetta alla valutazione critica del giudice, onde egli possa basare su di essa la decisione della causa o debba disattenderla come non veridica* »[68].

In tema di valutazione probatoria, la deposizione della persona offesa dal reato, anche se quest'ultima non è equiparabile al testimone estraneo, può tuttavia essere da sola assunta come fonte di prova[69], ove venga sottoposta ad un'indagine positiva sulla credibilità oggettiva e soggettiva di chi l'ha resa[70], giacché alle dichiarazioni indizianti della persona offesa non si applicano le

63. Santalucia, *Gli atti preliminari al dibattimento*, cit., p. 32.

64. Cfr. Confalonieri, *Persona offesa dal reato*, cit., p. 637.

65. Cass., sez. III, 28 settembre 1999, Ascani, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 53.

66. Cass., sez. IV, 4 novembre 2004, Zamberlan, in *Mass. Uff.*, 230899.

67. Corte cost., (ord.) n. 82 del 2004, in *Giur. cost.*, 2004, 2. V. anche le Id., (ord.) n. 115 del 1992, in *Cass. pen.*, 1992, 2294; Id., (ord.) n. 374 del 1992; Id., n. 2 del 1973; Id., n. 190 del 1971.

68. In questi termini, v. Corte cost., n. 190 del 1971.

69. La giurisprudenza esclude l'applicabilità delle regole di cui all'art. 192, co. 2 e 3, c.p.p., in tema di riscontri, nella valutazione della testimonianza della persona offesa, anche se costituita parte civile, v. *ex plurimis*, Cass., sez. I, 4 novembre 2004, P.G. in proc. Palmisani, in *Mass. Uff.*, 227901; Id., sez. III, 13 novembre 2003, Pacca, *ivi*, 227493; neanche si applica la regola dell'art. 192, co. 3, c.p.p. nella valutazione delle dichiarazioni della persona offesa ai fini dell'emissione di un provvedimento cautelare, v. Cass., sez. II, 28 novembre 2007, G.F., in *Mass. Uff.*, 239499.

70. Cass., sez. III, 28 settembre 2004, Hajadini, in *Giuda dir.*, 2004, 47, 89.

regole del co. 3 e 4 dell'art. 192 c.p.p. che postulano l'esistenza di riscontri esterni, tuttavia, atteso l'interesse di cui essa è portatrice, la valutazione ai fini del controllo di attendibilità deve essere più rigorosa rispetto al generico vaglio cui vanno sottoposte le dichiarazioni di ogni testimone[71] mentre appare opportuno il riscontro in altri elementi probatori[72].

6. L'esame del regime di invalidità, articolato sulla distinzione tra facoltà e diritti e previsto per le diverse ipotesi in cui si manifesti un vizio negli atti diretti a rendere possibile la partecipazione della persona offesa al procedimento, crea perplessità in ordine alla sua "inadeguatezza". In particolare, se è chiaro che non può esistere una specie di invalidità rispetto alle facoltà, occorre stabilire quali tipi di nullità siano configurabili in queste ipotesi.

Il trattamento riservato al vizio che colpisce l'avviso dell'udienza preliminare o la sua notificazione (art. 419, co. 1 e 4) prevede una nullità relativa rilevabile solo su eccezione dell'offeso costituito parte civile, prima della chiusura della discussione (art. 181, co. 2), fuori dei casi di sanatoria conseguente alla comparizione (art. 184).

Appare evidente il limite della disciplina normativa quando, omesso l'avviso o la sua notificazione, diventa impossibile alla persona offesa partecipare all'udienza preliminare ed eccepire il vizio[73]. Il profilo riprende, per l'udienza preliminare, la questione già sollevata nel codice del 1930[74] in riferimento al regime delle nullità per omessa o invalida citazione dell'offeso dal reato nel dibattimento. Ne consegue che proprio lo sbarramento rappresentato dagli artt. 178, lett. *c*), e 180 c.p.p., che individuano la nullità del regime intermedio solo con riguardo ai vizi della citazione in giudizio, spinge a ritenere che il diritto di intervento dell'offeso trova nell'udienza preliminare una tutela più attenuata di quella prevista per il dibattimento. Del resto, non può dirsi che vi sia disparità di trattamento nelle due diverse sedi processuali se la Corte costituzionale[75] ha ritenuto che la finalità della citazione dell'offeso sia collegata alla costituzione di parte civile, un atto che non è pregiudicato dalla omissione dell'avviso per l'udienza preliminare, rimanendo doverosa la citazione per il dibattimento.

71. A base del libero convincimento del giudice possono essere poste sia le dichiarazioni della parte offesa sia quelle di un testimone legato da stretti vincoli di parentela con le medesime. In tal caso è però necessario vagliare le stesse con ogni opportuna cautela e cioè compiere un esame particolarmente penetrante e rigoroso attraverso una conferma di altri elementi probatori v. Cass., sez. III, 5 marzo 1993, Russo, in *Cass. pen.*, 1994, 1919.

72. Cass., sez. VI, 20 dicembre 2010, Petta, n. 4443, in *Guida dir.*, 2011, 37, 82; v. Id., sez. I, 24 giugno 2010, Stefanini, n. 29372, in *Cass. pen.*, 2011, 9, 3121; Id., sez. V, 16 aprile 2004, Allievi, in *Guida dir.*, 2004, p. 33, 82; Id., sez. I, 16 settembre 2004, Gioia, in *Guida dir.*, 2004, 44, 61.

73. Amodio, *Persona offesa dal reato*, cit., p. 552.

74. Aimonetto, voce *Persona offesa*, cit., p. 327.

75. Corte cost., n. 132 del 1968, in *Giust. cost.*, 1968, 222, che ha dichiarato illegittimo l'art. 422 c.p. 1930 « *nella parte in cui prevedeva la sanatoria della nullità di cui all'art. 412, in relazione al precedente art. 408, anche nei confronti della parte civile, dell'offeso dal reato e del querelante* ».

Il presupposto del ragionamento cade se si esamina il regime più rigoroso previsto con riguardo al decreto che dispone il giudizio (art. 429, co. 4). L'omessa o invalida notificazione all'offeso di questo decreto, che funge da atto di citazione, dà luogo ad una nullità d'ordine generale (art. 178, lett. *c*) assoggettata al regime intermedio (art. 180).

L'esame della adeguatezza delle forme di tutela dei diritti dell'offeso risulta molto interessante se proiettato sulla procedura incidentale disciplinata dall'art. 240 c.p.p.[76], quando venga accertata la illegale acquisizione di dati e contenuti di comunicazioni o di conversazioni e venga disposta ed eseguita la distruzione dei relativi supporti e documenti, realizzando così una forma di inutilizzabilità rafforzata[77]. Il co. 6 dell'art. 240 c.p.p. prevede che sia redatto apposito verbale « *dell'avvenuta intercettazione o detenzione o acquisizione illecita dei documenti* », « *delle modalità e dei mezzi usati, oltre che dei soggetti interessati, senza alcun riferimento al contenuto degli stessi* »[78]. Come è noto, la disciplina del verbale sostitutivo è stata oggetto di un vivace dibattito[79] e di censura in sede costituzionale[80]. La Corte con una sentenza additiva di accoglimento[81] pur ritenendo che la distruzione appaia come

76. Fino al 2006 l'art. 240 c.p.p. era composto da un solo co. e si limitava a disciplinare i documenti contenenti dichiarazioni anonime. La norma è stata modificata dal d.l. 22 settembre 2006, n. 259 « *Disposizioni urgenti per il riordino della normativa in tema di intercettazioni telefoniche* », convertito con modificazioni nella l. 20 novembre 2006, n. 281. Dopo la riforma la rubrica è diventata « *Documenti anonimi ed atti relativi ad intercettazioni illegali* ». A tutela della inviolabilità, l'art. 3 del decreto ha introdotto una fattispecie incriminatrice concernente la detenzione "consapevole" del materiale illegale in relazione al quale sia già stata disposta la distruzione ai sensi dell'art. 240, co. 2, c.p.p. L'incriminazione ha la funzione di anticipare la tutela rispetto alla diffusione del materiale. L'art. 4 disciplina un'azione riparatoria a vantaggio delle vittime della diffusione del materiale, specificando che l'azione è esercitata senza pregiudizio di eventuali provvedimenti del Garante per la protezione dei dati personali, con ciò instaurando un legame espresso con il c.d. codice della privacy (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), v. tra gli altri, Bricchetti, *Fino a quattro anni di carcere se c'è detenzione illegale dei supporti,* in *Guida dir.,* 2006, fasc., 47 ss.; Bricchetti, Pistorelli, *La distruzione immediata della prova rischia di ledere i diritti dell'imputato,* in *Guida dir.*, 2006, fasc., 23 ss.; Filippi, *distruzione di documenti e illecita divulgazione di intercettazioni: lacune ed occasioni perse di una legge nata già "vecchia",* in *Dir. pen. proc.*, 2007, 152; Gaito, *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime,* in Gaito, *Osservatorio del processo penale,* Torino, 2007, I, p. 4 ss.

77. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 366.

78. Su questi profili v. Gaito, *Intercettazioni illecite, intercettazioni illegali, intercettazioni illegittime*, cit.

79. Il riferimento è al noto caso dei Dossier illegali nell'affare Telecom–Kroll.

80. Trib. Milano, ord. 30 marzo 2007, imputato, collocazione, ha sollevato — in riferimento agli artt. 24, co. 1 e 2, 111, co. 1, 2 e 4, e 112 della Costituzione — questione di legittimità costituzionale dell'art. 240, co. 3, 4, 5 e 6, del codice di procedura penale, come modificato dall'art. 1 del decreto legge n. 259 del 2006, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 281 del 2006.

81. Corte cost., n. 173 del 2009, in *Cass. pen.*, 2009, 12, 4647. La Corte ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 240, co. 4 e 5 c.p.p., nella parte in cui non prevede, per la disciplina del contraddittorio, l'applicazione dell'art. 401, co. 1 e 2, c.p.p. In secondo luogo ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 240, co. 6, c.p.p., nella parte in cui non esclude dal divieto di fare riferimento al contenuto dei documenti, supporti e atti, nella redazione del verbale previsto dalla stessa norma, le circostanze inerenti l'attività di formazione, acquisizione e raccolta degli stessi documenti, supporti e atti.

un rimedio di emergenza, individua la necessità di rafforzare il contenuto rappresentativo del verbale « *includendovi anche tutte le circostanze che hanno caratterizzato l'attività diretta all'intercettazione, alla detenzione e all'acquisizione del materiale* ». In particolare, « *il giudice del merito deve poter disporre di tutti gli elementi necessari per valutare senza alcun condizionamento derivante dalla decisione presa nel procedimento incidentale e nel contraddittorio tra le parti, se l'assunto accusatorio del pubblico ministero* » abbia un fondamento. La Corte ritiene dunque che l'equilibrio tra le esigenze di tutela della riservatezza, della corrispondenza e dell'onore possano essere contemperate con altri principi di rango costituzionale, come l'obbligatorietà dell'azione penale, il diritto di difesa, il diritto di azione, e che l'unica forma di tutela idonea sia la distruzione del materiale[82] e la predisposizione di un verbale quale prova sostitutiva del corpo del reato, in concreto un "surrogato probatorio"[83], formato nel contraddittorio tra le parti. Tralasciando in questa sede i profili legati alla « *creazione giudiziale di una nuova prova che trasmetta i dati propriamente rilevanti e tralasci invece quelli unicamente pregiudizievoli per le vittime* », si osserva che la distruzione dei documenti ovvero dei supporti informatici illegali presenti nel fascicolo del pubblico ministero, unitamente alla illegalità di ogni altra forma di detenzione di copie degli stessi atti distrutti, priva proprio le vittime del "dossieraggio" o della intercettazione illegale del corpo del reato o comunque della prova necessaria per dimostrare in ogni sede il danno subito e la misura dello stesso, così « *comprimendo fino a negare la tutela giurisdizionale* » dei propri diritti. In attesa di un auspicabile intervento legislativo, si osserva: solo la facoltà riservata alla persona offesa dai reati di ritenere copia dei supporti e dei documenti, creerebbe le condizioni per esercitare liberamente la facoltà di agire in giudizio, accettando una nuova ed ulteriore diffusione dei propri dati personali o riservati, mediante la produzione dei supporti a fini di prova, ovvero di conservare la riservatezza ripristinata e rinunciare ad agire[84].

7. Il rapporto tra giudizio abbreviato ed investigazioni difensive[85] attira

82. V. Focardi, *Sub art. 240 c.p.p.,* in *c.p.p. comm.* Giarda, Spangher, p. 2399 e ss.

83. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 366 ss.

84. Cerqua, *Sulle facoltà della persona offesa, danneggiata dal reato, nel procedimento incidentale ex art. 240 c.p.p., in www.penalecontemporaneo.it*, massima a Trib. Milano, ord. 3 aprile 2012, imputato.

85. Sulla utilizzabilità delle acquisizioni delle risultanze delle investigazioni difensive nel giudizio abbreviato e sul presunto contrasto con gli artt. III, co. 2 e 4, nonché con l'art. 3 cost., è intervenuta la Corte costituzionale dichiarando l'infondatezza della questione, v. sentenza n. 184 del 2009, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, 4, 2060. Il tema è stato oggetto di un vivace dibattito, v. Amodio, *Garanzie oggettive per la pubblica accusa? A* proposito *di indagini difensive e giudizio abbreviato nel quadro costituzionale,* in *Cass. pen.*, 2010, 17; Grevi, *Basta il solo « consenso dell'imputato » per utilizzare come prova le investigazioni difensive nel giudizio abbreviato*?, in *Cass. pen.*, 2009, 3671; Lozzi, *Il contraddittorio in senso oggettivo e il giudizio abbreviato*, *ivi*, 2009, 2055 ss.; Spangher, *Indagini difensive e giudizio abbreviato*, *ivi*, 2009, 2062 ss.; Ubertis, *Eterogenesi dei fini e dialettica probatoria nel rito abbreviato* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 2072 ss.

l'attenzione sulla utilizzabilità delle dichiarazioni rese dalla persona offesa al suo difensore che, in seguito alla costituzione di parte civile, siano state prodotte nel giudizio abbreviato semplice chiesto dall'imputato.

Come è noto la produzione di elementi di prova in sede di udienza preliminare aveva finito col giustificare, nella prassi, la dilatazione dei confini entro i quali le parti erano legittimate a depositare gli atti e i documenti nel fascicolo a disposizione del giudice[86]. D'altro canto, si è osservato che se il deposito intempestivo di atti e documenti impone al giudice di garantire congrui differimenti dell'udienza per rendere effettivo il contraddittorio e consentire alle parti di interloquire sull'ammissibilità dei nuovi elementi di prova, occorre individuare un termine finale per la relativa produzione.

La Corte costituzionale, in riferimento al caso in cui il deposito del fascicolo del difensore abbia preceduto, sia pur di un brevissimo lasso temporale, quello della richiesta del giudizio abbreviato[87], ha dichiarato inammissibile — per mancanza di adeguata motivazione da parte del giudice *a quo* in ordine alla rilevanza ed alla non manifesta infondatezza — la questione di legittimità costituzionale degli art. 391–*octies* e 442, co. 1–*bis,* c.p.p., sollevata in rapporto al principio della parità delle armi, sancito dall'art. 111, co. 2, cost., « *nella parte in cui non prevedono, nell'ipotesi di deposito del fascicolo delle investigazioni difensive e richiesta di giudizio abbreviato, un termine processuale per il deposito del predetto fascicolo con facoltà del pubblico ministero di esercitare il diritto alla controprova* ». Tuttavia, ha rilievo la individuazione delle modalità temporali indicate dalla Corte[88] e disciplinate in talune previsioni dirette a procurare una anticipata presentazione del materiale documentale. In particolare, « *il fascicolo delle indagini compiute dal pubblico ministero deve essere trasmesso unitamente alla richiesta di rinvio a giudizio (art. 416, co. 2, c.p.p.), la documentazione delle eventuali indagini "suppletive", prima dell'udienza, al pari dei documenti difensivi (art. 419, co. 2 e 3), mentre quella delle eventuali indagini difensive, "in vista" di una decisione anche interlocutoria nell'udienza (art. 391–*octies*, co. 1)* ».

86. Cfr. Illuminati, *Il nuovo dibattimento: l'assunzione diretta delle prove*, in *Foro it.*, 1988, V, 358; in una sorta di "bulimia cognitiva", Giostra, *Indagine e prova. Dalla non dispersione a nuovi scenari cognitivi*, in *Verso la riscoperta di un modello processuale*, Milano, 2003, p. 46.

87. Corte cost., n. 117 del 2011, in *Cass. pen.*, 2011, 2956; la Corte è anche intervenuta sull'ipotesi della contestualità del deposito degli atti di investigazione difensiva e di richiesta di giudizio abbreviato con sentenza n. 184 del 2009, cit. In questo caso si pone un problema di tutela del diritto al contraddittorio del pubblico ministero il quale soltanto in quel momento è messo a conoscenza di tali atti. Può ritenersi che l'atto compiuto dall'imputato sia equiparabile ad una richiesta condizionata di rito abbreviato; se il giudice la accoglie, il pubblico ministero ha diritto alla prova contraria; in questi termini v. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 746. Cfr. Zacché, *Il giudizio abbreviato*, Milano, 2004, p. 92 ss.

88. « *L'indubbio peso sistematico degli assunti della Consulta spiega — forse — la ragione per la quale la pronuncia in commento riveste la forma della sentenza e non quella dell'ordinanza, che parrebbe più confacente alla declaratoria d'inammissibilità di una questione di legittimità costituzionale* », in questi termini Cassibba, *La Corte costituzionale fa chiarezza sul regime di ammissione di atti e documenti nell'udienza preliminare*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

In ogni caso, sugli atti e sui documenti inseriti deve effettuarsi un controllo giurisdizionale per la relativa ammissibilità.

Dunque, se prima che siano formulate le conclusioni nell'udienza preliminare, l'imputato chiede il giudizio abbreviato non condizionato, tali risultanze dell'indagine entrano a far parte del materiale utilizzabile ai fini della decisione[89]. Sul punto, la Corte di cassazione, escluso che sussista un divieto di raccogliere le sommarie informazioni della persona offesa da parte del suo difensore, ha affermato che le investigazioni difensive possono essere svolte senza limiti temporali in ogni stato e grado del procedimento e possono essere prodotte anche nel giudizio abbreviato[90]. Dunque, se l'imputato sceglie il giudizio abbreviato, rinunciando all'assunzione della prova nel contraddittorio processuale, l'atto unilateralmente formato costituisce materiale probatorio utilizzabile a tutti gli effetti dal giudice per la decisione, anche ove si tratti di esiti di indagini difensive eventualmente depositati in sede di udienza preliminare, sì da essere valutate per tutte le determinazioni anche a carattere decisorio che egli è chiamato ad assumere, persino nel caso di riti alternativi[91]. Del resto, se nel giudizio abbreviato sono rilevabili soltanto le nullità di carattere assoluto e le inutilizzabilità patologiche[92], le investigazioni difensive del difensore della persona offesa nei confronti della stessa, non sono affette da vizi, né le dichiarazioni dell'offeso possono ricondursi alle incompatibilità di cui all'art. 197, co. 1, *c)* e *d)*, c.p.p. In questi termini può riconoscersi la piena utilizzabilità nel giudizio abbreviato del verbale delle dichiarazioni rese dalla persona offesa al proprio difensore in sede di investigazioni difensive ai sensi dell'art. 391–*bis* c.p.p.

8. Il nuovo sistema di strumenti di risposta al reato tende ad offrire centralità al ruolo della persona offesa, assistiamo, cioè, ad un mutamento di

89. In questo senso, Corte cost., n. 245 del 2005, in *Giur. cost.*, 2005, 4, 3382; v. anche Cass., sez. III, 21 aprile 2010, Bianchi, n. 33898, in *Cass. pen.*, 2011, 2309; Cass., sez. III, 9 aprile 2009, p.m. in proc. Galliano, in *Arch. nuova proc. pen.,* 2009, 625.

90. Il limite per il deposito di atti e documenti è l'inizio della discussione; la inosservanza opera quale causa d'inammissibilità dei materiali non tempestivamente depositatati. Né, del resto, può riconoscersi un divieto di svolgere indagini dopo tale momento perché contrasterebbe con il tenore dell'art. 430–*bis* c.p.p. Salvo il fatto che, instaurato il rito abbreviato, l'imputato ha la facoltà di revocare il consenso al rito premiale dopo il deposito delle indagini suppletive del pubblico ministero, ai sensi dell'art. 438, co. 5, ultimo periodo, c.p.p.; v. Zacché, *Giudizio abbreviato e indagini difensive al vaglio della Corte costituzionale*, cit., p. 388 ss.

91. Corte cost., ord. n. 57 2005, cit.

92. Con riguardo, poi, ad attività destinate a proiettarsi sul giudizio abbreviato, la selezione degli atti prima dell'instaurazione del rito alternativo scongiura l'eventualità che la richiesta di giudizio abbreviato venga intesa, sulla scorta di talune, discutibili prese di posizione della giurisprudenza di legittimità, come manifestazione del consenso dell'imputato all'impiego a fini decisori di atti affetti da inutilizzabilità patologica. V., ad esempio, Cass., sez., VI, 24 febbraio 2009, Abis, in *Cass. pen.*, 2010, 9, 3178; e in dottrina sul punto Cassibba, *La Corte costituzionale fa chiarezza sul regime di ammissione di atti e documenti nell'udienza preliminare*, cit.

prospettiva nella sensibilità politico–criminale. Il riferimento alla vittima[93] sinora ha rappresentato la giustificazione per « *scelte di prevenzione generale perseguite attraverso lo schema retributivo* »[94]. Acquista, invece, ruolo centrale nell'ambito di un approccio riparativo, che, tuttavia, non potrà essere precluso nei casi in cui la vittima stessa sia indisponibile. Questa ultima idea trova conferme anche nel panorama europeo. In estrema sintesi, al quesito se l'Unione europea riconosce alle vittime dei reati il diritto di chiedere allo Stato la rinuncia alla irrogazione della pena accessoria nei confronti del reo, ed eventualmente, una rinuncia alla pena in favore di forme di giustizia riparativa, la Corte di giustizia ha dato risposta negativa[95]. Sebbene la persona offesa goda di una serie di garanzie procedurali previste dalla decisione quadro 2001/220[96], fra cui il diritto di essere sentita dall'autorità giudiziaria procedente[97], essa non vanta, in base alle norme dell'Unione, alcun diritto in tema di determinazione della pena da irrogare al condannato[98]. Del resto, le scelte di politica criminale rientrano nella discrezionalità dei singoli parlamenti nazionali[99]. Su queste premesse gli ultimi interventi del nostro legislatore sembrano ispirati ad una rivalutazione del ruolo della vittima[100], realizzata attraverso articolazioni normative diverse.

In primo luogo vincolando il giudice nella individuazione del luogo degli arresti domiciliari alle esigenze di tutela della persona offesa[101]. La previsione è contenuta nel decreto legge n. 78 del 2013[102] che introduce disposizioni dirette a fornire una risposta al problema del sovraffollamento penitenziario ed a sanare una situazione che espone l'Italia alle reiterate condanne da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo[103]. Rinviando ad atra sede le osser-

93. Il termine di accezione internazionale è usato in modo tecnico in alcuni sistemi processuali europei, v. nota 29.

94. Eusebi, *La risposta al reato e il ruolo della vittima*, in *Dir. pen. proc*. 2013, 527 ss.

95. V. Corte Giust. eur., 15 settembre 2011, Gueye e Sanchez, cause C–483/09 e C–1/10.

96. Per un esame del cammino « *per il formale riconoscimento dei diritti della vittima di reato nello spazio giuridico europeo* », v. Gaeta, *La tutela della vittima del reato nel diritto dell'Unione europea: spunti per una ricostruzione storico–sistematica*, in *Cass. pen.*, 2012, 2701 ss.

97. Sui poteri della vittima e sulla sua partecipazione al procedimento in riferimento allo Statuto della Corte penale internazionale, v. Grifantini, *Il ruolo della vittima nel procedimento davanti alla Corte penale internazionale*, in *Cass. pen.*, 2012, 3180 ss.

98. La Corte di giustizia si è pronunciata su una domanda di pronuncia pregiudiziale posta da giudici spagnoli. Per un commento v. Calò, *Vittima del reato e giustizia riparativa nello spazio giudiziario europeo post Lisbona*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

99. Corte Giust. eur., 15 settembre 2011, Gueye e Sanchez, cit.

100. In riferimento al ruolo della vittima nel processo penale a livello internazionale v. *Convenzione ONU contro il crimine organizzato transnazionale*, ratificata dall'Italia con la l. 16 marzo 2006, n. 146. In particolare, l'art. 25, co. 3, *TOC Convention*.

101. V. decreto legge n. 78 del 2013, art. 1 (« *Modifiche al codice di procedura penale* »), sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'art. 284, dopo il co. 1, è aggiunto il seguente: « *1–bis. il giudice stabilisce il luogo degli arresti domiciliari in modo da assicurare le esigenze di tutela della persona offesa* ».

102. Decreto legge n. 78 del 2013, cit.

103. Corte eur. uomo, sez. II, 8 novembre 2013, Torreggiani c. Italia.

vazioni sulle potenzialità della filosofia che ispira le attuali scelte legislative, ed i rilievi critici sulla limitata portata dell'attuale intervento, si osserva che il legislatore si muove, in questa occasione, prevalentemente nell'ottica di favorire l'adozione di efficaci meccanismi di decarcerizzazione in relazione a soggetti di non elevata pericolosità. Resta ferma la necessità dell'ingresso in carcere dei condannati a pena definitiva che abbiano commesso reati di particolare allarme sociale.

La rivalutazione del ruolo processuale della persona offesa appare anche nelle nuove scelte di politica criminale[104] che sembrano ispirare la Delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie[105]. Innanzitutto, attraverso l'introduzione del potere del giudice di sostituzione, nella fase dell'esecuzione, della pena già disposta con le pene della reclusione o dell'arresto, qualora non risulti disponibile un domicilio idoneo ad assicurare la custodia del condannato ovvero quando il comportamento del condannato, contrario alla legge o alle prescrizioni dettate, risulti incompatibile con la prosecuzione delle stesse, anche sulla base delle esigenze di tutela della persona offesa dal reato[106]. In particolare, mediante l'introduzione di progetti di responsabilizzazione e di aiuto seguiti dall'ufficio di esecuzione penale esterna, nel cui ambito si realizza una valorizzazione dell'impegno riparatorio, anche nel significato che assume nell'interesse pubblico, cioè in termini di prevenzione generale[107]. Poi, attraverso forme di definizione anticipata del processo, all'esito positivo di un progetto di messa alla prova — diretto ad attenuare le conseguenze del reato, anche attraverso condotte riparatorie e restitutorie — disposto a sua volta dal giudice, se non deve pronunciare sentenza di proscioglimento a norma dell'art. 129, già in sede processuale[108].

Per quanto riguarda, in particolare i poteri di intervento e di partecipazione della persona offesa, il legislatore riconosce ad essa il diritto di essere sentita e di ricevere avviso dell'udienza di decisione sulla richiesta di messa alla prova, e dell'udienza di valutazione, al termine della quale, se positiva, il giudice dichiara con sentenza estinto il reato. La violazione del diritto comporterà il riconoscimento di un autonomo potere di impugnazione,

104. V. comunicato 4 luglio 2013 Camera dei deputati, *Delega al Governo per l'introduzione nel nostro ordinamento di pene detentive non carcerarie*.

105. La Camera ha approvato il 4 luglio 2013 il testo unificato delle proposte di legge C. 331–927–A (recanti *Delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie e disposizioni in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova e nei confronti degli irreperibili*).

106. V. art. 1, lett. *f*), *Delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie*, cit.

107. V. art. 29 della Bozza di riforma della parte generale del codice penale elaborata dalla Commissione Pisapia. Su questo profilo, v. art. 3, *Delega al Governo in materia di pene detentive non carcerarie*, *Modifiche al codice di procedura penale in materia di messa alla prova*; art. 4, *Introduzione dell'art. 191–bis nelle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale,* cit.

108. V. art. 3, co. 5, *Modifiche al codice di procedura penale in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit.

che sostituirà quello, previsto, di mera sollecitazione del pubblico ministero al ricorso in cassazione avverso l'ordinanza che decide sull'istanza di messa alla prova. Inoltre, la persona offesa ha il diritto di essere avvisata nei dieci giorni precedenti l'udienza fissata, anche d'ufficio, dal giudice per la revoca dell'ordinanza di sospensione del procedimento di messa alla prova. Infine, aprendo all'istituto che realizza il maggiore coinvolgimento della vittima, rappresentato dalla mediazione penale[109], laddove si stabilisce che alla richiesta di sospensione del procedimento sia allegato un programma di trattamento che tenga conto, specificamente, della indicazione delle « *condotte volte a promuovere, ove possibile, la mediazione con la persona offesa* »[110].

Presumibilmente, il ricorso a tale strumento implicherà, una fase di sospensione del processo stesso disposta dal giudice, con invito, nei confronti dell'imputato e della persona offesa, a presentarsi davanti a un ufficio di mediazione[111]. Tale ufficio avrà il compito di favorire il confronto, e di riportare al giudice un giudizio sui risultati della mediazione e sulla disponibilità dimostrata a tal fine dall'imputato. Il che potrà avere, a sua volta, efficacia estintiva dell'illecito, qualora il giudice valuti il programma presentato, nel suo complesso, idoneo. L'attività di mediazione acquisterà, in ogni caso, rilievo anche rispetto alla determinazione della pena, dovendo il giudice valutare l'idoneità del programma sulla base dei parametri indicati nell'art. 133 c.p.[112].

Dunque, si può osservare seppur da una primissima lettura delle proposte di legge di Delega al Governo approvate, che se vi è nuova tendenza alla costruzione di un sistema orientato a forme di riparazione effettivamente praticabili in favore delle vittime, quale « *antidoto di natura sostanziale alla esemplarità delle pene* »[113], rimane il dubbio su quali saranno le potenzialità delle future previsioni normative in presenza dell'attuale persistente atteggiamento culturale. Invero, prescindendo dalle distonie e dalla effettiva efficacia delle soluzioni che la prassi applicativa delle future previsioni normative mostrerà, può osservarsi che il successo di questa riforma di

109. Cfr. per tutti Mazzucato, *Consenso alle norme e prevenzione dei reati. Studi sul sistema sanzionatorio penale,* Roma, 2005; Mannozzi, *La giustizia senza parola. Uno studio comparso su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, 2003.

110. V. art. 3, co. 4, *Modifiche al codice di procedura penale in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit.

111. L'istituto della mediazione è previsto nell'ordinamento italiano solo all'art. 29, co. 4, d.lgs. n. 274 del 2000 (concernente la competenza in materia penale del Giudice di pace), ma ha trovato utilizzazione soprattutto attraverso gli artt. 9 e 28 d.P.R. n. 448 del 1988 (in tema di accertamento della personalità e di sospensione del procedimento connessa alla prova nell'ambito del processo minorile).

112. Art. 2, *Modifiche al codice penale in materia di sospensione del procedimento con messa alla prova*, cit.

113. « *La quale non trova affatto un argine credibile nel concetto di proporzione, che viene ricondotto senza ulteriori spiegazioni a quanto il contesto sociale avverta come adeguato, in termini di corrispettività retributiva, nei confronti dell'illecito* », così Eusebi, *La risposta al reato e il ruolo della vittima,* cit., p. 527 ss.

sistema, tesa ad assicurare livelli di prevenzione affidabili, presuppone un elevato livello di adesione "per scelta" ai precetti normativi, perché riguarda i destinatari delle norme penali non come « *oggetti di un condizionamento, ma come soggetti cui il sistema giuridico rivolge un appello* » che ne presuppone il consenso[114].

114. Cfr. Eusebi, *La risposta al reato e il ruolo della vittima,* cit., p. 527 ss.

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/978885485819011
pag. 509–512

Azione civile e processo penale

Giorgio Spangher

In un sistema integrato come deve essere quello della giurisdizione e particolarmente, poi, in quello della giustizia penale, tutto deve tenersi.

Il dato naturalmente non può non operare anche per le questioni relative alle restituzioni ed al risarcimento del danno da reato *ex* art. 185 c.p.

In questa logica di unità della funzione giurisdizionale e di unità delle implicazioni il codice di procedura del 1930, coevo al codice penale, prevedeva la presenza della parte civile nel processo penale ovvero la separazione delle azioni e gli effetti del giudicato penale nel processo civile di danno.

Nel riformare il processo penale del 1988, non si poteva non tener conto di alcuni vincoli che inevitabilmente il riferimento di cui all'art. 185 c.p. sembrerebbe imporre. Per queste ragioni e quindi per motivazioni storiche, la netta separazione delle azioni non era praticabile. La scienza del processo, pur nella logica delle riforme, anche significative, non fa salti, procede per aggiustamenti. Invero, questi non sono mancati.

Il primo è stato il ridimensionamento delle situazioni di parte civile a fronte di una legislazione alluvionale che ne aveva dilatato la presenza. Con una previsione collocata nella disciplina di coordinamento si è previsto, infatti, che « *quando leggi o decreti consentono la costituzione di parte civile, l'intervento nel processo penale al di fuori delle ipotesi di cui all'art. 74 c.p.p., è consentito solo nei limiti e nelle condizioni previsti dagli artt. 91, 92, 93 e 94 c.p.p.* » (art. 212, disp. att. c.p.p.). Bisogna dire che gli argini non hanno "tenuto" e si è continuato in una linea di espansione di situazioni che legittimano la costituzione di parte civile.

In parallelo con la riferita scelta, il riformatore aveva e ha predisposto la presenza degli enti e delle associazioni rappresentativi degli interessi resi dal reato (artt. 91 e 95 c.p.p.). Attraverso una regolamentazione puntuale — in parallelo con la presenza della persona offesa dal reato (art. 90 c.p.p.) — questi soggetti possono far valere « *finalità di tutela degli interessi lesi dal reato* ».

Il perno del sistema, nella conservata "filosofia" della presenza di richieste patrimoniali legate al danno nel processo penale, è stata la distinzione tra fase procedimentale e fase processuale, operando una differenziazione tra persona offesa e persona danneggiata suscettibile di divenire parte civile.

Il danneggiato, invero, pur potendo identificarsi con l'offeso, agirà con la

costituzione di parte civile, dopo l'esercizio dell'azione penale. Nella fase antecedente agirà la persona offesa, che — ove non costituitasi parte civile, se danneggiata — potrà continuare ad agire — come soggetto leso — anche nel segmento più strettamente processuale.

In altri termini, nella parte procedimentale l'offeso svolge un ruolo di sollecitazione e di controllo sull'attività del pubblico accusatore; dopo l'esercizio dell'azione penale, nel contesto della situazione funzionale all'accertamento della responsabilità penale, l'offeso–danneggiato, può inserire l'azione tesa ad ottenere le implicazioni dell'illecito penale sul piano civilistico e risarcitorio. Resta ferma la possibilità per il danneggiato di tenere separate le proprie posizioni: restare soggetto processuale, non assumere il ruolo di parte e sviluppare in sede civile le proprie pretese.

Invero, il codice rafforza significativamente il ruolo della persona offesa (e danneggiata) nella fase antecedente all'esercizio dell'azione penale, affiancando con memorie richieste ed indicazione di elementi di prova il pubblico ministero ai fini dell'esercizio dell'azione penale. Il dato è corroborato da una ampia serie di diritti.

Va segnalato, infatti, che la persona offesa può nominare — fra le altre facoltà — un difensore (art. 101 c.p.p.); ha accesso al registro delle notizie di reato (art. 335 c.p.p.); è informata degli accertamenti tecnici con facoltà di nominare consulenti tecnici (art. 360); può produrre memorie e richieste (art. 367 c.p.p.); ha diritto di ricevere l'informazione di garanzia (art. 369 c.p.p.); può sollecitare al p.m. di promuovere incidente probatorio (art. 394 c.p.p.); al quale può partecipare (art. 401 c.p.p.).

Il dato, più significativo, è costituito dall'opposizione all'archiviazione, cioè, all'elemento ostativo all'esercizio dell'azione penale da parte del p.m. e quindi al riconoscimento dei propri diritti civilistici da attuare con la costituzione di parte civile (artt. 408 e 410 c.p.p.).

Esaurita la spinta propulsiva all'esercizio dell'azione penale, il ruolo della persona offesa diventa in qualche modo meno significativo, pur conservando il suo rilievo, come emerge da quanto previsto dagli artt. 419, 429, 451, 456 e 572 c.p.p. Emergono, tuttavia, alcuni profili problematici, legati proprio alla possibile presenza della parte civile, che assume il ruolo di parte con tutti i diritti che anche sotto il profilo sanzionatorio sono evidenziati dall'art. 178, co. 1, lett. c), c.p.p. ove, invece, il ruolo dell'offesa è marginale (v., tuttavia, art. 419, cc. 1 e 7 c.p.p.).

Gli sviluppi processuali legati, da un lato, al sistema bifasico, dall'altro, alle scelte processuali dell'imputato, rendono "instabile" la posizione processuale della parte civile chiamata ad operare "in corsa" scelte strategiche a tutela dei propri diritti. Il riferimento, per un verso, si indirizza alle implicazioni delle prove raccolte in incidente probatorio; per un altro, alle implicazioni dei riti premiali. Sotto il primo profilo, si prevede che la sentenza pronunciata sulla base di una prova assunta con incidente probatorio a cui il danneggiato

dal reato non è stato posto in grado di partecipare non produce gli effetti previsti dall'art. 652 c.p.p., salvo che il danneggiato stesso ne abbia fatto accettazione anche tacita (art. 404 c.p.p.). Sotto l'altro, va sottolineato come la parte civile — nel caso del patteggiamento, sia espulsa dal processo (con rifusione delle spese), anche perché non potrebbe avvalersi dell'esito del processo (si tratta di un elemento della premialità del rito); nel caso del rito contratto dovrà decidere se restare o uscire dalla vicenda processuale, con significative ricadute in punto di effetti del giudicato penale nel giudizio civile (arg. *ex* artt. 651, co. 2, e 652, co. 2, c.p.p.).

I riferiti elementi sono significativamente assunti alla base di quanto previsto dall'art. 75 c.p.p. in ordine alle situazioni di trasmigrazione delle azioni dalla sede civile a quella penale e viceversa.

In particolare — a prescindere dalle decisioni per le quali operi una diversa visione strategica delle due procedure — le situazioni che non consentono alla persona danneggiata costituitasi parte civile di esercitare a pieno i suoi diritti (come nelle riferite situazioni dei riti premiali) ai fini d'un pieno accertamento del fatto di reato, non possono non permettere di superare la rigidità delle opzioni iniziali.

Dentro questa cornice sistematica, naturalmente, si collocano i riflessi decisionali in materia di accertamento/negazione della responsabilità e le pronunce favorevoli/sfavorevoli della pretesa civilistica.

Il riferimento si indirizza alle decisioni sugli effetti civili (artt. 538 e 540 c.p.p.), alle pronunce in tema di esecuzione della condanna civile (art. 600 c.p.p.), di decisione sugli effetti civili in caso di estinzione del reato per amnistia o per prescrizione (art. 578 c.p.p.), di legittimazione ad impugnare della parte civile (art. 576 c.p.p.), di sollecitazione al p.m. della parte civile o della persona offesa perché proponga impugnazione (art. 572 c.p.p.), di impugnazione per i soli interessi civili (art. 573 c.p.p.), l'annullamento della sentenza ai soli effetti civili (art. 622 c.p.p.). A ulteriore consolidamento degli interessi civili a tutela del danneggiato — non casualmente dopo la costituzione di parte civile — è previsto il sequestro conservativo (art. 316 c.p.p.).

Con una previsione ritenuta eccentrica — introdotta dalla legge n. 46 del 2006 — si è riconosciuto alla parte civile — in "parallelo" con l'apposizione della persona offesa all'archiviazione — di appellare — "a fini penali" (di prosecuzione del processo) la sentenza di non luogo (art. 428, co. 2, c.p.p.).

Sull'altro versante, il cerchio si chiude con le previsioni in ordine agli effetti del giudicato penale di condanna o di assoluzione nel giudizio civile di danno (artt. 651 e 652 c.p.p.).

In questo contesto, significativamente si recuperano alcune situazioni legate alla posizione della parte civile negli sviluppi procedimentali (il riferimento è al co. 2 dell'art. 651 ed al co. 2 dell'art. 652 c.p.p.).

La presenza di un doppio oggetto decisorio — civile e penale — pur

nella loro intima connessione presenta — può presentare — delle criticità nell'eventualità d'una separazione degli itinerari processuali interni al processo penale, come nel caso dell'impugnazione della parte civile agli effetti civili in difetto di impugnazioni agli effetti penali.

Parimenti, non può non lasciare perplessi la decisione del giudice penale che pur essendosi pronunciato in sede penale rimetta al giudice civile la quantificazione del danno.

Restano naturalmente "aperte" le questioni di fondo legate — come detto in esordio — al collegamento di cui all'art. 185 c.p. Non casualmente il modello accusatorio "puro" non prevede pretese civilistiche dentro il percorso teso all'accertamento del ruolo e dell'individuazione del colpevole.

La forza delle impostazioni culturali e strutturali — quindi storiche — dei modelli processuali preposti è probabilmente ancora troppo radicato per consentire soluzioni drastiche, così da costringere il sistema a convivere con alcune criticità e discrasie. Bisogna cercare di favorire la linea europea di potenziamento del ruolo della vittima nel processo penale, agevolando contestualmente la persona danneggiata a privilegiare l'opzione civile. Piccoli passi di cui si possono cogliere già i segni. Urge attendere.

L'OPINIONE

Giuliano Dominici

L'*abstract* (in italiano e in inglese) di ogni contributo può essere consultato sul sito *web archiviopenale.it*

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/978885485819012
pag. 515–526

Legittimità e merito

Il deducibile dubbio

Giuliano Dominici

1. Tempo fa Archivio Penale ha ritenuto di pubblicare qualche mia paginetta molto "discorsiva" circa una possibile linea di demarcazione tra ambito di legittimità e ambito di merito nel giudizio di cassazione[1].

In buona sostanza, mi sembrava di poter rilevare come, nel nostro sistema processuale, raggiunta — nel giudizio di merito, sulla scorta di elementi organizzati e valutati secondo date regole — una determinata conclusione riguardo l'assunto d'accusa enunciato nell'imputazione, nell'eventuale fase di legittimità si passi ad un "livello" del tutto diverso, nel quale ormai non si tratta più di giungere a conclusioni, ma si esamina la spiegazione della conclusione raggiunta[2]; in altri termini, non si affronta più il fatto oggetto di giudizio, bensì il discorso giustificativo approntato dal giudice di merito per illustrare e far comprendere le conclusioni adottate "in nome del popolo".

Con quel che ne consegue: al di fuori dei contesti strettamente formali, una "dimostrazione" non può esaurirsi in sé stessa, ma deve richiamare ed illustrare i dati sui quali si fonda; la sua verifica dovrà — dunque — utilizzare quegli stessi dati per confermare o negare la validità del percorso argomentativo adottato.

Da ciò prendevo le mosse per una critica al diffuso indirizzo per il quale, se vengono esaminati i presupposti fattuali dell'argomentazione articolata dal giudice del merito, la verifica della sua tenuta finisce per risolversi in un'indebita incursione nella sfera di discrezionalità che ha condotto a certe conclusioni, ribadendo come — al contrario — non siano affatto queste ultime l'oggetto della verifica di legittimità, bensì soltanto l'apparato illustrativo e argomentativo che *a posteriori* le sorregge[3] ; verifica che — infatti

1. *Cassazione: un discorso sul discorso*, in *Arch. pen.*, 2012, 911–917.

2. Nello scritto precedente utilizzavo il termine "dimostrazione" (« *la dimostrazione della conclusione raggiunta* ») non — ovviamente — nel senso proprio della logica deduttiva, bensì in quello, appunto "discorsivo" e comune, di illustrazione argomentata della validità di una certa conclusione (come infatti appena appresso veniva precisato).

3. I due piani non paiono affatto (come spesso si afferma) *indistinguibili*, bensì *inconfondibili*: Tizio viene condannato, all'esito dei due gradi di merito, sulla scorta di una testimonianza che

— non potrà mai risolversi in una sostituzione con altro e diverso apparato giustificativo, e tanto meno approdare a diverse conclusioni.

2. Di recente, nel corso di un convegno particolarmente interessante e qualificato[4], il Prof. Paolo Ferrua ha dichiarato che tale impostazione può essere accettata, così come la definizione del giudizio di cassazione quale "discorso sul discorso" mirato al controllo della correttezza logico–argomentativa della sentenza impugnata. A condizione però — ha aggiunto — che se ne accettino le dirette conseguenze: qualora il giudice di legittimità riconosca la correttezza dei passaggi e delle inferenze che hanno portato ad una data conclusione (quindi, la correttezza del *discorso di merito*), dovrebbe accreditare la stessa pur ove ne dissentisse ritenendola ingiusta (sperando di non aver travisato, nel brutale riassunto, il pensiero dell'illustre giurista)[5].

lo indica quale autore materiale di un delitto avvenuto a Roma; testimone addotto dalla difesa aveva però attestato la presenza di Tizio, un'ora prima del delitto, in una località della Sardegna. La sentenza d'appello ribadisce le argomentazioni del primo giudice sulla maggiore affidabilità della testimonianza d'accusa, mentre a proposito di quella d'alibi viene evocata la possibilità di errore di persona, aggiungendosi che, in ogni caso, Tizio (pur non risultando nella lista passeggeri dei voli in partenza) avrebbe comunque potuto raggiungere Roma nel limitato tempo disponibile, trattandosi di soggetto assai facoltoso in grado di noleggiare del tutto riservatamente un aereo privato. Il ricorso dell'imputato denuncia l'illogicità del percorso argomentativo, da un lato perché la maggiore affidabilità del testimone d'accusa è stata unilateralmente fondata sul possibile errore di persona da parte del testimone d'alibi, mentre tale possibilità riguardava eventualmente entrambe le testimonianze, dall'altro perché l'ipotesi dell'utilizzo di un volo privato si risolve in mera congettura priva di ogni possibilità di conferma o di smentita. Nel che, nessuna invasione nel merito della vicenda, ma soltanto una "ricognizione" (e "bonifica", in caso di annullamento) dei passaggi inferenziali che hanno condotto alla conclusione adottata, eventualmente reiterabile — in sede di rinvio — sulla scorta di più rigorose argomentazioni: « *il giudice di rinvio è investito di pieni poteri di cognizione e può — salvi i limiti nascenti da eventuale giudicato interno — rivisitare il fatto con pieno apprezzamento ed autonomia di giudizio ed in esito alla compiuta rivisitazione addivenire a soluzioni diverse da quelle del precedente giudice di merito o condividerne le conclusioni purché motivi il proprio convincimento sulla base di argomentazioni diverse da quelle ritenute illogiche o carenti in sede di legittimità. Ne deriva che eventuali elementi di fatto e valutazioni contenute nella pronuncia di annullamento non sono vincolanti per il giudice del rinvio, ma rilevano esclusivamente come punti di riferimento al fine della individuazione del vizio o dei vizi segnalati e non, quindi, come dati che si impongono per la decisione demandatagli* » (Cass., sez. V, 22 giugno 2010, Gambino, in *Mass. Uff.*, n. 248413). Piuttosto, potrebbe sostenersi che ciò non rientri propriamente nello scrutinio di legittimità (inteso quale esplicazione della tipica funzione nomofilattica attribuita alla S.C. dall'art. 65, Ord. giud.), ma cambia poco: dapprima la giurisprudenza della stessa S.C., poi l'art. 606, lett. *e)*, del codice attuale, hanno attribuito alla Cassazione questa ulteriore funzione di controllo, espressamente ritagliata sul *discorso giustificativo*, limitandola dapprima al solo testo della motivazione del provvedimento impugnato, e più ragionevolmente estendendola — dal 2006 — agli atti processuali "di riferimento". Sicché, ove pure non fosse del tutto appropriato definire tale scrutinio come "di legittimità", ciò non toglie che neppure riguardi "il merito", bensì "il metodo": « *la struttura del ragionamento che (il giudice del merito) è tenuto a seguire costituisce l'oggetto della cognizione ed anche il limite stesso della cognizione e del controllo che la Cassazione può esplicare* » (Cass., sez. V, 9 marzo 2012, Dell'Utri, in *Cass. pen.*, 2012, 3797 ss.).

4. *Incontro di studio sulla Cassazione*, Salerno, 31 maggio–1 giugno 2013.

5. La videoregistrazione integrale del convegno sarà presto disponibile sul sito *www.camerepenali.it*.

In verità, e tanto registro per amor di cronaca — ma anche per sottolineare la vivacità del dibattito — l'osservazione ha provocato un breve intervento del Presidente Canzio, che ha serenamente ammesso come ciò corrisponda appunto a quanto normalmente accade nelle camere di consiglio della S.C., non potendo i giudici di legittimità metter mano all'incarto processuale per valutare eventuali soluzioni alternative a quella adottata dai giudici del merito[6].

Il "siparietto" ha avuto poi un prosieguo a microfoni spenti, quando, alla mia obiezione che poteva trattarsi di un falso problema, alla luce della regola–principio[7] dell'« *al di là di ogni ragionevole dubbio* », che imporrebbe di ritenere non razionalmente motivata ovvero non adeguata al livello imposto dal legislatore, e quindi "legalmente illogica", la conclusione *in malam partem* adottata sulla scorta di risultanze, illustrate nel ricorso, che lasciassero spazio a soluzione diversa e favorevole per l'imputato, il prof. Ferrua mi ha ammonito a non trascurare l'esistenza di una "zona grigia" nella quale talvolta — a fronte del medesimo materiale processuale — più soluzioni anche di segno opposto, tutte logicamente incensurabili, sono egualmente possibili.

3. Recuperando in studio gli scritti del prof. Ferrua, credo di aver individuato il nocciolo della questione: « *espressioni come 'ragionevole', 'giusto'*[8]*, 'equo' presentano ai margini un alone di indeterminatezza, una zona grigia dalla quale possono scaturire opposte soluzioni, tutte legittime. Agli estremi la distinzione è chiara, nel senso che si possono immaginare quadri probatori — i c.d. casi facili — in cui ogni persona razionale concorderebbe nell'assolvere o nel condannare. Ma, per quanta resistenza vi sia ad ammetterlo, esistono altri contesti — i c.d. casi difficili — dove il materiale probatorio può giustificare la condanna come l'assoluzione e dove, quindi, la scelta tra l'una e l'altra, pur doverosamente operata dal giudice sul presupposto che quella sia la decisione migliore, è inevitabilmente connotata da una spiccata discrezionalità. Un diverso giudice, altrettanto lucido cognitivamente, potrebbe assumere e motivare l'opposta conclusione nel pieno rispetto della legalità: il dubbio che all'uno appare 'ragionevole', può risultare per l'altro 'irragionevole'. Discrezionalità significa, appunto, scelta tra più opzioni, ciascuna legittima* »[9].

6. Salva ovviamente, ma questa è un'aggiunta di chi scrive, la deduzione nel ricorso di precisi "percorsi alternativi" prospettati nella sede del merito e rimasti ignorati in sentenza.

7. Sul punto, P. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, in Ferrua, Grifantini, Illuminati, Orlandi, *La prova nel dibattimento penale*, Torino, 2010, pp. 384 ss.

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

9. Così prosegue: « *nessun giudice, ovviamente, dirà all'imputato condannato che con pari legittimità*

Ebbene, così prospettata la questione[10], credo che l'eventualità di un "nulla osta", in sede di legittimità, alla sentenza correttamente motivata che tuttavia presenti margini di discrezionalità e — in pari misura — di possibile "dissenso", debba necessariamente essere accettata, nei limiti e per le ragioni che provo a riassumere.

Intanto, il margine di fisiologica (in un contesto non assiomatico) discrezionalità della decisione, posto nei termini che precedono, si riproporrebbe comunque all'infinito, anche laddove — in ipotesi — si desse pieno ingresso al *merito* in cassazione[11]: si tratta infatti soltanto di stabilire quanti giudici possano ricostruire i fatti, ma — alla fine — bisognerebbe pur approdare a

si sarebbe potuta pronunciare una sentenza di assoluzione; ma sarebbe un'ipocrisia negare la presenza di 'casi difficili' che nessun criterio legale di valutazione può riuscire ad eliminare. La linea che separa il colpevole dall'innocente è netta dal punto di vista ontologico; vaga da quello epistemico o conoscitivo, dove a separare la condanna dall'assoluzione è il giudizio sulla 'ragionevolezza' o non del dubbio. Né sarebbe corretto troncare la questione, affermando che nei casi 'difficili' occorre sempre assolvere per il fatto stesso che si profila uno stato d'incertezza, quindi il 'dubbio'. Per quanto si estenda l'area dell'assoluzione, il confine che la separa dalla condanna rimarrà sempre vago, per lo meno sino a quando dipenda da aggettivi come 'ragionevole'. Si può ragionevolmente dubitare se [...] il dubbio sia 'ragionevole', e così via, con un regresso all'infinito; tocca al giudice frenare quel regresso, decidendo se il dubbio sia o no 'ragionevole'; ma è una questione tipicamente discrezionale, nel senso appena specificato. E — sia detto di sfuggita — è proprio in questo spazio nebuloso che più intensamente si esercita l'attività retorico–argomentativa dell'accusa e della difesa; più è ampia la discrezionalità del giudice e più cresce potenzialmente l'influenza delle parti, che viceversa tenderebbe a zero nel sistema di una prova intesa come dimostrazione matematica » (Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., pp. 385, 386).

10. Al netto della sciagurata — ma inapprezzabile nella prospettiva che qui conta — possibilità di un dubbio "inespresso" (ovvero rimosso) dal giudice, non evidenziato nelle impugnazioni delle parti, e non emerso neppure in sede di legittimità (nella quale, per le ragioni che si diranno, a certe condizioni ancora potrebbe rilevare).

11. Non esattamente in questi termini, ma comunque nel senso dell'inopportunità di una distinzione tra legittimità e merito nella prospettiva del "giusto processo" che deve rimanere tale anche in cassazione, Iacoviello: « *nella lunga notte del processo penale la Cassazione è una figura sdoppiata. C'è la Cassazione tradizionale, che ha la fobìa del fatto e vive sulla cruciale distinzione legittimità–merito. È una Cassazione tolemaica, che si pone al vertice del sistema giuridico come una divinità lontana, sensibile alla legalità e cinicamente indifferente alla giustizia. È la cassazione del diritto vissuto che affronta i problemi del presente con le categorie giuridiche del passato, che ragiona per sillogismi, ignora ragionevole dubbio ed ipotesi alternative ed è legata al formalismo delle nullità. E c'è una nuova Cassazione. È la cassazione, che abbandona l'anacronistico tabù del merito e che per fronteggiare la colata lavica dei ricorsi cerca barriere selettive più efficaci, come l'interesse, la specificità e decisività dei motivi. Una Cassazione copernicana, detronizzata dal vertice dell'universo giuridico, ma che è capace di reinventarsi, volgendosi dalla norma al caso, puntando alla lesività delle nullità e valorizzando il principio di preclusione. Una Cassazione che entra nel fatto, che ragiona con probabilità e ipotesi, che affronta prova scientifica e processo indiziario e che fissa regole logiche di ragionamento e protocolli argomentativi al fine di raggiungere — attraverso la legalità — la giustizia (...)* ». Iacoviello, presentazione de *La Cassazione Penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013. (Laddove, scontata l'adesione alla necessità di "regole logiche e protocolli argomentativi", per il resto non può evitarsi segnalare come, notoriamente, le strade dell'inferno siano lastricate di buone — nel caso di specie, ottime — intenzioni: la Cassazione "copernicana" agognata finisce per risolversi in una Cassazione che autodefinisce, magari di volta in volta, i confini della propria competenza funzionale, senza che ai ricorrenti sia concesso di conoscere in anticipo le effettive "regole del gioco". Che è poi quanto, appunto, oggi accade).

qualcosa di definitivo, seppur segnato da una "dose" di discrezionalità[12].

In altri termini, si deve ragionare sulla razionalità (o meno) del sistema, poi doverosamente accettarne le conseguenze: da noi — come non dappertutto — i gradi di merito sono due, poi si ragiona sulla legittimità del "prodotto intellettuale sentenza"; se svolto correttamente e senza chiusure nostalgiche, il controllo può ben essere approfondito, eventualmente estendendosi alla coerenza dei passaggi argomentativi rispetto al materiale probatorio ignorato o travisato, e alle ipotesi alternative trascurate (congruenza "estrinseca", e non più — ormai — solo "autoreferenziale", del percorso inferenziale adottato).

4. Probabilmente, una maggiore dimestichezza di tutti con regole, divieti e fallacie del "ragionamento probabilistico", consentirebbe un migliore controllo in ultima istanza, senza alcuna tentazione di "ricominciare *ab ovo*" (come si fa a leggere ancora, in tante sentenze della S.C., che lamentare la mancata presa in considerazione di un'argomentata tesi alternativa equivalga a riproporre abusivamente il merito del giudizio nella sede di legittimità? Evidente che possa trattarsi invece della denuncia di un preciso errore nel metodo induttivo, lo stesso che in medicina è stranoto — e nei tribunali regolarmente punito — come "omessa diagnosi differenziale". O il rigore metodologico cui è tenuto il medico non riguarda il giudice?)[13].

Quindi, laddove anche dovesse concludersi che — articolato alla stregua di regole e princìpi processuali — un ragionamento corretto possa tuttavia condurre ad una conclusione opinabile (o a più possibili conclusioni), ciò non influirebbe sull'ambito specifico del giudizio di legittimità, posto che il discorso non cambierebbe all'esito di un ulteriore, totale *check–up* della vicenda nei suoi aspetti anche fattuali.

Potrebbe poi ritenersi che la possibilità di "conclusioni opposte ma tutte ragionevoli" sia addirittura insita nel sistema processuale, ovvero nella sua incoerenza.

La Corte Costituzionale ha determinato la soppressione del divieto di impugnazione delle sentenze assolutorie[14], così riaprendo la strada alla "doppia difforme di merito", e cioè alla possibile coesistenza, all'esito della vicenda processuale, di due conclusioni diverse sullo stesso oggetto, cosicché la pronuncia successiva prevale sulla precedente in ragione della sua maggiore autorità "gerarchica".

12. V. Bargi, *Il ricorso per cassazione*, in *Le impugnazioni penali*, II, p. 449; Santoriello, *Il vizio di motivazione tra esame di legittimità e giurisdizione*, Torino, 2008.

13. V. Gaito, *Impugnazioni ed altri controlli: verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, I, p. 19 ss.

14. Corte cost., n. 26 del 2007.

Come ciò possa conciliarsi con la regola–principio dell'« *al di là di ogni ragionevole dubbio* » (una volta che il dubbio non necessariamente irragionevole risulti "incartato" nel fascicolo processuale) è questione rimessa alla capacità retorico–argomentativa delle nostre "giurisdizioni superiori": *«il principio dell'oltre ogni ragionevole dubbio — pur se non più accompagnato dalla regola dell'inappellabilità delle sentenze assolutorie espunta dalla Corte Costituzionale — presuppone che, in mancanza di elementi sopravvenuti, l'eventuale rivisitazione in senso peggiorativo compiuta in appello dello stesso materiale probatorio già acquisito in primo grado ed ivi ritenuto idoneo a giustificare una pronuncia di colpevolezza, sia sorretta da argomenti dirimenti e tali da evidenziare oggettive carenze o insufficienze della decisione assolutoria, che deve, quindi, rivelarsi, a fronte di quella riformatrice, non più sostenibile, non essendo sufficiente, per la riforma caducatrice di un'assoluzione, una mera diversa valutazione caratterizzata da pari o addirittura minore plausibilità rispetto a quella operata dal primo giudice, occorrendo invece una forza persuasiva superiore, tale da far cadere ogni ragionevole dubbio in qualche modo intrinseco alla stessa situazione di contrasto* »[15].

Ma allora, se la "reformatio in peius" deve risolversi in un sostanziale annullamento della pronuncia precedente, la soluzione migliore restava proprio quella dell'inappellabilità, che lasciava appunto spazio al ricorso in cassazione per l'annullamento della sentenza assolutoria, evitando in radice il grave problema dell'eventuale "prima condanna in appello" contro la quale, per l'imputato, non è più ammesso che un vaglio di sola legittimità (*idem* per il p.m., a sequenza invertita).

Comunque, per quel che vale (e quando vale: l'applicazione dell'indirizzo garantista è a dir poco incostante) il criterio è stato enunciato: perché prevalga la soluzione *in malam partem* occorre "far cadere ogni ragionevole dubbio in qualche modo intrinseco alla stessa situazione di contrasto".

E siamo di nuovo all'art. 533 c.p.p., cioè daccapo[16].

5. Non può, però, trascurarsi l'ulteriore principio *in dubio pro reo*, quale clausola di chiusura (e di salvezza) che può rivelarsi preziosa appunto nei "casi difficili"[17].

15. Cass., sez. VI, 7 novembre 2011, Galante, in *Mass. Uff.*, n. 251066.

16. V. Gaito, Giunchedi, Santoriello, Spangher, *Scopi della giustizia penale e politica processuale differenziata*, in *I procedimenti speciale*, Coord. Da Giunchedi e Santoriello, I, Torino, 2010.

17. Seguendo appunto l'insegnamento del prof. Ferrua, *Il giudizio penale: fatto e valore giuridico*, cit., p. 315: « *anche nei casi difficili, dove più soluzioni possono sembrare altrettanto convincenti, il giudice è tenuto a impegnarsi in una pratica argomentativa, a dar fondo ad ogni risorsa interpretativa, incluso il ricorso ai principi su cui si fonda l'ordinamento, sino a risolvere il conflitto tra le ipotesi concorrenti; a trovare, nelle questioni apparentemente indecidibili, la risposta migliore che, con Dworkin, si potrebbe definire l'unica risposta 'giusta'; e cadrebbe in una contraddizione performativa il giudice che, dopo aver illustrato i motivi della sua scelta, riconoscesse come preferibile, o soltanto come egualmente fondata, una diversa decisione* ».

Per quanto il tradizionale brocardo possa apparire ormai recepito e compreso nell'art. 533, co. 1, c.p.p., non sembra che la sua portata si esaurisca nel *beyond any reasonable doubt*: mentre questa regola è condizione essenziale per la pronuncia di condanna (« *il giudice pronuncia sentenza di condanna se...* »), e riguarda dunque il "livello intrinseco" della complessiva prova *X* di responsabilità, il principio *in dubio pro reo* pare riguardare invece le situazioni nelle quali *X* ed *Y* siano sullo stesso piano, non lasciando spazio — in tal caso — a scelte diverse da quella più favorevole per l'imputato (estendendosi così al dubbio esterno alla prova)[18].

E infatti, in termini semplici quanto validi ad esemplificare, « *il termine per l'applicazione dell'indulto va individuato, ove sia incerto il tempo di commissione del reato, in favore del condannato, sulla base del principio "*in dubio pro reo*"* »[19]. Laddove avrebbe potuto dirsi che sussistevano "ragionevoli dubbi" che il *tempus commissi delicti* fosse successivo a quello utile per l'applicazione dell'indulto, ma correttamente si è posto invece l'accento sull'*incertezza* che avrebbe forse legittimato una conclusione sia in termini di *prima* che dopo, alternativa da risolversi invece — potrebbe dirsi formalmente — in acritico *favor rei*.

Né l'operatività in concreto del principio può limitarsi a simili, schematici "automatismi": « *ai fini dell'accertamento della volontà omicida, ove gli elementi obiettivi dai quali suole desumersi la prova dell'animus necandi non appaiono sufficienti a fornire la certezza dell'intento di uccidere, il giudice deve, in base al principio "*in dubio pro reo*", escludere la sussistenza di tale volontà e ciò pure in presenza dell'evento, di fatto verificato, della morte, che non può ritenersi, da solo, elemento decisivo* »[20].

In tale prospettiva, nei "casi difficili" in cui « *il materiale probatorio può giustificare la condanna come l'assoluzione e dove, quindi, la scelta tra l'una e l'altra, pur doverosamente operata dal giudice sul presupposto che quella sia la decisione migliore, è inevitabilmente connotata da una spiccata discrezionalità* », tale discrezionalità dovrebbe dunque trovare un limite: quello per il quale tra soluzioni parimenti giustificabili prevale quella *pro reo*.

Naturalmente, proiettando la questione nel giudizio di legittimità, occorre che l'esistenza della "possibilità di scelta" emerga (seppur non esplicitamente, com'è persino ovvio) dal provvedimento impugnato, ovvero dagli scritti difensivi. Ed è proprio quest'ultimo il passaggio ancora critico, spesso — come già si accennava — negandosi del tutto ad esempio, alla denuncia

18. V. Gaito, *Gli scrupoli del legislatore per l'effettività dei controlli sulla correttezza del metodo probatorio*, in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la «Legge Pecorella»*, 265.

19. Cass., sez. I, 4 febbraio 2009, p.m. in proc. Butelli, in *Mass. Uff.*, n. 243352.

20. Cass., sez. I, 18 marzo 1982, Costa, in *Mass. Uff.*, 155416; in tema di estinzione del reato, il principio risulta addirittura codificato nell'art. 531 co. 2 c.p.p., così come a proposito del dubbio sul l'esistenza di cause e di non punibilità (art. 530, co. 3 c.p.p.).

di mancata considerazione di una tesi alternativa, la natura di valida censura al percorso logico del giudice del merito.

6. In ogni caso, occorre interrogarsi sull'effettiva dimensione del problema.

Vero che la capacità definitoria di aggettivi ed avverbi[21] è piuttosto limitata, ma una sentenza è fatta di argomenti, e cioè di enunciati verbali che devono risultare adeguati non solo ai "fatti che furono", ma anche agli enunciati verbali del codice di riferimento. Il tutto in un discorso che va calato nello specifico contesto storico–culturale, rispetto al quale, e soltanto rispetto al quale, acquista o meno significatività: osservava Ferrajoli come l'aggettivo "osceni", che nell'art. 529 c.p. qualifica gli atti in quanto tali punibili, sia irrimediabilmente vago[22]; ciononostante, nessuno definirebbe "osceni" — oggi — atti che pacificamente venivano così considerati trent'anni fa.

Quindi: se è vero che esiste (ed esisterà sempre) una "zona grigia di confine" tra oscenità e non oscenità (e una "zona di discrezionalità" di equivalente estensione) è vero altrettanto che il contesto di riferimento ne condiziona l'ampiezza. D'altra parte, il problema è noto e parimenti irrisolvibile, come dimostrato appunto dal paradosso del sorite: quand'è che un mucchio di sabbia, eliminando granello dopo granello, cessa di essere (o di poter essere definito) un "mucchio di sabbia"?

Con i limiti del linguaggio non possiamo che convivere, in un lavorio incessante e mai definitivo su come quando e perché — ad esempio — un "mucchio" di indizi sia rispondente alla tripletta di aggettivi dettata dall'art. 192, co. 2, c.p.p.: venuta meno l'illusione di un praticabile sillogismo giudiziario, è necessariamente con la discorsiva logica del probabile che occorre confrontarsi senza resistenze e pregiudizi, ma anche attrezzandosi alla bisogna.

7. Scriveva Cordero: « *vero significa talmente probabile che il possibile dubbio residuo possa ragionevolmente essere rimosso* »[23].

L'esistenza di una ragionevole soluzione alternativa — quale dubbio residuo sulla conclusione adottata — impedirebbe quindi di considerare "vera" (qui nel senso di *corretta*) la conclusione adottata in sede di merito.

Certo, siamo ancora alle prese con un aggettivo o con un avverbio, ma non mancano gli strumenti per limitare i danni, procedendo ad esempio alla falsificazione[24] dell'assunto.

21. Dei quali il nostro c.p.p. è peraltro pieno: rimanendo in tema, l'illogicità deve essere *manifesta*, il ricorso non *manifestamente infondato*.

22. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma–Bari, II ed., 1990, p. 100.

23. Cordero, *Procedura penale*, Milano, VI ed., 2003, p. 993.

24. Anche in questo caso (come in precedenza per "dimostrazione"), il termine è utilizzato nell'accezione "disimpegnata" di confutazione, senza diretto riferimento all'epistemologia falsifica-

Si dice — e spesso si legge nelle sentenze della S.C., purtroppo — che l'alibi falso costituisca "indizio a carico"[25], e come tale possa "riscontrare" un'accusa[26]; ciò può anche risultare determinante per una condanna, quando la prova disponibile non risponda al precetto codicistico (ad esempio, una solitaria chiamata in correità, "riscontrata" dalla falsità dell'alibi del chiamato).

Ma, posto che non soltanto il colpevole, bensì anche l'innocente disgraziatamente privo di altri mezzi per contrastare l'accusa ingiusta, può essere indotto a ricorrere ad un alibi compiacente e fraudolento, l'inferenza "accreditatrice" risulta di per sé sfornita di solida base logico–esperienziale[27].

Discorso non dissimile per la pur imperante "convergenza del moltepli-

zionista di Popper. D'altronde, la logica cui deve attenersi la sentenza non può che essere quella del "popolo italiano" in nome del quale è pronunciata (nel senso della sua "riconoscibilità" nel contesto di riferimento, che non è soltanto quello degli studiosi della materia). Ha dunque ragione Iacoviello, quando afferma che « *il tramonto della logica dimostrativa fa emergere come nucleo razionale del giudizio la logica induttivo–argomentativa, che altro non è che* everyday knowledge*, la logica quotidiana dell'uomo comune: di un individuo, cioè, che ogni giorno affronta problemi e prende decisioni, facendo ricorso al buon senso e avvalendosi di quella che gli anglosassoni definiscono come* 'the available social stock of knowledge in a given society'*, vale a dire l'insieme delle conoscenze condivise da una determinata collettività in un determinato momento storico* » (Iacoviello, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. Dir.*, 2000, p. 759). Il che, però, da una parte non significa affatto che il "comune buon senso" si identifichi con i "discorsi da bar" (*. . . se è stato arrestato qualcosa avrà pur fatto*), e dall'altra che un insieme di conoscenze, credenze, princìpi, assunti non possa essere a sua volta oggetto di analisi per individuarne i più ricorrenti e tipici errori, a partire da quelli inferenziali (proprio dai teorici dell'argomentazione viene la distinzione tra "tipi di dialogo", in ragione della quale il *presumptive reasoning* consentito nell'argomentazione quotidiana non può essere ammesso in contesti nei quali vige un diverso e più qualificato *standard* di correttezza). Ma il "buon senso comune", a ben vedere, può anche consistere — o risolversi — nella traduzione in termini appunto riconoscibili di criteri logici più ostici: il richiamato passaggio di Cordero, « *vero significa talmente probabile che il possibile dubbio residuo possa ragionevolmente essere rimosso* », non si allontana troppo — in fondo — dal criterio logico di verosimiglianza di Popper.

25. Da ultimo, Cass., sez. I, 26 marzo 2013, Knox e altro, in *Arch. Pen.* p. 49: « *. . . i giudici di primo grado avevano ritenuto, con ragionamento corretto sia dal punto di vista della logica che del diritto, che l'alibi falso andava considerato come un indizio a carico, da porre in correlazione con gli altri elementi di prova e nel contesto delle complessive risultanze probatorie* ».

26. Cass., sez. I, 27 aprile 2006, M.A., n. 22885, in *Mass. Uff.*, nella quale si legge che l'alibi falso, pur non potendo considerarsi "elemento di per sé indiziante", tuttavia, ponendosi « *nella stessa direzione della chiamata in correità* », può essere utilizzato « *correttamente, quale elemento di riscontro. . . di carattere individualizzante in quanto attinente alla posizione dell'accusato* » (p. 16).

27. « *Ai fini della valutazione dell'alibi falso prospettato dall'imputato si pongono due criteri metodologici: anzitutto, non spettando all'imputato provare la sua innocenza, la inesistenza di un alibi o il fallimento di quello offerto non possono in nessun modo essere posti a suo carico come elementi di prova sfavorevoli, costituendo situazioni del tutto agnostiche sotto tale profilo. In secondo luogo, l'alibi rivelatosi preordinato e mendace può costituire indizio sfavorevole all'imputato, ma si tratta di un indizio in sé pur sempre generico per molteplici ragioni suggerite dalla esperienza, la più ovvia delle quali è che una maldestra linea di difesa può anche indurre alla precostituzione di un alibi falso a fronte di una accusa che, pur ritenuta ingiusta, non appaia altrimenti contrastabile. Spetta allora al giudice, nel suo prudente apprezzamento, valutare l'indizio derivante dall'alibi falso nel contesto delle complessive risultanze e trarne il senso in modo corretto e logico* » (Cass., sez. I, 16 ottobre 1990, p.m. in proc. Andraous ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 186121; Id., sez. un, 4 febbraio 1992, Musumeci, in *Mass. Uff.*, n. 191231).

ce", in mancanza di un'affidabile generalizzazione empirica sulla scorta della quale accreditare la conclusione che il fatto riferito da due non disinteressati soggetti sia, per ciò solo, vero[28].

Insomma, il non poter ragionare nei rigidi e rassicuranti termini deduttivi non impedisce di esaminare le inferenze induttive — e argomentative in genere — sotto il profilo della loro *proponibilità* e *plausibilità*, così come sotto quello della "forza" della conclusione raggiunta (che non sarà poi così granitica, ove si trovi a convivere con altre di pari efficacia esplicativa)[29].

Non è affatto — o non è sempre — una questione di "libero convincimento" (dal che arrendevolmente deriverebbe che *tot capita, tot sententiae*): quando piove, la strada è bagnata, ma che la strada sia bagnata non significa che abbia piovuto, ben potendo essere appena passato l'idrante della nettezza urbana. La tipica "affermazione del conseguente" si risolve classicamente in un'abduzione di portata "indiziaria" che può anche essere accettata come tale, a condizione cioè di non essere proposta — ad esempio — come accreditamento della testimonianza decisiva (per qualche ragione legata alla circostanza dell'acquazzone appena passato).

La "forza" della conclusione sta quindi nella possibilità di escludere "ragionevolmente", e non soltanto — come troppo spesso accade — in via retorico–congetturale ("nulla fa pensare che fosse appena passato un idrante") la soluzione alternativa. E la "ragionevolezza" o meno della conclusione raggiunta può trovare una sua concreta dimensione una volta contestualizzata nel contradditorio: se la difesa aveva documentato che la pulizia delle strade avveniva di regola quel giorno della settimana, non è per nulla "ragionevole" ignorare o rimuovere la circostanza (così come non è affatto questione di merito censurare la rimozione in sede di legittimità, incidendo la stessa, in punto di completezza, sul metodo argomentativo).

Le teorie dell'argomentazione offrono, in questo senso, spunti assai in-

28. Sulla pluralità di chiamate, così come sul riscontro alla singola chiamata, i criteri logici di apprezzamento risultano spesso sconcertanti: « *[...] la chiamata di correo de relato... può trovare riscontro anche nella dichiarazione di un soggetto che affermi di avere ricevuto dal chiamante la medesima confidenza, in quanto detta confidenza costituisce valido riscontro alla chiamata, e non pseudo riscontro, in ragione del diverso contesto cronologico in cui è stata resa, in quanto antecedente di un tempo apprezzabile alla chiamata de relato. Di conseguenza, la deposizione testimoniale del terzo, che riferisce in ordine a circostanze apprese direttamente dal chiamante, ben può costituire riscontro estrinseco alla chiamata in correità* » (Corte d'ass. d'app. Caltanissetta, data e imputato, sent. n. 8/2013, p. 37). La loquacità del soggetto come riscontro (estrinseco, poi) alla sua stessa parola d'accusa.

29. « *Laddove dunque ricorrano due spiegazioni alternative relative ad un medesimo accadimento storico, la Corte di cassazione non può limitarsi a riscontrare la compatibilità della decisione del giudice di merito con il senso comune e con i limiti di una plausibile opinabilità di apprezzamento, disinteressandosi della sussistenza di ricostruzioni alternative dell'accaduto, ma deve censurare la decisione di condanna sostenendo che essa è intervenuta in assenza del requisito dell'"oltre il ragionevole dubbio" circa la colpevolezza dell'imputato — dubbio sussistente, per l'appunto, in virtù del fatto che della vicenda storica oggetto dell'imputazione è possibile fornire altra spiegazione, diversa e contraria rispetto a quella presente nella decisione di condanna* » (Santoriello, *I dubbi impongono sempre l'assoluzione*, in *Arch. pen.*, 2012).

teressanti, ed è piuttosto sorprendente che mentre esiste — nella pratica — uno schema argomentativo della sentenza penale (un "tipo di discorso": illustrazione dei fatti, analisi critica degli stessi, indicazione dei criteri di valutazione adottati, sussunzione nello schema legale, *ecc.*), non si pensi affatto ad approfondirne gli aspetti, individuandone regole e possibili patologie, eventualmente rilevabili sotto il profilo della illogicità sanzionata dal c.p.p. (se non fosse che appunto l'assenza di regole costituisce, in generale, la situazione ideale per ogni posizione di potere).

8. In un sistema ben rodato, nel quale non vi fossero equivoci e dubbi sull'ambito del giudizio di legittimità, lo spazio per la convivenza di conclusioni ragionevoli di segno opposto risulterebbe accettabilmente limitato dalla vigilanza critica delle parti; a condizione però che stabilmente si riconosca quale vizio del percorso argomentativo della sentenza la mancata presa in considerazione di quanto emerso dal contraddittorio e ritualmente dedotto nel ricorso[30].

Post scriptum

Interessante appare la definizione dei confini del giudizio di legittimità proposta, nel contesto di una pronuncia che ha sottoposto a penetrante critica i passaggi argomentativi di una sentenza di assoluzione di grande rilievo mediatico, nei termini che seguono: « *il sindacato di legittimità di questa Corte sul procedimento logico che consente di pervenire al giudizio di attribuzione del fatto con l'utilizzazione di inferenze o massime di esperienza è diretto a verificare se il giudice di merito abbia indicato le ragioni del suo convincimento e se queste siano plausibili: la verifica deve essere compiuta in termini di accertamento se il giudice abbia preso in considerazione tutte le informazioni rilevanti presenti agli atti, rispettando così il principio della completezza, se le conclusioni assunte possano dorsi coerenti con il materiale acquisito e risultino fondate su criteri inferenziali e deduzioni logiche ineccepibili sotto il profilo dell'incedere argomentativo, rispettando i principi della non contraddittorietà e della linearità logica del ragionamento. Oggetto dello scrutinio del giudice di legittimità è dunque il ragio-*

30. Seppur per inciso (che forse meriterebbe maggiore spazio), è infatti anche questo ulteriore profilo che occorre aver riguardo: se vengono ignorate deduzioni rilevanti delle parti, la sentenza diventa un monologo del tutto svincolato dal contraddittorio "sottostante" (e ne sarebbe già viziata la legittimità nella misura in cui si riconosca nel contraddittorio condizione di legalità processuale): non avrebbe alcun senso garantire alle parti una costante possibilità di "falsificazione reciproca" se poi la sentenza potesse senza alcuna conseguenza aggirare le relative acquisizioni. D'altronde, si è già osservato come, se nei casi di colpa medica nei quali è contestata una "omessa diagnosi differenziale", il controllo fosse limitato ai sintomi individuati dal medico estensore della diagnosi incriminata, difficilmente ne potrebbero emergere i limiti.

namento probatorio, quindi il metodo di apprezzamento della prova, non essendo consentito lo sconfinamento nella rivalutazione del compendio indiziario. È stato infatti sottolineato come l'art. 606 c. 1 lett. e) cod. proc. pen. precluda sì al giudice (di legittimità; ndr) la rivalutazione, ma non gli impedisca affatto di verificare se la valutazione operata sia avvenuta secondo criteri logici "se cioè i criteri di inferenza usati dal giudice del merito possano essere ritenuti plausibili, o se ne siano consentiti di diversi, idonei a fondare soluzioni diverse, parimenti plausibili" (sez. IV, 12 novembre 2009, n. 48320). È stato ricordato che questo compito era stato affidato al giudice di legittimità già prima della intervenuta riforma introdotta alla lettera e) dell'art. 606 cod. proc. pen. con legge 46/2006 e che con detta novella il vizio di travisamento della prova è stato portato nell'alveo del vizio di motivazione, senza con ciò rimodulare l'ambito dello scrutinio rimesso al giudice di legittimità, consentendo peraltro alla Corte di Cassazione un limitato accesso agli atti laddove gli stessi, senza necessità di una loro valutazione, ma per la loro stessa valenza esplicativa, abbiano un contenuto tale da incrinare le conclusioni a cui siano giunti i giudici del merito » (sez. I, sent. n. 26455 del 25–26 marzo 2013, P.g. in proc. Knox e altro, pp. 39 e 40).

Ancora per quanto riguarda l'ambito del giudizio di legittimità, merita altresì di essere segnalato — nella sentenza citata — il frequente richiamo, quale elemento di valutazione delle inferenze adottate dal giudice del merito, a « *risultanze di rilevante portata, di segno opposto di maggiore attitudine dimostrativa, depotenziate nella loro portata sulla base di un ragionamento non appagante* » da parte del giudice del merito (p. 61), ovvero — più in generale — alla « *mancata considerazione di tutte le evidenze disponibili* » (pp. 40, 44).

"Evidenze" che dunque, seppur non ai fini di una loro diversa valutazione, possono e debbono essere prese in esame del giudice di legittimità nello scrutinio *"dell'incedere logico"* della sentenza (p. 44, cit.).

Se tanto vale nei confronti di sentenza di assoluzione, che non deve affatto aspirare alla certezza della conclusione raggiunta (dovendo ovviamente assolversi l'imputato sulla cui "non colpevolezza" esistano ragionevoli dubbi)[31], pare scontato che attenzione ancora più ampia, nella stessa sede di legittimità, ci si debba attendere rispetto a vicende processuali concluse da sentenza di condanna dell'imputato.

31. « *La condanna, invero, presuppone la certezza della colpevolezza, mentre l'assoluzione non presuppone la certezza dell'innocenza ma la mera non certezza della colpevolezza* » (Cass., sez. VI, 7 novembre 2011, Galante, cit.).

CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

Domenica Naike Cascini
Vincenzo Comi

on line
Erinda Ahmetaj
Federico Romoli

L'*abstract* (in italiano e in inglese) di ogni contributo può essere consultato sul sito *web archiviopenale.it*

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/978885485819013
pag. 529–538

Italia "maglia nera" a Strasburgo

A proposito di un eccesso che continua

Domenica Naike Cascini

1. Nel 2012, l'Italia ha aggiunto un nuovo record ai primati negativi collezionati nel tempo a Strasburgo, infatti, dopo essersi aggiudicata per anni la "maglia nera" come membro, tra i 47 del Consiglio d'Europa, con il più alto numero di sentenze emesse dalla Corte europea dei diritti dell'uomo non eseguite[1], è diventata anche lo Stato che spende di più per indennizzare i propri cittadini per le violazioni subite. Una cifra — 120 milioni di euro — pari a cinque volte il contributo annuo versato al Consiglio d'Europa e più del doppio di quanto è stato pagato complessivamente da tutti gli altri Stati membri. Stando al nuovo rapporto presentato da Strasburgo, il nostro Paese, proprio a causa di questa tipologia di violazione, risulta tra quelli c.d. "sorvegliati speciali" dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa; diversamente, la giustificazione fornita dall'Italia in proposito risiede nell'eccessivo carico di lavoro giudiziario sopportato: troppi casi da seguire ed eccessiva resistenza da parte dei giudici territoriali all'immediata attuazione delle c.d. sentenze pilota[2].

Nell'attuale clima di crisi economica, dove fondamentale dovrebbe essere il riguardo delle garanzie dettate della Carta convenzionale, sembra piuttosto che i diritti umani, lo stato di diritto ed il senso di giustizia perdano d'interesse nel *mare magnum* dell'agenda politica, perché considerati "beni di lusso" da soddisfare dopo altre "necessità"[3]. Orbene, individuando tra le responsabilità riconosciute agli appartenenti allo spazio giuridico europeo quella di garantire l'attuazione di quanto stabilito a Strasburgo, il rimedio a tale violazione dovrebbe allora incidere sui problemi strutturali — oltretutto

1. Secondo Caiati, *L'Italia maglia nera a Strasburgo,* in *www.ilquotidianoitaliano.it*, la stima aggiornata riporta violazioni per n. 2569 pronunce non eseguite.

2. Questa tipologia di provvedimenti, inaugurata già da tempo dalla Corte EDU, 22 giugno 2004, Broniowski c. Polonia, assume una valenza di principio generale per tutti gli Stati membri, in contrapposizione alla regola tradizionale che le statuizioni provenienti da Strasburgo abbiano efficacia solo con riguardo al caso singolo sottopostole e non *erga omnes*.

3. Introduzione al discorso d'apertura della Conferenza, tenutasi a Strasburgo in data 26 gennaio 2012, per la presentazione delle statistiche relative al 2011.

sempre più ricorrenti — che determinano il continuo insuccesso del nostro "sistema Giustizia".

2. Si tratta di stabilire se: le riforme dei diversi trattati e convenzioni siano state effettivamente attuate, e che le istituzioni politiche sono sufficienti a tutelare i diritti dei singoli cittadini europei.[4]

Occorre allora tracciare il percorso evolutivo diretto alla "comunitarizzazione" della giustizia[5], perché questo è lo scopo del giudice dell'Unione Europea; facilitato dall'applicazione in tale settore del principio di leale cooperazione, costantemente utilizzato dalla Corte avente come fine la ricostruzione degli effetti giuridici non immediatamente desumibili dalla lettura delle disposizioni convenzionali. Ma è doveroso chiarire il reale significato, e valore del principio di collaborazione nell'ambito giurisdizionale e, in prospettiva il ruolo che sarà chiamato a giocare. È opportuno in primo luogo rammentare, che il principio, non richiamato espressamente nel suo *nomen iuris* in alcuna disposizione di diritto comunitario, è stato elaborato in via giurisprudenziale con riferimento all'art. 10 del Trattato sull'Unione Europea[6]. Divenuto, per tal via, parametro fondante del diritto comunitario, nonché principio strutturale per il buon funzionamento dell'organizzazione e il raggiungimento degli obiettivi stabiliti, perseguibili unicamente se tra tutte le parti si fosse istaurato un reticolo di rapporti basato su una corretta ed adeguata collaborazione[7].

A questo punto è necessario domandarsi se questo principio in parola possa essere legittimamente applicato, pur riconoscendo come limite l'assenza di una disposizione *ad hoc* nel Trattato UE. Per questa ragione, il fitto sistema di cooperazione dovrebbe permettere l'osservanza di regole di condotta in un contesto di reciproco rispetto ed in previsione del perseguimento di un fine comune e concordato. In altri termini si deve riconoscere che la creazione di uno spazio di libertà, di sicurezza e giustizia, esplicitamente previsto come obiettivo dal TUE è possibile soltanto nella misura in cui i due diversi livelli, quello nazionale e sovranazionale, cooperino tra loro costantemente ed efficacemente[8].

4. Daniele, *Le istituzioni politiche dell'Unione europea dopo il trattato di Lisbona: verso un nuovo equilibrio?*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, 34 ss.

5. De Pasquale, *Terzo pilastro tra buona fede e leale collaborazione*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2009, 432 ss.

6. Art. 10, Disposizioni relative ai principi democratici, in TUFE, del 26 ottobre 2012.

7. Stendardi, *I rapporti fra ordinamenti giuridici delle comunità europee*, Milano, 1958, p. 60. Caruso, *Il principio di leale collaborazione: cardine del processo d'integrazione europea*, in Rolla, *La definizione del principio unitario negli ordinamenti decentrati*, Atti del convegno di Pontignano, Torino, 2003, p. 18 ss.

8. Art. 1, §§ 1 e 2, TUE. In tal senso si è espresso anche l'avvocato Kokott nelle conclusioni della sentenza Pupino, punto 33, in cui ha sottolineato: « *l'integrazione progressiva annunciata con la formula « della cooperazione sempre più stretta », si rivela anche negli sviluppi del TUE il quale, dopo la*

La corretta collaborazione non può essere mero principio, ma effettivo obbligo per ciascuno Stato, e, nel dettaglio obbligo di conformarsi all'orientamento dell'Unione Europea[9]. È proprio in questa prospettiva che, il *pharmakon*[10] deve essere individuato nella necessità di rendere effettiva l'applicazione della norma di rango convenzionala all'interno della normativa nazionale. Il fine ultimo, è un intervento preventivo, affinché, non si incorra in una decisione che violi i Diritti del singolo.

Ed inoltre solo la "normativizzazione" di processo "europeisticamente" orientato è idonea alla costruzione delle fondamenta di un « *equo/giusto* »[11] che dunque non incorra in violazioni da indennizzare. Quindi, la prospettiva finalistica che deve porre le basi è rappresentata dalla disposizione con cui si apre il testo della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo: « *le alte Parti contraenti riconoscono a tutte le persone soggette alla propria giurisdizione i diritti e le libertà previsti nel Titolo I della Convenzione europea dei diritti dell'uomo* »[12].

Il valore di questa formula rispetto al tradizionale linguaggio del diritto internazionale pattizio individua gli effetti che essa produce nel rendere le previsioni contenute nella Convenzione immediatamente vincolanti, almeno dal punto di vista del diritto internazionale, per i poteri pubblici nazionali, e quindi, in primo luogo, per il giudice interno.[13]

Gli Stati membri si sono impegnati giuridicamente a garantire diretta, immediata, efficacia nel diritto interno alle disposizioni della Convenzione europea. Da qui, il diritto dei cittadini europei, e non più solo italiani, di invocare dinanzi alle autorità nazionali il rispetto dei diritti umani, anzi un intervento positivo per la loro tutela.

3. Evocando il caso Punta Perotti si ricorda la battaglia più combattuta dalla società civile contro le speculazioni edilizie sul nostro patrimonio ambientale. Il complesso edilizio del lungomare di Bari è stato oggetto di una complessa vicenda giudiziaria protrattasi per oltre dieci anni e relativa alla responsabilità penale dei costruttori, conclusasi con il loro proscioglimento,

sua introduzione mediante il trattato di Maastricht, è stato sempre più saldamente ricollegato a strutture dell'ordinamento comunitario, e deve essere integralmente fuso nel detto ordinamento comunitario mediante il Trattato sulla Costituzione europea ».

9. Condinanzi, *Fonti del terzo pilastro dell'unione europea e ruolo della Corte costituzionale*, 2007, p. 513.

10. Dal greco φαρμακ'ος era il nome di un rituale largamente diffuso nelle città greche, simile a quello del capro espiatorio, mirava ad ottenere una purificazione mediante l'espulsione dalla città di un individuo chiamato *pharmakos* (qualcosa come "il maledetto").

11. Riprendendo fedelmente i due aggettivi utilizzati dall'art. 111 cost., successivamente alla modifica del 1999; e l'art. 6, lett. *c*. §1, CEDU.

12. Ed, a seguire, dalle norme dei protocolli ad essa aggiuntivi.

13. Bilancia, *Gli effetti delle sentenze della corte europea nei sistemi giuridici nazionale*, in *I diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà*, Torino, 2002.

con la confisca dei beni e la loro successiva demolizione.[14] Ripercorrendo la vicenda dopo la sentenza della CEDU, resa il 20 gennaio 2009[15], si riconosce il diritto di proprietà, come diritto fondamentale della persona. Tale sentenza ha contribuito all'evoluzione giurisprudenziale delle garanzie previste dalla Convenzione Europea, la quale, prendendo posizioni sulla disciplina della confisca urbanistica, in un contesto di progressiva integrazione dei sistemi, traccia nuove coordinate assiologiche chiamate ad orientare i sistemi penali degli Stati aderenti[16].

Nell'ormai copiosissima attività della Corte, la pronuncia sembra destinata ad essere annoverata tra i *leading cases* in materia penale, in quanto riporta significativi aggiornamenti giurisprudenziali sulla portata dell'art. 7 CEDU e riconosce, forse per la prima volta, il principio di colpevolezza in materia penale[17]. Questo caso rappresenta solo uno degli anelli di una lunga catena di pronunce di condanna a carico dell'Italia per violazione del diritto di proprietà ai danni dei singoli. Sebbene, infatti, il controllo sovranazionale sull'operato delle autorità nazionali in tema di rispetto del diritto di proprietà sia relativamente recente, esso è già contrassegnato da una cospicua mole di sentenze di condanna pronunciate dall'organo preposto alla tutela dei diritti fondamentali.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha inteso il diritto tutelato dall'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla convenzione quale mezzo importante diretto alla realizzazione dei valori della persona[18] e, infatti, in questa logica, ha dato prova di saper assicurare una tutela effettiva del diritto di appartenenza, specialmente quando l'ingerenza dello Stato del diritto domenicale del singolo è apparso dell'arbitrio o della palese sproporzione[19]. L'*affaire* Punta Perotti, orbene, va oltre la peculiarità del caso di specie, in quanto rappresenta la pronuncia pilota del giudice europeo in tema di confisca da lottizzazione abusiva e conferma, ancora una volta, che dall'ordinamento internazionale deriva un ampliamento della sfera di tutela, e, delle

14. Petruso, *L'affaire Punta Perotti davanti la Corte Europea dei diritti dell'uomo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 243 ss.

15. Corte EDU, 20 gennaio 2009, Sud Fondi e altri c. Italia.

16. Mazzacuva, *Un « hard case » davanti alla Corte Europea: argomenti e principi della sentenza Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1540 ss.

17. L'indirizzo giurisprudenziale inaugurato con la Cass., sez. II, 12 novembre 1990, Licastro, in *Giur. it.*, 1991, 118, avallata dall'ordinanza della Corte cost., n. 187 del 1998.

18. Cfr. a titolo esemplificativo, Cass., sez. lav., 27 marzo 2004, n. 6173, in *www.dirittoitaliano.com*, nel quale si affermava che: « *Il diritto protetto dall'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione, ossia il pacifico godimento dei propri beni, se ben può ascriversi a contenuto implicito anche delle garanzie costituzionali del diritto di proprietà e della libertà di iniziativa economica, trova negli art. 41 e 42 cost., una protezione condizionata dai limiti dell'utilità o della funzione sociale e si colloca, quindi, in posizione recessiva rispetto ad interessi sovraordinati* ».

19. Conti, *Proprietà e convenzione dei diritti dell'uomo*, Milano, 2009, p. 346 ss.

modalità di soddisfazione del diritto al rispetto dei propri beni[20].

In conclusione la sinergia tra le Corti nazionali e giudice sovranazionale appare indispensabile nel processo di integrazione europea relativa ai diritti fondamentali. In Italia siamo ancora allo stadio delle proposte legislative, che, purtroppo non sembrano destinate a essere approvate a stretto giro.

4. Il Consiglio d'Europa afferma nel programma di Stoccolma: « *l'Unione Europea è spazio di valori condivisi* »[21], sintetizzando efficacemente l'archetipo che è alla base della realizzazione e dello sviluppo di uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia. Dunque, il vero tema sul quale dibattere è l'individuazione di un metodo di bilanciamento tra: le diversità che caratterizzano gli ordinamenti dei singoli Stati, le garanzie e i diritti, che, devono far parte del panorama collettivo e unificare i singoli Stati, nell'unica direzione che ne disponga la tutela.

La combinazione che potrebbe aprire la cassaforte è, o, dovrebbe esser l'intersecazione dell'art. 67 TUE prevedendo la norma, infatti, che la realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia debba avvenire « *nel rispetto dei diritti fondamentali nonché dei diversi ordinamenti e delle diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri*[22] » e l'art. 87 TUE, nel capo dedicato alla « *Cooperazione giudiziaria in materia penale* », ribadendo che le eventuali "norme minime", adottabili dal Parlamento europeo e dal Consiglio, « *laddove necessario per facilitare il riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie in materia penale aventi dimensione trasnazionale* », debbano tener conto « *delle differenze tra le tradizioni giuridiche e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri*[23] ».

È necessario, oltremodo, basarsi su un dato fattuale indubbio: gli Stati membri dell'Unione Europea sono dotati di sistemi giudiziari eterogenei che, in ragione delle caratteristiche differenziali, frequentemente non sono in grado di trattare singole questioni processuali, in maniera eguale, e talvolta nemmeno in maniera simile[24]; valutato ciò come limite, nel cita-

20. Conti, P*roprietà, diritti fondamentali e giudici*, cit., p. 301, osserva che « *prendere atto che i circuiti di legalità che a vari livelli ruotano, ormai, attorno alla proprietà, hanno implementato in maniera significativa le garanzie del proprietario, che viene non solo soggettivamente e oggettivamente identificato in maniera diversa dalla tradizione nazionale, ma che gode anche di una tutela tale da metterlo a riparo da arbitri dello stato che da sacrifici sproporzionati ed ingiustificati* ».

21. Programma di Stoccolma, *Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini*, in *G.U.U.E.*, 4 maggio 2010, 138 ss.

22. Di Stasi, *Il rispetto della diversità tra ordinamenti nazionali e tradizioni giuridiche come possibile limite alla realizzazione di uno spazio integrato*. Il mancato richiamo alle "tradizioni costituzionali comuni" nel titolo V del TUFE, in *Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia e cooperazione giudiziaria in materia penale*, a cura di Gaito A., 2012, 23 ss.

23. Tali norme minime, precisa la norma, consistono in direttive assunte secondo la procedura legislativa ordinaria.

24. Spangher, *Diversità delle strutture e dell'organizzazione giudiziale nelle varie nazioni europee*, in

to programma dell'Aja il Consiglio europeo aveva sottolineato che, per rendere effettivo il principio di riconoscimento reciproco, fosse necessario rafforzare la fiducia sviluppando gradualmente una cultura giudiziaria europea basata, appunto, sulla diversità degli ordinamenti giuridici. Nella prassi si riscontrano gravi barriere all'integrazione, determinando l'imposizione di un'attività interpretativa–creativa, oltre a principi "endogeni" rispetto all'ordinamento comunitario, anche, principi "esogeni" e cioè desumibili dalle « *tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*[25] ». Tale tensione va collocata nel quadro di un sistema « *multilevel* », fondato sulla crescente intersecazione tra ordinamenti nazionali e "sovranazionali"[26], unitamente al consistente rafforzamento, avvenuto prima su base giurisprudenziale e poi normativa, della tutela dei diritti fondamentali dell'Unione europea[27].

Dunque, è doveroso e necessario orientarsi verso uno spazio europeo di giustizia, libertà e sicurezza che attraverso la "globalizzazione" delle procedure, reprima il crimine trasnazionale, e dia vita ad un processo penale inteso quale strumento di garanzia. Inoltre, il superamento dei perduranti confini dei sistemi processuali penali può avvenire, come è stato correttamente osservato: « *soltanto a condizione che il principio di legalità e giustizia delle procedure continuino a costituire l'orizzonte chiaro e la cornice infrangibile dell'azione repressiva*[28] ».

La compiuta realizzazione di uno spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia si configura come un qualcosa in più di una forma avanzata di cooperazione giudiziaria implicante un alto grado di fiducia reciproca tra gli Stati membri dell'Unione Europea, in quanto dovrà essere il prodotto della continua intersecazione e sintesi tra: ordinamenti giuridici a base territoriale, tradizioni costituzionali anche differenziate e plurime fonti del diritto[29].

Un Processo penale, Gaito A., 2009, p. 7 ss.

25. Espressione ricorrente a partire dalla sentenza 14 maggio 1974, causa 4/73, Nold, in *Racc*. 491. Il particolare riferimento conferito alla CEDU ed ai suoi protocolli rispetto agli strumenti convenzionali è contenuto invece nella sent. 21 settembre1989, cause riunite 46/87 e 222/88, Hoechst, in *Racc*.

26. Di Stasia, *Il rispetto dei diritti fondamentali: limite o fondamento per il suo perfezionamento? Il ruolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Spazio penale europeo e cooperazione giudiziaria internazionale*, Gaito A., 2012, p. 915 ss.

27. Di Stasia, *Diritti umani e sicurezza regionale. Il "sistema" europeo*, cit., p. 23.

28. Rafaraci, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia nel crogiuolo della costruzione Europea*, in *L'Area di libertà, sicurezza e giustizia: alla ricerca di un equilibrio tra priorità repressive ed esigenze di garanzia,* a cura di Rafaraci, 2003, 3 ss.

29. Cfr., in dottrina, Salazar, *Il mandato d'arresto europeo*, in *Dir. pen. proc*., 2002, 1043 ss., in giurisprudenza, per tutte, Cass., Sez. Un., 30 gennaio 2007, Ramoci, in *Cass. pen.*, 2007, 1911 ss. In essa la Corte Suprema opera uno stretto collegamento tra la circostanza che il mandato d'arresto europeo si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati, e la sospensione della sua attuazione solo in caso di grave e persistente violazione da parte di uno Stato membro dei principi sanciti dall'art. 6 CEDU, costata dal Consiglio in applicazione dell'art. 7 CEDU La corte si sofferma sull'atto di Diritto

5. L'apertura all'integrazione del tessuto normativo ad opera del sistema CEDU è stata oggetto di numerose e importanti pronunce costituzionali.

Notevole interesse suscita la Corte costituzionale con la sentenza n. 113 del 2011, che ha accolto la Questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'appello di Bologna in riferimento all'art. 630 c.p.p., dichiarandolo costituzionalmente illegittimo nella parte in cui non prevede un'ulteriore ipotesi di revisione di sentenza definitiva interna, per garantire la riapertura del processo richiesta da una sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo[30]. Il rimedio alla lacuna che è costata all'Italia ripetuti richiami da parte del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa.

Ed è, infatti, dal 1998 ad oggi, che l'organismo incaricato dalla CEDU del controllo dell'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo ha rivolto al legislatore italiano accorati appelli, affinché, prendesse le misure necessarie per garantire la riapertura dei processi dichiarati "non equi" dalla Corte europea[31]. Costruisce occasione di tale pronuncia l'annosa vicenda giudiziaria a carico di Paolo Dorigo, sollevando numerose problematiche di primissimo rilievo relative: al rapporto tra ordinamenti, al delicato tema del superamento del giudicato, al bilanciamento tra principi del sistema integrato e ancora, ai limiti delle possibilità additive della Corte costituzionale[32].

Il primo punto sul quale soffermarsi è l'inesistenza nell'ordinamento italiano di un istituto che garantisca la riapertura di procedimenti al seguito di una condanna della Corte europea, negli ultimi anni, infatti, la dottrina e la giurisprudenza italiane, non solo costituzionali, si sono concentrate sull'individuazione di strumenti alternativi per adempiere a tale obbligo, il controverso caso Dorigo ne rappresenta, un laboratorio per l'individuazione di rimedi pretori capaci di assicurare la neutralizzazione degli effetti di sentenze "convenzionalmente illegittime", almeno nei casi concreti sottoposti ai giudici[33]. In altri termini, l'occasione per chiarire i fondamentali aspetti del rapporto tra l'ordinamento interno ed il sistema disciplinato dalla CEDU

comunitario derivato, nel più ampio quadro di una considerazione complessiva del sistema di tutela dei diritti fondamentali dell'Unione europea di fonte convenzionale, e non convenzionale.

30. Cerruti, *Considerazioni in margine alla sent.* 113 del 2011: *esiste una "necessità di integrazione" tra ordinamento interno e sistema convenzionale?*, in *Giur. it.*, 2012, 2482 ss.

31. V., le risoluzioni del comitato dei Ministri dell'UE all'Italia in relazione all'"*affaire* Dorigo": a partire dalla *resolution interminaire* del 15 Aprile 1999, che ha riconosciuto l'iniquità del processo penale a carico di Paolo Dorigo, sino alle successive ResDH (2002)30 del 19 febbraio 2002, ResDH (2004) 13 del 10 febbraio 2004 e ResDH (2005)85 del 12 ottobre 2005, che hanno "seguito a distanza" il (fallimentare) percorso parlamentare dei numerosi disegni di legge presentati in materia, nonché alla *résolution finale* CM/ResDH (2007) 83 del 20 giugno 2007, con la quale si è finalmente concluso l'esame del caso. Si ricorda, inoltre, la Risoluzione n. 1516 (2006) dell'Assemblea Generale del Consiglio d'Europa.

32. Guarnier, *Un ulteriore passo verso l'integrazione CEDU: il giudice nazionale come giudice comune della convenzione?,* in *Giur. it.*, 2012, 5.

33. Tabasco, *Decisione CEDU, processo iniquo e nuovo giudizio*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1405 ss.

A ciò hanno condotto le due procedure sviluppatesi parallelamente in seguito della condanna dello Stato italiano da parte di Strasburgo: la prima, promossa di fronte al giudice dell'esecuzione della pena detentiva inflitta al Dorigo, la seconda nascente dall'istanza di revisione del processo presentata dalla Corte d'appello di Bologna.

Risolutivo, per la prima questione, l'intervento della Corte di cassazione, che enuncia il principio di diritto in forza della quale « *il giudice dell'esecuzione deve dichiarare, a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità del giudicato quando la Corte europea* [...] *abbia accertato che la condanna è stata pronunciata per effetto della violazione delle regole sul processo equo sancite dall'art. 6 della Convenzione europea e abbia riconosciuto il diritto del condannato alla rinnovazione del giudizio, anche se il legislatore abbia omesso di introdurre nell'ordinamento il mezzo idoneo ad instaurare il nuovo processo*[34]. Tale decisione comporta si, la scarcerazione del Dorigo, ma sottolinea la permanenza nell'ordinamento di un vuoto giuridico e la persistente inerzia dello Stato italiano.

Si deve rivolgere al legislatore l'invito ad intervenire per garantire la piena esecuzione delle sentenze del giudice di Strasburgo e si auspica l'ingresso nell'ordinamento di una sorta di "giudicato europeo", in una prospettiva di concorrenza ed integrazione tra ordinamenti realizzata attraverso il dialogo delle corti europee in relazione alla tutela dei diritti umani[35].

L'attenzione, a questo punto, si orienta verso il valore del giudicato interno, « *nella sostanza, una deroga al* [...] *principio per cui i vizi processuali restano coperti dal giudicato* »[36], nonostante l'assenza in dottrina di un accordo in merito al fondamento costituzionale del principio dell'autorità del giudicato, emerge quanto meno il suo stretto collegamento con il valore certezza del diritto[37]. Nel caso di specie, allora, tale principio (già di per sé non assoluto, come testimonia l'esistenza dei mezzi straordinari di impugnazione)[38] soccombe, nella valutazione effettuata dalla Corte, di fronte all'accertamento della violazione del diritto del singolo ad un processo equo e giusto. Infatti, se è vero che, « *il valore* [...] *della "giustizia sostanziale" non può indiscriminatamente prevalere sulla pragmatica necessità di decidere in tempi ragionevoli su chi*

34. Cass., sez. I, 25 gennaio 2007, in *Giur. it.*, 2007, 2281, con commento di Palombino, *Sulla idoneità del giudicato di Strasburgo a rendere inefficace il contrastante giudicato nazionale*; Mazza, *L'esecuzione può attendere: il caso Dorigo e la condanna ineseguibile per accertata violazione della CEDU*, in *Giur. it.*, 2007, 2639 ss.; De Matteis, *Le sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il giudicato penale: osservazioni intorno al caso « Dorigo ». »*, in *Cass. pen.*, 2007, 1441 ss.; Guazzarotti, *Il caso Dorigo: una piccola rivoluzione nei rapporti tra CEDU, e ordinamento interno?*, in *Quest. giust.*, 2007, 149 ss.

35. Cerruti, *Esiste una necessità di integrazione tra ordinamento interno e sistema convenzionale?,* in *Giur. it.*, 2012, 1 ss.

36. Corte cost., n. 113 del 2011.

37. Cerri, *Appunti sul c.d. "giudicato costituzionale",* in *Giur. it.*, 2009, 2831.

38. Cerruti, *Considerazioni al margine della sent. 113 del 2011: esiste una "necessità di integrazione" tra ordinamento interno e sistema convenzionale?*, in *Giur. it.*, 2012, 1 ss.

ha ragione e chi ha torto », è altrettanto vero che « *il valore della "certezza" non può nullificare il perseguimento della verità e della giustizia nel caso concreto* », cosicché, il giudicato si pone come bilanciamento tra questi due valori[39].

Tale bilanciamento, normalmente, è operato dal legislatore, ad esempio tramite l'introduzione in campo penale dell'istituto della revisione in una serie tassativa di ipotesi e, in alcuni casi, dalla Corte costituzionale, le cui decisioni circa la conformità delle leggi ordinarie alla Costituzione vanno necessariamente a sovrapporsi ai giudicati[40]. Oggi, seguendo questa linea di pensiero, si deve ai piani della legalità ordinaria della legislazione e della legalità costituzionale, aggiungere con sempre maggior insistenza il piano della legalità sovranazionale (comunitaria)[41] e, a giudicare dalla giurisprudenza costituzionale circa il valore della Convenzione nell'ordinamento italiano, anche una sorta di "legalità convenzionale". D'altronde, anche nell'ipotesi di contrasto tra giudicato interno e "giudicato convenzionale" la certezza del diritto sarebbe « *portata a sdoppiarsi e a convertirsi in certezze di un diritto non più solo costituzionale, come pure non più solo comunitario o europeo, distinto seppur "coordinato" rispetto al primo* », ma finirebbe invece per configurare un diritto « *ad un tempo, costituzional–europeo, nel segno non della sopraffazione dell'uno sull'altro ordinamento ma della loro congiunta, armonica affermazione* »[42].

6. Recentemente il Procuratore Generale della Corte di cassazione si è espresso nei seguenti termini: « *l'Italia è la culla del diritto, patria di Cesare Beccaria e Mario Pagano, nei confronti del quale abbiamo un debito di riconoscenza essendo egli l'antesignano di valori attuati centocinquant'anni dopo la sua morte, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo* »[43]. Eppure è divenuto oggi, lo Stato delle condanne, lo Stato delle violazioni, lo Stato degli indennizzi. Le cause che hanno determinato questa situazione di vera e propria ingiustizia, possono ricondursi ad un'attuale incapacità della legge a regolare la complessità del reale, così come lo star dietro alla vertiginosa accelerazione dei processi sociali, e anche al fatto che, sebbene la normativa abbia bisogno del giudice e della sua discrezionalità per essere integrata nei suoi

39. Modugno, *Introduzione,* in *Giur. it.*, 2009, 2815.

40. Di qui l'esigenza di valutare gli effetti dell'incontro del giudicato con il diritto costituzionale. Ne consegue che le occasioni in cui la Corte costituzionale si è occupata del valore del giudicato (e sulle quali si è concentrata la dottrina) sono soprattutto quelle in cui esso sia intaccato dalla successiva dichiarazione di incostituzionalità della legge applicata dal giudice nel caso su cui è sceso il giudicato.

41. Di Seri, *Primautè del diritto comunitario e principio della res iudicata nazionale: un difficile equilibrio,* in *Giur. it.*, 2009, 2835.

42. Ruggeri, *La certezza del diritto al crocevia tra dinamiche della formazione ed esperienze di giustizia costituzionale,* in *Le fonti del diritto oggi. Giornate di studio in onore di A. Pizzorusso*, 2006, 129 ss.

43. Esposito V., discorso tenuto durante i seminari *I mercoledì della procedura penale*, 20 febbraio 2013.

contenuti, non può essere esente da regole, e debba presupporre la *fairness* processuale, ossia la sua correttezza[44]; parola, questa, sconosciuta o quasi in Italia, dovendo collocarne il significato nel generale sentimento del giusto e dell'equo che dovrebbe ispirare tutte le nostre azioni, quella *fairness* che costituisce il cardine degli ordinamenti di *common law* e che proprio tramite la Convenzione Europea è stata inserita nel nostro ordinamento e dovrebbe essere la linea guida della nostra azione quotidiana pubblica o privata, ma ciò risulta difficilmente attuabile.

La carenza di regole e di canoni di correttezza determina il rischio dell'arbitrio, della imprevedibilità dell'azione dei pubblici poteri, della non uniformità del loro agire e, quindi, della violazione dei principi di eguaglianza e di certezza del diritto, con espansione totale e non più controllabile del potere giudiziario. In conclusione lo Stato « *non è più oggi assolutamente libero di avere le leggi che vuole e di darsi l'organizzazione politica, giudiziaria o amministrativa che giudica migliore* »[45], ma deve avere leggi e darsi l'organizzazione politica, giudiziaria o amministrativa conforme ai princìpi fondamentali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, quali esse vivono nell'interpretazione che ne dà la Corte europea[46]. La Corte europea impone, dunque, la necessità per il legislatore, il governo ed i giudici nazionali di dover sempre tener presenti in sede di pratica applicazione di singoli istituti, le linee evolutive tracciate dagli organi di Strasburgo, a seguito di esigenze di globalizzazione, collaborazione, riconoscimento e fiducia tra gli Stati e le Corti. Non si tratta più di principi che devono essere affermati dalla legge, quanto piuttosto anche oltre le leggi interne eventualmente dissonanti. Non è, invero, ammissibile che una disposizione nazionale che si ponga in contrasto con un principio sancito dalla Corte possa continuare ad esplicare i suoi effetti in un ordinamento che per definizione deve assicurare il rispetto dei diritti fondamentali.

44. Esposito V., discorso introduttivo in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario.

45. Anzilotti, *La responsabilitè internationale des Eats a raison des domagges souffres par des etrangers*,1906, 26 ss., richiamato in Lattanzi, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale,* 1983, 21 ss.

46. Esposito A., *Individuo, stato e diritto penale, la giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo e i limiti alla potestà punitiva degli Stati,* in *Il diritto penale flessibile: quando i diritti umani incontrano i sistemi penali,* 2008, 143 ss.

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/978885485819014
pag. 539–554

Interessi finanziari UE, procura europea, difesa: nessun passo indietro sul piano delle garanzie*

Vincenzo Comi

1. La protezione degli interessi finanziari dell'Unione rappresenta l'obiettivo essenziale dell'ufficio del Procuratore europeo (di seguito detto anche EPPO)[1]. Sarà imminente la diffusione della proposta di regolamento della Commissione Europea a seguito della quale inizierà rapidamente il procedimento legislativo destinato alla approvazione da parte del Consiglio e del Parlamento Europeo.

La Commissione Europea, in attuazione del programma di Stoccolma e sulla base dell'articolo 86 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (T.F.U.E.)[2], che rappresenta la base giuridica, sta lavorando da di-

* Testo della Relazione illustrata alla Conferenza internazionale svolta a Roma il 14 giugno 2013 dal titolo « *La protezione dei diritti fondamentali e procedurali dalle esperienze investigative dell'OLAF all'istituzione del procuratore europeo* », organizzata dalla Fondazione Lelio e Lisli Basso Issoco con il contributo di OLAF–Ercules II.

1. Tesauro, *Diritto dell'Unione Europea*, VII ed., Padova, 2012, per un approfondimento sul sistema giuridico dell'Unione Europea e del rapporto delle norme comunitarie con l'ordinamento nazionale dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009. *L'istituzione del procuratore europeo e la tutela penale degli interessi finanziari dell'UE*, Relazione sul convegno svoltosi a Milano il 25 gennaio 2013, in *www.penalecontemporaneo.it*.

2. Viganò, *Fonti europee e ordinamento italiano,* in Viganò, Mazza, *Europa e Giustizia penale, Gli speciali di diritto penale e processo,* 2011, 4; Scarlatti, *Codice essenziale di diritto costituzionale dell'Unione Europea, Il trattato sul funzionamento dell'Unione Europea*, p. 63 e ss., Roma, 2011. Di seguito l'art. 86 TFUE: « *1. Per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo una procedura legislativa speciale, può istituire una Procura europea a partire da Eurojust. Il Consiglio delibera all'unanimità, previa approvazione del Parlamento europeo. In mancanza di unanimità, un gruppo di almeno nove Stati membri può chiedere che il Consiglio europeo sia investito del progetto di regolamento. In tal caso la procedura in sede di Consiglio è sospesa. Previa discussione e in caso di consenso, il Consiglio europeo, entro quattro mesi da tale sospensione, rinvia il progetto al Consiglio per adozione. Entro il medesimo termine, in caso di disaccordo, e se almeno nove Stati membri desiderano instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di regolamento in questione, essi ne informano il Parlamento europeo, il Consiglio e la Commissione. In tal caso l'autorizzazione a procedere alla cooperazione rafforzata di cui all'articolo 20, paragrafo 2 del trattato sull'Unione europea e all'articolo 329, paragrafo 1 del presente trattato si considera concessa e si applicano le disposizioni sulla cooperazione rafforzata. 2. La Procura europea è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione, quali definiti dal regolamento previsto nel paragrafo 1, e i loro complici. Essa esercita l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri. 3. I regolamenti di cui al paragrafo 1 stabiliscono lo statuto della Procura europea, le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività e*

verso tempo al relativo regolamento che conterrà elementi di fondamentale interesse in relazione alla struttura, alla organizzazione, ai poteri e alla competenza. Come si legge nell'articolo 86 T.F.U.E., il Consiglio, per combattere i reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione può istituire una Procura europea a partire da Eurojust, deliberata all'unanimità dal Consiglio, previa approvazione del Parlamento europeo. La norma prevede altresì che in caso di disaccordo degli Stati sulla istituzione di tale ufficio, si procederà con il rafforzamento della cooperazione giudiziaria e con l'applicazione delle relative disposizioni.

La Procura europea, secondo il dettato normativo, è competente per individuare, perseguire e rinviare a giudizio, eventualmente in collegamento con Europol, gli autori di reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione ed esercita l'azione penale per tali reati dinanzi agli organi giurisdizionali competenti degli Stati membri. Con specifici regolamenti vengono definiti lo statuto della Procura europea, le condizioni di esercizio delle sue funzioni, le regole procedurali applicabili alle sue attività e all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni.

Come emerso nel corso delle audizioni svolte presso gli uffici del Dipartimento di Giustizia della Commissione Europea, è definitiva l'intenzione di procedere con la presentazione entro il mese di settembre 2013, di una proposta di regolamento per dare inizio alle negoziazioni necessarie per l'approvazione definitiva e l'inizio del funzionamento del nuovo organo. L'obiettivo delle consultazioni con le istituzioni e le associazioni, pur senza alcuna conoscenza della bozza del regolamento, è stato quello di raccogliere suggerimenti o spunti utili alla elaborazione del testo definitivo, che tenga conto delle prospettive, talvolta divergenti, di tutti i soggetti interessati.[3]

Nella prospettiva di una auspicata integrazione politica dell'Unione Europea, è prevedibile che la Procura europea andrà aumentando nelle competenze per tutti i reati di criminalità transnazionale, come già previsto nell'articolo 86 T.F.U.E., che contiene il potere del Consiglio europeo di estendere le attribuzioni della Procura europea alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale.

all'ammissibilità delle prove e le regole applicabili al controllo giurisdizionale degli atti procedurali che adotta nell'esercizio delle sue funzioni. 4. Il Consiglio europeo può adottare, contemporaneamente o successivamente, una decisione che modifica il paragrafo 1 allo scopo di estendere le attribuzioni della Procura europea alla lotta contro la criminalità grave che presenta una dimensione transnazionale, e che modifica di conseguenza il paragrafo 2 per quanto riguarda gli autori di reati gravi con ripercussioni in più Stati membri e i loro complici. Il Consiglio europeo delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento europeo e previa consultazione della Commissione »

3. Sintesi dell'incontro del 9 aprile 2013 dell'Osservatorio Europa dell'Unione delle Camere Penali Italiane presso gli uffici del Dipartimento di Giustizia della Commissione Europea sul regolamento istitutivo dell'Ufficio del Procuratore Europeo, p. 2.

2. Le frodi a danno dell'Unione Europea rappresentano una piaga che causa gravi pregiudizi al funzionamento e allo sviluppo dell'eurozona. Nel corso del tempo il fenomeno si è significativamente aggravato, nonostante gli strumenti di contrasto introdotti nel corso degli anni, ed ha riguardato principalmente ambiti quali quello delle politiche agricole o delle politiche strutturali, finendo per indebolire tutte le istituzioni europee e il percorso politico di unificazione comunitaria[4]. Come risulta testualmente nelle relazioni annuali della Commissione UE sulla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, le presunte frodi ammontano a cifre molto elevate (nel 2010 a titolo di esempio il dato era di circa 600 milioni di euro), ma è presumibile che l'importo reale sia maggiore non essendo stati identificati e denunciati tutti i casi[5].

Gli strumenti di cooperazione tra gli Stati membri fino ad oggi attuati non sono stati sufficiente per estirpare questo grave malcostume. Hanno inciso in maniera rilevante i problemi relativi alla diversità dei procedimenti giudiziari nei singoli Stati e i sistemi di acquisizione e circolazione delle prove, che hanno sovente reso difficile il funzionamento degli strumenti di lotta anti frode, nonché la difficoltà di circolazione delle comunicazioni, di fatto ostacolo allo sviluppo dei procedimenti giudiziari statali nei confronti degli autori dei reati.[6]

3. La storia della lotta alla frode finanziaria europea inizia quasi trenta anni fa con la costituzione dell'UCLAF (unità di coordinamento per la lotta anti frodi)[7] nel 1987, come inevitabile esigenza di tutela della UE, una volta attivato, sin dal 1970, il sistema di finanziamento attraverso "risorse proprie".

4. Grasso, L'armonizzazione ed il coordinamento delle disposizioni sanzionatorie nazionali per la tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, in *Riv. it. dir. pen. e proc.*, 1990, 844. Palermo, Fabris, *La recente legislazione intaliana in tema di frodi comunitarie*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 810.

5. Atto Comunitario (COM) del 2011 n. 595 e relativi documenti di lavoro dei servizi della Commissione SEC, 2011, 1107.

6. Frequenti sono stati i casi di sentenze contrastanti emesse da Stati membri diversi nel caso di unica frode comunitaria che ha generato procedimenti penali nei confronti di più soggetti coinvolti. « *Il 21 settembre 2012 la Corte di Appello di Sofia ha riformato la sentenza di primo grado che aveva condannato un imprenditore bulgaro a 12 anni di reclusione per frode nell'ottenimento di fondi comunitari SAPARD e riciclaggio, assolvendolo. L'ipotesi di accusa era che egli avrebbe ottenuto i finanziamenti comunitari per acquistare delle macchine agricole in maniera indebita, non rispondendo i beni ai requisiti per avere i contributi. I beni provenivano dalla Germania, sicché anche i titolari della società tedesca furono coinvolti nell'indagine in quanto compartecipi alla asserita frode. Il fatto è, però, che i rappresentanti della società tedesca, indagati e rinviati a giudizio, e giudicati in Germania, furono condannati con sentenza definitiva* ». Venegoni, *Alcune buone ragioni per l'istituzione di un Ufficio del Procuratore europeo*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

7. UCLAF (*Unitè de coordination pour la lutte anti–fraude*) finalizzata a condurre indagini amministrative e dotata di strumenti legislativi applicabili direttamente in tutti gli stati membri. È la prima volta in cui attraverso tale strumento gli uffici comunitari potevano svolgere indagini amministrative « *sull'uso dei fondi e sulla corretta riscossione delle entrate in tutto il territorio dell'Unione, di fatto senza limitazioni territoriali* ».

È seguita la creazione del primo data–base denominato Sistema informatico doganale (Custom information System) e successivamente la istituzione dell'OLAF, il primo vero ufficio investigativo per la lotta alle frodi, che risale al 1999[8].

Mentre l'UCLAF era un ufficio dipendente dalla Commissione Europea senza autonomia di indagini, la nascita di OLAF modifica in maniera significativa lo scenario. La nuova istituzione è dotata di un reale ruolo propulsivo a livello investigativo. necessario dopo l'entrata in vigore del Trattato di Shengen, accordo che ha reso più agevole la circolazione delle merci e delle persone all'interno dello spazio UE. L'ufficio anti frode è autonomo nella raccolta di informazioni e nello svolgimento di indagini di natura amministrativa, che vengono poi trasmesse agli organi degli Stati membri[9]. In questa ultima fase di attività è concentrata la maggiore difficoltà di funzionamento del sistema investigativo vigente a causa della natura degli atti di indagine e dei destinatari delle informative nei singoli Stati.

In sostanza le informazioni circolano con notevole difficoltà tra gli Stati, così impedendo la diffusione transnazionale delle comunicazioni e delle relative prove raccolte, con ciò paralizzando di fatto l'efficacia degli accertamenti svolti da OLAF.

Altri due strumenti di contrasto alle frodi introdotti nel corso degli anni sono stati EUROPOL e EUROJUST. La prima è stata costituita nel 1995[10] dal Consiglio Europeo con lo scopo di creare un supporto alle indagini degli Stati membri per migliorare la cooperazione tra di loro, mentre la seconda, istituita nel 2002, ha il compito di facilitare i rapporti giudiziari tra gli Stati[11].

8. Per informazioni generali sull'ufficio, si veda *www.europa.eu*:, *Lotta contro le frodi UE, Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF)*. L'OLAF indaga sui casi di frode ai danni del bilancio dell'UE e sui casi di corruzione e grave inadempimento degli obblighi professionali all'interno delle istituzioni europee; elabora inoltre la politica antifrode per la Commissione europea. OLAF report 2012: OLAF più efficiente grazie alle nuove procedure investigative, Comunicato stampa Commissione UE, lotta antifrode del 23 maggio 2013, « *principali elementi della relazione: nel 2012 la durata dei casi di indagine e coordinamento è nettamente diminuita arrivando ad una media di 22,6 mesi compresa la fase di selezione, ossia una diminuzione del 22% rispetto al 2011; la durata media della fase di selezione dei casi è passata da 6,8 a 1,4 mesi, ovvero l'80% in meno del 2011; OLAF nel 2012 ha formulato raccomandazioni finanziarie finalizzate al recupero di 284 milioni di euro, con il recupero effettivo di euro 94,5 milioni nel corso del 2012; OLAF ha ricevuto e trattato un volume crescente di informazioni pari a 1264 elementi nel 2012 pari al 21 % in più del 2011* », in *www.europa.eu*.

9. L'OLAF è un ufficio autonomo dotato di relative organi gestionali quail il direttore generale e Servizi della commissione, e caratterizzato da forte indipendenza nello svolgimento delle indagini.

10. Per avere informazioni generali si veda: *About us, EUROPOL*, in *www.uropol.europa.eu*, « *Agenzia anticrimine dell'UE è divenuta opertativa il 1 luglio 1999, ha sede all'Aja ed ha come obiettivo quello di migliorare la cooperazione tra gli Stati membri nella prevenzione e lotta per gravi reati transnazionali* ».

11. EUROJUST istituita con decisione del Consiglio europeo 2002/187/GAI del 28 febbraio 2002 allo scopo di rafforzare la lotta contro le forme gravi di criminalità organizzata. Tale decisione è stata recepita ed attuata nell'ordinamento italiano con legge n. 41 del 14 marzo 2005, che ha provveduto anche a regolare lo statuto ed i poteri del componente italiano in Eurojust. Il membro nazionale è un

La cooperazione giudiziaria in materia penale per la lotta alle frodi comunitarie, fino ad oggi è stata caratterizzata dall'uso di strumenti quali la rogatoria[12], l'estradizione[13], il mandato di arresto europeo e gli strumenti di mutuo riconoscimento delle decisioni giudiziarie, che hanno tentato di contribuire alla lotta ai fenomeni di criminalità transnazionale.

La prima convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee e relativi protocolli (Convenzione PIF) risale al 1995 ed è stata ratificata da quasi tutti gli Stati membri. Essa ha introdotto i primi elementi di diritto penale a tutela degli interessi finanziari della UE[14]. I primi segnali di una certa competenza dell'UE per la materia penale si cominciano a riscontrare in alcune decisioni della Corte di Giustizia UE, mentre la cooperazione giudiziaria penale viene affermata inequivocabilmente nel Trattato di Maastricht con la previsione dello specifico settore di azione UE chiamato "terzo pilastro".

Successivamente, tra le misure importanti relative al diritto penale e alle frodi UE, merita menzione la Decisione Quadro 2005/212/GAI del Consiglio del 24 febbraio 2005, relativa alle misure di confisca di beni, strumenti e proventi di reato[15].

Va richiamata sul tema la proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa alla lotta contro le frodi UE mediante il diritto penale, datata 11 luglio 2011. Il nuovo strumento legislativo ha l'obiettivo di sostituire la prima convenzione PIF che non ha sortito gli effetti dissuasivi sperati nei singoli Stati membri. Sono purtroppo mancati, come denunciato dall'UE, i mezzi cogenti per imporre l'applicazione delle norme ivi contenute. Tale ultima direttiva segna un momento importante in tema di politica penale UE e supera abbondantemente i principi contenuti nella Comunicazione del mese di settembre 2011 che delineando i principi generali della normativa, aveva evidenziato « *la necessità che il diritto penale dell'Unione non andasse oltre quanto è necessario e proporzionato agli obiettivi* » nel rispetto delle singole scelte degli Stati membri[16].

La novità importante è che la proposta di direttiva del luglio 2012 contiene

giudice o magistrato del pubblico ministero con almeno 20 anni di anzianità di servizio, nominato con decreto del Ministro della giustizia, acquisite le valutazioni del CSM, collocato fuori ruolo organico della magistratura.

12. Garuti, *Diritto di difesa dell'indagato sottoposto ad interrogatorio per rogatoria internazionale disposta dal giudice francese*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1535.

13. Gaito, *La vigenza del principio di specialità (a proposito di mandato d'arresto europeo e d'estradizione)*, in *Giur. it.*, 2004, 7; Garuti, *Estradizione e rischio di trattamenti inumani*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 905; Santoriello, *Nota in tema di estradizione per l'estero*, in *Giur. it.*, 2006, 10.

14. Convenzione UE del 26 luglio 1995, in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, C (comunicazioni), n. 316 del 27 novembre 1995, 49.

15. In Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, L (legislazione), n. 68 del 15 marzo 2005, 49

16. Atto Comunitario (COM) 2011, 293, definitivo del 20 settembre 2011.

un sub sistema penale UE; ed infatti essa elenca una serie di reati, con indicazione della condotta, così come altre norme generali di diritto penale sostanziale, quali i limiti minimi e massimi di pena, norme sulla prescrizione, sulla responsabilità degli enti, sul tentativo e sul concorso di persone nel reato, per le quali se ne prescrive l'introduzione in tutto lo spazio giuridico europeo.

Tale ultimo strumento legislativo assume particolare importanza anche perché sarà verosimilmente la base di partenza del regolamento dell'ufficio del Procuratore europeo.

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è stata abolita la struttura a pilastri del sistema giuridico europeo e ciò ha portato alla estensione del modello comunitario alla materia della cooperazione giudiziaria penale, in precedenza concentrata sulla prevalenza del metodo intergovernativo. Inoltre premessa imprescindibile di ogni discorso è il valore attribuito alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'UE, che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, assume natura giuridica pari a quella dei trattati e diventa un parametro vincolante di legittimità e di interpretazione.

Su questo ultimo punto rileva l'esigenza di completare il percorso iniziato con il Trattato di Lisbona nel 2009 che deve portare alla adesione dell'Unione Europea alla CEDU, per assicurare l'effettiva garanzia di esercizio concreto dei diritti fondamentali dei cittadini UE, tra i quali il diritto ad un processo equo[17].

4. La strada per l'istituzione dell'ufficio del Procuratore europeo, i cui primi passi risalgono alla proposta della Commissione UE in occasione della Conferenza intergovernativa di Nizza del dicembre 2000, appare oramai tracciata[18].

L'obiettivo è evitare che il risultato investigativo sia legato e condizionato dalla cooperazione dei singoli Stati membri che in alcuni casi è particolarmente passiva. La creazione dell'ufficio del Procuratore Europeo (EPPO), uno strumento di forte integrazione, secondo la Commissione, dovrebbe superare tutti questi problemi.

Sembra certo che entro il mese di luglio 2013 la proposta del regolamento per il funzionamento dell'ufficio sarà resa pubblica per poi procedere ai necessari confronti nelle sedi istituzionali fino alla piena approvazione normativa e conseguente entrata in funzione dell'organo.

17. Cassese, *I Tribunali di Babele,* Roma, 2009, *passim*; Giunchedi, *La tutela dei diritti fondamentali previsti dalla CEDU: la corte europea dei diritti dell'uomo come giudice di quarta istanza?,* in *Arch. pen.*, 2013, 113; Mariani Marini, Vincenti, *Le Carte storiche dei diritti, Raccolta di Carte, Dichiarazioni e Costituzioni con note esplicative*, Pisa, 2013, p. 17.

18. Iannini, *Procuratore europeo, difficile rapporto con i principi di indipendenza ed obbligatorietà dell'azione penale*, Relazione del Ministero della Giustizia del 16 settembre 2002, in *www.europa.eu*.

Il progetto è quello di creare un ufficio centrale con sede in Bruxelles, organo indipendente sia nei confronti delle autorità nazionali che delle istituzioni UE, composto dal procuratore europeo (è probabile un incarico elettivo) e da un certo numero di aggiunti; faranno parte dell'ufficio a pieno titolo anche un numero consistente di procuratori "delegati" a livello nazionale, individuati all'interno della magistratura requirente statale (della quale continueranno a fare parte) che saranno titolari delle indagini relative ai reati di competenza del procuratore europeo[19]. L'introduzione del c.d. sistema del "doppio cappello", con un pubblico ministero inserito contemporaneamente nell'ufficio della Procura della Repubblica sotto il controllo del procuratore della Repubblica e nella Procura europea sotto il controllo del Procuratore europeo, pone delicati problemi di coordinamento nel rispetto della indipendenza del magistrato e di scelte investigative anche nella prospettiva della obbligatorietà dell'azione penale non prevista in modo assoluto in tutti gli Stati membri. Gli uffici dei pubblici ministeri europei delegati nelle giurisdizioni nazionali saranno nominati dagli Stati membri e potranno utilizzare tutti gli strumenti investigativi a disposizione di EPPO con il cui ufficio si relazioneranno anche per ricevere istruzioni. Per le investigazioni condotte dalla Procura europea, il territorio degli Stati membri della UE costituisce uno spazio giudiziario unico, con la conseguenza che non sarà necessaria la rogatoria. È prevista l'introduzione di uno specifico registro per le notizie di reato europeo e la circolarità di informazioni relative alle investigazioni, con il potere di EPPO di coordinare e unificare le indagini e in casi estremi di avocarle. Le indagini svolte dai procuratori delegati avranno valenza di fonti di prove europee, spendibili in tutti gli Stati membri, mentre per quanto riguarda il procedimento di formazione della "prova europea" il percorso non sarà breve. Nel caso di investigazioni che incidono sui diritti fondamentali dell'indagato, il regolamento prevede una autorizzazione preventiva rilasciata al procuratore europeo da un organo giurisdizionale del Paese in cui si devono svolgere gli atti di indagine. L'obiettivo dichiarato della Commissione UE è comunque quello di elaborare rapidamente un codice di procedura penale europeo con regole minime accettate dagli Stati che consenta di facilitare le investigazioni del procuratore europeo e di creare la prova europea utilizzabile in tutti i tribunali degli Stati membri (risolverebbe il dubbio sulla regola da applicare nel caso di diversità tra lo Stato in cui la prova sia stata raccolta rispetto a quello in cui viene celebrato il processo).

19. Il progetto di regolamento elaborato dalla Commissione UE, si è sviluppato partendo da uno studio di fattibilità condotto da un gruppo di studiosi dell'Università di Lussemburgo coordinati dalla prof. Kateren Ligeti. Il lavoro svolto, finanziato dalla Commissione UE, è partito dal confronto degli ordinamenti processuali penali dei diversi Stati dell'Unione per arrivare ad elaborare modelli comuni o regole standard minime comuni che rappresentano le *model rules*.

La Procura europea sarà competente per i reati di frode comunitaria, corruzione e peculato, riciclaggio, contrabbando di diritti doganali, reati concernenti l'aggiudicazione di appalti e reati di evasione IVA, secondo quanto individuato nell'ultima direttiva PIF oggi in sede di approvazione. In futuro già si parla di un ampliamento della competenza fino a raggiungere numerosi altri reati di criminalità transnazionale, come previsto dall'art. 86 TFUE.[20]

È arduo oggi trovare una chiave di sintesi tra le diversità esistenti negli ordinamenti statali, ma è altrettanto vero che sarebbe inutile e negativo lasciarsi scoraggiare dai problemi e non impegnarsi per assicurare che la figura del Procuratore europeo nasca nel rispetto delle garanzie della difesa e dei diritti dei cittadini, che dovranno avere una maggiore o almeno pari dignità rispetto alla finalità di rafforzare gli strumenti di indagine antifrode.

Il Consiglio degli Ordini Forensi europei, in un articolato documento del 7 febbraio 2013, ha espresso notevoli perplessità e dubbi sulla opportunità di modificare l'attuale sistema di lotta alle frodi comunitarie esistente, ritenendo preferibile un rafforzamento delle competenze investigative di OLAF.[21]

È preliminare al funzionamento di EPPO la garanzia di una disciplina chiara e automatica sulla competenza territoriale del giudice nazionale del giudizio, anche nel caso di reati transnazionali. L'obiettivo è quello di evitare facili scorciatoie nella scelta del giudice dello Stato più utile (ad esempio in relazione al procedimento di formazione della prova, se non quanto a garanzie processuali in genere o a sanzioni più severe).

Altro passaggio fondamentale del sistema è quello relativo alla disciplina dei rapporti tra il procuratore europeo e i procuratori delegati, nella evidente consapevolezza del peso politico della figura del capo della procura europea, con le relative conseguenze nel funzionamento del sistema, anche alla luce del sistema del "doppio cappello", già in precedenza evidenziato.

5. A prescindere tuttavia dagli strumenti di indagine che saranno attribuiti al nuovo organo, forti, robuste ed effettive dovranno essere le garanzie difensive.

Le regole di funzionamento del sistema dovranno essere chiare e assicurare uno standard minimo di regole comuni per tutti gli Stati membri[22].

20. Nello studio sul regolamento elaborato dall'Università di Lussemburgo, l'articolo 3 prevede i seguenti criteri per definire la competenza della Procura europea: a) se sussista un danno sostanziale agli interessi UE; b) se il reato presenti una dimensione transfrontaliera; b) se l'indagine coinvolga gli ufficiali della UE; d) se vi sia l'esigenza di garantire una protezione equivalente agli interessi UE negli Stati membri.

21. Consiglio degli Ordini Forensi europei (CCBE), *Commenti in ordine alla costituzione di un ufficio del Procuratore europeo*, in *www.ccbe.eu*.

22. Pisani, *Il processo penale europeo: problemi e prospettive,* in *Riv. dir. proc*., 2004, 661.

L'esperienza del sistema di cooperazione giudiziaria fino ad oggi esistente ha generato spesso problemi interpretativi per mancanza di meccanismi chiari e spesso affidati a « *non codificati e sfuggenti rapporti tra disomogenei organismi deputati all'indagine* »[23].

Il Consiglio degli Ordini Forensi europei ha sollevato la questione relativa alla natura e alla struttura dell'organo, qualificabile come un'autorità sovranazionale centralizzata o decentrata nei singoli Stati membri. Nel primo caso il problema sarà la compatibilità con il principio della sovranità nazionale degli Stati, ed in particolare « *se EPPO sarà costituita in modo centralizzato, la funzione di Stato di livello europeo sarà affidata ad una struttura diversa da un Paese membro, che solleverà questioni concernenti la legittimazione democratica e la responsabilità e il controllo, nonché la questione del quadro costituzionale* »[24]. Le procedure devono evitare il rischio di interferenza delle autorità sovranazionali con quelle nazionali nell'attività giudiziaria. Particolare problema sarà quello relativo alla circolazione libera delle fonti di prova acquisite nei vari Stati membri, che richiederà la predisposizione di una disciplina comune in tema di acquisizione e valutazione delle prove nel rispetto delle garanzie difensive.

La *road map* del Consiglio d'Europa del 30 novembre 2009 sul rafforzamento dei diritti degli imputati per assicurare un equo processo dovrà essere attuata nel rispetto di tutti i punti, quali (1) la traduzione ed interpretazione degli atti, (2) le informazioni relative ai diritti e all'accusa, (3) la consulenza legale e assistenza legale gratuita, (4) le comunicazioni con i familiari, datori di lavoro, e autorità consolari, (5) e le garanzie speciali per gli imputati vulnerabili.

Preliminare all'introduzione del Procuratore europeo, come già anticipato, è l'adesione dell'UE alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali, in ottemperanza a quanto previsto dall'articolo 6 del Trattato di Lisbona, come già in precedenza evidenziato.

La Corte di Giustizia UE potrebbe essere destinataria di funzioni giurisdizionali collegate alla attività del Procuratore Europeo; ciò potrà avvenire solo a condizione di avere assicurazione sulla coerenza della relativa giurisprudenza con quella della Corte di Strasburgo e su una interpretazione del diritto uniforme per tutti gli Stati membri, prima di tutto in tema di diritto dell'accusato alla difesa. Non basta, tuttavia la semplice difesa, che deve essere effettiva, principio consacrato, infatti, dalla nostra Corte Costitu-

23. U.C.P.I., Osservatorio Europa, *La Strada per l'istituzione dell'ufficio del Procuratore Europeo*, 5 aprile 2013, 1.

24. Consiglio degli Ordini Forensi europei (CCBE), *Commenti in ordine alla costituzione di un ufficio del Procuratore europeo*, cit., 1.

zionale: è tale, invero, quando sia assicurato il diritto alla presenza costante e all'esercizio del diritto di difesa sin dalla fase delle indagini preliminari, non essendo sufficiente il mero conferimento dell'incarico.[25]

Queste rappresentano alcune premesse e aspettative minime immaginando la nascita della nuova figura di procuratore europeo. I diritti ad un equo processo come disciplinati dall'articolo 6 EDU e la garanzia di una difesa effettiva devono essere necessariamente poi le basi su cui costruire la figura del procuratore europea.

6. Parallelamente è necessario approfondire e rivendicare la previsione dei « *diritti del difensore europeo* », che l'Osservatorio Europa dell'Unione delle Camere Penali Italiane ha individuato in due categorie. La prima categoria contiene l'individuazione dei diritti dell'accusato nelle regole minime che caratterizzano l'attività del Procuratore europeo, in linea con il contenuto dell'articolo 6 CEDU, mentre la seconda riguarda la previsione di una disciplina che garantisca l'assistenza di un avvocato indipendente, adeguatamente preparato che assicuri una difesa effettiva.

Il modello processuale accusatorio si caratterizza per il ruolo attivo della difesa sin dalla fase delle indagini preliminari, nella prospettiva del principio dispositivo delle prove. Il difensore sin dalla fase genetica del procedimento ha la facoltà di svolgere le investigazioni difensive per raccogliere elementi a favore del proprio assistito in attuazione del diritto di difendersi provando[26]. La disciplina del Procuratore europeo deve assicurare conformità a tali principi prevedendo la partecipazione del difensore a tutti gli atti che incidono sui diritti fondamentali della persona, alla stregua di quanto già previsto nel nostro sistema. Le garanzie difensive per essere effettive richiedono la previsione di rigorose sanzioni in caso di inosservanza. La chiarezza e la perentorietà delle sanzioni è condizione essenziale per l'effettivo esercizio dei diritti dell'accusato[27]. Il controllo giurisdizionale sugli atti di indagine del procuratore europeo è imprescindibile e la competenza potrà essere attribuita ad un'unica corte europea o a tribunali di merito dei singoli Stati membri. Ogni scenario evoca problemi enormi di regolamentazione, ma in ogni caso andrà regolamentata una rigorosa procedura di convalida e di riesame nel merito dei provvedimenti, che incidano sui diritti fondamentali degli indagati[28].

25. Corte cost., n. 106 del 2010: « *La difesa tecnica si arricchisce di un ruolo pubblicistico che le consente di presentarsi anche come garanzia del corretto esercizio della giurisdizione* »; e già Corte cost. n. 59 del 1959.

26. Mazza, *I protagonisti del processo,* in Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Dean, Garuti, Mazza, *Procedura penale*, Torino, 2010, p. 43; Bargi, *Le prove e le decisioni*, in *Procedura penale*, a cura di Gaito, Milano, 2013, p. 237.

27. Giunchedi, *I principi, le regole, le fonti*, in *Procedura penale*, a cura di Gaito, Milano 2013, p. 12.

28. Ranaldi, *Cognizione del giudice penale ed accertamenti incidentali*, in *La giustizia penale*

Nel rispetto del principio di ragionevole durata del procedimento (ogni persona ha il diritto che la sua causa sia esaminata in un tempo ragionevole) è essenziale la previsione di termini perentori per la durata delle indagini preliminari, onde evitare pregiudizi anche di natura amministrativa (blocco erogazioni o divieto di partecipazione a gare UE) nei confronti degli accusati derivanti dalla mera pendenza di un procedimento per reati di frode alla UE in fase di indagine. Altra garanzia importante sarà quella relativa al diritto dell'accusato all'accesso agli atti di indagine del procuratore europeo, diritto che al più potrà essere precluso per un tempo limitato e previo provvedimento motivato del magistrato nei casi in cui la diffusione degli atti possa pregiudicare le investigazioni[29]. Naturalmente gli atti di indagine dovranno essere messi a disposizione dell'accusato qualora questi si trovi in stato di detenzione o arresto, nel rispetto del diritto di essere informato nel più breve tempo possibile in maniera dettagliata del contenuto dell'accusa in modo da poter disporre del tempo necessario a preparare la difesa[30].

Altri temi essenziali sono quello della traduzione completa degli atti, della difesa d'ufficio e dei soggetti non abbienti. Nessun passo indietro può essere consentito su questi punti che rappresentano uno standard minimo di sicurezza posto a garanzia della effettività della difesa nei confronti dei cittadini e contribuiscono a costruire quella unità politica dell'Europa auspicata oggi più che mai. Il difensore d'ufficio, che tra l'altro non è previsto in tutti gli Stati membri, è espressione diretta del precetto contenuto nell'art. 24 della nostra Costituzione che fa della difesa un diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento e si inquadra nella previsione della difesa tecnica come componente indefettibile per il sistema[31]. La preclusione nel nostro ordinamento dell'autodifesa esclusiva assicura un sistema di garanzie più forte rispetto a quello prefigurato dall'articolo 6 CEDU, così come ribadito dalla Corte europea nella sentenza Rakelli c. RTF del 1983[32]. L'alternativa tra la difesa tecnica e l'autodifesa si traduce, secondo la Corte europea, « *in un potere di scelta rimesso, non ai singoli ordinamenti, ma ai singoli individui, onde non può ritenersi comunque conforme alla Convenzione il solo riconoscimento, da parte della legge nazionale, del diritto all'autodifesa* ». Su questa scia quindi appare essenziale la previsione della nomina del difensore d'ufficio sin dalla

differenziata, a cura di Montagna, Torino 2011, p. 205.

29. Spangher, *In tema di informazioni ed avvisi al difensore della persona arrestata o fermata*, in *Cass. pen.*, 1990, 282.

30. Fùrfaro, *Pubblicità in cassazione e regole europee: incongruenze e ripensamenti inopportuni,* in *Arch. pen*., 2011, 982.

31. Mazza, *I protagonisti del processo*, cit., p. 135; Dalia, *Il nuovo ruolo del difensore d'ufficio e la disciplina del gratuito patrocinio*, in *Il nuovo ruolo del difensore nel processo penale*, a cura di Ferraioli, Milano, 2002, p. 71; Giunchedi, *Difesa d'ufficio e giusto processo*, in *Giur. it*., 2001, 2138; Tonini, *La difesa d'ufficio e il gratuito patrocinio in Francia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 1449.

32. Corte EDU, 25 aprile 1983, Rakelli c. Repubblica Federale Tedesca.

genesi del procedimento davanti al Procuratore europeo. Nella maggior parte dei casi l'accusato ignora l'esistenza di indagini europee a suo carico e il segreto su tale attività può essere giustificato solo in casi di rischio di pregiudizio investigativo[33]. In linea generale sarebbe quindi auspicabile la previsione di una informazione della persona sottoposta alle indagini sul diritto di difesa, secondo il modello del nostro art. *369–bis* del codice di rito, da inviare in occasione della iscrizione dell'accusato nel registro delle notizie di reato, contenente già la nomina di un difensore di ufficio e l'indicazione delle condizioni per l'ammissione al patrocinio gratuito.

Collegata alla effettività di queste tutele è l'assicurazione di un adeguato stanziamento economico per l'ufficio del procuratore europeo e che sia assicurato il principio di parità delle risorse per le investigazioni e per la difesa degli accusati, con previsione specifica di un capitolo di spesa per il patrocinio dei non abbienti.

Premessa indispensabile per l'esercizio del diritto di difesa è anche la conoscenza degli atti di indagine nella lingua dell'accusato: la traduzione del contenuto di tutti gli atti delle investigazioni deve essere previsto esplicitamente e inequivocabilmente. Nessun dubbio sulla circostanza che la traduzione non possa essere limitata agli atti giudiziari, ma vada estesa anche agli atti di indagine e ai documenti acquisiti.

Non si può prescindere dal coinvolgere le istituzioni e le associazioni specialistiche forensi degli Stati membri nella predisposizione delle regole di funzionamento del procuratore europeo. È fondamentale formare una nuova categoria di penalisti preparati alla difesa davanti alle istituzioni europee.

La conoscenza del diritto europeo è la nuova frontiera dell'avvocatura per la difesa in ambito nazionale nel nuovo sistema multilivello e in ambito transnazionale davanti agli organi giudiziari comunitari, insieme alla tutela dei diritti umani, che ha segnato la storia dell'umanità ed « *è documentata dalle battaglie combattute in ogni tempo per porre a base della convivenza sociale e delle sue leggi i valori della giustizia e del rispetto della persona* ».

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona nel 2009 i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza hanno conquistato valore giuridico davanti a tutti i giudici degli Stati U.E. oltre che davanti alle Corti di Strasbur-

33. D'AGNOLO, *Gli accertamenti per la tutela dei non abbienti e l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, tutela costituzionale e sovranazionale*, in *La giustizia penale differenziata*, cit., p. 436: « *in ambito sovranazionale, l'art. 6 § 3 CEDU, riconosce all'accusato privo di mezzi per remunerare il difensore, il diritto di essere assistito gratuitamente da un difensore d'ufficio quando lo esigono gli interessi della giustizia. Secondo la Corte di Strasburgo, l'esistenza di tali interessi si deve valutare in rapporto a diversi parametri, come la gravità dell'addebito, la complessità del caso e delle questioni che pone, fermo restando che essi ricorrono sempre ogni qualvolta l'accusato sia passibile di una condanna a pena detentiva (C. eur., 10 giugno 1996, Benham c. Regno Unito* ».

go e di Lussemburgo. Con la Carta dei diritti fondamentali U.E. il mondo del diritto in Europa è mutato radicalmente; l'efficacia giuridica dei trattati attribuita alla Carta dall'articolo 6 del Trattato di Lisbona e il conseguente riconoscimento di principi generali del diritto europeo ai principi contenuti nella CEDU, hanno introdotto un nuovo sistema del diritto caratterizzato dalla sovraordinazione del diritto europeo, nell'ottica di una interazione tra norme e giurisprudenza nazionali e internazionali[34]. L'espansione dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta di Nizza ha inciso significativamente nei rapporti tra l'ordinamento giuridico interno e il cittadino oltre che nei rapporti tra i privati[35]. È questa la sfida sulla formazione che aspetta il futuro penalista europeo e in questo senso il semestre di presidenza italiano alla UE (2014) potrà essere l'occasione per porre questo tema al centro del dibattito allo scopo di ottenere programmi e adeguati stanziamenti di risorse per organizzare iniziative anche coinvolgendo le istituzioni e le associazioni forensi nazionali[36].

Il percorso verso la nuova figura dell'avvocato europeo passa anche attraverso l'impegno delle istituzioni e delle associazioni forensi, che avranno il compito di contribuire a creare nuovi modelli professionali di stampo transnazionale. La formazione degli avvocati dovrà essere concentrata sullo studio del diritto europeo, delle procedure davanti alle Corti internazionali, delle lingue e dei principi degli ordinamenti degli Stati membri.

7. Nel trattato di Lisbona si attribuisce essenziale importanza alla formazione dei professionisti in materia di giustizia (artt. 81 e 82 T.F.U.E.), ma manca il riferimento esplicito alla categoria degli avvocati. La Commissione europea è intervenuta inserendo la formazione degli avvocati come priorità degli obiettivi del settore giustizia in occasione dell'approvazione del programma di Stoccolma. Successivamente in altre comunicazioni, la Commissione ha esaltato il ruolo degli avvocati e ha sollecitato le istituzioni UE e gli Stati membri a sviluppare percorsi di formazione proprio sulla conoscenza del diritto europeo. La Commissione, attraverso la Direzione Generale Giustizia, organizza anche direttamente programmi di formazione per gli operatori giudiziari, anche se spetterà alle istituzioni e alle associazioni

34. Manes, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme delle fonti sovranazionali in materia penale*, in *Arch. Pen.*, 2012, 32; Gaito, *L'adattamento del diritto interno alle fonti europee*, in Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Dean, Garuti, Mazza, *Procedura Penale*, cit., p. 25.

35. Manes, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i nuovi vincoli per l'ordinamento e per il giudice penale interno,* in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano,* a cura di Manes, Zagrebelsky, Milano, 2011, p. 30; Bronzini, *Trattato di Lisbona*, in *Codice dei diritti umani e fondamentali*, a cura di Vincenti, Pisa, 2011, p. 412.

36. Alpa, Mariani Marini, *I diritti umani e fondamentali nella formazione dell'avvocato europeo*, Atti del Convegno, Pisa, 2010, p. 92.

forensi dei singoli stati cooperare con essa per attuare i progetti formativi in diritto europeo.

Oltre alla formazione e all'aggiornamento si dovranno implementare le strutture di servizio per assicurare i diritti dei cittadini, ad esempio, come detto dall'Osservatorio Europa dell'U.C.P.I. « *attraverso la istituzione di una sorta di centrale operativa sempre aperta che disponga delle necessarie informazioni, in tutte le lingue dei Paesi membri, sui difensori d'ufficio* ».

È matura l'esigenza per la costituzione di una associazione degli avvocati penalisti europei che ponga al centro degli obiettivi lo sviluppo di una cultura giuridica comune tra gli avvocati e la previsione di percorsi formativi e di aggiornamento tra i membri.

La formazione degli avvocati deve essere accompagnata da quella degli interpreti, dei consulenti e degli investigatori privati, con idonei investimenti economici, alla stregua di quanto è avvenuto negli anni scorsi per i componenti dell'ordine giudiziario nei vari progetti di cooperazione realizzati periodicamente e in modo stabile.

È necessario prendere consapevolezza a livello comunitario del ruolo pubblicistico dell'avvocato che assicura la difesa dei diritti fondamentali degli accusati, distante dall'idea preconcetta e di avvocato come mercante dei diritti. La nostra professione è, infatti, citata nella costituzione poiché incarna la responsabilità nella attuazione di un diritto inviolabile: il diritto di difesa. Oggi il ruolo sociale dell'avvocato in Italia è ancora più evidente dopo l'entrata in vigore della nuova legge professionale (n. 247/2012), che disciplina l'ordinamento forense nel rispetto dei principi costituzionali e della normativa comunitaria, in considerazione della primaria rilevanza giuridica e sociale connaturata alla funzione difensiva.

8. L'ufficio del procuratore europeo rappresenta una sfida impegnativa e gravida di responsabilità in un momento di profonda crisi dell'Unione Europea. L'organo si inserisce concettualmente nella prospettiva di una forte scelta di integrazione e questa rappresenta una premessa condivisibile.

Il progetto è in linea con la visione di un modello federale degli Stati Uniti d'Europa, unico sistema in grado di consentire a tutti i cittadini UE di vivere insieme mantenendo le singole diversità e di allontanare le tendenze antieuropeiste che minacciano il senso profondo della comune convivenza. Fatta questa premessa, tuttavia il semplice dibattito sulle regole e sul funzionamento del procuratore europeo ha fatto già emergere problemi e dubbi sulla opportunità di procedere su tale via in questo momento, mentre verosimilmente sarebbe stato molto più proficuo e anche finanziariamente vantaggioso, implementare gli strumenti di cooperazione giudiziaria per ottenere migliori risultati nella lotta alle frodi comunitarie.

Oggi, invero, si può considerare esistente uno spazio investigativo eu-

ropeo, inteso come un'area aperta alle investigazioni senza barriere da parte degli uffici preposti. In linea con tale realtà si sarebbe potuto procedere con il rafforzamento, sempre in prospettiva federalista, della funzione investigativa transnazionale degli organi UE preposti. Sarebbero derivati migliori risultati investigativi rispetto alle frodi UE senza dover affrontare i problemi di armonizzazione dei procedimenti di formazione delle prove nei processi penali dei singoli Stati o altre questioni di difficile soluzione per il funzionamento di EPPO. La scelta della Commissione UE è stata quella di attivare il processo di costituzione dell'ufficio del procuratore europeo con una competenza iniziale legata ai reati di frode UE, ma che andrà ampliandosi fino ad erodere competenze nazionali per reati riguardanti condotte transfrontaliere. A breve sarà diffusa la proposta di regolamento della Commissione UE e inizierà l'iter legislativo di approvazione. All'Italia spetterà la presidenza UE nel secondo semestre del 2014 e sarà quello un momento molto importante e delicato per il coordinamento dei negoziati tra gli Stati membri per l'approvazione del progetto. Il ceto forense ha il dovere di partecipare attivamente al processo decisionale nell'iter evolutivo della cooperazione e della integrazione giudiziaria nel settore penale e ha il diritto di essere messa nelle condizioni di poter contribuire attivamente alla fase di elaborazione del sistema. Fino ad oggi è risultata evidente l'assenza dell'avvocatura[37].

Le istituzioni e le associazioni forensi hanno, oggi in particolare, il dovere di assicurare il proprio impegno affinché in questa fase di elaborazione delle regole di funzionamento di EPPO, l'interesse alla efficacia delle indagini sia almeno pari alla tutela dei diritti fondamentali e alle garanzie difensive degli indagati. Il riferimento è sempre la CEDU, che insieme ai principi contenuti nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, sarà il presidio di legalità delle regole di funzionamento della nuova autorità giudiziaria europea[38].

37. Battista, *Faccia a faccia a tutto campo*, in *Processo penale e giustizia europea, omaggio a Giovanni Conso, Atti del Convegno*, Torino, 2009, 183.

38. Venegoni, *L'Europa come spazio investigativo comune: verso il procuratore europeo*, in *Questione giustizia, osservatorio internazionale*, in *www.magistraturademocratica.it*. Secondo l'autore, le indagini per la tutela degli interessi finanziari UE nonché quelle per l'applicazione delle regole di concorrenza, dimostrano che il territorio UE possa essere considerato un'area investigativa senza barriere territoriali. Ribadisce la differenza tra le indagini amministrative indicate e le indagini penali che dovrà svolgere l'ufficio dell'istituendo Pubblico Ministero Europeo, ritenendo significativo mettere in luce che « *il concetto del territorio dell'Unione come spazio investigativo comune esiste già a determinati specifici fini, per cui la sua eventuale applicazione alle indagini del procuratore europeo, indipendentemente dalla forma in cui potrà manifestarsi, non sarebbe di per sé un fatto completamente nuovo e privo di qualunque precedente* ».

Postilla

Nelle more della pubblicazione dell'articolo, la Commissione europea ha diffuso il 17 luglio u.s. la proposta di regolamento per la istituzione della Procura europea con atto n. 534/2013, con cui viene disciplinata, nelle linee generali, l'organizzazione, il funzionamento e i limiti di competenza. Il documento è stato inoltrato al Parlamento europeo, al Consiglio, al comitato economico e sociale e al comitato delle Regioni, con separata comunicazione (atto numero 532/2014) dal titolo: *Better protection of the Union's financial interests: Settings up the European Public Prosecutor's Office and reforming Eurojust*.

ORIENTAMENTI

Vico Valentini

***on line*:**
Antonio Picillo
Ciro Santoriello
Sandro Fùrfaro

L'*abstract* (in italiano e in inglese) di ogni contributo può essere consultato sul sito *web archiviopenale.it*

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/978885485819015
pag. 557–571

Ancora sulla frattura della disposizione *ex* art. 317 c.p.

Qualche rapido spunto in attesa delle Sezioni Unite

Vico Valentini

1. Sulla carta l'operazione dello « spacchettamento » pareva semplice, lineare, assolutamente indolore "per il futuro" (da giudicare) e "per il passato" (giudicando e giudicato); anzi, secondo qualcuno si trattava solo di formalizzare una soluzione che il vecchio arsenale punitivo già consentiva, sul presupposto che, strutturalmente parlando, non c'è concussione senza corruzione[1].

In effetti, e sempre sulla carta, ci siamo limitati a spezzare la disposizione *ex* art. 317 c.p. ed a re–distribuirla in due titoli autonomi: uno riproduce pari pari la vecchia fattispecie costrittiva del pubblico ufficiale (art. 317 c.p.); l'altro ripropone anch'esso l'ottuagenaria fattispecie induttiva, peraltro anche in punto di soggettività attiva (art. 319–*quater,* co. 1, c.p.)[2].

1. Così Spena, *Per una critica dell'art. 319*–quater *c.p. Una terza via tra concussione e corruzione?*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 1 ss., secondo cui, nelle ipotesi di "abuso di potere" (non anche in quelle di "abuso di qualità"), il concusso è sempre anche un corruttore, per quanto debba essere punito solo nei casi in cui "ceda alla pressione" per assicurarsi un vantaggio ingiusto; perciò, visto che (anche) fra l'attuale art. 319–*quater*, co. 2, c.p. e la fattispecie di corruzione attiva propria intercorrerebbe un rapporto di specialità, la prima figura non costituirebbe una nuova incriminazione, ma si porrebbe in continuità con la seconda, con la conseguenza che dovrebbe essere applicata retroattivamente *ex* art. 2, co. 4, c.p. anche « *rispetto ai casi di corruzione propria attiva, verificatisi prima della sua introduzione, nei quali sia dato riscontrare, da parte del p.a., una condotta 'induttiva'* ». Ora, una ricostruzione del genere non ci pare condivisibile non solo, e non tanto, perché confligge con l'intenzione del legislatore, quanto perché finisce per esporsi a robuste censure di costituzionalità: retrospettivamente, perché trasforma vittime in colpevoli (violazione dell'art. 25, co. 2, c.p.), e prospettivamente, perché abbatte la sanzione che, fino a ieri, abbiamo riservato ai corruttori (violazione degli obblighi internazionali *ex* art. 117, co. 1, c.p).

2. Quella di espungere l'incaricato di p.s. dalla platea dei soggetti attivi della "nuova" concussione, in effetti, è opzione in astratto assai discutibile, visto che, diversamente da quanto afferma Severino, *La nuova Legge anticorruzione,* in *Dir. pen. proc.*, 2013, 7 ss., pure un i.p.s. è in grado coartare significativamente la libera volontà dei privati, costringendoli a piegarsi ai suoi *desiderata*: esempi efficaci in Ielo, *Prime note sulla riforma dei reati contro la P.A.*, in *RASE*, 2013, 9 ss. Critici, sul punto, anche Palazzo, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 227 ss.; Balbi, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, *ivi*, 2012, 5 ss.; e Manna, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte, nell'ambito di uno sguardo generale sulla*

Enunciato e struttura tipica previgenti, insomma, sono stati semplicemente scissi in due "tronconi", ma restano tali e quali a prima; il che significa, all'evidenza, che fra vecchia e nuova "costrizione", così come fra vecchia e nuova "induzione", non è apprezzabile neppure un rapporto di genere a specie[3].

Del resto, anche l'inedita clausola *ex* art. 319–*quater*, co. 2, c.p.[4] nulla aggiunge alla previgente descrizione tipica[5], posto che la prestazione del privato indotto era già contemplata dal vecchio art. 317 c.p.; già allora, tutto sommato, si poteva parlare di plurisoggettività necessaria, perché la concussione era e resta un fatto che « *richiede per la sua consumazione il concorso,* rectius*, la collaborazione di altro soggetto* »[6].

La carta, dunque, ci dice che nulla è cambiato; perciò, se ci attenessimo alla sola carta, dovremmo prendere atto non solo che c'è totale continuità intertemporale[7], ma pure che le nozioni di "costrizione", "induzione" e "abuso funzionale" sono rimaste immutate.

> E così, nonostante il dirompente *upgrade* del privato, che da autentica vittima (di concussione induttiva: art. 317 c.p. previgente) diventa mezzo colpevole (di una sorta di corruzione indotta: art. 319–*quater* c.p.)[8], nulla osterebbe, *perché la carta lo consente*, alla riproposizione in blocco delle nozioni di "induzione" e "costrizione" elaborate prima della riforma: visto che « *la punizione del privato non incide sulla « struttura del reato »* », insomma, all'interprete sarebbe vietato « *attribuire un diverso significato* » a costrizione e induzione, in quanto non vi sarebbe « alcun elemento espresso o implicito nelle due nuove fattispecie che possa distinguere diversamente

recente riforma dei reati di corruzione, in questa *Rivista,* 2013, 15 ss. Pur non potendo che condividere i suddetti rilievi critici, però, non ci spingeremmo fino al punto di denunciare "vuoti normativi", posto che, nel caso di "costrizione" dell'i.p.s., soccorrerebbero comunque le fattispecie di estorsione, violenza privata e violenza sessuale aggravate *ex* art. 61 n. 9 c.p. Che poi il *puzzle* sanzionatorio sia estremamente complicato, oltre che afflitto da sproporzioni "in difetto" e "in eccesso", è un altro discorso: cfr., volendo, Valentini, *Dentro lo scrigno del legislatore penale. Alcune disincantate osservazioni sulla recente legge anti–corruzione,* in *Dir. pen. cont.,* 2013, 29 ss., nt. 145–150.

3. Diversa l'opinione di Dolcini, Viganò, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione,* in *Dir. pen. cont.,* 2012, 232 ss., 244 s., secondo cui la fattispecie *ex* art. 319–*quater* c.p. (ma pure quella attualmente prevista dall'art. 317 c.p.) si porrebbe in rapporto di specialità con la "vecchia" incriminazione *ex* art. 317 c.p., con conseguente continuità *ex* art. 2, co. 4, c.p.; anche Manna, *La scissione della concussione in due fattispecie distinte,* cit., 22 ss., ravvisa fra vecchia e nuova "induzione" un rapporto di specialità, che però, essendo "per aggiunta", avrebbe prodotto effetti abolitivi integrali.

4. Che sancisce la punibilità dell'indotto: « *Nei casi previsti dal primo co., chi dà o promette denaro o altra utilità è punito con la reclusione fino a tre anni* ».

5. Cfr. Valentini, *Dentro lo scrigno del legislatore penale,* cit., 31, a cui ci permettiamo di rinviare.

6. Così Cass., sez. VI, 4 dicembre 2012, Nardi, in *Dir. pen. cont.*, 2013 , § 2.2.

7. Che, cioè, non sono apprezzabili ipotesi di *abolitio criminis*: in questo senso Palazzo, *Concussione, corruzione e dintorni,* cit., 229; Dolcini, Viganò, *Sulla riforma in cantiere,* cit., 244 s.; P. Severino, *La nuova Legge,* cit., 10; Pulitanò, *La novella in materia di corruzione*, in *Cass. pen.* 2012, suppl. al n. 11, 16.

8. O "dispari", per riprendere l'efficace formula di Brunelli, *Le disposizioni penali nella legge contro la corruzione: un primo commento*, in *www.federalismi.it*.

i due autonomi *precetti rispetto a quanto delineato in precedenza dal diritto vivente* »[9].

Il problema, però, è che il diritto post–moderno, e specialmente quello penale intertemporale, non è fatto di soli enunciati (non si esaurisce nelle disposizioni...), ma anche di significati (... ma consta di norme)[10]; il giudice penale continentale, insomma, è vero che *does not make law,* ma è anche vero che non è neppure un geometra che, munito di righello, compasso e pallottoliere, si limita a confrontare testi (se l'enunciato di ieri era composto da dieci parole...) ed a certificarne le "variazioni quantitative" (... e quello di oggi ripropone le stesse dieci parole, allora tutto è come prima)[11]: non è così schiavo della legge, cioè, da essere autorizzato a identificare un "mutamento" solo quando il legislatore manipola direttamente (espunge, menoma, specializza) strutture tipiche. Tutt'altro.

Basta sfogliare un codice commentato, infatti, per convincersi di come i nostri interpreti cavino continuamente *nuove* sotto–fattispecie e *nuove* norme, migliorative o peggiorative, da vecchie e *immutate* disposizioni incriminatrici[12].

Stando così le cose, era prevedibile che molti attribuissero all'irruzione del privato nell'area della punibilità l'attitudine a riconfigurare, se non proprio a cancellare[13], la vecchia norma incriminatrice; e questo, si faccia bene attenzione, a prescindere da questa o quella opzione dogmatica: an-

9. Così, ancora, Cass., sez.VI, 4 dicembre 2012, Nardi, cit., §§ 2.3., ove si legge pure che: « *le attuali scelte del legislatore di punire il soggetto indotto e di stabilire una pena minore per colui che "induce indebitamente a dare o promettere" rispetto a "colui" che "costringe" per giungere al medesimo risultato* non possono comportare una diversa definizione *delle modalità delle condotte — o, se si vuole, del risultato di esse — rispetto a quelle delineate dalla giurisprudenza e da gran parte della dottrina* ».

10. Sulla distinzione fra disposizione e norma in ambito penalistico, su declino e controindicazioni delle teorie cognitiviste dell'interpretazione e sul ruolo del giudice–costruttore, oggi amplificato dalla "cultura europea della giurisprudenza–fonte", esiste una letteratura oramai sterminata; mi limito perciò a richiamare, oltre al pioneristico studio di Fiandaca, *Il diritto penale giurisprudenziale fra legge e giudice,* Padova, 2002, i contributi di Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà,* Milano, 2004, 141 ss.; Id., *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza–fonte*, Milano, 2011, 63 ss.; Id., *"Sistema" delle fonti penali e garanzie giurisdizionali in un'Europa coordinata dal potere giudiziario*, in Mir Puig et al. (cur.), *Garantías constitucionales y derecho penal europeo,* Madrid–Barcelona, 2012, 179 ss.; e Di Giovine, *L'interpretazione nel diritto penale. Tra creatività e vincolo alla legge,* Milano, 2006, 74 ss., 136 ss.

11. Anche Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali* (art. 314–*335–bi* c.p.). *Commentario sistematico*[3], Milano, 2013, 235, considera il "cambio di veste" del privato, che da vittima del contegno induttivo del pubblico agente diventa suo *partner*, un mutamente "qualitativo" (potenzialmente) capace di stravolgere l'essenza dell'intero fatto.

12. In molti casi, peraltro, senza tracimare in ragionamenti analogici: per un catalogo di esempi, v. ancora Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale,* cit., 82 ss., 99 ss.

13. Dalla recente e corposa *Relazione* n. 19 del 3 maggio 2013 a cura dell'Ufficio del Massimario, reperibile in *Dir. pen. cont.*, 2013, 7, si evince che *in una sola occasione* (Cass., sez. VI, 11 gennaio 2013, Pierri) la Suprema Corte ha insinuato il dubbio che la responsabilizzazione del privato "indotto" abbia prodotto effetti abolitivi. In tutti gli altri casi, infatti, la VI Sezione s'è nitidamente espressa nel senso della continuità normativa.

che chi preferisce identificare nel nuovo art. 319–*quater* c.p. due distinti e autonomi reati monosoggettivi[14], anziché un illecito necessariamente plurisoggettivo (proprio)[15], ammette che quell'irruzione ha stravolto il significato (i contenuti, l'oggetto) dei concetti di "induzione" e "costrizione", rendendo necessario ridefinirne i rapporti reciproci[16].

Breve: il coinvolgimento penale del privato contrae la vecchia norma incriminatrice, nel senso che non tutto ciò che era concussione "vittimizzante" ieri può continuare a esserlo oggi; e nel senso che è stata espunta la sottofattispecie di induzione mediante frode–inganno[17], essendo insensato (illogico, innaturale) punire la vittima di un raggiro[18].

Ma mentre si continua a glissare sul secondo profilo, il primo è stato affrontato *ex professo* e fin da subito, innescando un contrasto di vedute talmente pronunciato da rendere opportuno l'intervento delle Sezioni Unite[19].

14. Ossia un reato di dazione indotta (art. 319–*quater*, co. 2) che si affianca a, senza però "intersecare strutturalmente", una autonoma fattispecie di induzione abusiva del pubblico agente *ex* art. 319–*quater*, co. 1: è la tesi sostenuta, oltre che da Spena (*retro* nt. 1), da Dolcini, Viganò, *Sulla riforma,* cit., 245; Pulitanò, *La novella*, cit., 5, 8 ss., 16 s.; Seminara, *La riforma dei reati di corruzione e concussione come problema giuridico e culturale*, in *Dir. pen. proc.,* 2012, 1235 ss., 1244, nt. 30; Id., *I delitti di concussione e induzione indebita,* in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di Mattarella, Pelissero, Torino, 2013, 381 ss., 396 ss.; Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale "multilivello" dallo Stato–nazione alla globalizzazione*, Napoli, 2012, 141.

15. Di questa (condivisibile) opinione, ad es., Manna, *La scissione della concussione*, cit., 25 s., il quale osserva come la tesi che identifica nell'art. 319–*quater* c.p. due fattispecie autonome e distinte sia in realtà funzionale a garantire la "perdurante punibilità" dei vecchi fatti di induzione, ossia prediliga « *i profili di politica giudiziaria e di difesa sociale rispetto alla razionalità sistematica della disciplina del diritto intertemporale* »; conf. Garofoli, *Concussione e indebita induzione: il criterio discretivo e i profili successori*, in *Dir. pen. cont.,* 2013, 1 ss.

16. Così ad es. Seminara, *I delitti,* cit., 397 ss.; e Pulitanò, *La novella,* cit., 12.

17. Prima pacificamente ricondotta all'art. 317 c.p.: cfr. per es. Leghissa, sub *art. 317 c.p.*, in *Codice penale*[3], a cura di Padovani, 2005, 1360 ss., 1369 ss.

18. In questo senso la (quasi) totalità della letteratura finora edita: v. per es. Grosso, *Novità, omissioni e timidezze della legge anticorruzione in tema di modifiche al codice penale*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 1 ss., 8; Balbi, *Alcune osservazioni*, cit., 11; Seminara, *La riforma*, cit., 1244; Brunelli, *Le disposizioni*, cit., 11; Manna, *La scissione della concussione,* cit., 27; Spena, *Per una critica,* cit., 14 s.; Mongillo, *La corruzione*, cit., 142; Garofoli, *La nuova disciplina*, cit., 15. *Contra* Amato G., *Concussione: resta solo la condotta di "costrizione"*, in *Guida dir.*, 2012, 13 ss., che però (almeno) esige che il privato indotto mediante frode sia consapevole del carattere indebito della prestazione; possibilista sulla perdurante punibilità *ex* art. 319–*quater* c.p. del solo p.u. nel caso di induzione truffaldina, mentre il privato–vittima andrebbe prosciolto per difetto di dolo, Vinciguerra, *La riforma della concussione*, in *Giur it.,* 2012, 2687 ss., 2690. Si stacca dal coro anche Viganò, *L'ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite sulla distinzione fra concussione e induzione indebita*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, il quale precisa (§ 3) che l'unica sacca d'impunità sopravvenuta pensabile sarebbe quella in cui il pubblico ufficiale non prospetta né un male ingiusto (nessuna concussione *ex* art. 317 c.p.), né un male giusto/indebito beneficio (e nessuna induzione *ex* art. 319–*quater* c.p.), e il privato si determina alla dazione/promessa per « *evitare possibili noie, o comunque per non inimicarsi per il futuro il proprio interlocutore* ».

19. Lo scorso maggio, con una ricca ordinanza stesa dal Consigliere Aprile, la VI Sezione della

La partita si chiuderà a fine ottobre, e i pronostici, si sa, sono sempre difficili; fra le tre correnti che agitano la VI Sezione, però, ci pare di poter individuare un "grande favorito"[20].

2. Secondo un primo indirizzo, la linea di confine che separa costrizione e induzione non sarebbe avanzata di un millimetro: l'invarianza dell'enunciato (la matematica...), insomma, equivarrebbe a invarianza di significato (...non è un'opinione).

Di qui, la possibilità e anzi il dovere di recuperare "in blocco" il *know how* maturato ante–riforma, quando il discrimine veniva affidato al trinomio mezzo utilizzato/intensità della pressione/misura della (residua) libertà di autodeterminazione.

E così, per "costrizione" continuerebbe a intendersi una condotta marcatamente minacciosa e intensamente prevaricante capace di comprimere notevolmente, se non proprio di annientare[21], il margine di scelta del privato (qua c'è timore); nella nuova induzione *ex* art. 319–*quater* c.p., invece, transiterebbero tutte quelle forme più blande di pressione (la persuasione, il discorso suggestivo, l'opera argomentata di convincimento, i tranelli, i "silenzi concludenti", ecc.) che, in quanto tali, sono meno coartanti e, perciò, lasciano a chi le patisce un più ampio margine di manovra (qua, invece, c'è "solo" soggezione)[22].

Per questa corrente di pensiero, dunque, la rassicurante chiave di lettura dell'universo penalistico sarebbero le forme: quelle lessicali, decisive nel *test* sulla continuità–abolizione, e quelle esteriori, che invece decidono dell'alternativa costrizione–induzione, visto che, essendo impossibile per mani umane misurare la "intensità" del *metus* (vero timore o mera soggezione?) e la "quantità" di libertà perduta (il margine di manovra era irrisorio oppure sufficientemente ampio?)[23], il salto vittima–correo rischia di dipendere

Cassazione ha chiesto alle Sezioni Unite di pronunciarsi in ordine al criterio con cui distinguere i fatti di concussione, previsti dal novellato art. 317 c.p., da quelli di induzione indebita a dare o promettere utilità, oggi riconducibili all'art. 319–*quater* c.p.: Cass., sez. VI, ord. 9 maggio 2013, Cifarelli e altri, in *Dir. pen. cont.*, 2013, con nota di Viganò.

20. Per un'ordinata ed esauriente ricostruzione dei tre indirizzi ermeneutici concernenti il criterio in base al quale distinguere fra nuova induzione e nuova costrizione, v. la già citata *Relazione* dell'Ufficio del Massimario n. 19 del 3 maggio 2013.

21. È dunque vero che, dal punto di vista psicologico–naturalistico, tanto la nuova costrizione *ex* art. 317 c.p. quanto la nuova induzione *ex* art. 319–*quater* c.p. lasciano al privato un *residuo* margine di scelta; diversamente, saremmo già nel territorio della rapina: così per es. Spena, *Per una critica*, cit., 15. Di qui, l'esclusione della violenza fisica o "assoluta" dalla (vecchia e nuova) nozione di "costrizione": Cass., sez. VI, 3 dicembre 2012, Gori e altri, in *Dir. pen. cont.*, 2013, con scheda di Viganò; nella giurisprudenza ante–riforma, v., invece, Id., 11 aprile 1996, in *Cass. pen.*, 1996, 2942 ss.

22. Così invece pretendono, ad es., Cass., sez. VI, 4 dicembre 2012, Nardi, cit., § 2.3.; Id., sez. VI, 18 dicembre 2012, ric. P.G. in proc. Aurati, in *Dir. pen. cont.*, 2013.

23. Sottolineano l'indeterminatezza e la difficile praticabilità del criterio che fa leva sulla inten-

esclusivamente dal registro comunicativo prescelto dal pubblico agente: che se ammicca e lascia intendere "induce" (qua ci sarebbe correità...), e se invece prospetta in chiaro conseguenze sfavorevoli, magari sgarbatamente, "costringe" (... e qua vittimizzazione)[24].

A questa posizione *vintage*, se ne contrappone una seconda che sdrammatizza (senza però obliterare) il dato lessicale[25], collega alla punibilità–correità del privato lo slittamento della fattispecie *ex* art. 319–*quater* c.p. nella famiglia delle corruzioni[26], e ne trae le logiche conseguenze: poco importa che il funzionario prospetti futuribili scenari con toni pacati, allusivi, metaforici, netti o aggressivi (non contano le modalità "estrinseche"...), essendo viceversa decisiva la conformità–difformità a diritto di quegli scenari (... bensì i contenuti, l'oggetto della prospettazione).

L'alternativa radicale punizione–impunità, insomma, non potrebbe essere consegnata a volatili criteri psicologistici come quello del "grado/intensità" della coazione morale, che, non consentendo « *oggettivizzazioni tali da poter costituire, sul piano quantitativo, momento di differenziazione tra concussione e induzione* », attribuisce all'interprete un illegale « *potere paranormativo* »[27]; perciò, non resta che concentrarsi sulla giustizia–ingiustizia della conseguenza paventata: se si tratta di una minaccia in senso tecnico (il male è *contra ius,* il danno deriva da una violazione di legge), allora c'è una vittima costretta; se viceversa il male è *secundum ius* (la conseguenza sfavorevole consegue all'applicazione della legge), allora c'è un semi–corruttore, perché pagare per evitare l'applicazione di atti conformi a diritto significa mirare a

sità/significatività della coazione, fra gli altri, Garofoli, *Concussione e indebita induzione,* cit., 9; e Seminara, *I delitti*, cit., 398 s., 401.

24. Pare propendere per questa lettura, sottolineando però il rischio d'incertezze applicative, Alessandri, *I reati di riciclaggio e corruzione nell'ordinamento italiano: linee generali di riforma*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 16 ss.

25. L'identità testuale fra presente e passato, infatti, viene valorizzata onde escludere sacche d'impunità sopravvenuta (*abolitio criminis*); ciò non toglie, però, la necessità di rivedere reciprocamente e "dall'esterno" i rapporti fra costrizione e induzione, con ricadute comunque importanti sul piano sanzionatorio (e, perciò, anche sul regime prescrizionale): v. per es. Cass., sez. VI, 5 dicembre 2012, Roscia, in *Dir. pen. cont.,* 2013, §§ 14–15.

26. Che la (mezza–)correità del privato implichi un "accostamento" logico–sistematico dell'induzione *ex* art. 319–*quater* c.p. alle ipotesi *ex* artt. 318 ss. c.p., è un dato su cui concorda (quasi) all'unanimità anche la dottrina, ivi compresi coloro che intravedono nel primo enunciato due fattispecie mono–soggettive autonome: v. per es. Padovani, *La messa "a libro paga" del pubblico ufficiale ricade nel nuovo reato di corruzione impropria*, in *Guida dir*, 2012 IX ss., XI; Pulitanò, *La novella*, cit., 8 ss.; Seminara, *I delitti,* cit., 396; Balbi, *Alcune osservazioni*, cit., 11; Brunelli, *Le disposizioni penali*, cit., 13; Id., *La riforma dei reati di corruzione nell'epoca della precarietà,* in questa *Rivista,* 2013, 59 ss., 64; Palazzo, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., 230; Ronco, *L'amputazione,* cit., 47 ss.; Vinciguerra, *La riforma,* cit., 2689. In questo senso, anche la *Relazione* n. 3 del 2012 a cura dell'Ufficio del Massimario, in *Dir. pen. cont.,* 2012, 7.

27. Cass., sez. VI, 5 dicembre 2012, Roscia, cit.

un tornaconto indebito[28].

Semplice, lineare, praticabile: il dilemma troverebbe soluzione nella logica binaria e obiettivizzante della rottura/conformità allo schema legale, a prescindere dalle tonalità comunicative, ma anche, parrebbe, a prescindere dalla maggiore o minore *esigibilità in concreto* del "dovere di resistere" dell'indotto (*sempre* sanzionato là dove miri a benefici *contra legem*).

La frontiera che separa la costrizione dall'induzione è dunque avanzata, e così doveva essere perché nessuno, neppure l'Europa, ci ha mai chiesto di criminalizzare pure vittime: la nuova costrizione abbraccia dunque i casi in cui l'agente pubblico si limita a sollecitare (faccia qualcosina, suvvia!), consigliare (sarebbe più facile per tutti), evocare maliziosamente codici comportamentali (si sa come funziona qui) o ammiccare (un sospiro e una spalletta "concludenti") al privato, ventilando "soavemente" che, non dovesse cedere, è pronto a trasgredire la legge per danneggiarlo[29].

Dal canto suo, la nuova induzione include le ipotesi in cui il funzionario prospetta di applicare "dannosamente" la legge, secondo il consueto *réfrain* « *c'è* ab–*uso pure quando un atto doveroso è compiuto/prospettato in maniera antidoverosa* », ossia, in buona sostanza, ogni qualvolta l'*uso* viene finalizzato a ottenere l'indebito[30].

Per l'approccio progressista, dunque, lo "spacchettamento" ha mutato geneticamente la figura, depotenziando il "peso" dell'abuso e rendendo decisivo l'atto[31]: se il privato cede per evitarne uno formalmente illegittimo (violazione di legge) è una vittima; se invece cede per evitare un atto formalmente legittimo (sviamento di potere o abuso della qualità) è un correo, avendo agito per conseguire un vantaggio formalmente antigiuridico.

Ora, a noi pare che entrambe le teoriche paghino prezzi troppo alti, anche in termini di legittimità costituzionale, rispetto ai benefici che garan-

28. Cosa che spiegherebbe perché, « *nella novellazione legislativa, il soggetto indotto non sia più considerato come vittima ma come autore di reato che mira a un risultato illegittimo a lui favorevole* »: Cass., sez. VI, 3 dicembre 2012, Gori e altri, cit.; al contempo, il criterio della giuridicità/antigiuridicità del "male" giustificherebbe razionalmente pure la minor pena prevista per il pubblico agente che induce anziché costringere: Id., sez. VI, 5 dicembre 2012, Roscia, cit.

29. Tutte ipotesi di pressione "blanda" e "tenue", queste, che ieri erano pacificamente considerate induttive, essendo indifferente che il "danno" derivasse da atti obbligatori o discrezionali, conformi o difformi alla legge, legittimi o illegittimi: v. fra le più recenti Cass., sez. VI, 19 giugno 2008, Leonardo, in *Mass. Uff.,* 240794.

30. In violazione non già di regole positivizzate, ma dei macro–principi di buon andamento e imparzialità della P.A.: v. per es. Cass., sez. II, 10 dicembre 2007, Cuccia e altri, in *Mass. Uff.,* 239323 .

31. Esattamente a quanto accade nelle ipotesi di corruzione. Cfr., emblematicamente, Cass., sez. VI, 9 marzo 1984, Avalle, *inedita,* secondo cui, « *Per la sussistenza del reato di concussione, non ha alcun rilievo il fatto che l'atto sia legittimo o illegittimo, lecito o non lecito: nel reato di concussione, infatti, viene in rilevo non l'atto — come nelle varie ipotesi di corruzione — ma solo l'abuso della qualità o delle funzioni da parte del pubblico ufficiale* ». Sulla centralità dell'abuso funzionale nell'economia della concussione, già Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali* (Artt. 314–335–*bis* c.p.). *Commentario sistematico*, Milano, 2002, 95 ss.

tiscono; esemplari in punto di praticabilità processuale, infatti, sia l'indirizzo *agé* che quello *new age* sono governati da logiche anelastico–deduttive che, valorizzando la forma (comunicativa, tecnico–giuridica) e sorvolando sulla sostanza (sui contenuti della comunicazione, sui connotati della vicenda concreta), rischiano di generare eccessi o, all'opposto, difetti di tutela.

Pecca per eccesso, anzitutto, l'indirizzo che supervaluta le modalità "estrinseche" della prospettazione, essendo francamente impensabile punire un privato che paga per ottenere qualcosa (un permesso, una licenza, ecc.) a cui ha diritto, solo perché è stato invitato a farlo garbatamente[32]; dovesse prevalere una linea ermeneutica del genere e diventare "diritto vivente", perciò, l'enunciato che la "contiene" non resisterebbe allo scrutinio *ex* artt. 3[33] e 27[34] cost.

Rischia *peccati per eccesso*, del resto, anche l'indirizzo che supervaluta l'oggetto della prospettazione, perché se è accettabile punire un ladro professionista che, colto in flagranza di reato, paga il poliziotto che "minaccia" di arrestarlo per sfuggire alla giustizia, sarebbe invece mostruoso sanzionare una clandestina irregolare che, per non essere immediatamente espulsa come imporrebbe la legge, si lascia persuadere da un carabiniere a concedersi sessualmente. Anche questa lettura, insomma, ci pare costituzionalmente impresentabile là dove si appaghi del *test* sulla giustizia/ingiustizia del "male" senza tener conto delle variabili (culturali, situazionali, umane) del caso concreto.

L'indirizzo progressista, però, *pecca pure per difetto*, perché attribuisce all'induzione indebita l'attitudine a divorare buona parte del territorio tradizionalmente occupato dalla corruzione[35], visto che, in quel territorio, il criterio del vantaggio perseguito/conseguito dal privato (che per ciò corrompe) ha sempre conservato una certa vitalità[36], e visto che l'abuso, una volta depurato dei profili di "ingiustizia", non può che esaurirsi in una "strumentalizzazione della posizione" rivolta a sollecitare l'avvio di trattative[37]: in

32. Così, lucidamente, Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale*, cit., 137 ss.; in questo senso, proprio in relazione al "caso Nardi" (concernente un assicuratore che aveva ceduto alla "garbata insistenza" di un carabiniere, versando a quest'ultimo una somma indebita per evitare che il militare si cimentasse, come aveva lasciato intendere, in imprecisati « *interventi in danno dei clienti* » dell'agenzia), anche Viganò, *La Cassazione torna sulla distinzione tra concussione e induzione indebita,* in *Dir. pen. cont.*, 2013, § 4.

33. Vinciguerra, *La riforma,* cit., 2689.

34. Garofoli, *Concussione e indebita induzione,* cit., 9.

35. Così, pressoché testualmente, Brunelli, *La riforma,* cit., 64.

36. Secondo un corposo orientamento giurisprudenziale, infatti, c'è corruzione (e non concussione) tutte le volte in cui il privato si determina alla dazione al fine di trarre vantaggio dall'abuso del funzionario, essendo tale finalità "ontologicamente" incompatibile con uno stato di timore: Cass., sez. VI, 17 ottobre 1994, Armanini, in *Cass. pen.,* 1996, 1130; Id., sez. VI, 5 febbraio 1996, Arigliano, *ivi*, 3310; Id., sez. VI, 10 ottobre 1996, Fusco, in *Mass. Uff.,* 207507.

37. Così Ronco, *L'amputazione*, cit., 47 s., il quale, dopo aver sottolineato l'omologia sistematica,

una "iniziativa", cioè, che da sempre consideriamo compatibile col *crimen repetundarum*[38].

Il vizio di costituzionalità, stavolta, sarebbe al rovescio: invece di punire vittime, puniremmo con sanzioni risibili autentici corruttori, con ciò tradendo *ex* art. 117, co. 1, cost. gli impegni pattizi di "lotta a tutto campo" all'illegalità sistemica negli apparati pubblici[39].

3. C'è però anche una terza posizione che, cavalcando una logica compromissoria, coniuga le prime due[40] senza rappresentarne una mera "addizione"[41]; in altri termini, l'essenza della fattispecie *ex* art. 319–*quater* c.p. non sarebbe né concussiva (come vorrebbe l'approccio conservatore), né corruttiva (come pretende l'approccio progressista), ma autenticamente ibrida:

strutturale e valoriale fra la figura *ex* art. 319–*quater* c.p. e le fattispecie di corruzione, e dopo aver affermato essere la giustizia/ingiustizia del male il parametro su cui riposa la distinzione fra concussione e induzione indebita, propone di "dar contenuto" all'elemento dell'abuso funzionale, che a sua volta differenzia "strutturalmente" l'induzione indebita dalla corruzione, attraverso l'antico criterio dell'iniziativa. Adombra implicitamente uno scenario del genere, del resto, anche Cass., sez. VI, 5 dicembre 2012, Roscia, cit., § 15, nella misura in cui, realisticamente, esclude la possibilità di quantificare l'intensità della strumentalizzazione di poteri e/o qualifiche, *ossia l'intensità dell'abuso funzionale* (§ 15), e, di qui, la misura (notevole, di media ampiezza, risibile) del residuo margine di scelta del privato; ci pare infatti che, se è impossibile stabilire quando l'abuso pregiudica gravemente (concussione) oppure non–gravemente (induzione) la libertà di autodeterminazione del privato, è pure impossibile stabilire quando l'abuso lasci sostanzialmente intatta quella libertà (corruzione). Nell'ottica dell'indirizzo progressista, insomma, sembra che la distinzione fra induzione indebita e corruzione sia praticabile solo "dissolvendo" l'abuso funzionale nel criterio dell'iniziativa, magari esigendone una particolarmente pressante, pervicace e ripetitiva: così, acutamente, Grosso, *Novità, omissioni e timidezze,* cit., 8 ss.

38. In giurisprudenza, come noto, è pacifico che né la presenza/assenza di trattative, né il soggetto che assume l'iniziativa, giochino un ruolo decisivo nella distinzione fra corruzione e concussione: v. *ex multis* Cass., sez. VI, 13 novembre 1997, Meda, in *Giur. it.,* 1998, 1456, con nota di Ronco.

39. Come noto, infatti, a penetrare il tessuto sub–costituzionale attraverso il parametro–porta *ex* art. 117, co. 1, cost., non è solamente la normativa "scrittovivente" CEDU, ma tutto il diritto internazionale pattizio: v. per es. Corte cost., 348, del 2007, 349 del 2007, 311 del 2009, 317 del 2009, in *www.cortecostituzionale.it*. Ci riferiamo qui, in particolare, alla Convenzioni di Merida (O.N.U. 2003, artt. 15 ss.) e Strasburgo (Consiglio d'Europa 1999, artt. 2 ss.), entrambe ratificate dall'Italia, ed entrambe contenenti l'obbligo di criminalizzare "a tappeto" i privati che alimentano l'illegalità sistemica dei pubblici apparati. Del resto, come sottolinea Viganò, *Sui supposti guasti della riforma della concussione*, in *Dir. pen. cont.*, 2013, 2, anche i rapporti O.C.S.E. ci "impongono" di considerare corruttori quelli che fino a ieri abbiamo considerato concussi, ossia di punire i privati che si lasciano convincere a dare/promettere l'indebito a prescindere (*irrespective*) dalla circostanza che la "mazzetta" sia necessaria per sopravvivere e non chiudere bottega. Altro problema, poi, è se sia o meno pensabile una declaratoria d'illegittimità costituzionale (con effetti *in malam partem*) nel caso d'inadempimento statale "sopravvenuto" di obblighi di criminalizzazione di fonte internazionale–pattizia (*ex* art. 117 cost.): lo esclude per es. Manes, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012, 106 ss.

40. Parlano di soluzione sincretista, intermedia o "mista" anche Garofoli, *Concussione e indebita induzione,* cit., 11 ss.; Scoletta, *Ancora sui criteri distintivi tra concussione e induzione indebita: una soluzione sincretista della Cassazione,* in *Dir. pen. cont.,* 2013; v. anche Cass., sez. VI, ord. 9 maggio 2013, Cifarelli e altri, cit., § 3.3.

41. L'arresto–capofila è Cass., sez. VI, 11 febbraio 2013, Melfi, in *Dir. pen. cont,* 2013.

nel nuovo, cioè, la logica della prevaricazione, pur presente e prevalente, convivrebbe con (sarebbe "stemperata" da) quella dell'acquisizione.

Per quest'indirizzo interpretativo, in particolare, è vero che l'identità testuale fra presente e passato depone nel senso della continuità normativa *ex* art. 2, co. 4, c.p. e del recupero del bagaglio ermeneutico maturato ante–riforma[42], ma è pure sotto gli occhi di tutti che il vecchio trinomio forma della comunicazione/intensità della coazione/misura del residuo margine d'azione è davvero troppo *souple* per essere riproposto piattamente: quel parametro, insomma, ha fatto della stessa concussione una figura onnivora ai limiti della legittimità costituzionale–penale (art. 25 cost.)[43] e costituzionale–convenzionale (117 cost.)[44].

Certo, l'approccio psicologizzante ha il pregio di ammettere la possibilità di casi concreti in cui c'è una vittima nonostante il male giusto[45]; tuttavia, posto che nell'alternativa costrizione/induzione vive oggi l'alternativa secca impunità/punizione, occorre integrare ("stemperare", appunto) quell'approccio con parametri più sicuri e controllabili: occorre identificare « *elementi sintomatici ulteriori idonei a favorire una più netta differenziazione tra i concetti di costrizione e induzione* », ci vuole cioè uno sforzo ricostruttivo « *che, teso ad individuare un dato qualificato da aspetti di maggiore oggettività, può consentire di superare quelle situazioni di incertezza determinate dall'impiego del, talora più evanescente, criterio spiccatamente soggettivo del margine di libertà di scelta lasciato al destinatario della pretesa* ». E il "parametro integrativo" con cui condurre l'*actio finium* è (e non poteva che essere, trattandosi di fattispecie–anfibio) proprio quello che s'appoggia sulla giustizia–ingiustizia del "male" prospettato[46].

Solo così, del resto, sono possibili soluzioni che sfuggono a logiche indifferenziate e disumanizzanti; solo così, insomma, potremo scongiurare i peccati per eccesso e per difetto inevitabilmente connessi a criteri puramente formali: non punendo la clandestina irregolare e punendo il ladro di professione, non punendo l'imprenditore cortesemente invitato a pagare per un atto dovuto, e punendo invece quello che, minacciato di essere ingiustamente escluso da una licitazione pubblica, paga per eliminare anzitempo

42. Cass., sez.VI, 11 febbraio 2013, Melfi, cit., § 4.2.

43. Cass., sez. VI, 11 febbraio 2013, Melfi, cit., § 4.3.

44. Perché fagocita(va) fatti sostanzialmente corruttivi: Cass., sez. VI, ord. 9 maggio 2013, Cifarelli e altri, cit., § 3.3

45. Cass., sez. VI, 11 febbraio 2013, Melfi, cit., § 4.2. Sulla *vitale* necessità di una scrupolosa valutazione delle circostanze del caso concreto, e in particolare della minore o maggiore condizione d'inferiorità di *quel* singolo privato di fronte a *quel* singolo funzionario, onde valutare se vi sia stata (317 c.p.) o meno (319–*quater* c.p.) una vittimizzazione, v. ora Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali (art. 314–355–bis c.p.). Commentario sistematico*[3], cit., 241.

46. V. ancora Cass., sez. VI, 11 febbraio 2013, Melfi, cit., § 4.3.

il "rischio concorrenziale"[47].

E così, se pare scontato vi sia costrizione vittimizzante là dove il pubblico agente prospetti un male antigiuridico « *pur senza l'impiego di brutali forme di minaccia psichica diretta* », ci sarebbe invece induzione responsabilizzante quando il privato poteva sottrarsi alla pressione senza eccessivi sforzi, e gli "indici oggettivi" da cui inferire tale *esigibile* dovere di tener duro (il « *significativo margine di autodeterminazione* ») sono i contenuti (giustizia o ingiustizia) o le forme (blande o aggressive) della prospettazione.

Il cuore della figura "spacchettata", oggi come ieri, resta dunque la coazione morale, che nella variante costrittiva è maggiore (assai difficilmente...) e nella variante induttiva minore (... più facilmente resistibile); e tale diverso "grado di esigibilità" andrà inferenzialmente evinto dalle forme della pressione e dell'oggetto della prospettazione.

> Ovvio poi che tali "indici" non andranno intesi come autonomi e alternativi[48]; se così non fosse, infatti, saremmo punto e accapo: dovremo per es. concludere che, quando un funzionario molto *impolite* e particolarmente insistente (la pressione è intensa...) "minaccia" mali giusti (... ma il vantaggio indebito), il privato che cede resta sempre impune, con buona pace dei *desiderata* europei; al contempo, qualora il privato fosse oggetto di un'estemporanea e allusiva prospettazione (la pressione è tenue...) di un male ingiusto (... ma la minaccia è tale in senso tecnico), egli sarebbe punibile, stavolta con buona pace di ragionevolezza ed equità.

Certo, anche qui non possono valere formule matematiche: gli indici formali–oggettivi da cui cavare la "misura" del "residuo" margine di manovra del privato, infatti, dovranno sempre essere ricalibrati e rivisti alla luce del concreto contesto situazionale e delle irripetibili situazioni di vita dei protagonisti.

Exemplum hospitis docet: quale giudice condannerebbe mai una clandestina irregolare che, per evitare una *giusta* espulsione, cede alle *galanti lusinghe* di un maresciallo dei Carabinieri e si dà sessualmente?

4. Ricostruire la figura di induzione indebita in chiave anfibologica, bisogna ammetterlo, significa lanciare un preciso messaggio alla dottrina oltranzista della concussione ambientale, deputando il *novum* a operare principalmente,

47. È, quest'ultima, l'ipotesi "ibrida" in cui il pubblico agente minaccia un male ingiusto in alternativa a un vantaggio ingiusto, a cui peraltro fa espresso riferimento, citando un passo del volume di Mongillo, Cass., sez. VI, ord. 9 maggio 2013, Cifarelli e altri, cit., § 3.3.

48. Come del resto sembra fare, al di là dell'infelice sintassi (o... ovvero...), l'indirizzo in discorso, là dove ammette *ex professo* che si danno casi di prospettazioni implicite, allusive o indirette (le forme della pressione sono blande...) che celano sostanziali costrizioni (... ma il male prospettato è ingiusto): Cass., sez. VI, 11 febbraio 2013, Melfi, cit., § 4.3.

se non proprio esclusivamente, in quella "zona grigia" nella quale mancano abusi funzionali[49] e gli agenti pubblici sorridono ammiccanti[50].

Da oggi, insomma, in quel cono d'ombra non ci sono più solo vittime, ci possono essere anche mezzi–correi[51]: dipende da cosa ci guadagna chi cede al *pressing* ambientale e si adegua alla norma subculturale[52].

La corrente che "ibridizza" la fattispecie *ex* art. 319–*quater* c.p., perciò, ci pare essere quella che meglio risponde all'*input* politico–criminale sovranazionale di svolta normo–culturale e che meglio interpreta il significato della nuova induzione, senza però pretendere improponibili eroismi: i cittadini che alimentano il *systemic wrongdoing* vanno puniti, certo, ma solo se si muovono secondo logiche para–negoziali.

Sarà casuale, dunque, ma dobbiamo prendere atto che l'unica interpretazione costituzionalmente passabile è quella che sdrammatizza le istanze di rottura col passato "indulgenzialista" e assegna alla novella figura un risibile ambito applicativo.

Per lo meno in teoria, perché poi, in pratica, quando non sei né carne né pesce (una figura piazzata a mezza via tra concussione e corruzione...), rischi che qualcuno ti cataloghi fra le carni (rischia di essere fagocitata dall'una...), e qualcun altro fra i prodotti ittici (... oppure dall'altra)[53].

Ne è prova lampante il fatto che, per distinguere fra nuova induzio-

49. Nei casi di illiceità sistemica, infatti, l'agente pubblico non ha nessun bisogno di prospettare l'esercizio sviato/viziato delle sue attribuzioni funzionali, né di "far pesare" abusivamente la sua qualifica, perché è l'ambiente che lo fa per lui: è l'ambiente, si suole dire, che "assoggetta" il privato: così per es. Benussi, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali,* Padova, 2001, 372.

50. L'illegalità ambientale, si legge sovente nelle sentenze, semplifica le "modalità di comunicazione" e rende *automaticamente* sopraffattivi comportamenti che, quando non sono perfettamente leciti, costituirebbero al più sollecitazioni *ex* art. 322 c.p.: sul punto, sia ancora consentito il rinvio a Valentini, *Dentro lo scrigno,* cit., 23 s.

51. Così, sostanzialmente, Ronco, *L'amputazione,* cit., 48.

52. Spunti in questo senso in Cass., sez. VI, 11 febbraio 2013, Melfi, cit., § 4.3, là dove si afferma che la necessità di identificare criteri aggiuntivi a quello della forma/intensità della pressione « *vale soprattutto per quei casi, ricadenti nella cd. zona grigia, nei quali non è chiaro né facilmente definibile se la pretesa del pubblico agente, proprio perché proposta in maniera larvata o subdolamente allusiva, ovvero in forma implicita o indiretta, abbia ridotto sino quasi ad annullare o abbia solo attenuato la libertà di autodeterminazione del privato* »; v. anche, ricostruendo l'indirizzo mediano–compromissorio, Cass., sez. VI, ord. 9 maggio 2013, Cifarelli e altri, cit., § 3.3, quando si precisa che ancora « *oggi, in un contesto mutato con la previsione della punibilità dell'indotto e con la esclusione della sanzionabilità del concusso, può risultare difficoltoso distinguere una condotta di costrizione da una di induzione laddove la pretesa sia fatta valere con modalità subdole o larvate* [...] *tanto da sembrare una forma blanda di pressione psichica, ma capace di integrare una situazione di sostanziale costrizione implicita. In altri termini, non è sempre possibile differenziare nettamente una induzione da una costrizione in base all'intensità della pressione* [...] *e al grado di condizionamento* [...], *in quanto vi sono situazioni 'al limite' nelle quali è difficile distinguere* » il privato intimorito da quello meramente assoggettato.

53. Sulla possibile erosione, da parte della figura *ex* art. 319–*quater* c.p., dell'ambito applicativo delle fattispecie di corruzione e istigazione alla corruzione, anche Scoletta, *Ancora sui criteri,* cit., § 6.

ne e nuova costrizione, vien naturale riproporre gli stessi, identici criteri che abbiamo sempre utilizzato per discriminare i fatti concussivi da quelli corruttivi: il criterio dell'iniziativa[54], che taluno rimodula in senso quantitativo[55]; il criterio del vantaggio, sia pure "imbellettato" dal *test* sulla giustizia–ingiustizia[56]; e il criterio psicologistico della parità–disparità negoziale dei pattisti[57], che dovrebbe arricchirsi oggi di una nebulosa variante intermedia: di una volontà "moderatamente" prevaricatrice, cioè, cui farebbe da *pendant* un timore "non troppo attanagliante"[58].

La miniriforma rischia dunque di essere fatalmente assorbita (o rimbalzata) dal sistema normativo previgente[59], pare cioè destinata a risolversi in un nulla di fatto[60]: la concussione finirà per divorare buona parte dell'induzione[61], lasciando "i resti" alle corruzioni *ex* artt. 318 ss. c.p.; e francamente, fatichiamo non poco a intravedere in ciò un male, considerato che entrambe le ipotesi inverse (l'induzione fagocita fatti sostanzialmente costrittivi, oppure ruba terreno alle corruzioni) si espongono a una ridda di censure di illegittimità costituzionale[62].

> D'altra parte, già dai primissimi commenti s'era capito che l'innesto sarebbe stato in parte inutile, e in parte dannoso: da un lato, infatti, il novello art. 319–*quater* c.p. non risolveva il problema della delimitazione "verso il basso" rispetto ai fatti di corruzione[63] e, perciò, non avrebbe scoraggiato il consueto uso premiale delle figure

54. Ronco, *L'amputazione,* cit., 47 s

55. L'iniziativa estemporanea del pubblico agente sarebbe corruttiva, mentre quella reiterata/insistente sarebbe induttiva: Grosso, *Novità, omissioni e timidezze*, cit., 8 ss.

56. Che però, almeno secondo l'indirizzo mediano, *continua* a non essere decisivo; quest'indirizzo, infatti, afferma che la giustizia del danno è un parametro solo *integrativo* e *ausiliario,* con ciò lasciando intendere che ci può essere una costrizione (un *inesigibile* obbligo di resistenza) pure quando il male minacciato è giusto, e che ci possono essere fatti di induzione (un *esigibile* obbligo di sottrarsi) anche quando il male minacciato è *contra ius*.

57. Così, condivisibilmente, Seminara, *I delitti*, 401.

58. Sulla triade di criteri utilizzati per distinguere corruzione e concussione prima della riforma, v. per es. Stortoni, *Delitti contro la pubblica amministrazione*; Canestrari, Gamberini, Insolera, Mazzacuva, Sgubbi, Stortoni, *Diritto penale. Lineamenti di parte speciale*[3], Bologna, 2003, 149 ss.

59. Così, utilizzando le metafore della palude e del muro di gomma, Brunelli, *La riforma*, cit., 67 ss.

60. Questo vale per lo "spacchettamento", ma anche per la macro–figura *ex* art. 318 c.p. e per la fattispecie–clone *ex* art. 346–*bis* c.p.: sul punto, sia consentito rinviare ancora a Valentini, *Dentro lo scrigno,* cit., 3 ss., 14 ss.

61. Per quanto sarebbe teoricamente plausibile anche l'ipotesi opposta: Romano, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali* (art. 314–335–*bis* c.p.). *Commentario sistematico*[3], cit., 241 s.

62. *Retro* § 2

63. Così Palazzo, *Concussione, corruzione e dintorni*, cit., 229.

liminari[64] (semmai, anzi, l'esatto contrario)[65]; dall'altro, co–responsabilizzando il privato indotto, avrebbe aumentato, e di molto, la già consistente "cifra oscura"[66].

E pensare che, per esaudire i desiderata europei, non c'era nessun bisogno di punire a tappeto vittime: bastava semplicemente espungere il reato di concussione, lasciare campo libero alla sinergia fra estorsione aggravata e corruzioni[67], e magari ottimizzare il programma efficientistico con l'innesto di calibrate misure premiali sul modello Cernobbio; avremmo con ciò sradicato le poco commendevoli abitudini dei nostri inquirenti, e avremmo seriamente implementato la *policy* dell'emersione.

Chi è convinto che una manovra del genere avrebbe prodotto effetti disastrosi, perché « *la gran parte dei processi in corso per fatti di concussione* [...] *si sarebbero azzerati* »[68], trascura di considerare che dentro una vecchia concussione (nel più...), ci sono sempre un'estorsione, una violenza *ex* art. 609–*bis* c.p. o una violenza privata *ex* artt. 610 (... sta sempre il meno): tutte figure, insomma, che esigono "di meno" di quella *ex* art. 317 c.p., sono realizzabili con le stesse modalità[69], e per le quali l'abuso funzionale (il "di più" strutturale) significa aggravamento *ex* art. 61 n. 9 c.p. Altro che azzeramento, il grosso dei processi sarebbe continuato eccome, perché una condanna per un fatto di concussione presuppone la compiuta dimostrazione di una violenza o di una minaccia finalizzata a "costringere" taluno a dare o fare qualcosa: una prestazione sessuale, una somma di denaro, ecc. Si sarebbe solo trattato di un problema di riqualificazione *in iure,* insomma, o, al più, di qualche rinvio esplorativo. Che poi il "noto processo milanese" sia inevitabilmente destinato a essere azzerato, è circostanza che, con la scelta di conservare in vita la fattispecie di concussione, non c'entra proprio nulla[70]; il futuribile (e doveroso) proscioglimento di Silvio Berlusconi, infatti, non è che la diretta conseguenza della sopravvenuta punibilità all'indotto (che ha determinato l'espunzione della sotto–fattispecie di concussio-

64. Tutti sappiamo che gli inquirenti, specie nei casi di illegalità "sistemica", tendono ad abusare della concussione a scapito della corruzione, così da poter trattare da vittime autentici correi, i quali, in cambio, spezzano il vincolo omertoso e collaborano all'accusa: v. da ultimo Forti, *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria*, in *Dir. pen. cont.*, 2012, 177 ss.; l'uso "investigativo" della figura *ex* art. 317 c.p. da parte degli inquirenti, peraltro, non ha mai rappresentato per il privato una garanzia d'impunità, e ciò per la semplice ragione che un giudice potrebbe non condividere (ed è successo molte volte) quell'inquadramento giuridico e ravvisare un fatto di corruzione: sul punto, v. Davigo, Mannozzi, *La corruzione in Italia. Percezione sociale e controllo penale,* Bari, 2007, 42, 292, i quali parlano, al proposito, di « *effetto* rebound ».

65. Proprio perché ha offerto a inquirenti e giudici una "alternativa in più" rispetto a prima: Seminara, *La riforma dei reati di corruzione,* cit., 1243 ss.; Mongillo, *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale,* cit., 132 s., 145.

66. V. per es., fra i molti, Alessandri, *I reati*, cit., 22 s.; Balbi, *Alcune osservazioni*, cit., 11; Brunelli, *Le disposizioni penali,* cit., 10; Manna, *La scissione*, cit., 28 s.; Vinciguerra, *La riforma*, cit., 2689.

67. Così anche Brunelli, *La riforma*, cit., 68; Ielo, *prime note*, cit., 4;

68. Viganò, *Sui supposti guasti*, cit., 4.

69. Esplicite o implicite, aggressive o garbate, dirette o indirette, larvate o nitide: v. *ex plurimis* Cass., sez. VI, 26 gennaio 1999, Savian, in *Cass. pen.*, 2000, 1957; Id., sez. II, 16 giugno 2004, Giorgetti, *ivi,* 2006, 516.

70. *Contra,* alludendo al "processo Ruby", v. ancora Viganò, *Sui supposti guasti*, cit., 4.

ne per frode–inganno dall'area dell'illecito "spacchettato")[71], e del carattere non patrimoniale della prestazione di *facere* del soggetto abusivamente raggirato (che impedisce di sussumere il fatto nella truffa aggravata)[72].

Come rimediare allo spericolato "spacchettamento", dunque?

Potremmo per esempio sperare che il problema si risolva da solo, ossia buttare l'art. 319–*quater* c.p. nel dimenticatoio e lasciare che venga spolpato dalle figure liminari; potremmo darne una lettura super–restrittiva, circoscrivendone l'ambito applicativo alla *gray zone*; oppure, volendo, potremmo attendere che qualche giudice solerte chiami in causa la Consulta, confidando in una sentenza interpretativa di accoglimento.

Per parte nostra, preferiremmo un percorso un po' più mitteleuropeo: ci piacerebbe che il Parlamento prioritarizzasse l'approvazione del Disegno di legge S–19, che, fra le altre (buone) cose, prevede la soppressione dell'art. 319–*quater*, co. 2, c.p.[73]

71. *Retro* § 1.

72. Resta un abuso *ex* artt. 48, 323 c.p., che però, oltre a patire gli stessi "limiti patrimonialistici" della truffa, deve fare i conti con risibili termini prescrizionali: Valentini, *Dentro lo scrigno*, cit., 28 ss. Peraltro, anche l'ex Procuratore antimafia Pietro Grasso, oggi Presidente del Senato, considera plausibile tale scenario: cfr. l'intervista dal titolo *La norma Severino sulla concussione produce solo guasti*, in *La Repubblica*, 8 marzo 2013

73. Un *résumé* dei contenuti del Disegno di legge S–19 (Grasso e altri) in materia di *Corruzione, voto di scambio, falso in bilancio e riciclaggio,* è ora reperibile in *Dir. pen. cont.*, 2013.

QUESITI

Nicoletta Mani

L'*abstract* (in italiano e in inglese) di ogni contributo può essere consultato sul sito *web archiviopenale.it*

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/978885485819016
pag. 575–592

Tra diritto alla prova e principio di legalità: giudizio abbreviato e rinnovazione istruttoria in appello

Nicoletta Mani

1. Il modello processuale accusatorio, *id est* l'attuale processo di parti, elevato al rango costituzionale come giusto processo, sempre più rifinito nella sua dimensione europea e internazionale, si innesta in punta di piedi in uno dei settori più delicati della procedura penale, la disciplina delle prove. L'indagine orientata alla descrizione degli ambiti di operatività della rinnovazione istruttoria d'appello nel giudizio abbreviato non condizionato a integrazione probatoria, comporta pertanto una necessaria riflessione sul diritto alla prova[1].

Invero, il diritto alla prova costituisce non solo il capovolgimento della logica inquisitoria, ispirata all'idea che il giudice possa essere portatore di iniziative probatorie *ex officio*, ma rappresenta uno stravolgimento nella logica del comportamento processuale che « *mira a recidere, per quest'ultimo [il giudice], atavici legami dalla vecchia, ibrida figura dell'inquirente* »[2], di talché « *di fronte ad esso [il diritto alla prova], il potere discrezionale del giudice nell'ammissione e nella scelta delle prove subisce un colpo decisivo, un contenimento grandissimo* ».[3]

1. Interessante la definizione del diritto alla prova da parte di Cordero, *Procedura penale*, Milano, 1991, p. 568: « *Diritto alla prova. Così è intitolato l'art. 190: titolo non pertinente al contenuto (i tre commi vertono sul rapporto parti–giudice quanto all'atto ammissivo).* [...] *Ammessa la prova richiesta da N., può addurne in contrario: era già così* illo tempore*; ha diritto di interloquire chiunque sia parte, necessaria o eventuale (queste ultime dimenticate dalla formula legislativa, verbosa e incompleta); e tale presenza attiva implica ogni atto inteso a provare quanto gli giova o a confutare l'assunto avversario* ». Sul tema v. Bargi, *La rinnovazione istruttoria in appello tra potere discrezionale del giudice e diritto alla prova,* in *Dir. pen. proc.,* 2004, 95; Id., *Procedimento probatorio e giusto processo,* Napoli, 1990; con riferimento precipuo al diritto alla prova nei riti speciali v. Aprati, *Pienezza del contraddittorio e diritto alla prova nei riti speciali,* in Giunchedi, Santoriello (a cura di), *La giustizia penale differenziata,* I, Torino, 2010, 321 ss.

2. Così Nobili, *Il "diritto delle prove" ed un rinnovato concetto di prova,* in *Comm. c.p.p. Chiavario,* Torino, 1990, II, 381 ss., il quale aggiunge: « *il diritto alle prove si presenta, dunque, davvero con un volto diverso, anche se diremmo addirittura ovvio un rilievo: neppure un codice può bastare, di per sé, a realizzare nella prassi una "nuova civiltà" in simile materia* ».

3. L'espressione è di Vassalli, *Il diritto alla prova nel processo penale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 12, il quale sottolinea che la nozione di « *diritto di difendersi provando* » « *è sufficientemente chiara:*

Il c.p.p. del 1930, peraltro, non conteneva alcuna norma che, alla stregua del vigente art. 190, riconoscesse espressamente e disciplinasse in maniera compiuta il diritto alla prova delle parti: si ritiene che tale diritto affondi le sue radici nella direttiva n. 69 della legge delega 16 febbraio 1987 n. 81, laddove si auspicava una « *disciplina della materia della prova in modo idoneo a garantire il diritto del pubblico ministero e delle parti private ad ottenere l'ammissione e l'acquisizione dei mezzi di prova richiesti, salvi casi manifesti di estraneità e irrilevanza* ».[4]

La progressiva configurazione del diritto alla prova come principio ineliminabile dell'attuale sistema processuale rappresenta il risultato di una ricerca spasmodica della sua base fondante in altri, più ampi, principi costituzionali.

Con l'entrata in vigore della Carta fondamentale e prima dell'introduzione dei principi del giusto processo, autorevoli processualisti ne sottolinearono le connessioni con la presunzione di non colpevolezza e con il principio di obbligatorietà dell'azione penale nonché, primo fra tutti, con il diritto di difesa, tanto che si argomentò che la tutela di quest'ultimo comportava il diritto dell'imputato « *di non vedere menomata la propria possibilità di difesa attraverso una arbitraria restrizione dei mezzi di prova offerti al giudice o dell'oggetto della prova proposta* »[5]

La gestazione del diritto alla prova, così variamente interpretato, ha visto il suo momento terminativo con la riforma sul giusto processo, tramite la quale ha finalmente assunto dignità costituzionale nel corpo dell'art. 111 cost., sulla scorta dell'analogo riconoscimento in sede europea, nell'ambito della disciplina del c.d. processo equo (art. 6, co. 3, lett. *d)* della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali).

Dall'analisi di un simile processo formativo, è possibile definire il diritto alla prova come punto di sintesi di plurimi poteri riconosciuti in capo alle parti processuali, culminanti nel diritto di richiedere l'ammissione della prova nel luogo costituzionalmente deputato alla formazione della prova penale: il dibattimento. Il riconoscimento di tale diritto rappresenta la

essa postula il potere di ciascuna delle parti di ricercare e fare assumere quelle prove che dimostrano i fatti affermati ». L'illustre giurista, nel suindicato lavoro, analizza attentamente le disposizioni del codice del 1930 in tema di diritto alla prova, ispirato come noto all'idea del giudice investigatore: è sufficiente accennare all'art. 299 c.p.p. 1930, che prescriveva « *l'obbligo di compiere tutti e soltanto gli atti necessari all'accertamento della verità* »; all'art. 368 c.p.p. 1930, che ribadiva detto obbligo, nell'imporre di investigare su fatti e circostanze idonei a condurre all'accertamento della verità; all'art. 420 c.p.p. 1930, che contemplava il potere del presidente o del pretore di ridurre le liste testimoniali sovrabbondanti o di eliminare le testimonianze non pertinenti all'oggetto del giudizio.

4. Ramajoli, *La prova nel processo penale,* Padova, 1995, 13

5. Vassalli, *Il diritto alla prova nel processo penale,* cit., 12. Sui collegamenti tra il diritto alla prova e la presunzione di non colpevolezza v. Illuminati, *La presunzione di innocenza dell'imputato,* Bologna, 1979, 180.

massima espressione di un potere di disponibilità delle parti processuali in ordine all'intera gamma delle prove ammissibili, correlato ad un onere di iniziativa circa l'acquisizione a processo delle stesse e diretto, per contro, a porre forti limiti al potere valutativo esercitabile dal giudice nel respingere la richiesta di ammissione del mezzo di prova nel caso specifico.[6] A tale potere, si aggiunge il conseguente diritto all'ottenimento tempestivo della prova richiesta, nei limiti della valutazione del giudice di cui all'art. 190 c.p.p., con riferimento alla "legalità" della stessa e alla non manifesta superfluità e irrilevanza, nonché il potere presupposto di « *ricercare le fonti di prova* », che trova esplicazione nel diritto alle indagini difensive, ai sensi degli artt. 327–*bis* e 391–*bis* ss.

Infine, così come assicurato dall'art. 6 CEDU e dalla Costituzione (art. III, co. 3, cost.), il diritto alla prova si estende necessariamente al diritto alla c.d. controprova: espressione massima del diritto di difesa attuato mediante la *probatio* in contraddittorio, si sostanzia nel diritto dell'imputato ad ottenere l'ammissione delle prove a discarico sui fatti costituenti oggetto delle prove a carico e del corrispondente diritto del magistrato inquirente con riferimento alle prove a discarico (art. 495 co. 2, c.p.p.). E tale diritto, ad un'attenta analisi, riveste un'importanza anche superiore rispetto al diritto alla prova *sic et simpliciter,* poiché la possibilità di smentita della prova addotta dalla parte processuale antagonista rappresenta la più classica garanzia del contraddittorio: se di un'ipotesi è impossibile la verificazione, dato che la sua verità non può essere dimostrata ma solo confermata, è invece ben possibile la falsificazione.[7]

Dall'analisi delle colorazioni che il diritto alla prova assume nel concreto svolgersi dei rapporti processuali, è rilevabile una volontà di fondo da parte del legislatore di stabilire, tra il contenuto del primo co. e quello del secondo co. dell'art. 190 c.p.p., un rapporto in termini di regola ed eccezione. La regola generale è che « *le prove sono ammesse a richiesta di parte* », mentre l'eccezione è che siano « *ammesse d'ufficio* », in ossequio al c.d. principio dispositivo, inteso come riserva in capo alle parti dell'iniziativa in tema di assunzione della prova, « *escludendo o prevedendo come eccezionali i poteri di autonoma iniziativa dell'organo giurisdizionale in tema di assunzione della prova* ».[8]

6. In questi termini, si è affermato che « *l'esercizio, ad opera di una parte, del potere di richiedere l'ammissione di un mezzo di prova, costituisce in capo al giudice il dovere di ammetterla* ». Così Dominioni, *Il corpo del diritto delle prove. Disposizioni generali,* in Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Dean, Garuti, Mazza, *Procedura penale,* Torino, 2010, 247; nello stesso senso Nappi, *Guida al codice di procedura penale,* Milano, 2007, 513.

7. Ubertis, *Diritto alla prova nel processo penale e Corte europea dei diritti dell'uomo,* in *Riv. dir. proc.,* 1994, 490; Rafaraci, *La prova contraria,* Torino, 2004, 1998; v. anche De Caro, *Ammissione e formazione della prova in dibattimento,* in Gaito (a cura di), *La prova penale,* 2008, 2, 374.

8. Cfr. Lozzi, *Lezioni di procedura penale,* Torino, 2011, 536; v. anche Chiavario, *Considerazioni sul*

2. Il procedimento probatorio, così ispirato al principio del diritto alla prova in capo alle parti, è dunque modellato come riscontro di effettività della tutela dei diritti fondamentali processuali, ovvero delle garanzie secondarie che assicurano il rispetto degli obblighi del giudicante rispetto ai poteri afferenti alle singole situazioni soggettive.[9]

Tuttavia, il principio di cui all'art. 190 c.p.p. incontra notevoli difficoltà di allineamento nella fase processuale preposta al controllo delle decisioni giurisdizionali, poiché il diritto alla prova "attiva", costituzionalmente garantito, non autorizza differenziazioni o discriminazioni fra gradi di giudizio, ma cristallizza la doverosa estensione a tutto campo del diritto dell'imputato ad ottenere ogni "mezzo di prova" a suo favore.

Il processo d'appello, è indubbio, deve essere "giusto" alla stessa stregua del processo di primo grado, con tutto quanto ne consegue in termini di prova, oralità e contraddittorio.[10]

Orbene, il giudizio di secondo grado ha natura sostanzialmente documentale e si svolge, generalmente, in assenza di una istruttoria dibattimentale.

E tale presa d'atto, pur nella consapevolezza che il giudizio d'appello dovrebbe invece rappresentare, soprattutto nella pratica, quella fase di « *verifica e di tenuta della decisione impugnata alla luce di una diversa e difforme lettura delle prove già ammesse ed acquisite* »[11]: il giudice di seconde cure deve farsi portatore della certezza— anche se la differenza tra l'essere e il dover essere è abissale — che l'eventuale sentenza di condanna sia fondata da una colpevolezza dimostrata al di là di ogni ragionevole dubbio (art. 533, co. 1), senza rimanere imbrigliato nelle paratie valutative della sentenza di primo grado.[12]

E invece. La fisionomia di giudizio essenzialmente cartolare emergerebbe, secondo la dottrina, già da un'analisi della terminologia codicistica: il termine "rinnovazione" dell'istruttoria dibattimentale, utilizzato nella rubrica dell'art. 603 c.p.p., fa trasparire il « *malcelato ruolo di non stretta necessità conferito all'attività probatoria della seconda istanza rispetto alla mera rivalutazione, anche tramite lettura in dibattimento, dei verbali di prova del pri-*

diritto alla prova nel processo penale, in Gaito, *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra,* Padova, 1996, 31.

9. Bargi, *Le prove e le decisioni,* in Gaito , *Procedura penale,* Torino, 2013, 238.

10. Sul punto v. Gaito, *Riformiamo le impugnazioni senza rinunciare al giusto processo,* in *Arch. pen.*, 2012, 451.

11. Così è efficacemente definito da Monaco, *L'appello*, in *Procedura penale*, Gaito, Torino, 2013, p. 995.

12. Il principio è stato più volte ribadito, in chiave garantista, dalla giurisprudenza di legittimità: Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2003, Andreotti, in *Giur. it,* 2004, 1230, con nota di Santoriello; Id., Sez. Un., 10 luglio 2002, Franzese, in *Riv. pen.,* 2002, 885; Id., Sez. Un., 21 aprile 1995, Costantino, *ivi*, 1995, 1013.

mo processo »[13], di talché più coerente con lo spirito autoreferenziale che dovrebbe essere riconosciuto ad ogni processo di merito, sia di prima che di seconda istanza, sarebbe stato l'utilizzo del termine "reintroduzione" dell'istruttoria dibattimentale.

Accantonando, per un momento, la considerazione per cui in un contesto che privilegia la funzione di controllo, l'assunzione di nuove prove è da ritenersi del tutto eccezionale, non può negarsi come — in linea di principio — il codice di rito preveda la possibilità nel giudizio d'appello, seppur in via residuale, di acquisire nuovi elementi probatori, ove ciò si renda necessario per completare l'attività svolta o per rinnovare gli atti già assunti.[14]

Con riferimento alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale ad iniziativa di parte, l'art. 603, co. 1, c.p.p. prevede che la richiesta debba essere effettuata nell'atto di appello oppure nei motivi aggiunti presentati ai sensi dell'art. 585, co. 4, c.p.p. e possa avere per oggetto o la riassunzione di prove già acquisite in precedenza — al fine di consentire una nuova e migliore valutazione — oppure l'assunzione di "prove nuove". In proposito, la giurisprudenza delle Sezioni Unite ha ormai disegnato la riferibilità del concetto di "prova nuova" non solo alla prova sopravvenuta, ma anche a tutte le prove « *non acquisite nel precedente giudizio, ovvero acquisite, ma non valutate neanche implicitamente, purché non si tratti di prove dichiarate inammissibili o ritenute superflue dal giudice* »[15].

Evidente appare, in entrambe le situazioni prospettate, come l'ingresso del nuovo materiale probatorio nel processo di secondo grado soggiaccia di fatto ad una valutazione discrezionale condotta alla stregua di un parametro di particolare restrizione, richiedendosi che il giudice assuma di « *non essere in grado di decidere allo stato degli atti* » (art. 603, co. 1, c.p.p.).

Tale parametro di base è ispirato allo stesso principio al cui rispetto il

13. Chinnici, *Giudizio penale di seconda istanza e giusto processo,* Torino, 2009, 102 ss.; l'A. evidenzia come il giudizio d'appello, almeno da una prospettiva gnoseologica, appaia come « *terra di elemosine processuali* », riprendendo all'uopo un'espressione contenuta in Fassone, *L'appello: un'ambiguità da sciogliere,* in *Quest. giust*., 1991, 635.

14. In tema di rinnovazione istruttoria nel giudizio d'appello, v. Peroni, *L'istruzione dibattimentale nel giudizio d'appello*, Padova, 1995; Tranchina, Di Chiara, *voce « Appello (Dir. proc. pen.) »*, in *Enc. Dir.,* Milano, 1999, *Agg.*, III, 214; Zappalà, *art. 603,* in *Comm. nuovo c.p.p.*, Chiavario, VI, Torino, 1991; Mazzarra, *La rinnovazione del dibattimento in appello,* Padova, 1995.

15. Così Cass., Sez. Un., 26 settembre 2001, Pisano, in *Mass. Uff.,* 220443. L'evoluzione giurisprudenziale, dopo un primo orientamento propenso a qualificare come nuovi i soli mezzi di prova non assunti in primo grado e rispetto ai quali non fossero intervenute preclusioni, era approdata ad una diversa linea interpretativa, volta a comprendere nel concetto di prova nuova anche quegli apporti conoscitivi non introdotti per difetto di iniziativa ovvero per il verificarsi delle preclusioni di cui agli artt. 468 e 493 c.p.p. Con riferimento al primo orientamento citato v. Cass., sez. V, 25 giugno 1992, Nazzaro, in *Arch. nuova proc. pen.,* 1993, 116; in relazione al secondo v. Cass., sez. V, 19 ottobre 1999, P.m. in c. Pirastu, in *Mass. Uff.,* 216102; Id., sez. I, 21 febbraio 1994, Rosati, in *Arch. nuova proc. pen.,* 1994, 361; nello stesso senso v. Id., sez. V, 17 dicembre 1999, *ivi,* 2000, 553. In dottrina v. Fiorio, *La prova nuova nel processo penale,* Padova, 2008, 159 ss.

codice subordina l'esercizio da parte del giudice di primo grado dei poteri di iniziativa istruttoria *ex officio,* ossia quello « *dell'assoluta necessità* » di cui all'art. 507 c.p.p.

Tale minimo comune denominatore — il valore attribuito alla c.d. necessità assoluta ai fini della decisione — non è capace di occultare la sostanziale differenza fra le due situazioni descritte: è evidente come nel giudizio di primo grado il potere istruttorio possa essere esercitato solo dopo che sia terminata l'acquisizione delle prove, mentre nel giudizio di appello tale presupposto non è da ravvisarsi, poiché estremamente diversa è la natura di tale grado di giudizio, avente sostanziale funzione di controllo con mera eventualità di un completamento istruttorio a beneficio del giudice sovraordinato, che non ha limiti di cognizione degli atti fin dall'inizio del processo.[16]

3. È evidente dunque, come la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale in appello rappresenti uno snodo problematico complesso del processo penale, all'interno del quale confluiscono le naturali riserve sulla fisionomia complessiva del giudizio penale di secondo grado, sul grado di resistenza del nostro ordinamento rispetto alle istanze sovranazionali di tutela dei diritti fondamentali, sui condizionamenti esercitati dalla prassi sul reale funzionamento dei meccanismi processuali.

In particolare, si assiste ad una forte criticità del sistema nel momento in cui la problematica degli spazi concessi alla rinnovazione della prova in appello si incontra (*rectius,* si scontra) con le limitazioni concettuali e processuali del rito contratto per eccellenza, il giudizio abbreviato.

Istituto senza precedenti nel nostro sistema, il rito *de quo* si propone di raggiungere gli obiettivi deflattivi della c.d. "giustizia penale differenziata" tramite una definizione anticipata del processo, realizzata attraverso l'eliminazione della fase dibattimentale a seguito della rinuncia da parte dell'imputato alle relative garanzie (oralità, immediatezza, contraddittorio nella formazione della prova), in vista del conseguimento di una diminuzione di pena nell'ipotesi di affermazione della sua responsabilità.

Pertanto, se ne è sottolineata la natura di procedimento "speciale", di giudizio "anticipato", di rito "deflattivo" e di rito "alternativo", riferendo dette caratteristiche al modello ordinario di procedimento, di stampo accusatorio, adottato dal legislatore del 1988.[17]

16. Cfr. De Caro, Maffeo, voce *Appello, in Dig. disc. pen.*, V Agg., 2010, I, 43 ss; Spangher, voce *Appello* (II, Diritto processuale penale), in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, II, 1991, 7.

17. Cfr. Gualazzi, voce *Giudizio abbreviato*, in *Dig. Pen.*, Roma, Agg. V, II, 2010, 332 ss.; v. anche Giunchedi, *Giudizio abbreviato,* in *La giustizia penale differenziata*, cit., 655; Canzio, voce *Giudizio abbreviato,* in *Enc. Dir.*, Milano, Agg., IV, 2000, 617.

Ciò detto, è decisivo il rilievo della natura "compromissoria" in punto di prova, che ha originato la storica denominazione del rito in esame come "patteggiamento sul rito", per distinguerlo dalla applicazione della pena su richiesta, individuata come "patteggiamento sulla pena".[18]

Più precisamente, la "rinuncia" totale o parziale da parte dell'imputato all'ingresso di materiale probatorio utile per la decisione, in virtù di un concreto vantaggio in ordine agli aspetti quantitativi della pena applicabile, pone seri problemi di compatibilità concettuale con l'istituto della rinnovazione istruttoria nel giudizio d'appello.[19]

Tali difficoltà interpretative costituiscono più ampio riflesso della problematica concernente la natura del procedimento speciale regolato dal titolo I del libro VI del vigente codice e gli effetti del negozio processuale che rappresenta il fondamento del rito abbreviato, le cui peculiarità di giudizio allo stato degli atti risiedono nella cristallizzazione delle risultanze probatorie esistenti nel momento in cui si è perfezionato l'accordo delle parti mediante una manifestazione di volontà di segno abdicativo, con cui le stesse hanno rinunciato all'esercizio del diritto alla prova.

4. Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sulla compatibilità con l'istituto della rinnovazione del giudizio abbreviato, soprattutto in riferimento al rito « *allo stato degli atti* » e dunque non subordinato ad alcuna integrazione probatoria è stato particolarmente vivace, sviluppandosi subito dopo l'introduzione nel codice di rito del procedimento speciale *de quo*.

Prima dell'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, due erano gli orientamenti giurisprudenziali prevalenti: un primo indirizzo affermava, in chiave formale, l'assoluta impossibilità di anche solo ipotizzare una rinnovazione istruttoria in appello a seguito di giudizio abbreviato, *in primis* perché al giudice d'appello non era consentito rivalutare i presupposti di ammissibilità del rito abbreviato; in secondo luogo si sottolineava l'incompatibilità funzionale del rito, connotato da una vera e propria "rinuncia alla prova", la cui logica conseguenza era rappresentata dall'impossibilità, né in primo grado né in appello, di assunzione di nuove prove, nemmeno nel caso di assoluta necessità per il giudicante ai fini della decisione, poiché « *non sarebbe possibile rinnovare ciò che non è stato* ».[20]

18. V. in proposito Dalia, *I procedimenti alternativi al dibattimento*, in Siracusano, Dalia, Tranchina, Galati, *Manuale di diritto processuale penale*, Milano, 1991, II, p. 197 il quale, in proposito, precisa: « *[...] l'immagine è suggestiva, ma non rende certamente l'idea, sia perché pure l'accettazione del decreto di condanna è una forma di patteggiamento sulla pena, sia perché il giudizio abbreviato si sottrae alla logica del patteggiamento, dal momento che esso si propone come rito che solo l'imputato può scegliere [...]* ».

19. Cfr. Garuti, *Questioni in tema di compatibilità tra giudizio abbreviato in sede d'appello e rinnovazione dell'istruzione dibattimentale,* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 1209.

20. Così testualmente Pignatelli, *Sub art. 443 c.p.p.*, in *Comm. nuovo c.p.p. Chiavario*, Torino, 1990,

Accanto a quest'ultimo orientamento restrittivo, un'altra parte di dottrina e giurisprudenza affermava — in chiave sostanziale — che l'imputato, accedendo al rito abbreviato, non rinuncia alla prova bensì al dibattimento: il dato letterale non esclude l'operatività della rinnovazione stante il richiamo operato dall'art. 443 c.p.p. all'art. 599 c.p.p. e non all'art. 127 c.p.p.[21] Secondo la suddetta interpretazione, il fine ultimo del processo che si svolge nelle forme del giudizio abbreviato deve, sempre e comunque, essere quello della ricerca di una possibile verità e non una « *decisione correttamente presa in una contesa dialettica fra le parti* »[22].

In tale panorama giurisprudenziale e dottrinale rivestì un ruolo significativo e prodromico alla pronuncia delle Sezioni Unite immediatamente successiva una sentenza della Corte costituzionale, alla quale è necessario almeno fare accenno ai fini di comprensione del dibattito successivo. Chiamata a pronunciarsi relativamente alla legittimità costituzionale dell'art. 247, co. 1 e 2, disp. att., coord. e trans. c.p.p., in relazione agli art. 442 e 443 c.p.p. in riferimento agli art. 101, cpv e 111, co. 1, Cost, la Corte ebbe ad affermare il principio secondo cui, attraverso la serie di rinvii operati nella normativa transitoria all'art. 443 e da questa all'art. 599 ed infine all'art. 603 c.p.p., il giudice di appello può procedere alla rinnovazione del dibattimento sia se lo ritenga assolutamente necessario, sia se una delle parti lo richieda e lo stesso giudice ritenga di non essere in grado di decidere allo stato degli atti sia in quanto si tratti di prove sopravvenute o scoperte dopo il giudizio di primo grado[23].

Tuttavia, la natura di sentenza interpretativa di rigetto della pronuncia

IV, 792. In giurisprudenza, *ex multis,* Cass., sez. I, 15 aprile 1996, Abategiovanni, in *Arch. nuova proc. pen.*, 1996, 793; Id., sez. I, 29 dicembre 1995, La Camera, *ivi*, 1996, 454; Id., sez. IV, 23 maggio 1995, Vizzani, in *Cass. pen.*, 1996, 1217; Id., sez. I, 13 giugno 1994, Filosa, *ivi*, 1995, 2946; in dottrina v. anche Lupo, *Il giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 1989, 1864; Ramajoli, *Il giudizio abbreviato e la preclusione a disporre, in grado di appello, la rinnovazione del dibattimento*, in *Cass. pen.*, 1992, 3067;

21. Mazzarra, *Aspetti problematici del giudizio abbreviato: i controlli del giudice in appello*, in *Questioni nuove di procedura penale. I giudizi semplificati*, Gaito A., Padova, 1989, p. 114; Carcano, *Questioni in tema di integrazione probatoria e giudizio abbreviato*, in *Cass. pen.*, 1995, 322 ss.; Ferrante, *L'appello incidentale e il procedimento camerale nell'appello penale*, Milano, 1991, p. 145; Montagna, *L'appello nel giudizio abbreviato*, in *Studi sul processo penale in ricordo di Assunta Mazzarra*, a cura di Gaito A., Padova, 1996, p. 334. In giurisprudenza v. Cass., sez. I, 25 marzo 1991, De Tommasi, in *Cass. pen.,* 1991, II, 727; Id., sez. VI, 26 gennaio 1994, Gesù, in *Giust. pen.,* 1994, III, 330; Corte d'app. Palermo, 5 dicembre 1991, Vella, in *Giur. merito,* 1993, II, 131.

22. Così Corte cost., n. 254 del 1992, in *Giur. cost.,* 1992, 1932 ss; Id., n. 255 del 1992, *ivi,* 1992, 1961; Id., n. 111 del 1993, *ivi,* 1993, 901, con nota di Spangher; Id., n. 241 del 1994, *ivi,* 1994, 1987, con nota di Cenci; v. anche Cass., Sez. Un., 6 novembre 1992, Martin, in *Cass. pen.,* 1993, 280, con nota di Iacoviello. Per un'analisi completa sugli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sul tema *ante* riforma del 1999, v. Balestrini, *Giudizio abbreviato e rinnovazione dell'istruzione dibattimentale*, in *Cass. pen.*, 2000, 955.

23. Corte cost., n. 470 del 1991, in *Giur. it.*, 1992, I, 1412 con nota di Uccella; e in *Cass. pen.*, 1992, 901, con nota di Conti;

appena menzionata costrinse le Sezioni Unite a pronunciarsi sull'efficacia preclusiva o di mero precedente della pronuncia del giudice costituzionale, considerato che « *tale decisione è intervenuta nel corso del presente processo a seguito della questione di legittimità costituzionale dell'art. 247 disp. trans. sollevata dalla Corte di appello di Firenze, che, definito l'incidente di costituzionalità, ha poi provveduto ad acquisire nuove prove sulla base delle quali è stata pronunciata la sentenza di condanna impugnata dal Clarke col ricorso rimesso alla cognizione di queste Sezioni Unite* »[24]. Al riguardo, le Sezioni Unite riconobbero che « *la catena di rinvii presenta soluzione di continuità interrompendosi all'altezza dell'ultimo anello: infatti, se è vero che l'art. 443 c.p.p. richiama l'art. 599 c.p.p., è altrettanto certo che la prima disposizione si limita a rinviare alle forme, cioè, alle sole modalità di trattazione dell'appello secondo lo schema dell'udienza in camera di consiglio* »[25].

Insomma, condivisione di intenti ma evidenziazione di manipolazioni normative troppo disinvolte.

Il contributo esegetico fondamentale, come anticipato, è stato tuttavia fornito dalla ormai nota pronuncia delle Sezioni Unite "Clarke", del 13 dicembre 1995. Chiamata a risolvere il predetto contrasto giurisprudenziale, la Corte ebbe ad affermare i seguenti principi: la rinuncia al diritto alla prova, insita nella richiesta di giudizio abbreviato *ex* art. 438 c.p.p., non produce preclusioni, ostacoli o impedimenti di sorta all'esercizio del potere di disporre d'ufficio i mezzi di prova ritenuti assolutamente necessari per l'accertamento dei fatti che formano oggetto della decisione secondo la previsione dell'art. 603, co. 3, c.p.p., considerato, non a caso, come precipua manifestazione dei poteri del giudice in materia probatoria. Secondo la Corte, non devesi dimenticare che l'art. 190, co. 1, c.p.p. dispone che l'acquisizione probatoria è conseguenza del potere dispositivo delle parti, alla cui iniziativa essa è rimessa, ma il co. 2 della stessa previsione riconosce che « *la legge stabilisce i casi in cui le prove sono ammesse di ufficio* », per la ragione secondo la quale il giudice è sempre orientato alla ricerca della verità e deve essere dotato di tutti gli strumenti affinché tale ricerca non rimanga lettera morta.

Per contro, deve ritenersi operante una rigida preclusione all'attivazione dei poteri di iniziativa delle parti in ordine all'assunzione di prove in grado

24. Così Cass., Sez. Un., 13 dicembre 1995, Clarke, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 734, con nota di Spangher, il quale rileva che « *in altri termini, per la Cassazione, la conclusione nel procedimento* de quo *doveva ritenersi obbligata, ancorché con una serie articolata di riflessioni i giudici del Supremo Collegio cercano di pervenire alla medesima conclusione sulla scorta d'una riflessione generale del rapporto tra giudizio abbreviato, diritto alla prova delle parti e poteri d'ufficio del giudice. Invero, i giudici delle Sezioni Unite sono indotti a questo itinerario non potendo accogliere le motivazioni della Corte costituzionale sul punto, pur dovendo pervenire al medesimo risultato* ».

25. Cass., Sez. Un., 13 dicembre 1995, Clarke, cit.

di appello, non soltanto perché costituirebbe una contraddizione palese procedere al rinnovo di una fase, quella della istruttoria dibattimentale, che nel rito abbreviato è, per definizione, insussistente, ma anche e soprattutto per la precisa ragione che le parti hanno definitivamente consumato il loro diritto alla prova allorché hanno acconsentito l'adozione del giudizio abbreviato, soprattutto quando esso è allo stato degli atti; con la conseguenza che ad esse non resta che sollecitare i poteri suppletivi di iniziativa probatoria che spettano al giudice di secondo grado, il cui esercizio è regolato, per espresso dettato normativo, dal rigido criterio della "assoluta necessità".

Senza mezzi termini, le Sezioni Unite hanno affermato la necessità di escludere l'anomalia di un giudizio d'appello, che, con palese inversione delle normali caratteristiche dei due gradi del giudizio ordinario presenta possibilità di sviluppi probatori superiori a quelle del processo di primo grado.

Così, il diritto alla prova è tendenzialmente salvo per l'imputato che abbia subordinato la richiesta di accedere al rito abbreviato ad una specifica integrazione probatoria: in quel caso, sostanzialmente pacifico è il riconoscimento del buon diritto da parte dello stesso a chiedere la rinnovazione del dibattimento in appello.

In caso di rito abbreviato allo stato degli atti, invece, l'imputato deve accontentarsi di un mero potere di sollecitazione del giudice d'appello circa l'esercizio del potere d'ufficio di cui all'art. 603, co. 3[26].

Tale *dictum* delle Sezioni Unite, che esclude l'esistenza di poteri di iniziativa istruttoria in capo all'imputato in sede d'appello, qualora questi abbia abdicato in favore del giudizio abbreviato non condizionato ad una specifica integrazione probatoria, è rimasto punto fermo in giurisprudenza per molti anni: ammessa l'applicabilità in via generale dell'istituto della rinnovazione istruttoria in appello a seguito di giudizio abbreviato, continua ad apparire « *ineludibile la regola di diritto che la richiesta di rinnovazione dell'istruttoria sia consentita da parte dell'imputato che abbia subordinato l'opzione per il rito abbreviato ad una specifica integrazione probatoria e nei limiti di pertinenziale funzionalità di tale integrazione probatoria, ma non possa invocarsi da parte dell'imputato che abbia acceduto al giudizio abbreviato incondizionato, il quale ultimo potrà soltanto sollecitare il giudice di secondo grado all'esercizio del potere*

26. In dottrina, si segnalano le osservazioni critiche di Spangher, *Le acquisizioni probatorie nel giudizio abbreviato in grado d'appello,* in *Dir. pen. proc.*, 1996, 734, nel quale si legge: « *[...] non dovrebbe ritenersi ammissibile che, dopo aver prestato il loro consenso al rito, le parti possono impugnare la sentenza sollecitando l'integrazione probatoria ovvero indirizzando una richiesta in tal senso al giudice di secondo grado al fine di innestarne i suoi poteri d'ufficio, perché ciò non sarebbe che un modo per aggirare il riferito limite al loro potere, connesso al consenso prestato. Tuttavia, qualora si dovesse ritenere che ciò sia possibile — come ritiene la Cassazione — appare difficile sostenere che, venuta meno la decidibilità allo stato degli atti permanga il diritto alla riduzione premiale* [...] ».

officioso di cui all'art. 603, co. 3, c.p.p. Vale a dire che potrà farsi luogo a rinnovazione istruttoria (ovviamente circoscritta a specifico tema) unicamente qualora il giudice di appello la ritenga "assolutamente necessaria" ai fini della decisione »[27].

Tali granitiche conclusioni sono state meglio precisate nel 2010, laddove la Suprema Corte, confermando le riflessioni dottrinali secondo cui non vi sarebbe alcun ostacolo all'ammissione, in secondo grado, di prove *noviter repertae*, indipendentemente dalla natura "semplice" o "condizionata" del rito abbreviato, ha ribadito la sussistenza del diritto alla prova della parte che ne abbia fatto domanda, nell'atto di appello o nei motivi nuovi *ex* art. 585, co. 4, c.p.p, svolgendo alcune considerazioni dal sapore decisamente innovativo[28].

Nello specifico, la corte di legittimità ha preliminarmente ricordato come sia sicuramente ammessa l'attività di integrazione probatoria in sede di appello, anche in ordine al procedimento svolto con rito abbreviato, principio già da tempo presente nella giurisprudenza della Corte di legittimità nella sua massima espressione nomofilattica[29].

In tal senso, la Corte ha precisato che « *deve ritenersi dunque consentito che le parti possano sollecitare i poteri suppletivi di iniziativa probatoria del giudice di secondo grado,* ex *art 507 c.p.p., e del tutto corretto che quest'ultimo possa procedere, ritenutane la necessità, a tale integrazione probatoria. In caso poi che si tratti di prova nuova o sopravvenuta dopo il giudizio di primo grado, il giudice dell'appello ne deve valutare la mera utilità (così Cass. pen. sez. 3, n. 230 in data 09 novembre 2006, Rv. 235809, Casale), ovvero la possibilità della sua esclusione solo se superflua o irrilevante (così Cass. pen. sez. 5, n. 552 in data 13 marzo 2003, Rv. 227022, Attanasi)* ».

Al di là di tali considerazioni generali, interessanti appaiono almeno due argomenti affrontati dalla sentenza in esame.

Nella vicenda di merito da cui è originata la pronuncia *de qua,* la difesa aveva presentato, con i motivi nuovi d'appello, richiesta di riapertura dell'istruzione dibattimentale *ex* artt. 585, co. 4, 599, co. 3, 603, co. 1 e 2, 238, co. 1,

27. Così Cass., sez. VI, 18 marzo 2009, Severi, in *Mass. Uff.*, 244803; v. anche Id., sez. IV, 14 novembre 2007, Pozzi, *ivi,* 238956, secondo cui « *in caso di prova sopravvenuta dopo la sentenza di primo grado pronunziata nel giudizio abbreviato, la rinnovazione dell'istruzione nel giudizio d'appello, finalizzata alla sua assunzione, può essere disposta solo d'ufficio dal giudice che ritenga di non potere decidere allo stato degli atti, spettando in proposito alle parti un potere meramente sollecitatorio* »; conformemente Cass., sez. III, 13 gennaio 2011, Ndreu e altri, *ivi*, 249114; Id., sez. II, 18 gennaio 2011, Sermone e altri, *ivi,* 249161. Per una disamina completa della giurisprudenza v. Mangiaracina, *Sub* art. 603 c.p.p., in *C.p.p. ipert.*, Gaito, IV ed., Torino, 2012, 3683.

28. Cass., sez. I, 14 ottobre 2010, Arshad e altri, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1243, con nota di Segala, *Il giudizio abbreviato d'appello fra diritto alla prova ed economia processuale*, e in *Giur. it.,* 2011, 12, 2653, con nota di Rossi, *Rinnovazione dibattimentale e giudizio abbreviato, problemi di compatibilità.*

29. Cfr. Cass., Sez. Un., 13 dicembre 1995, Clarke, cit., e successive conformi tra cui Id., sez. 1, 24 gennaio 2008, Diana, in *Mass. Uff.,* 239767.

c.p.p. affinché venissero acquisiti, nel giudizio abbreviato di secondo grado, i verbali delle dichiarazioni testimoniali rese nel corso del parallelo giudizio ordinario: in particolare, la richiesta istruttoria si fondava sul carattere di novità probatoria delle deposizioni dibattimentali stesse, le quali presentavano un contenuto divergente, e in alcuni casi inconciliabile, con quanto affermato dagli stessi testimoni successivamente, nel corso del dibattimento a carico dei diversi coimputati.

E il carattere di novità investiva non solo il contenuto del mezzo di prova, ma anche il mezzo di prova stesso, poiché i verbali di prove di altro procedimento disciplinate dall'art. 238, co. 1, c.p.p. costituiscono, infatti, mezzi di prova differenti dai verbali di sommarie informazioni testimoniali rese nelle fasi preliminari.

Con riferimento a tale macroscopica differenza concettuale, la corte di legittimità ebbe a "bacchettare" la corte di secondo grado, evidenziando l'inammissibilità del ragionamento sotteso al rigetto delle richieste di rinnovazione, basato sulla identità della fonte di prova.

Non è ammissibile, sottolinea la Corte, fare una tale confusione tra i concetti di "prova" e "fonte di prova", poiché « *non può escludersi infatti che dalla stessa fonte di prova — il medesimo soggetto dichiarante — pervenga una prova, intesa come dato conoscitivo apportato al processo, nuova nel contenuto rispetto al precedente bagaglio valutativo* ».

Una conclusione francamente inattaccabile, in quanto « *l'identità della fonte non può oscurare il dato saliente della novità dell'elemento e del mezzo di prova, aspetti che rappresentano « referenti semantici dell'espressione prova » da tenersi ben distinti nel delineare il concetto stesso di prova e, a maggior ragione, nella valutazione del carattere di novità probatoria* »[30].

Ciò detto, la Corte ha avuto altresì il pregio di ribadire il buon diritto delle parti di ottenere una decisione immediata del giudicante in ordine alle richieste di *novum* probatorio, senza attendere la motivazione della sentenza. Il giudice, *ex* art. 495, co. 1, e art. 190 c.p.p., ha l'obbligo, precisa la Corte, di procedere a giudizio di ammissibilità senza ritardo con ordinanza dibattimentale nel contraddittorio delle parti, dovendosi ritenere del tutto censurabile una riserva della corte territoriale sul punto, finalizzata alla disamina della questione nel corpo motivazionale della sentenza.

30. Così Segala, *Il giudizio abbreviato d'appello fra diritto alla prova ed economia processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 1243. L'A. sottolinea altresì come vi sia il rischio, portando alle estreme conseguenze tale ragionamento, che « *addirittura la diversità della fonte di prova non sarebbe un dato utilmente valutabile quale requisito della novità probatoria: si pensi, ad esempio, a due diversi testimoni le cui dichiarazioni, vertenti sul medesimo oggetto, integrino elementi di prova contenutisticamente e strutturalmente uguali. In tale ipotesi, ci troveremmo di fronte a prove che, pur provenendo da fonti diverse, risulterebbero chiaramente sovrabbondanti, ovvero ridondanti rispetto ad elementi conoscitivi già ottenuti, dunque prove non nuove alla luce dell'art. 603 c.p.p.* ».

Tale situazione, affermano i giudici di legittimità, ha « *creato incertezza alle parti in ordine al materiale di discussione, situazione contraria al sistema* », non potendosi tollerare che il diritto alla prova delle parti sia vanificato da una prassi del tutto contraria al senso complessivo della disciplina della rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale in appello.[31]

Tali apprezzabili segnali di apertura, così come il riferimento ricorrente della Corte al « *diritto alla prova delle parti* » hanno avuto specificazioni altalenanti nella giurisprudenza successiva la quale, nella maggior parte dei casi appiattita sulla scia delle autorevoli — quasi insuperabili — Sezioni Unite "Clarke", ha continuato a lasciare la porta aperta alla rinnovazione istruttoria nel rito condizionato, chiudendola con vigore nel caso di giudizio abbreviato "secco".[32]

Beninteso, la rinnovazione sarebbe operante nelle sole ipotesi previste dal co. 3 dell'art. 603 c.p.p. — situazioni nelle quali le parti hanno un mero potere "sollecitatorio" in merito all'ammissione delle prove — nonché nel caso di prove *noviter repertae*, caso in cui il giudice dovrebbe limitarsi a valutarne « *la mera utilità ovvero la possibilità della sua esclusione solo se superflua o irrilevante* » provvedendo, in ogni caso, senza ritardo con ordinanza dibattimentale nel contraddittorio tra le parti alla stregua di quanto previsto negli artt. 190 e 495, co. 1, c.p.p.[33]

L'incompatibilità riguarderebbe, lo si ripete, le ipotesi di rinnovazione riguardanti prove già assunte in primo grado o *noviter productae*.

La giurisprudenza, dunque, è tendenzialmente portata a non riconoscere compiutamente alle parti il diritto a chiedere un'integrazione probatoria, la quale è consentita solo in funzione della valutazione *ex officio* dell'assoluta necessità della stessa da parte del giudice, il quale finisce per diventare, di fatto, padrone incontrastato della prova in tale particolare momento processuale.

5. Tale ultima riflessione, derivante dall'esame delle pronunce giurisprudenziali successive al dettato delle Sezioni Unite "Clarke", necessita di ulteriori specificazioni, a fronte delle recentissime pronunce della corte di legittimità, che hanno impresso nuova linfa al tema della rinnovazione dibattimentale di secondo grado nel rito abbreviato "secco".

31. V. diffusamente Rossi, *Rinnovazione dibattimentale e giudizio abbreviato, problemi di compatibilità,* in *Giur. it.,* 2011, 2653.

32. V. Cass., sez. II, 18 gennaio 2011, Sermone e altri, cit.; Id., sez. I, 18 febbraio 2011, Basile e altro, sent. n. 12174/2011, in *Banca dati Leggi d'Italia,* Utet, 2012; Corte d'app. Napoli, sez. II, 14 luglio 2011, *ivi*; Cass., sez. III, 22 settembre 2011, De Cesare, in *Mass. Uff.,* 251798; Id., sez. V, 4 ottobre 2011, Di Fiore e altri, in *Mass. Uff.,* 252941; Id., sez. II, 3 febbraio 2012, P.g. in proc. Aracri e altri, *ivi,* 252108; Id., sez. I, 23 maggio 2012, P.g. in proc. Andali, in *Mass. Uff.,* 253729.

33. Cfr. Cass., sez. I, 14 ottobre 10, Arshad ed altri, in *Mass. Uff.*, 248979.

Lungi dall'essere un argomento di discussione "a bocce ferme", le problematiche nascenti dalla possibile lesione del diritto alla prova nel caso di rigetto di istanze di rinnovazione in secondo grado sono al centro di un frenetico dibattito della giurisprudenza di legittimità che esigerebbe, forse, un ulteriore intervento delle Sezioni Unite.

Chiarito il riconoscimento in capo alle parti, in linea di principio, di un potere meramente sollecitatorio dei poteri d'ufficio del giudice, una parte della giurisprudenza è attualmente protesa verso il riconoscimento progressivo di spazi sempre maggiori alla rinnovazione dell'istruzione dibattimentale nel caso di rito abbreviato allo stato degli atti, attraverso pronunce dotate di imponenti corpi motivazionali, che segnalano un rinnovato interesse per i principi che governano tale particolare problematica processuale.[34]

In particolare, si può notare come la giurisprudenza stia tentando di affrancarsi con delicatezza dall'impianto concettuale delle Sezioni Unite "Clarke", così da costruire un ragionamento ulteriore che tenga conto dei fisiologici cambiamenti normativi e di sistema degli ultimi vent'anni.

Dall'altro lato, si deve dare atto della resistenza di una linea di pensiero totalmente arroccata nelle argomentazioni delle ormai datate Sezioni Unite "Clarke", decisamente restia all'intravedere soluzioni diverse: nell'ambito di un processo celebrato per la seconda volta in sede di legittimità, la suprema corte ha avuto modo di pronunciarsi in relazione alla pretesa lesione del diritto alla prova con riferimento al rigetto, da parte della corte territoriale, della richiesta di rinnovazione dibattimentale finalizzata all'acquisizione delle dichiarazioni di un coimputato divenuto collaborante in altro procedimento, compiendo le valutazioni che si avrà cura di evidenziare.[35]

I giudici di legittimità perseverano nell'evidenziare la natura compromissoria del giudizio abbreviato allo stato degli atti, la cui scelta in sede processuale comporta la rinunzia all'acquisizione di ulteriori prove, tranne quelle alla cui acquisizione, eventualmente, il giudizio abbreviato era stato subordinato: la celebrazione del processo nelle forme del rito abbreviato, così inteso, se non impedisce al giudice d'appello di esercitare i poteri di integrazione probatoria, comporta tuttavia « *l'esclusione di un diritto dell'imputato a richiedere la rinnovazione dell'istruzione dibattimentale ed un corrispondente obbligo per il giudice di motivare il diniego di tale richiesta* »[36].

È in tal modo disconosciuto *in toto* il prudente ragionamento sotteso alla

34. Il riferimento è a Cass., sez. II, 21 dicembre 2012, Santostasi, sent. n. 14649/13, inedita; Id., sez. I, 23 maggio 2012, P.g. in proc. Andali, cit.; Id., sez. II, 3 febbraio 2012, P.g. in proc. Aracri e altri, in *Mass. Uff.*, 252108; Id., sez. III, 13 gennaio 2011, Ndreu, *ivi*, 249114.

35. Si tratta di Cass., sez. V, 19 aprile 2013, P.g. in proc. Papalia e altri, inedita.

36. Così testualmente Cass., sez. V, 19 aprile 2013, cit.; sulla stessa linea v. di recente anche Cass., sez. II, 18 gennaio 2011, Sermone e altri, cit.

sentenza "Arshad" del 2010, già esaminata: il giudice dell'appello che respinga la richiesta difensiva di rinnovazione non è affatto obbligato a motivare alcunché, con buona pace del diritto delle parti di ottenere una decisione immediata del giudicante in ordine alle richieste di *novum* probatorio.

Ma vi è di più.

La recentissima pronuncia interviene a precisare i poteri delle parti con riferimento alla c.d. prova nuova, oggetto anch'essa di apprezzabili valutazioni di sistema nel 2010, sancendo che nel giudizio di appello conseguente allo svolgimento del giudizio di primo grado nelle forme del rito abbreviato, le parti non possono far valere un vero e proprio diritto alla rinnovazione dell'istruzione per l'assunzione di prove nuove sopravvenute o scoperte successivamente, spettando in ogni caso al giudice la valutazione circa la necessaria acquisizione delle stesse.

Un ragionamento quasi allarmante, che mette consapevolmente in un angolo le linee guida del giusto processo, appoggiandosi unicamente su criticabili interpretazioni letterali delle norme, se si considera altresì il riferimento — in realtà assai poco conferente — all'art. 599, co. 3, c.p.p. relativo alle decisioni in camera di consiglio, il quale conforterebbe la tesi sopra esposta, poiché nulla dispone in relazione ai « *casi nei quali può ritenersi ammessa la rinnovazione* », limitandosi a regolare le modalità di esecuzione della rinnovazione dell'istruzione dibattimentale.

6. Così descritto lo « *stato dell'arte* » in *subiecta materia,* è necessario domandarsi se sia ancora accettabile tale *aporia* in un sistema processuale che sempre più va assumendo dimensioni europee e internazionali, in punto di principi generali.

E il termine "aporia" ci sembra quanto di più adatto e rispondente al problema della rinnovazione istruttoria di secondo grado nel caso di giudizio abbreviato non condizionato: nella filosofia greca antica tale termine, derivante dal greco *'απορ'ια* (passaggio impraticabile, strada senza uscita), indicava l'impossibilità di dare una risposta precisa ad un problema poiché ci si trovava di fronte a due soluzioni che per quanto opposte sembravano entrambe apparentemente valide.

Orbene, quando ci si imbatte nel problema della compatibilità di una rinnovazione istruttoria di secondo grado con il giudizio abbreviato svoltosi nella forma non condizionata ad alcuna integrazione probatoria, è inutile negare che ci si trova esattamente nella situazione più sopra descritta.

Più in particolare, si è costretti ad assistere ad uno scontro fra il principio della "ricerca della verità", cui il processo penale inevitabilmente deve tendere, e il modello di quella "giustizia penale negoziata" così difficilmente conciliabile coi cardini del processo penale in tema di

prova[37].

Da un lato, apparirebbe coerente con la logica del sistema l'operare della preclusione a carico dell'imputato che abbia optato per il rito abbreviato "secco", dal momento che la scelta del rito implica necessariamente l'accettazione da parte dello stesso di essere giudicato sulla base del solo fascicolo del p.m.: quest'ultimo non potrà poi lagnarsi della mancata acquisizione di prove che avrebbero potuto essere ammesse celebrando un rito ordinario, poiché vi ha implicitamente rinunciato. Diversamente opinando, si giungerebbe a snaturare l'essenza del rito speciale in esame, che finirebbe per trasformarsi in una mera scelta utilitaristica in punto di pena, interessando solo ai « *destinati a sicura condanna* »[38], ai quali si consentirebbe di liberamente aggirare il « *riferito limite al loro potere, connesso al consenso prestato* »[39].

Se ciò è vero, è altresì innegabile la trasformazione subita dal rito speciale in esame ad opera della l. 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. legge Carotti), che ha radicalmente capovolto il modo di concepire il rito stesso, non più solo vincolato ad una decidibilità allo stato degli atti e al necessario consenso dell'accusa, ma ora aperto all'integrazione della prova d'ufficio da parte del giudice e al condizionamento da parte dell'imputato della scelta del rito alternativo all'ammissione di un'integrazione probatoria necessaria per la decisione.

Con le modifiche apportate dalla legge citata alla disciplina del rito contratto per eccellenza, è venuta meno la configurazione del rito come « *giudizio a prova bloccata* », essendosi ormai trasformato piuttosto in un « *giudizio a prova limitata* »: una volta concessa la possibilità di integrare l'ordito probatorio fin dal primo grado ai sensi dell'art. 438, co. 5, c.p.p. e 441, co. 5, c.p.p. appare ora più compatibile con la struttura dell'istituto, almeno concettualmente, la possibilità di rinnovare l'istruzione probatoria in secondo grado[40].

Vero è che, a fronte di un principio cardine come quello del diritto alla

37. Cfr Balestrini, *Giudizio abbreviato e rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale,* cit., 955 la quale sottolinea tuttavia che « *esistono solo verità relative, fuori e dentro il processo, in quanto gli strumenti conoscitivi a disposizione dell'uomo sono limitati ed ogni accertamento avente per oggetto fatti del passato è retto da un inevitabile "relativismo" che non consente di conoscere la realtà nella sua oggettiva essenza* [...] *da ciò consegue che scopo del processo non è quello di accertare l'assoluta verità ma quello di ricercare, tra le tante verità raggiungibili, la ricostruzione che maggiormente si avvicina alla realtà dei fatti. Sembra dunque più corretto parlare, anziché di verità materiale, di "approssimazione" alla verità ovvero di "verosimiglianza"* ».

38. L'espressione è di Cordero, *Procedura penale,* cit., p. 845; in giurisprudenza v. Cass., sez. II, 18 gennaio 2011, Sermone ad altro, cit.; in dottrina v. anche Monaco, *L'appello*, in *Procedura penale*, cit., 998.

39. Spangher, *Le acquisizioni probatorie nel giudizio abbreviato in grado d'appello*, cit., 740.

40. Gualazzi, *Il giudizio abbreviato,* in *Procedura penale*, cit., 724; v. anche Degl'Innocenti, De Giorgio, *Il giudizio abbreviato,* Milano, 2006, p. 254. L'assunto trova conferma in varie decisioni della Consulta che hanno posto in evidenza la profonda trasformazione subita dal rito in esame: v. Corte cost., sent. n. 333 del 2009; ord. n. 129 del 2003; nonché sent. n. 265 del 1994.

prova — dal quale la presente analisi è partita — si innalza l'altrettanto sacrosanto principio di legalità processuale, da intendersi quale « *concezione legalistica delle condizioni di legittimità del procedimento probatorio secondo la quale sono fattori autosufficienti di legittimazione non i risultati delle ricerche, ma i modi di produzione della verità* »[41].

Vero è che il panorama conoscitivo del giudicante non può originare da un'anarchia nel modo e nel tempo di formazione della prova, così come è innegabile che esso debba progressivamente formarsi in ossequio ad un ben determinato metodo legale probatorio: quest'ultimo, presidiato da precisi limiti conoscitivi, è costruito ai fini di protezione del singolo dalle degenerazioni del sistema, di cui v'è un concreto rischio qualora il pubblico ministero e il giudice siano lasciati esageratamente "liberi" nell'esercizio della loro potestà cognitiva[42].

E tuttavia, la nuova fisionomia del giudizio abbreviato, come concretamente inteso nel diritto vivente, delinea un rito non più incompatibile con il dibattimento, capace di tutelare il diritto di difendersi provando, aperto ad integrazioni probatorie e ben lungi dal limitarsi alla conclusione di un accordo « *avente ad oggetto l'ibernazione del materiale conoscitivo* ».[43]

Così intendendo il giudizio abbreviato come « *modello processuale unico, le cui modalità d'instaurazione non si riflettono sulla possibilità concessa alle parti di chiedere in un momento successivo il compimento di ulteriori attività istruttorie* »[44], si scongiurerebbe il rischio di dare man forte ad un sistema processuale nel quale gli istituti posti a garanzia dei diritti delle parti risultano « *di fatto sacrificati sull'altare di un preteso efficientismo processuale* [. . .] *che rischia di elidere i diritti fondamentali dell'imputato, di fatto assimilato al reo, nella dichiarata prospettiva di conseguire la pronta punizione del colpevole* »[45].

41. Dinacci, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano 2008, p. 15 ss.; Tonini, *Il principio di legalità processuale in materia probatoria,* in Tonini, Conti, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, p. 62 ss.; v. anche Giunchedi, *I principi, le regole, le fonti,* in *Procedura penale*, cit., 4 ss., secondo cui « *[. . .]diritto sostanziale e diritto processuale si intersecano nell'ottica della medesima finalità di ricostruzione del fatto secondo gli ortodossi parametri dettati dal legislatore per la celebrazione di un processo giusto, inteso come garanzia volta a scongiurare prassi elusive dei principi fondamentali dell'ordinamento e, prima ancora, di civiltà* »

42. Sul principio di legalità processuale v. anche Galantini, *Considerazioni sul principio di legalità processuale*, in *Cass. pen.*, 1999, 1993, e Nobili, *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale,* in Id., *Scenari e trasformazioni del processo penale,* Padova, 1998, p. 201 ss.

43. Così Gaito, *La rinnovazione dell'istruttoria dibattimentale nel giudizio abbreviato,* in Corso, Dean, Dominioni, Gaito, Garuti, Mazza, Spangher, *Procedura penale,* 2a ed., Torino, 2012, p. 773. L'A. aggiunge che « *il giudizio abbreviato del terzo millennio, da mera decisione allo stato degli atti, è stato trasformato in un giudizio di merito scandito da un completo procedimento probatorio* [. . .] *conclusa la parentesi di un rito "a bocce ferme", l'imputato si trova oggi di fronte ad uno strumento complesso, la cui manifestazione di volontà può scatenare effetti indiretti* ».

44. Zacchè, *Il giudizio abbreviato*, in *Trattato di procedura penale*, Ubertis, Voena, Milano, 2004, XXXV, p. 213.

45. Bargi, *Cultura del processo e concezione della prova*, in *La prova penale*, Gaito, Torino, 2008, p. 23;

In conclusione, il diritto a difendersi provando non dovrebbe ammettere distinzioni di sorta fra rito condizionato e non condizionato posto che, se l'appello rappresenta il più immediato strumento di controllo per l'imputato, tale strumento processuale potrà assolvere dignitosamente il suo ruolo « *solo nell'evenienza in cui l'imputato, soccombente in primo grado, si veda attribuita una "reale" possibilità di conseguire la rimozione di un provvedimento sfavorevole* »[46].

46. Così Gaito, *Il procedimento probatorio nell'evoluzione della giurisprudenza europea*, in *Procedura penale e garanzie Europee*, Gaito, Torino, 2006, p. 88.

CRIMINOLOGIA

Rosanna Romanelli

L'*abstract* (in italiano e in inglese) di ogni contributo può essere consultato sul sito *web archiviopenale.it*

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/978885485819017
pag. 595–609

L'impenetrabilità del sistema penale e penitenziario cinese: la macchina repressiva del regime nella condanna ai *laogai* tra violazione dei diritti umani ed economia di schiavitù

Rosanna Romanelli

1. Nella Cina delle leggende, l'imperatore era considerato il Figlio del Cielo, intermediario tra il cielo e la terra e incaricato di provvedere al benessere della comunità: « *il cielo vede come il popolo* », recita un antico proverbio e le sommosse popolari erano generalmente considerate come il segno premonitore della fine di un regno[1].

Oggi, nonostante milioni di cinesi intonino ancora vecchie canzoni rivoluzionarie, la Cina non riesce a nascondere proteste e insurrezioni di massa, segno che « *il mandato del cielo* » sta per scadere, decretando il venir meno della legittimazione al potere del più longevo autoritarismo della storia moderna.

Il popolo cinese, non è immune dal virus democratico partito dall'Africa mediterranea, un vento contagioso che soffia la rabbia di migranti, operai e contadini. Simbolo di questa Cina inquieta è il villaggio di Xintang, lungo il delta del Fiume delle Perle, epicentro mondiale delle industrie tessili, nel Guangdong. Centomila immigrati del Sichuan producono qui ogni anno 200 milioni di paia di jeans per 60 tra i più famosi marchi del settore. I lavoratori guadagnano da 45 a 90 euro al mese per turni quotidiani da 18 ore[2].

Bisogna partire da un oggetto di uso quotidiano, il pantalone con taglio a 5 tasche, confezionato con il tessuto denim, un tipo di stoffa robusta un tempo riservata esclusivamente ai lavoratori, per comprendere cosa si nasconde

1. Hongyuan Liu, Yuan Liu Hung, *Cina: storia, società e tradizioni, arte e cultura, religione e filosofia*, Bologna, 2000.

2. Visetti G., *Cina, la rivolta degli operai nella capitale dei blue jeans*, in *La Repubblica,* 16 giugno 2011.

dietro etichette famose e apparentemente insospettabili e cosa ci sia realmente alla base di fenomeni come la delocalizzazione della manodopera, praticata da tante aziende occidentali, o la crescita esponenziale delle economie dell'estremo oriente. Lo scandalo dello sfruttamento di forza lavoro (anche e soprattutto minorile) a bassissimo costo, sta nella connivenza tra un sistema economico in rapidissima espansione come quello cinese — che da un lato ha liberalizzato il mercato, ma in materia di rapporti di lavoro si basa ancora sul classico paternalismo di matrice confuciana, rielaborato da cinquant'anni di comunismo — e un sistema, quello occidentale, sempre meno basato sulla fabbricazione e sempre più sulla distribuzione, che fa pressione sulle aziende cinesi affinché i prezzi della produzione all'ingrosso siano sempre più bassi e concorrenziali.

Ma dietro il *made in China*, ci sono soprattutto i *laogai*, i campi di « *riforma attraverso il lavoro* » voluti da Mao, che hanno accolto non meno di cinquanta milioni di persone dalla loro costituzione, avvenuta nei primi anni '50.

Guardando oltre quella Repubblica popolare cinese, membro dell'Organizzazione mondiale del commercio, delle Nazioni Unite e interlocutore politico economico della scena geopolitica mondiale, si apre lo sguardo su veri e propri campi di concentramento[3] dove sono violati su amplissima scala i diritti umani fondamentali, le norme sulla tutela del lavoro, della sicurezza e della concorrenza, senza che ciò determini alcuna sanzione od esclusione del Paese alla comunità mondiale o da quella parte di essa che ha in queste garanzie, i cardini fondamentali della propria realtà. I campi, definiti *laogai*, contrazione dell'espressione *laodong gaizao,* sono stati creati a suo tempo da Mao per "riabilitare i criminali" attraverso il lavoro e l'indottrinamento politico e allo stesso tempo per disporre di forza lavoro gratuita per lo sviluppo economico della Cina[4]. Il legame fra l'antico dispotismo orientale e la visione di Mao è ben rappresentato dal fatto che lo stesso Mao dichiarò esplicitamente di ispirarsi ai princìpi del *Signore di Shang* della dinastia *Qin*, secondo il quale « *la popolazione deve essere obbligata a lavorare* »[5].

3. Wu H.H., *Laogai: the chinese Gulag e Bitter winds: a memoir of my years in China's Gulag,* New York, 1994; Saunders K., *Eighteen layers of hell: stories from the chinese Gulag*; London, 1996 Wang X. , *L'allodola e il drago — Sopravvissuta nei gulag della Cina*, Milano, 1993 ; Yinhan P., *Dalu jizhongying — The mainland concentration camp,* Taipei, 1984; Naifu *P., The scourge of the sea — A true account of my experiences in the Hsia–sa village concentration camp,* Kuang Lu, 1985; Commissione Internazionale contro il regime concentrazionario, (CICRC), *Libro bianco sul lavoro forzato nella Repubblica Popolare Cinese,* II, 1958.

4. Il termine Laogai si è diffuso in Occidente soprattutto in seguito alla pubblicazione dei libri di Hongda Harry Wu, *Laogai: the chinese Gulag,* New York, 1992. Tuttavia, riferimenti a questa parola si trovano già in Praeger, *Communist China: The early years 1949–1955*, New York, 1964; Bennet, Montaperto, *Red Guard:The Political Biography of Dai Hsiao–ai*, New York, 1972 e in Terzani, *La porta proibita*, Milano, 1984, che lo usa come sinonimo di "campo". Espressioni come "campo di concentramento" o "gulag cinese" sono usate da diversi autori, soprattutto ex prigionieri.

5. Spence , *Mao Zedong*, Roma, 2004, pag 21–23.

I detenuti furono spesso mandati in campi nelle regioni di confine, che avevano anche funzioni militari difensive. Nel biennio 1956–58, la *Commission internationale contre le régime concentrationnaire* (Cicrc), pubblicò a Parigi un "Libro Bianco"[6] sul lavoro forzato e le istituzioni concentrazionarie nella Repubblica popolare cinese, una denuncia già abbastanza circostanziata considerando che all'epoca « *il sistema di detenzione e concentramento con il fine della rieducazione attraverso il lavoro* » era agli esordi. Oltre a una notevole compilazione di documenti legali e storici e di dichiarazioni ufficiali, il Libro Bianco elencava i 292 "campi di concentramento" che sarebbero esistiti in Cina agli inizi degli anni Cinquanta e presentava 18 storie di ex prigionieri — che erano stati rilasciati oppure erano fuggiti fino al 1953 — selezionate fra le centinaia che i ricercatori della Cicrc (1957–1958) sostenevano di aver raccolto durante le loro indagini. Nel 1961 Edgar Snow[7] documentò in un amplio reportage, l'esistenza di un buco nero sotto il sole radioso del maoismo, dando notizia dell'entrata in vigore del « *Regolamento per la riforma attraverso il lavoro* » adottato nel 1954 e delle « *Risoluzioni sulla rieducazione attraverso il lavoro* » approvate dall'Assemblea nazionale popolare nel 1957, i due provvedimenti che istituivano ufficialmente il laogai. Tuttavia, i *laogai* erano in funzione già prima di essere istituiti ufficialmente alla metà degli anni Cinquanta e cominciarono ad affollarsi nel 1951, all'epoca della riforma agraria, quando a migliaia furono internati proprietari terrieri, contadini ricchi, piccoli notabili di campagna colpiti dalla ridistribuzione delle terre. Nello stesso periodo, accanto ai detenuti politici, furono reclusi nei campi di lavoro moltissimi criminali comuni arrestati in seguito alle campagne di repressione del banditismo, della prostituzione, del gioco d'azzardo, del traffico d'oppio (1949–1952). Nel 1974, la pubblicazione in Francia del libro di Jean Pasqualini[8], *Prisonnier de Mao* (1974), rese meno cieco, agli intellettuali occidentali che avevano subito il fascino della Rivoluzione Culturale, l'universo ideologico dell'impero del Drago. Il libro rivelava la duplice natura della « *riforma attraverso il lavoro* » nella Rpc, non solo come sistema scientifico e violento di repressione e di indottrinamento ideologico, ma anche come struttura economica in grado di produrre profitti grazie allo

6. Commission Internationale contre le regime concentrationaire, *White book on forced labour in the People's Republic of China (I — the hearings, II — the record)*, 1955–1958.

7. Snow E., *The Other Side of the River*, London, 1970.

8. Jean Pasqualini — nome francese di Bao Ruowang — era nato in Cina da padre corso e madre cinese. Pur avendo studiato a Shanghai, mantenne la nazionalità francese. Fu arrestato nel 1957 con l'accusa di aver svolto attività controrivoluzionarie, allorché il Pcc, dopo l'effimera apertura dei Cento Fiori, tornò a serrare le fila del regime lanciando una vasta campagna di rettifica contro i cosiddetti "elementi di destra", borghesi e conservatori. Pasqualini trascorse sette anni nelle prigioni e nei campi di lavoro cinesi e riottenne la libertà nel 1964, come misura premiale, in occasione del riconoscimento diplomatico della Repubblica popolare cinese da parte del presidente De Gaulle.

sfruttamento del lavoro dei forzati[9]. Tuttavia, l'eco francese non veicolò quei germi di libertà da cui ci si attendeva il contagio. I caratteri essenziali del sistema del *laogai*, analizzati anche nell'evoluzione delle sue funzioni, quando gli obiettivi di controllo e repressione sociale avevano ormai preso il sopravvento sulle motivazioni strettamente ideologiche, furono descritti solo successivamente da Jean–Luc Domenach[10]. Fino al 1992 la realtà del "lavoro correzionale penitenziario" fu un *archipel oublié,* come recitava il titolo del libro di Domenach[11] apparso quell'anno, una mappa delle principali unità d'internamento su scala nazionale, in particolare nelle aree remote della Manciuria settentrionale, della Mongolia Interna, del Xinjiang e del Qinghai, la "provincia penitenziaria" per eccellenza, una sorta di Kolyma cinese. È sempre nel 1992, nell'anno della Scimmia, che Harry Wu (versione occidentalizzata di *Wu Hongda*), reduce dal *laogai* diffonde non una testimonianza, ma una vera indagine sui gulag d'Oriente[12]. Nato a Shanghai nel 1937, era studente all'Istituto di geologia dell'Università di Pechino quando le truppe sovietiche soffocarono la rivoluzione ungherese: *Wu Hongda* espresse pubblicamente la sua disapprovazione, dichiarando che quell'intervento costituiva una violazione del diritto internazionale. La presa di posizione gli valse le critiche del segretario di sezione del Pcc e la richiesta di rivolgere scuse formali all'Unione Sovietica. Fu anche tacciato di slealtà nei confronti del partito, che gli consentiva di studiare e che nel frattempo aveva aperto un'indagine su di lui, preludio all'incriminazione. Il 27 aprile 1960 *Wu Hongda* fu arrestato dalle forze di sicurezza, che semplicemente gli notificarono la condanna al *laogai*, senza comunicargli la data di un eventuale processo, che in effetti non fu mai celebrato. Seduta stante egli fu prelevato dall'aula universitaria dove si trovava e tradotto in un imprecisato campo di lavoro nel Nord del Paese. Nel corso dei diciannove anni seguenti *Wu Hongda* fu operaio in una acciaieria nei pressi di Pechino, minatore in miniere di ferro e carbone, contadino nel campo 586 della fattoria *Qinghe,* a lungo semplicemente detenuto in situazioni degradanti visto che le sue condizioni fisiche non gli consentivano di partecipare alla produzione. Wu fu liberato nel 1979 e visse i successivi sei anni in completa emarginazione anche all'interno della sua famiglia, finché nel 1985 gli fu concesso di lasciare la Cina popolare per gli Stati Uniti. Ha dato vita alla *Laogai Research Foundation*[13], una organizzazione con sede a Washington, ormai da anni

9. Per gli approfondimenti, sul punto, si v. Francioni A., *A proposito di alcune pubblicazioni sul Laogai,* in *Storia e Futuro*, 14, maggio 2007.

10. Domenach J.L., *Chine: les marges du totalitarisme et l'alternative autoritaire,* Congrès national Association française de science politique, 1984.

11. Domenach J.L., *Chine: l'archipel oublié*, Paris, 1992.

12. Hongda Wu H., *Laogai: the chinese Gulag*, New York, 1992.

13. Si veda in *www.laogai.org*.

impegnata a raccogliere informazioni e a far conoscere al mondo la realtà dei « *campi di concentramento cinesi* ». Divenuto cittadino americano, nel 1994 egli fece ritorno clandestinamente nel suo Paese d'origine per realizzare un'inchiesta sul traffico degli organi prelevati dai detenuti giustiziati. Nuovamente arrestato e condannato a quindici anni di reclusione, fu liberato nel 1995 grazie alle pressioni di Washington e rimpatriato negli Stati Uniti. Il merito principale di Harry Wu è infatti quello di aver chiarito in maniera definitiva l'esatta articolazione del sistema che genericamente va sotto il nome di *laogai*.

Nel periodo maoista, e prima delle riforme di Deng (1978–1992), i *laogai* furono largamente usati per reprimere le opposizioni al regime. Gli stessi processi erano spesso solo una formalità, avendo la difesa solo il compito di invocare la clemenza della corte. Il sistema giudiziario non era infatti basato sul concetto di diritto, ed insistere troppo nella dichiarazione di innocenza portava ad un inasprimento della pena: « *clemenza con chi confessa, severità con chi resiste* ». In origine, il *laojiao* si è distinto per l'incertezza della durata della pena, al punto che alcuni detenuti arrivavano a commettere crimini più gravi per passare al *laogai* (con pene di durata fissata). La situazione è cambiata nel 1982, quando la durata massima della condanna al *laojiao* è stata stabilita in tre anni.

Il numero dei prigionieri e l'uso dei campi è stato intensificato durante alcune fasi politiche o produttive quali la Campagna dei cento fiori, il Grande balzo in avanti e la Rivoluzione Culturale.

Nei primi anni, i detenuti in quanto "controrivoluzionari" costituivano il 90% dei reclusi; negli anni '80, circa la metà dei detenuti negava di aver commesso alcun crimine; negli anni '90, la percentuale di detenuti politici si è ridotta fino al 10%. Nel periodo Maoista (1949–1976) i condannati al *laojiao* erano reclusi solitamente per 20 anni, mentre nel periodo Denghista (1978–1992) la durata non superava i 10 anni[14].

2. I campi di lavoro correzionale *(laogaidui)* in vigore nella Repubblica popolare cinese sono una realtà complessa, strutturata su tre livelli, a loro volta caratterizzati da gradi diversi di controllo e repressione dei detenuti: vi sono campi di riforma attraverso il lavoro, campi di rieducazione attraverso il lavoro e campi di destinazione professionale obbligatoria (*jiuye*). La forma più comune di detenzione, è la condanna al *laogai*, prevista dal Codice Penale Cinese. L'articolo 41 del codice stabilisce, infatti, che qualsiasi condannato « *che sia abile al lavoro debba essere rieducato attraverso il lavoro*[15] ».

14. Williams P., Wu Y., *The Great Wall of Confinement: The Chinese Prison Camp*, Berkeley, 2004.

15. Chinese Criminal Code, Article 41: . . . « *who is able to work, shall undergo reform through labor* ».

L'esecuzione richiede un processo ufficiale e viene applicata a soggetti riconosciuti dalla legge come criminali, con pene di media e lunga durata di lunghezza stabilita; i detenuti sono privati dei diritti civili e non ricevono salario. La condanna al *laojiao* (« *rieducazione attraverso il lavoro* ») è riservata a coloro che hanno compiuto reati minori, per cui non sono legalmente classificati come criminali. I condannati conservano i diritti civili e percepiscono un modesto salario. A questo tipo di condanna è infatti associato un iter giudiziario semplificato (e quindi potenzialmente più arbitrario), che permette alle amministrazioni e alla polizia locali di recludere i colpevoli senza processo.

Il sistema dei *jiuye* (« *personale addetto al lavoro forzato* ») riguarda invece l'assegnamento di un lavoro all'interno di una struttura carceraria. Sebbene esso non implichi formalmente l'incarcerazione dell'individuo (che rimane teoricamente libero e percepisce uno stipendio regolare) la condizione del personale (che spesso è costituito da persone obbligate a prestare servizio nei campi) viene spesso descritta come « *semi–carceraria* ».

Il *laogai* costituisce uno degli strumenti dell'organizzazione cinese di pubblica sicurezza[16], avente lo scopo di punire e riformare, anche attraverso processi di indottrinamento, i responsabili di atti giudicati criminosi e comunque devianti. In tali campi possono essere detenuti non solo i responsabili di atti di violenza, ma anche quelli di reati di opinione, in particolare manifestazioni di dissenso contro il Partito comunista cinese o contro la morale pubblica. Rappresentano solo una parte della "pedagogia del terrore", posta in essere dalla Cina anche attraverso esecuzioni di massa, espianto di organi dai cadaveri dei condannati a morte, successivamente venduti,

16. Il controverso sistema dei campi di lavoro forzato è destinato a essere abolito « *entro la fine del 2013* ». Secondo il China Daily, giornale ufficiale vicino al Partito, Chen Jiping, vice direttore della China Law Society, ha partecipato a un incontro che ha deciso di limitare l'uso dei campi di lavoro fino a quando non si riunirà l'Assemblea nazionale del popolo (Anp, il "Parlamento" cinese), l'unico organismo in grado di abolire del tutto il sistema dei *laojiao*. Secondo Chen Weijun: « *il sistema dei campi di lavoro forzato dovrebbe essere abolito entro il 2013. È stato uno strumento utile fino a che il Partito comunista non ha consolidato il proprio potere, ma oggi abbiamo un solido stato di diritto e quindi il laojiao non serve più. Tuttavia per cancellarlo del tutto serve l'approvazione del massimo organo legislativo, che lo ha introdotto nel 1953* ». Prima di lui si erano espressi sulla questione dei "lager di Stato" Meng Jianzhu, segretario del Comitato per gli affari politici e legali del Partito comunista cinese, e un editoriale aperto del Quotidiano del Popolo. Nato come un luogo di riabilitazione per i controrivoluzionari e per i criminali comuni, il *laojiao* è divenuto con il tempo lo strumento per mettere a tacere dissidenti e critici nei confronti del Partito comunista. Grazie a una contestatissima riforma del Codice di procedura penale, il governo ha permesso alla polizia di trattenere nei campi di lavoro un qualunque cittadino cinese per 3 anni senza passare dal giudizio di una corte legale. Stime non ufficiali affermano che sono internate fra le 190mila e i 2 milioni di persone. Il China Daily dice che vi sono circa 320 campi di lavoro per il *laojiao*, dove sono rinchiuse 500 mila persone, in maggioranza criminali del mondo della droga. Nei campi di lavoro — organizzati come fattorie o industrie — i prigionieri hanno orari di lavoro massacranti, fino a 12–15 ore, e prendono una minima paga mensile. Qui sono stati rinchiusi e si trovano tuttora cristiani non ufficiali, sacerdoti e vescovi cattolici e membri della setta del *Falun Gong*.

aborti e sterilizzazioni forzate, abuso della psichiatria a scopo di repressione politica. Utilizzato come strumento di oppressione politica nei confronti di attivisti per la democrazia, dissidenti *internet*, attivisti del lavoro e credenti religiosi e spirituali, quali le "chiese domestiche" cristiane e gli attivisti del *Falun gong*, il sistema — oltre al cinese *Han* — include la maggior parte degli altri gruppi etnici, quali i tibetani, gli uiguri e i mongoli.

L'impenetrabilità del sistema penale e penitenziario cinese, che corre a doppio binario sulle rotaie della macchina repressiva del regime; la segretezza delle informazioni sui campi di lavoro, rubricate ancora oggi come "segreto di Stato", hanno di fatto impedito per molto tempo, ogni indagine sistematica sul fenomeno. Il numero dei *laogai* e dei suoi prigionieri, è ancora oggi, un segreto di Stato. Una stima, piuttosto datata (1997), elaborata dal gruppo di lavoro delle Nazioni Unite sul lavoro forzato e la detenzione arbitraria, ha rilevato 230.000 persone in 280 campi di rieducazione attraverso il lavoro. La *Laogai Research Foundation* ha, però, individuato almeno 1000 campi in Cina e stima il numero dei detenuti fra i 4 e i 6 milioni di persone, tanto che in Cina praticamente ogni cittadino è imparentato o conosce qualcuno che è finito nei *laogai*. Il concetto di "criminale" nel sistema cinese comprende i dissidenti politici, i sostenitori del sistema democratico, chi viola leggi, come quella sul figlio unico, sindacalisti, religiosi e fedeli di varie fedi e minoranze etniche, come i tibetani, gli uiguri e i mongoli. Si può arrivare ai tre anni di detenzione prima di avere un processo e rimanervi dopo avere scontato la propria pena se il sistema non ritiene perfettamente completata la "rieducazione"; non esistono garanzie processuali, nessun diritto di appello o di difesa. Una volta entrato nel campo, il detenuto è costretto a "confessare" i suoi crimini, denunciare qualsiasi opinione anti–partito e sottoporsi al regime di rieducazione e lavoro forzato. I funzionari dei *laogai* devono attenersi all'enfasi tradizionale sulla riabilitazione dei prigionieri per trasformarli in "nuove persone socialiste", raggiungendo allo stesso tempo precisi livelli di produttività e di profitto. I prigionieri dei *lager* comunisti, versano in condizione inumane e degradanti, spesso privati di cibo e sonno, oggetto di sevizie e torture, di esecuzioni senza processo e persino di traffici di organi, dove l'unica via di fuga è il suicidio. Secondo la testimonianza di Harry Wu, la detenzione in un campo di rieducazione può durare fino a tre anni senza processo, imputazione, esame o riesame giudiziario[17]. Il riacutizzarsi dell'attenzione della comunità internazionale sulla violazione dei diritti umani nel territorio cinese ha spinto il governo a sostituire, con la legge di riforma penale del 1994, il termine *laogai* con il termine *jianyu*, "carcere". Ma il Partito Comunista Cinese ha in sostanza continuato ad utilizzare i *laogai* per reprimere qualunque forma di dissenso.

17. Wu H. H., *Controrivoluzionario, i miei anni nei Gulag Cinesi*, Torino, 2008

La riforma in senso "liberista" del regime ha poi reso il lavoro forzato parte integrante dell'economia, poiché costituisce una fonte inesauribile di mano d'opera gratuita.

3. Nel circuito dei *laogai* — oltre al lavoro forzato — vengono praticati la detenzione amministrativa (senza imputazione e senza processo), il lavoro minorile, la tortura e addirittura ci sono fondati sospetti che sia in atto, in queste strutture, un traffico di organi per trapianti[18]. Non esistono statistiche ufficiali sul numero di tali campi, né tanto meno sul numero di individui in essi detenuti, in quanto le informazioni sono mantenute segrete dalle autorità cinesi[19]. La Società internazionale per i diritti umani, *Ishr,* stima che, in Cina, attualmente, vi sarebbero circa mille *lager* e quasi sei milioni di condannati ai lavori forzati, costretti a lavorare per numerosissime industrie cinesi, in particolare per quelle che producono capi di abbigliamento o prodotti a bassa specializzazione e tecnologia. Le autorità cinesi considerano oggi i detenuti un'inesauribile forza lavoro, tant'è che ogni *laogai* ha due nomi (quello del centro di detenzione e quello della fabbrica) e spesso, se la rieducazione fosse giudicata non completata, i detenuti possono essere trattenuti anche dopo la fine della pena. Ogni centro è al tempo stesso un'unità produttiva: una fabbrica tessile, una cava, una miniera. La manodopera gratuita e abbondante, che lavora fino a diciotto ore al giorno senza ferie, riposo o malattia, costituisce un vantaggio competitivo straordinario in termini di costo di produzione, tanto che gli imprenditori cinesi, ma

18. Diverse fonti, ma soprattutto membri del *Falun Gong*, hanno ripetutamente accusato il governo cinese di utilizzare prigionieri politici come donatori involontari di organi. Le accuse più gravi riguardano il prelievo forzato di organi a persone mantenute in vita in attesa di una richiesta bio–compatibile ed uccise durante o subito dopo gli interventi chirurgici. In marzo 2006, è stato denunciato il campo di *Sujiatun*, in cui gli adepti del *Falun Gong* sarebbero stati uccisi per il prelievo degli organi (*Exposing Shocking Horrors Inside Sujiatun Concentration Camp*, in *www.thepochtimes.com/news/6--3--11/39169.html*, ma indagini di osservatori statunitensi non hanno trovato alcuna prova di illeciti. Il governo cinese ha ammesso che i detenuti condannati a morte sono soggetti al prelievo di organi, ma ha negato che tale prelievo venga eseguito senza il consenso del donatore. Il 24 maggio 2006, la *Coalition to Investigate the Persecution of the Falun Gong in China* (CIPFGC), una ONG con sede negli Stati Uniti e associata all'associazione *Falun Dafa*, ha richiesto in merito un'indagine indipendente a David Matas (avvocato internazionale dei diritti umani ed ex membro di *Amnesty International*) e David Kilgour (ex parlamentare e segretario di Stato del governo del Canada). I due autori hanno pubblicato un primo documento riassuntivo delle loro conclusioni il 7 luglio 2006 ed hanno continuato le ricerche raccogliendo nuove importanti informazioni, pubblicate il 31 gennaio 2007 nella seconda versione del documento. Tale documento conferma che, pur mancando prove conclusive, appare molto probabile che le accuse mosse al governo cinese siano fondate. Sebbene molte di tali conclusioni siano largamente accettate dagli enti internazionali che si occupano di difendere i diritti umani, le conclusioni generali della prima versione del rapporto di *Matas* e *Kilgour* non sono universalmente accettate come definitive (Documento del *Congressional Research Service* degli Stati Uniti pubblicato l'11 agosto 2006, in cui le conclusioni del primo rapporto di Matas e Kilgour sono messe in discussione).

19. *Quanti sono i Laogai? Il numero dei campi di lavoro e il numero dei detenuti è considerato "segreto di stato" in Cina*, in *www.laogai.it*.

anche alcune multinazionali straniere, appaltano le produzioni, tramite il Governo cinese, ai *laogai*–fabbrica; in questo modo sia il Governo che le industrie cinesi o dislocate in Cina hanno amplissimi margini di guadagno sul prodotto dei prigionieri, pur potendo portare sui mercati internazionali prodotti a bassissimo costo

I detenuti sono costretti a lavorare, sette giorni su sette e con soli tre giorni di riposo all'anno, per poter mangiare e spesso sono costretti a lavorare in condizioni pericolose o a contatto con prodotti chimici tossici. Secondo l'*Ishr* le condizioni sono talmente infernali che un detenuto su quattro non riesce a sopravvivere dopo il primo anno di internamento[20].

Grazie a questa manodopera non retribuita, molte industrie cinesi possono immettere sui mercati prodotti a prezzi stracciati, altamente competitivi con i prezzi occidentali.

Il prodotto interno lordo della Cina cresce sino al 10 per cento annuo e la maggiore competitività cinese sui mercati è frutto anche di questa rete di imprese–prigioni. Nonostante la Germania sia il Paese dell'Unione europea che ha investito di più ed è il principale Paese esportatore in Cina, il Parlamento tedesco, a larga maggioranza, ha approvato una mozione trasversale, la 16/5146[21], in cui non solo si condannano le condizioni disumane, ma si

20. Pejan R., *Laogai: "Reform Through Labor" in China,* in *Human Rights Brief*, Volume 7, Issue 22, Stanford, (2000): « *In addition to not complying with the PRC's domestic standards, the Laogai system is also in violation of international law. Both the Universal Declaration on Human Rights (UDHR) and the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) include the rights to due process and freedom from cruel, inhuman, or degrading treatment. In addition, the Convention Against Torture prohibits torture in all cases. Although China ratified the Convention Against Torture and Other Cruel, Inhuman, or Degrading Treatment or Punishment (CAT) in 1985, it made a declaration under Article 28 of the CAT that it would not recognize the competence of the Committee Against Torture, the UN body that oversees compliance with the CAT, to investigate allegations of widespread torture within its boundaries. Nonetheless, by ratifying the remaining provisions of the CAT, the PRC is bound to follow the convention. Article 1 of the CAT defines torture as « any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person ». Under Article 1, the use of torture isprohibited as either a means of punishment or intimidation. Although Article 1 does not apply to pain and suffering arising from, inherent in, or incidental to lawful sanctions, the article still applies to the Laogai system because the PRC currently detains people in the Laojiao despite no formal judicial sanctions being levied against them. When Laojiao "personnel" are treated as regular prisoners and subjected to severe pain or suffering, the PRC violates the CAT. The U.S. State Department, personal testimonies from former prisoners of the Laogai, and organizations such as the Laogai Research Foundation have documented torturous treatment in the Laojiao system* ».

21. Il 7 marzo 2007, il *Bundestag* (Parlamento tedesco) a larga maggioranza ha approvato la mozione 16/5146 di condanna dei *Laogai* divenuta risoluzione il successivo 10 maggio. Il preambolo del documento recita: « *il vecchio sistema dei gulag sovietici (un sistema penale) è reputato come uno dei metodi più abietti e repressivi che storicamente un regime totalitario abbia mai instaurato contro la sua stessa popolazione. Quel sistema raggiunse il suo orrendo apice con Stalin. In Occidente le atrocità perpetratevi cominciarono a essere conosciute grazie ad Arcipelago Gulag, un libro del Premio Nobel Alexander Solzhenitsyn. Mentre il sistema dei gulag sovietici appartiene al passato, oggi un sistema altrettanto repressivo ed abietto è all'opera contro i cittadini della Repubblica Popolare Cinese. Nella RPC i dissidenti politici, insieme a persone colpevoli di reati minori o comuni, sono terrorizzati allo stesso modo da un sistema simile chiamato sistema dei Laogai. Colpiti sono soprattutto minoranze etniche come tibetani, mongoli ed uiguri,*

vieta l'importazione sul territorio tedesco di tutti quei prodotti fabbricati con la manodopera dei detenuti condannati ai lavori forzati, prevedendo, altresì, che sui prodotti cinesi venga applicata un'etichetta che garantisca che quel prodotto nulla abbia a che fare con i *laogai*[22].

I *laogai* sono considerati fonte inesauribile di manodopera gratuita e utilizzano continuamente il lavoro forzato e il lavoro minorile per accrescere produttività e profitti: le aziende cinesi che accettano da committenti europei lavoro a basso costo solo in parte si occupano della produzione effettiva, subappaltando il resto a questi campi di lavoro forzato e limitandosi poi ad apporre la loro etichetta. Anche grazie a questo tipo di espedienti si spiegherebbe il segreto dei bassissimi prezzi e la competitività delle merci cinesi; gli articoli prodotti tramite il lavoro forzato nei *laogai* coprono *ogni* settore merceologico (giocattoli, scarpe, articoli per la casa, macchinari di ogni genere, prodotti tessili ed agricoli ed altro), anche quello della più sofisticata tecnologia. Il Governo cinese ancora oggi incoraggia l'esportazione in Europa e nel mondo delle merci prodotte attraverso tale sistema carcerario e conta sul lavoro forzato come parte integrante della sua propria economia. Sul piano commerciale ed industriale, la Cina si dimostra spesso spregiudicata ed irrispettosa delle fondamentali regole del mercato. Le aziende cinesi si muovono sul mercato internazionale contraffacendo i marchi, esportando spesso prodotti nocivi per la salute dei consumatori e vendendo merce prodotta con materiali scadenti. Non meno gravi sono le condizioni dei lavoratori cinesi, che, nella quasi totalità dei casi, sono sfruttati e svolgono le proprie mansioni in condizioni disumane, senza alcun tipo di tutela da parte dello Stato. L'Italia è tra i Paesi più danneggiati all'interno dell'Unione europea dall'invasione dei prodotti cinesi in tutti i settori: il tessile, i mobili da cucina, l'oreficeria, la rubinetteria, le calzature e altri, sia nel mercato interno sia nell'esportazione. In risposta ad un'interrogazione parlamentare[23], il Ministero degli Affari esteri ha sostenuto che, a causa della complessità dei mercati internazionali e della natura talvolta labirintica delle

e minoranze religiose, specialmente i fedeli Falun Gong. In oltre 1.000 prigioni, campi di lavoro e cosiddette cliniche psichiatriche, istituite fin dai tempi di Mao, i dissidenti subiscono la carcerazione e la "rieducazione politica" senza aver avuto un regolare processo ».

22. Tra l'altro il Bundestag chiede al governo della Repubblica Popolare cinese di: chiudere i *Laogai* e porre la questione nell'agenda dei colloqui bilaterali cino–tedeschi; rendere note informazioni indispensabili a valutarne il fenomeno: numero di installazioni, localizzazione e numero di detenuti, tasso di mortalità, informazioni su quanto vi è prodotto, i marchi utilizzati e le nazioni ove sono esportati; consentire visite di organismi indipendenti; informare società ed associazioni per il commercio tedeschi circa i prodotti da loro acquisiti; rendere pubbliche informazioni circa il commercio di organi espiantati ai detenuti dei *Laogai*; imporre, a livello europeo, un marchio sui prodotti cinesi che specifichi l'eventuale provenienza e promuovere a livello ONU il bando dai mercati internazionali delle merci prodotte nei *Laogai*.

23. Camera dei Deputati, Interrogazione a risposta scritta 4–16630 presentata da Achille Villani Maglietta, venerdì 16 settembre 2005 nella seduta n. 672.

pratiche di subappalto dei processi produttivi, è assai difficile identificare quali prodotti possono essere stati assemblati con il ricorso — in tutto o in parte — al *laogai*; sempre secondo il MAE, senza una maggiore cooperazione sia da parte cinese (che riveli in particolare la reale estensione del sistema e la sua capacità di contribuire alla produzione di beni e servizi) che da parte dei produttori occidentali (che rivelino l'identità dei propri *partner* commerciali e l'ubicazione dei propri centri di produzione manifatturiera in Cina), non è possibile escludere assolutamente che un consumatore occidentale, acquistando un prodotto *made in China*, non stia indirettamente acquistando un prodotto anche frutto del sistema *laogai*.

4. Il *laogai*, campo di concentramento, di sfruttamento e di tortura, rappresenta, pertanto, un elemento centrale e portante del vantaggio competitivo cinese e dell'imponente sviluppo economico della Repubblica popolare cinese. L'applicazione deliberata e diffusa di questo metodo ha creato in Cina una nuova forma di economia: l'economia di schiavitù. Anche se molti Paesi, compresi gli Stati Uniti e l'Unione europea, vietano l'importazione di merci prodotte nei *laogai*, è praticamente impossibile stabilire la provenienza di tali beni, senza la collaborazione del Governo cinese. È lo stesso Governo, infatti, il primo beneficiario del reddito prodotto dai campi di concentramento e da sempre l'autorità di Pechino è la principale responsabile delle triangolazioni e delle falsificazioni dei marchi, operate al preciso scopo di rendere impossibile risalire alle produzioni. Inoltre, considerata l'integrazione dei mercati e la facilità di spostare le merci su altre piazze prima di arrivare ai nostri consumatori, è oggi impossibile impedire l'arrivo anche nel nostro Paese di merci a basso costo prodotte con il lavoro di persone ingiustamente schiavizzate.

L'Unione europea e l'Italia considerano da sempre la promozione dei diritti sociali e il rispetto dei diritti dei lavoratori quali aspetti essenziali nelle relazioni commerciali e, più in generale, internazionali con gli altri Stati, valutandoli come elementi positivi per il rafforzamento della competitività di ciascun Paese e non come ostacolo o impedimento. Da tempo l'Unione europea ha inserito la discussione sul rispetto degli *standard* di lavoro dell'Organizzazione internazionale del lavoro e sulla promozione dei diritti sociali e sindacali all'interno delle negoziazioni relative ad alcuni accordi commerciali con Stati terzi, come nel caso dell'accordo di *Cotonou*, e ha previsto specifiche valutazioni sull'impatto sociale degli accordi commerciali bilaterali, anche nelle fasi negoziali del nuovo accordo quadro di *partnership* con la Cina, accogliendo con grande favore la decisione di istituire una « *Commissione mondiale sulla dimensione sociale della globalizzazione* », sotto l'egida dell'Organizzazione internazionale del lavoro, che iniziasse a introdurre tali temi nei *forum* dedicati al commercio internazionale, in cui

sono finora rimasti troppo marginali. In molti Paesi il tema del rispetto dei diritti dell'uomo e, in particolare, della tutela dei lavoratori, delle condizioni di lavoro e della salubrità dei luoghi di lavoro, nonché la promozione dei diritti sindacali, rimangono questioni irrisolte rispetto alle quali, all'elevata sensibilità politica della materia, si somma l'obiettiva difficoltà di controllo, l'impatto economicamente pesante sulle popolazioni di restrizioni generalizzate alle importazioni e non ultimo, in alcuni casi, un atteggiamento surrettiziamente protezionistico da parte dei Paesi occidentali. Tuttavia, in alcuni casi la comunità internazionale deve con determinazione e coraggio avanzare proposte decise per superare violazioni scandalose e patenti dei diritti umani, elaborando forme di pressione congiunta ed efficace, che costringano Paesi oramai pienamente inseriti ed accettati nel contesto delle organizzazioni internazionali del commercio non solo a condividere i vantaggi, ma anche ad assumere responsabilità e impegni comuni. In particolare, i rapporti commerciali con la Repubblica popolare cinese, devono essere più attenti alla dimensione del rispetto dei diritti dei lavoratori e dei diritti dell'uomo e condurre a più visibili passi in avanti rispetto alle questioni gravi segnalate da osservatori occidentali, organizzazioni indipendenti, associazioni a difesa dei diritti dell'uomo. Tra le violazioni più gravi rientra sicuramente la questione dei cosiddetti *laogai*, campi di lavoro forzato in cui sono reclusi, secondo alcune stime, cinque o sei milioni di detenuti, tra cui moltissimi accusati di reati di opinione, dissidenti politici, *leader* religiosi, spirituali o di minoranze etniche, che in condizioni di lavoro proibitive, per oltre 18 ore al giorno, senza le necessarie precauzioni nella lavorazione di sostanze pericolose e con il verosimile utilizzo di pratiche di tortura, vengono forzati al lavoro con conseguenze drammatiche sulla loro salute psicofisica. Le merci prodotte in questi vergognosi campi di lavoro forzato vengono poi commercializzate ovvero utilizzate quali componenti di prodotti finiti, per poi circolare liberamente sul mercato internazionale, pur provenendo da forme di lavoro illegale e lesivo dei diritti dell'uomo. Non esiste attualmente alcun valido strumento di verifica del numero di tali campi di lavoro, del numero dei detenuti imprigionati o delle condizioni interne di detenzione.

5. In questi anni la denuncia dell'istituzione dei *laogai* è stata fatta non solo da associazioni di tutela dei diritti dell'uomo e da alcuni testimoni diretti, ma anche da numerosi Governi e Parlamenti, tra i quali il Congresso americano (mozione n. 294 del 2005), il Parlamento europeo (risoluzione n. 2161 del 7 settembre 2006) e il *Bundestag* tedesco (16/5146 del 10 maggio 2007)[24]. Tra l'altro, anche la Camera dei deputati nel dispositivo della mozione n. 1–00063 del 27 novembre 2006 ha impegnato il Governo « *ad intraprendere ogni sforzo*

24. Si veda nota n. 21.

presso le autorità cinesi affinché la legislazione del lavoro e i diritti dei lavoratori si adeguino più rapidamente possibile agli standard *internazionali, ivi inclusi i 10 principi del* global compact *delle Nazioni Unite, garantendo condizioni di lavoro dignitose e i diritti sindacali, unica garanzia di difesa del mondo del lavoro* ». La risoluzione del Parlamento europeo, oltre a condannare esplicitamente l'esistenza dei *laogai*, sollecita la Cina a ratificare le convenzioni nn. 29 e 105 dell'Organizzazione internazionale del lavoro[25] sull'abolizione del lavoro forzato e coatto e invita la Cina a dare certificazione scritta della non provenienza delle merci esportate, invitando la Commissione europea, in caso contrario, a vietare l'importazione dei prodotti in questione. La risoluzione del Parlamento tedesco, sulla stessa falsariga, chiede la chiusura dei *laogai*, il rilascio di informazioni da parte delle autorità cinesi sulla situazione dei campi di lavoro e sulle merci in essi prodotte, nonché un maggior coinvolgimento e informazioni alle imprese tedesche circa la situazione di violazione dei diritti umani in queste strutture.

Un'azione efficace e coordinata perché la questione dei campi *laogai* sia valutata adeguatamente e affrontata, è stata invocata anche in sede europea, esplicitamente nelle occasioni di dialogo strutturato Unione europea–Cina. Si richiede un'attività di vigilanza affinché tale questione sia altresì tenuta in debito conto nel contesto del dialogo commerciale Unione europea–Cina, nell'ambito degli attuali negoziati sul nuovo accordo di *partnership* e cooperazione, per valutare la possibilità di inserimento di forme particolari di cosiddette "clausole sociali", sul modello di altri accordi commerciali europei con Stati terzi, anche al fine di escludere del tutto la possibilità che merci prodotte nel cosiddetto sistema del *laogai* possano entrare nel mercato europeo fra le importazioni cinesi. È necessario, infatti, rendere le nostre imprese operanti in Cina sempre più consapevoli del problema dei campi *laogai*, evitando i rischi che *partner* commerciali cinesi possano utilizzare prodotti provenienti da questi "campi di lavoro".

La globalizzazione dell'economia e la pratica di deregolamentazione del commercio mondiale stanno provocando effetti indesiderati sulle industrie manifatturiere dei Paesi dell'Unione europea, in particolare in Italia, dove

25. Convenzione n. 29 sul lavoro forzato, 1930: il lavoro forzato e obbligatorio può assumere diverse forme: schiavitù; lavoro per debiti; lavoro minorile in condizioni di particolare abuso in cui i bambini sono costretti a lavorare; il lavoro di detenuti se messi forzatamente a disposizione di privati, imprese o associazioni senza la supervisione delle autorità pubbliche; il lavoro forzato per svolgere incarichi richiesti dall'autorità ad esempio nell'edilizia, nell'agricoltura o nei lavori pubblici; lavoro per punire individui che abbiano espresso opinioni e ideologie in contrasto con il sistema politico sociale o economico esistente; pratiche di sfruttamento come straordinari obbligatori o depositi finanziari obbligati. La Convenzione n. 105 sull'eliminazione del lavoro forzato (1957) proibisce l'uso di qualunque forma di lavoro forzato o obbligatorio come mezzo di coercizione politica o di rieducazione, come punizione per l'espressione di opinioni politiche o ideologiche, come misura disciplinare o atto discriminatorio.

l'impiego industriale rappresenta il 13 per cento dell'occupazione. Se non si agisce con decisione a favore del settore industriale, la progressiva riduzione della partecipazione dell'industria al prodotto interno lordo dei Paesi dell'Unione europea, registrata a partire dagli anni '80, potrebbe subire un'ulteriore accelerazione nei prossimi anni. Recenti studi hanno posto l'accento su questo problema, segnalando che la progressiva scomparsa dell'occupazione industriale nell'Unione europea non si accompagna ad un aumento dell'occupazione nei servizi e nell'alta tecnologia. Nel rispetto degli obiettivi di Lisbona[26], basati su un accrescimento della conoscenza, dell'innovazione, della ricerca e della formazione permanente, sarebbe necessario creare una politica industriale comune nell'Unione europea che eviti gli effetti economici e sociali negativi della dislocazione industriale nei Paesi terzi, assicurando che il mercato europeo sia tutelato da pratiche commerciali che non rispettano quei valori e quelle esigenze che l'Unione europea stabilisce per la propria produzione industriale. Il settore del tessile/abbigliamento e calzaturiero, in particolare, è considerato strategico per l'industria europea e per quella italiana. Giova evidenziare che l'Italia, pur non essendo un Paese "protezionista", per evitare una crisi stagnante, oggi alimentata dalla crescita di beni importati dalla Cina e da altri Paesi concorrenti, necessita di un periodo di tempo per poter rinnovare, riconvertire e rilanciare il settore tessile/abbigliamento, con una strategia di investimento sul piano dell'innovazione, della ricerca, della formazione.

Alcuni tra i maggiori *partner* europei, come Stati Uniti, Canada e Giappone, hanno già introdotto il marchio di origine obbligatorio[27], mentre in Europa, nonostante sia stato proposto un regolamento relativo all'indicazione del Paese di origine di taluni prodotti importati da Paesi terzi (COM

26. Il Consiglio europeo, nella sessione straordinaria del 23 e 24 marzo 2000 a Lisbona, ha concordato un nuovo obiettivo strategico per l'Unione per il decennio (2000–2010) al fine di sostenere l'occupazione, le riforme economiche e la coesione sociale nel contesto di un'economia basata sulla conoscenza. Con la Strategia globale concertata l'Unione si è prefissata l'obiettivo strategico di « *diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale* ».

27. L'indicazione del marchio di origine sui prodotti importati dai Paesi terzi rappresenta un'informazione che aiuta i consumatori a orientarsi nelle scelte e le imprese a proteggersi da pratiche fraudolente. Al momento l'indicazione di origine non è obbligatoria per i Paesi che compiono esportazioni verso l'UE. Pertanto nel dicembre 2005, al termine di una lunga consultazione con le parti sociali (industria, sindacati, operatori commerciali, consumatori), la Commissione ha presentato una proposta di regolamento che prevede l'introduzione obbligatoria del marchio di origine *("made in")* per talune merci (tessile/abbigliamento, gioielleria, arredamenti, pelletteria, calzature, ceramica e spazzole) importate nella UE da Paesi terzi. L'obbligatorietà dell'indicazione di origine per i prodotti importati nell'Unione europea consentirebbe in primo luogo all'industria manifatturiera europea di essere parificata a quella di partner commerciali quali Canada, Cina, Giappone e Stati Uniti, dove essa esiste già per legge. Infatti, la non reciprocità nelle indicazioni di origine fa sì che, mentre gli esportatori europei sono tenuti ad apporre il marchio sui loro prodotti, quelli dei Paesi citati introducano i loro prodotti liberamente, senza nessun obbligo d'indicazione.

(2005) 661) e l'approvazione di una risoluzione del Parlamento europeo del luglio 2006 favorevole all'introduzione nell'Unione europea di un sistema obbligatorio di indicazione del Paese di origine per una serie di prodotti importati, non esiste alcuna norma che impone di indicare l'origine dei prodotti, a causa dell'opposizione di una robusta minoranza di blocco, guidata da Gran Bretagna, Germania e Paesi scandinavi. Oltre alla tutela del consumatore, l'etichettatura[28] delle merci che entrano nel mercato europeo aiuterebbe le imprese italiane esposte alla concorrenza globale ad agire in seno all'Unione europea affinché si limiti l'ingresso delle merci provenienti dalla Cina finché non sia data prova della fine di ogni produzione basata sul lavoro forzato, come unica vera garanzia che l'Europa non contribuisca con i suoi consumi alla permanenza di metodi inumani di sfruttamento.

28. Il 21 ottobre 2010, il Parlamento europeo ha adottato la sua posizione in prima lettura sul regolamento relativo all'indicazione del paese di origine di taluni prodotti importati da paesi terzi con 525 voti a favore, 49 contrari e 44 astensioni. Da allora, nonostante le varie richieste del Parlamento, il Consiglio non è riuscito a raggiungere una posizione comune, bloccando di fatto la procedura legislativa. Recentemente, con una svolta sorprendente, la Commissione ha annunciato che ritirerà l'attuale regolamento nel corso del 2013, sostenendo che la decisione del panel OMC sul « *Cool Case* » (caso per lungo tempo irrisolto) della carne di manzo e di maiale ha modificato la giurisprudenza dell'OMC e ha reso la proposta iniziale di Regolamento sul « *made in* » incompatibile con l'OMC. Il 18 dicembre 12, Cristiana Muscardini (ECR–IT), relatrice per il dossier legislativo sul « *made in* », durante una interrogazione parlamentare con richiesta di risposta orale alla Commissione (art. 115 del regolamento) ha detto: « *Il mercato globalizzato porta sviluppo solo se le regole sono comuni e condivise* » e, con riferimento all'esistenza di norme sul marchio d'origine in paesi concorrenti come Brasile, Cina e USA, ha aggiunto che: « *l'Europa non può dirsi giusta verso i propri cittadini se non è capace di difenderne i diritti approvando le stesse norme o chiedendone l'abrogazione nei paesi competitori* ».

QUESTIONI APERTE

Alessandro Serrani
Daniela Chinnici
Daniele Livreri
Ciro Santoriello
Nadia E. La Rocca
Marina Tiberi
Francesca Romana Fulvi
Nicola Gianaria
Daniela Falcinelli
Antonio Faberi
Pierluigi Cipolla

***on line*:**
Chiara Di Francesco
Federico Romoli
Edoardo Campo
Antonio Faberi
Serena De Filippis
Nicola Galati
Erika Lotti
Rinaldo Romanelli
Alessandro Serrani
Ciro Santoriello
Guido Stampanoni Bassi

L'*abstract* (in italiano e in inglese) di ogni contributo può essere consultato sul sito *web archiviopenale.it*

Il testo delle decisioni commentate è consultabile sul sito *web archiviopenale.it*

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/978885485819018
pag. 613–622

Giudicato penale — Esecuzione penale

Aperture ed esitazioni della Corte costituzionale

Alessandro Serrani

La decisione

Giudicato penale — Esecuzione — Ergastolo — Giudizio abbreviato — *Lex mitior* — Giurisprudenza europea — Interpretazione conforme — Condizioni (CEDU, artt. 6, 7; cost., artt. 3, 117; c.p.p., artt. 442, co. 2; d.l. 24 novembre 2000, n. 341, conv. con modificaz. in l. 19 gennaio 2001, n. 4, artt. 7, 8).

È costituzionalmente illegittimo l'art. 7, co. 1, del decreto legge n. 341 del 2000, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4, con riferimento all'art. 117, co. 1, cost., in relazione all'art. 7, CEDU, nella parte in cui opera retroattivamente nei confronti di coloro che chiesero di essere giudicati con il rito abbreviato nella vigenza della l. 16 dicembre 1999, n. 479; è viceversa inammissibile la questione di legittimità costituzionale della stessa norma, con riferimento all'art. 3 cost. perché non attiene alla necessità di conformarsi ad una sentenza della Corte europea sul caso specifico.

È precluso al giudice dell'esecuzione limitarsi a sostituire la pena dell'ergastolo applicata in ogni caso, poichè compete unicamente alla Corte costituzionale rilevare che l'ordinamento interno consideri recessivo il valore del giudicato in presenza di alcune sopravvenienze relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato.

Corte costituzionale, 18 luglio 2013, n. 210 — Gallo, *Presidente* — Lattanzi, *Relatore*. Il testo completo della sentenza in commento è consultabile sul sito *web archiviopenale.it*.

Il commento

1. Non può certo negarsi che tra gli interessati alla tematica[1] vi fosse un'impaziente aspettativa verso la definizione della Consulta. Considerati i pro-

1. Tra i tanti, maggiormente, Gaito, Santoriello, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 1201 ss.; Gambardella, Overruling *favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza "Scoppola"*, in *Cass. pen.*,

dromi, i valori in gioco e i dubbi insinuati dalla dottrina più autorevole[2] sull'opzione rimettente delle Sezioni unite[3], si riconosce — dopo tutto — come la soluzione interpretativa qui analizzata lasci certamente appagati nell'immediatezza, anche se — forse — in un'ottica a lungo termine, sul piano operativo, talune perplessità continuano a persistere. In effetti, alle luci accese sulla ritenuta fondatezza della questione sollevata — del resto non poteva essere altrimenti — si accompagnano, velatamente, le ombre nascoste intorno alla contestuale inammissibilità della stessa con riferimento al parametro di cui all'art. 3 cost., da tempo ritenuto pietra angolare di garanzia[4] del principio della retroattività della *lex mitior*[5], e alle ricadute che una tale impostazione potrebbe riprodurre sull'atteggiamento futuro del giudice dell'esecuzione alle prese con situazioni altrettanto discutibili costituzionalmente e convenzionalmente. È manifesto, ad ogni modo, come una pronuncia di tal fatta[6] porti con sé il pregio di aver cristallizzato finalmente un'adeguata risposta alla richiesta europea di porre riparo ai problemi strutturali riscontrati nell'ordinamento[7], consolidando, finanche, l'erosione della

2012, 3981 ss.; Viganò, *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, in *www.penalecontemporaneo.it*; Romeo, *L'orizzonte dei giuristi e i figli di un Dio minore. Ancora sui "fratelli minori" di Scoppola, aspettando le Sezioni Unite*, *ivi*.

2. Gaito, Santoriello, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, cit., 1201 ss.; Viganò, *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, cit., 2; Giunchedi, *La prova nella giurisdizione esecutiva*, Torino, 2012, p. 18, il quale l'ha definita una « *decisione "pilatesca"* »; viceversa, per un'opinione adesiva alla scelta operativa delle Sezioni unite, v. Gambardella, Overruling *favorevole della Corte europea e revoca del giudicato di condanna: a proposito dei casi analoghi alla sentenza "Scoppola"*, cit., 3981 ss., e Musio, *Di nuovo alla Corte costituzionale il compito di tracciare il confine tra tutela dei diritti fondamentali e limite del giudicato nazionale*, *ibidem*, 4015 ss.; Scaccianoce, *La retroattività della* lex mitior *nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, in *Arch. pen.*, 2013, 84, la quale ha sostenuto — prima ancora della pronuncia odierna — che il merito della decisione rimettente sia stato di aver rilevato la necessità di non ricorrere a Strasburgo nei casi di ingiustizia sostanziale, « *suggerendo, senza nessuna forzatura interpretativa, una soluzione "interna" dagli effetti circoscritti, che, se accolta [avrebbe contribuito] a ridurre il carico di lavoro di Strasburgo* ».

3. Cass., Sez. Un., (ord.) 10 settembre 2012, Ercolano, in *Mass. Uff.*, n. 252933.

4. Cfr., nella recente manualistica, la dottrina dominante: Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte generale*, VI ed., Milano, 2009, p. 86 ss.; Mantovani, *Diritto penale*, 2011, p. 81 ss.; Marinucci, Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, IV ed., Milano, 2012, p. 101 ss.; Pulitanò, *Diritto penale*, IV ed., Torino, 2011, p. 613 ss.; Padovani, *Diritto penale*, IX ed., Milano, 2012, p. 41 ss.; e nella letteratura, specificamente, già Vassalli, Abolitio criminis *e principi costituzionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1983, 377 ss. Nella giurisprudenza, invece, cfr. la stessa Corte costituzionale con le sentenze nn. 236 del 2011, 215 del 2008 e 394 del 2006, tutte in *www.cortecostituzionale.it*.

5. Per un'accurato approfondimento della tematica, *ex multis*, si rimanda a Scaccianoce, *La retroattività della* lex mitior *nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, cit., 167 ss.

6. Anteriormente alla sentenza in analisi, guardava con favore tale *modus operandi* Cartabia, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo, Kostoris, Torino, 2009, p. 66.

7. Cfr. Corte EDU, Gr. Cam., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, in *Cass. pen.*, 2010, 832 ss., con nota di Ichino, *L'*affaire *Scoppola c. Italia e l'obbligo dell'Italia di conformarsi alla decisione della Corte*

"capacità di resistenza" del giudicato penale nei casi di stridente contrasto rispetto alla tavola valoriale dei diritti di libertà[8].

Segnatamente, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 7, co. 1, d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito, con modificazioni, dalla legge 19 gennaio 2001, n. 4, rispetto all'art. 117, co. 1, cost., in relazione all'art. 7 CEDU, e l'inammissibilità della questione rispetto all'art. 3 cost.; nonché l'ulteriore inammissibilità in ordine all'art. 8 rispetto ad entrambi i parametri di cui agli artt. 3 e 117, co. 1, cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU. La problematica, come noto, si è resa d'interesse perché attinente alla posizione di coloro che, pur avendo formulato richiesta di giudizio abbreviato nella vigenza della sola l. 16 dicembre 1999, n. 479, c.d. Carotti, sono stati giudicati successivamente nella vigenza del decreto legge n. 341 del 2000[9], con conseguente applicazione del più sfavorevole trattamento sanzionatorio previsto dal medesimo[10]. I risvolti fenomenici del caso sono ormai familiari, tuttavia, un breve passo indietro per procedere con ordine.

2. L'incidente di costituzionalità — occupandosi di situazioni affini al precedente europeo Scoppola c. Italia[11] — trae origine da un'ordinanza di rimessione del Giudice nomofilattico[12] nella sua massima composizione in ordine alla legittimità delle norme del decreto legge n. 341 del 2000 richiamate, con riferimento agli artt. 3 e 117, co. 1, cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7, CEDU, riguardanti il trattamento sanzionatorio di cui all'art. 442, co. 2, c.p.p.[13], nella parte in cui tali disposizioni operavano retroattivamente.

europea dei diritti dell'uomo; e di Gambardella, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, *ivi* , 2010, 2020 ss.

8. In questi termini Ranaldi, *L'adeguamento del giudicato penale* in executivis, in *Procedura penale*, a cura di Gaito, Milano, 2013, p. 1126; e, già prima sul concetto, Gaito, *Impugnazioni ed altri controlli. Verso una decisione giusta*, in *Le impugnazioni penali*, diretto da Gaito, Torino, 1998, pp. 1 ss. Ulteriormente sulla tematica, anche in ottica diacronica, v. Fùrfaro, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica (a margine di Corte cost., sent. n. 230 del 2012)*, in *www.archiviopenale.it*.

9. A proposito dell'avvicendamento legislativo e delle sue ripercussioni processuali cfr. Gaito, Santoriello, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, cit., 1201 ss.; Fonseca, *Giudizio abbreviato e successione di leggi nel tempo verso nuovi equilibri in executivis*, in *Arch. pen.*, 2012, 716; Galluzzo, *Retroattività dell'art. 442 c.p.p.: agli sgoccioli l'era del* tempus regit actum*?*, *ivi*, 2011, 256.

10. I c.d. "fratelli minori" di Scoppola (metafora di Viganò, *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, cit., 1), i quali, pur avendo fatto istanza di celebrazione con rito abbreviato nel breve lasso di tempo in cui il testo dell'art. 442, co. 2, c.p.p., disponeva la sostituzione dell'ergastolo con la pena temporanea di trent'anni di reclusione, sono stati condannati alla pena perpetua in forza della modifica sopravvenuta.

11. Corte EDU, Gr. Cam., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, cit., 832.

12. Il ricorrente proponeva ricorso per cassazione denunciando la violazione della legge penale, con riferimento agli artt. 6 e 7 CEDU e 442 c.p.p., per avere il giudice dell'esecuzione rigettato la sua istanza (*ex* artt. 666 e 670 c.p.p.) alla sostituzione della pena dell'ergastolo con quella temporanea di trenta anni di reclusione.

13. Corte EDU, Gr. Cam., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, cit., 832, ha ritenuto che l'art. 442,

Nell'occasione si stabiliva, in un primo momento, che in caso di condanna all'esito del giudizio abbreviato la pena da infliggere per i reati astrattamente punibili con l'ergastolo fosse quella prevista dalla legge vigente al momento della richiesta di accesso al rito[14], con la conseguenza che, ove quest'ultima sia intervenuta nel vigore dell'art. 7 citato, debba applicarsi (ed eseguirsi) la sanzione ivi prevista[15]. E, in un secondo momento, davanti all'interrogativo se il giudice dell'esecuzione, sulla scia di quanto affermato nel *leading case*, potesse sostituire la pena inflitta all'esito dell'abbreviato, modificando il giudicato in l'applicazione della disciplina più favorevole tra quelle intervenute in materia, ha dichiarato d'ufficio la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione.

In sede di legittimità, la *quaestio iuris* veniva affrontata partendo innanzi tutto dallo spessore[16] che le violazioni accertate dalla Corte di Strasburgo possono assumere nel sistema interno, anche in deroga al giudicato[17]. Si è precisato, in aggiunta, che ogniqualvolta sia chiamata ad accertare violazioni della Convenzione connesse a problemi sistematici e strutturali dell'ordinamento giuridico nazionale la Corte pone in essere una c.d. procedura di

co. 2, c.p.p., ancorché contenuto in una legge processuale, è norma di diritto sostanziale, in quanto, « *se è vero che gli artt. 438 e 441–443 c.p.p. descrivono il campo di applicazione e le fasi processuali del giudizio abbreviato, rimane comunque il fatto che il paragrafo 2 dell'art. 442 è interamente dedicato alla severità della pena da infliggere quando il processo si è svolto secondo questa procedura semplificata* ».

14. Analogamente, sul punto, la contestuale Cass., Sez. Un., 19 aprile 2012, Giannone, in *Cass. pen.*, 2012, 4015 ss., con nota di Musio, *Di nuovo alla Corte costituzionale il compito di tracciare il confine tra tutela dei diritti fondamentali e limite del giudicato nazionale*, la quale rilevava la non sovrapponibilità della situazione processuale e sostanziale esaminata rispetto a quella del caso Scoppola.

15. Tra le diverse leggi succedutesi nel tempo, infatti, non avrebbe trovato applicazione la legge intermedia (per tutti, Pecorella, *Legge intermedia: aspetti problematici e prospettive* de lege ferenda, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini, Paliero, Milano, I, 2006, 611 ss.) più favorevole nei casi in cui la scelta processuale non si fosse manifestata nel regime di quest'ultima, ma soltanto successivamente, nel vigore della legge posteriore che la modificava.

16. Nella ormai vasta giurisprudenza costituzionale sul punto, si ricordano, tra le altre, le rivoluzionarie sentenze gemelle n. 348 e n. 349 del 2007, le nn. 311 e 317 del 2009, e ancora la n. 93 del 2010, nonché le nn. 1 e 113 del 2011, tutte consultabili in *www.cortecostituzionale.it*.

17. Si ricorda, infatti, che l'art. 46 CEDU, così come interpretato dalla stessa Corte, stabilisce che le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive da lei emesse nelle controversie nelle quali sono parti e al Comitato dei Ministri è affidato il compito di vigilare sulla esecuzione di tali sentenze, con la conseguenza che lo Stato convenuto ha l'obbligo giuridico di adottare, sotto il controllo del detto Comitato, le misure generali e/o, se del caso, individuali per porre fine alla violazione constatata, eliminarne le conseguenze e scongiurare ulteriori violazioni analoghe. Nella giurisprudenza euopea si ricordano, oltre alla "Scoppola" qui in gioco, Corte EDU, sez. III, 8 febbraio 2007, Kollcaku c. Italia; Id., Gr. Cam., 1° marzo 2006, Sejdovic c. Italia; Id., sez. II, 18 maggio 2004, Somogyi c. Italia; Id., Gr. Cam., 8 aprile 2004, Assenidze c. Georgia; Id., Gr. Cam., 13 luglio 2000, Scozzari e Giunta c. Italia. L'effettività dell'esecuzione delle sentenze della Corte EDU, inoltre, è stata sensibilmente accresciuta — sul piano internazionale — dall'entrata in vigore del Protocollo n. 14 del 2010, il quale, modificando l'art. 46 appena richiamato ha introdotto una procedura di infrazione che « *giurisdizionalizza il meccanismo di supervisione sull'attuazione delle sentenze* ».

sentenza pilota[18], quale aiuto per gli Stati contraenti a risolvere internamente i problemi rilevati. Per l'effetto, in tal modo, si riconoscono i diritti e le libertà convenzionali delle persone che versano nella stessa condizione di chi è stato già specificamente preso in considerazione, offrendo loro una riparazione più rapida e, *a latere*, un alleggerimento del carico del Giudice sovranazionale. Ebbene, per la Cassazione, presentando la "Scoppola" i connotati sostanziali di una sentenza pilota, « *di fronte a pacifiche violazioni convenzionali di carattere oggettivo e generale, già in precedenza stigmatizzate in sede europea, il mancato esperimento del rimedio di cui all'art. 34 CEDU (ricorso individuale) e la conseguente mancanza, nel caso concreto, di una sentenza della Corte EDU cui dare esecuzione non possono essere di ostacolo ad un intervento dell'ordinamento giuridico italiano, attraverso la giurisdizione, per eliminare una situazione di illegalità convenzionale, anche sacrificando il valore della certezza del giudicato, da ritenersi recessivo rispetto ad evidenti e pregnanti compromissioni in atto di diritti fondamentali della persona. La preclusione, effetto proprio del giudicato, non può operare allorquando risulti pretermesso con effetti negativi perduranti, un diritto fondamentale della persona, quale certamente è quello che incide sulla libertà: si impone, pertanto, in questo caso di emendare "dallo stigma dell'ingiustizia"*[19] *una tale situazione* »[20].

Benché tali premesse — secondo alcuni[21] — fossero già di per sé modellabili all'adeguamento della pena *in executivis*, si sarebbe imposta — secondo le Sezioni unite — la verifica della compatibilità degli artt. 7 e 8 del decreto legge n. 341 del 2000, con il principio di legalità convenzionale di cui all'art. 7 CEDU nel significato datone dalla Corte europea[22], non essendovi margine

18. Una prassi inaugurata già da tempo (v. Corte EDU, Gr. Cam., 22 giugno 2004, Broniowski c. Polonia), utilizzata a più riprese (v. Corte EDU, Gr. Cam., 19 giugno 2006, Hutten Czaspka; e, da ultima, la recentissima, Id., sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani c. Italia) e disciplinata oggi dal nuovo art. 61 del Regolamento della Corte, in vigore dal 1° aprile 2011.

19. Per un approccio culturale in tal senso v. Gaito, *Impugnazioni ed altri controlli. Verso una decisione giusta*, cit., p. 19.

20. Espressamente, Cass., Sez. Un., (ord.) 10 settembre 2012, Ercolano, cit., § 2 del Considerato in diritto.

21. Gaito, Santoriello, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, cit., 1201 ss.; Viganò, *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, cit., 6.

22. In particolare, Corte EDU, Gr. Cam., 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, cit., 832, innovando la sua precedente giurisprudenza in senso restrittivo, ha affermato che l'art. 7 CEDU, con riferimento al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* e alle nozioni di pena e di prevedibilità della legge penale, non garantisca soltanto il principio di non retroattività delle leggi penali più severe, ma imponga anche che — nel caso in cui la legge in vigore al momento della commissione del reato e quelle successive adottate prima della condanna definitiva siano differenti — il giudice debba applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli al reo. Così già Corte cost., nn. 393 e 394 del 2006, in *www.cortecostituzionale.it*; per vero, anche al tempo della prima decisione della Cassazione sul caso Scoppola, il principio non era del tutto sconosciuto alla stessa giurisprudenza di legittimità, v. Cass., Sez. Un., 6 marzo 1992, P.m. in proc. Piccillo ed altro, in *Cass. pen.*, 1992, 1776, 922. In dottrina,

per un'interpretazione degli stessi in conformità alla Convenzione. Una conclusione, questa, generata dalla espressa qualificazione di "interpretazione autentica" dell'art. 7[23]: sussisteva, in altre parole, un rapporto di strumentalità necessaria tra la risoluzione delle questioni di illegittimità costituzionale e la definizione dell'attivato incidente d'esecuzione.

3. Investita della questione di legittimità costituzionale, la Corte delle Leggi riconosce che, pur coinvolgendo formalmente l'intero art. 7, questa debba intendersi limitata al solo co. 1, che in virtù della sua pretesa natura interpretativa ne determinerebbe l'applicazione retroattiva. Il co. 2 della norma, infatti, modificando l'art. 442, co. 2, c.p.p., rimane escluso dal ragionamento in quanto limitato a dettare la nuova disciplina del rito abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo applicabile "a regime" nelle fattispecie successive alla sua entrata in vigore, e dunque non attinenti al caso *de quo*. Viceversa — con fermezza e in poche righe — un profilo di inammissibilità va rilevato secondo la Corte nei confronti dell'art. 8[24], poiché sarebbero mancate nell'ordinanza di rimessione le ragioni sulla rilevanza della questione per non esser stato indicato specificamente l'ambito di applicazione.

Delimitato così il campo alle censure mosse intorno al solo art. 7, co. 1, del decreto legge n. 341 del 2000, il Giudice delle leggi ne esamina gli aspetti più problematici. Dall'assunto del giudice rimettente sull'applicabilità al caso Ercolano della sentenza Scoppola, considerata la mancanza di un preventivo vaglio da parte della Corte EDU, si inquadra la questione nell'operatività del combinato disposto degli artt. 46 e 41 della Convenzione[25]

sulla portata dell'art. 7, CEDU, cfr. Mazzacuva F., *Interpretazione evolutiva del* nullum crimen *nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes, Zagrebelsky V., Milano, 2011, 427.

23. Dal contenuto della Relazione governativa al decreto legge n. 341 del 200, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 4 del 2001, si apprendeva che la disposizione intendeva risolvere, in via interpretativa, i dubbi circa l'applicabilità della disciplina sul giudizio abbreviato nei casi in cui, stante il concorso di reati, alla pena dell'ergastolo si sarebbe dovuta aggiungere anche la sanzione dell'isolamento diurno. Per forte critica sulla asserita natura interpretativa del decreto legge, cfr., *ex multis*, Gaito, *Nuovo giudizio abbreviato, procedimenti in corso e cultura del "giusto processo"*, in *Giur. it.*, 2000, 1007; Marzaduri, *Sui rapporti tra abbreviato ed ergastolo. Vera interpretazione o intervento autonomo?*, in *Guida dir.*, 2000, 27, 102; Rombi, *La controversa questione dell'applicabilità retroattiva dell'art. 442, 2° co. c.p.p.*, in *Giur. it.*, 2000, 1459; Abbati, *Il nuovo giudizio abbreviato tra* tempus regit actum e favor rei, *ivi*, 2001, 1008; ma anche, espressamente, Cass., Sez. Un., (ord.) 10 settembre 2012, Ercolano, cit., che distingue, con cautela, tra legge autenticamente interpretativa e legge che, pur formalmente dichiarata interpretativa, si rivela invece innovativa. Allo stessa modo, la pronuncia in commento la definisce « *una qualifica non corrispondente alla realtà, che gli è stata data per determinare un effetto retroattivo, altrimenti non consentito* ».

24. Il quale disciplina, in via transitoria, il potere dell'imputato di revocare la richiesta di giudizio abbreviato nel termine di trenta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto legge.

25. V., altresì, *infra* alla nota 17. Al riguardo, la Consulta, rammenta che all'indomani della pronuncia europea del 2009, lo Stato italiano ha comunicato al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (organo preposto al controllo sull'esecuzione delle statuizioni provenienti da Strasburgo)

per poi ritenere che il riferimento alle "sentenze pilota", nel caso in esame, « *non [sarebbe] puntuale* »[26]. Nonostante la diversa considerazione sul punto, tuttavia, la Cassazione avrebbe fondatamente ritenuto che il precedente europeo non consenta all'Italia di limitarsi a sostituire la pena applicata, ma la obblighi a porre riparo alla violazione riscontrata a livello normativo e a rimuoverne gli effetti nei confronti di tutti i condannati che si trovino nelle medesime condizioni sollevando l'incidente di costituzionalità.

Di fronte alla "scandalosa latitanza del legislatore"[27] nel por mano a rimedi sul conflitto tra ordinamento nazionale e sistema convenzionale, il problema relativo all'eliminazione degli effetti assume un ruolo preminente, specie se caratterizzato dalla presenza di soggetti che hanno optato per il sistema di giustizia CEDU e soggetti che, al contrario, per l'avvenuta formazione del giudicato hanno smarrito tale via. Si ammette, per l'effetto, che il valore della *res iudicata*, garanzia di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici[28], « *conosce ipotesi di flessione [della sua] intangibilità, che la legge prevede nei casi in cui sul valore costituzionale ad esso intrinseco si debbano ritenere prevalenti opposti valori, ugualmente di dignità costituzionale*[29]*, ai quali il legislatore intende assicura il primato. Tra questi, non vi è dubbio che possa essere annoverata la tutela della libertà personale, laddove essa venga ristretta sulla base di una norma incriminatrice successivamente abrogata oppure modificata in favore del reo* »[30]. Pertanto, compete unicamente alla Consulta « *di rilevare che, nell'ambito del diritto penale sostanziale, è proprio l'ordinamento interno a reputare recessivo il valore del giudicato, in presenza di alcune sopravvenienze*[31]

di avere, con riferimento alle misure individuali, attivato nella forma dell'incidente di esecuzione la procedura rivolta alla sostituzione della pena dell'ergastolo con quella di trenta anni.

26. Il dato sarebbe riscontrabile dalla stessa sentenza Scoppola laddove si puntualizza che « *nella presente causa, la Corte non ritiene necessario indicare delle misure generali che si impongano a livello nazionale nell'ambito dell'esecuzione della presente sentenza* » (passaggio citato *a fortiori* dalla stessa Corte costituzionale).

27. Scaccianoce, *La retroattività della* lex mitior *nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, 184.

28. Così già Corte cost., n. 236 del 2011, cit. In dottrina, contrariamente, Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Bari, 1985, 604 ss., ritiene che dove « *ogni caso sia in definitivamente giudicabile, ogni lite diventa un focolaio cronico; nessun corpo sociale tollera simili tensioni* ». E « *il fondamento d'una siffatta situazione è normativo e non logico* ». Da un'altra prospettiva, precedentemente, Calamandrei, *Verità e somiglianza nel processo civile*, in Id., *Opere giuridiche*, Napoli, V, 1972, 615 ss., riteneva che « *nonostante l'antico aforisma, anche dopo il passaggio in giudicato il bianco resta bianco ed il quadrato non diventa rotondo* ». Recentemente cfr. Callari, *La* firmitas *del giudicato penale. Essenza e limiti*, Milano, 2009, 156.

29. Dalla letteratura più risalente, le meditate pagine di Carnelutti, *Contro il giudicato penale*, in *Riv. dir. proc.*, 1951, I, 293; e di Leone, *Il mito del giudicato*, in *Riv. dir. proc. pen.*, 1956, 189, risuonano ancora attuali.

30. § 7.3 del Considerato in diritto.

31. La crisi dell'irrevocabilità del giudicato, come già ritenuto dal giudice rimettente, è riscontrabile nell'art. 2, co. 3, c.p., secondo cui la pena detentiva inflitta con condanna definitiva si converte automaticamente nella corrispondente pena pecuniaria, se la legge posteriore al giudicato prevede

relative alla punibilità e al trattamento punitivo del condannato ». E al giudice comune (*recte*, quello rimettente) di perimetrare l'esatto campo di applicazione in sede esecutiva di tali sopravvenienze, ovvero della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, e, nell'ipotesi in cui rilevi per la proposizione dell'incidente di costituzionalità, argomentarne le ragioni « *in termini non implausibili* ».

Muovendosi successivamente sul piano delle conseguenze, la Corte costituzionale procede nell'apprezzare l'ermeneutica della Cassazione, che, in ossequio all'art. 30, co. 4, l. 11 marzo 1953, n. 87, aveva ammesso come il giudicato penale non impedisca al giudice di intervenire sul titolo esecutivo per modificare la pena, quando la misura di questa sia prevista da una norma ritenuta convenzionalmente illegittima, o quando tale riconoscimento sorregga un giudizio altamente probabile di illegittimità costituzionale con riferimento all'art. 117, co. 1, cost.[32] La declaratoria di incostituzionalità dell'art. 7, co. 1, del decreto legge n. 341 del 2000, avendo una forza invalidante *ex tunc*, inciderebbe così sull'esecuzione ancora in corso della pena illegittimamente inflitta al ricorrente in applicazione della più severa norma penale sostanziale, travolgendo il giudicato.

Il vero *punctum pruriens* — continua — insiste sulla necessità di individuare il procedimento da seguire per conformarsi alla sentenza della Corte EDU e, specificamente, se il giudice dell'esecuzione abbia competenza al riguardo. Eliminato ogni dubbio sulla possibilità di utilizzo dell'istituto della revisione di cui all'art. 630 c.p.p.[33], si ritiene non doversi procedere ad una riapertura del processo di cognizione, ma occorra, più semplicemente, inci-

esclusivamente quest'ultima; regola che deroga a quella posta invece dal co. quarto della stessa norma sancendo il primato della *lex mitior*, salvo che sia stata pronunciata sentenza irrevocabile. Alla novità normativa richiesta dall'art. 2 menzionato, sarebbe dunque assimilabile in via analogica il *novum* dettato dalla Corte di Strasburgo, facendosi forte, in entrambi i casi, l'esigenza imprescindibile di far cessare gli effetti negativi dell'esecuzione di una pena *contra legem*, tale da prevalere sulla tenuta del giudicato. Cfr. Scaccianoce, *La retroattività della* lex mitior *nella lettura della giurisprudenza interna e sovranazionale: quali ricadute sul giudicato penale?*, 184.

32. La norma, chiarendo quanto già espresso all'art. 136 cost., prevede infatti che « *quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali* ». Stando a Cass., sez. I, 13 gennaio 2012, P.m. in proc. Hauohu, in *www.penalecontemporaneo.it*, l'art. 30 della legge n. 87 del 1953 avrebbe un campo di operatività più esteso rispetto all'art. 673 c.p.p., in tema di revoca della sentenza per abolizione del reato (sul punto, per tutti, Gaito, *Dagli interventi correttivi sull'esecuzione della pena all'adeguamento continuo del giudicato: verso un processo penale bifasico?*, in *Giur. cost.*, 1996, 896), nel senso che impedisce anche l'esecuzione della pena o della frazione di pena inflitta in base alla norma dichiarata costituzionalmente illegittima sul punto, senza coinvolgere il precetto, e ciò in coerenza con la funzione che la pena, *ex* art. 27 cost., deve assolvere dal momento della sua irrogazione a quello della sua esecuzione.

33. Quale risulta per effetto della dichiarazione di illegittimità costituzionale della Corte cost., n. 113 del 2011, in *www.cortecostituzionale.it*.

dere sul titolo esecutivo[34], sostituendo — come del resto già affermato[35] — la pena irrogata con quella conforme alla Convenzione e già predeterminata dalla legge[36]. Del pari inutilizzabile, inoltre, sarebbe il rimedio del ricorso straordinario *ex* art. 625–*bis* c.p.p. perché rispetto all'interessato manca una pronuncia specifica della Corte di Strasburgo[37].

Insomma: secondo la Corte costituzionale nei casi in cui sia evidente un contrasto tra la normativa interna e quella sovranazionale[38], e ricorra, tra l'altro, la necessità di conformarsi ad una sentenza della Corte europea, sarebbe precluso al giudice nostrano di limitarsi a sostituire la pena applicata in ogni caso, essendo obbligato a porre riparo alla violazione riscontrata sul piano normativo e a rimuoverne gli effetti passando unicamente per la via dell'incidente di legittimità costituzionale.

4. La delicatezza della tematica è apparsa percepibile sin dall'inizio. E a livello di sistema, nonostante l'apprezzamento, la sentenza in analisi induce a qualche osservazione critica.

È evidente che il tema del giudicato, da sempre al centro di opposte valutazioni di opportunità, continui a recare con sé tanto le cautele che le aperture al non visto, ma si rileva — ancora una volta — che nei casi simili a quello di specie, « *non costituisc[a] un ostacolo insuperabile* »[39]. Rimanendo nella cornice concettuale di un costante dialogo tra il diritto vivente di derivazione europea e quello nostrano[40], lo Stato viene ora obbligato ad adottare "misure generali" anche in assenza di una specifica statuizione proveniente da Strasburgo in questo senso, affinché le violazioni dei diritti convenzionali

34. Sul punto, Gaito, Ranaldi, voce *Esecuzione penale*, in *Enc. Dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, 566.

35. Gaito, Santoriello, *Giudizio abbreviato ed ergastolo: un rapporto ancora difficile*, cit., 1201 ss.; Viganò, *Figli di un Dio minore? Sulla sorte dei condannati all'ergastolo in casi analoghi a quello deciso dalla Corte EDU in Scoppola c. Italia*, cit., 8.

36. La stessa Corte riconosce come « *del resto non è senza significato che [...] dopo la sentenza Scoppola l'Italia abbia fatto riferimento proprio al procedimento esecutivo, quando, tra l'altro, ha comunicato al Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa che, in vista delle possibilità offerte dalla procedura dell'incidente di esecuzione alle persone che possono trovarsi in una situazione simile a quella del ricorrente nel presente caso, le autorità italiane considerano che la pubblicazione e la diffusione della sentenza della Corte europea ai tribunali competenti costituiscono misure sufficienti per prevenire violazioni simili* ».

37. Nel precedente Scoppola era stato proprio questo il rimedio interno percorso per l'adeguamento della pena.

38. Per un ordinamento integrato con le fonti del diritto europee, v. Balsamo, De Flammineis, *Interpretazione conforme e nuove dimensioni garantistiche in tema di retroattività della norma penale favorevole*, in *Arch. pen.*, 2012, 727.

39. In proposito, Giunchedi, *La prova nella giurisdizione esecutiva*, cit., pp. 6 e 25, parla espressamente di « *giudicato "flessibile"* » che « *non deve più essere considerato un tabù e per tal motivo, soprattutto* in executivis*, è opportuno manipolarlo per aspirare a rendere più giusta, o meglio ancora, più equa una decisione* ».

40. Al riguardo, cfr. ancora, Giunchedi, *La prova nella giurisdizione esecutiva*, cit., pp. 1 ss., dove si affronta il giudicato « *tra spirito conservativo e prospettive nuove* ».

non si ripercuotano nelle situazioni analoghe. Il quadro normativo, forse, offre la stura a situazioni processuali di "scarso comodo", certo è, tuttavia, che nell'occasione la Consulta abbia tenuto a ribadire come il suo ruolo non sia *bypassabile* da interpretazioni "frettolosamente troppo europeistiche".

Allontanandosi, qui, dall'illusoria pretesa di poter attingere immutabili verità di ragione, l'aspirazione sarebbe quella di raggiungere situazioni di ponderata giustizia sostanziale evitando un eccessivo numero di passaggi processuali che, seppur in chiave garantistica per l'ordinamento, con un incondizionato ricorso all'incidente di costituzionalità — suscettibile, anch'esso dopo tutto, di sbarramento — potrebbe lasciare insoddisfatte questioni altrettanto delicate.

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/978885485819019
pag. 623–638

Impugnazioni

La Corte di cassazione tra aspirazioni garantiste e perduranti insensibilità verso il giusto processo d'appello

Daniela Chinnici, Daniele Livreri*

La decisione

Associazione per delinquere — Delitti fine — *Affectio societatis* — Necessità (c.p., art. 416; d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, art. 74).

Memorie difensive — Omessa valutazione — Nullità esclusa (c.p.p., art. 178).

Giudizio di legittimità — Memorie — Deposito tardivo — Obbligo di valutazione escluso (c.p.p., artt. 121, 523, 611).

Contestazione acquisitiva — Dichiarazioni non contestate — Divieto di utilizzabilità (c.p.p., art. 503).

Giudizio di appello — Riforma in ordine all'utilizzabilità di atti — Violazione del diritto difesa — Esclusione (cost., art. 111; CEDU, art. 6; c.p.p., art. 597).

La ricorrenza di plurimi delitti commessi congiuntamente da più persone non è elemento sufficiente a dimostrare la sussistenza di un'associazione per delinquere, occorrendo comunque la dimostrazione di elementi probatori da cui ricavare una comune affectio societatis *ed una consapevolezza da parte degli imputati di perseguire, con carattere di stabilità, uno scopo comune.*

L'omessa valutazione degli scritti difensivi non è prevista quale causa di nullità, potendo piuttosto apprezzarsi eventualmente sul piano della congruità della motivazione.

Anche nel giudizio di legittimità in pubblica udienza si applica il termine per il deposito di scritti difensivi di cui all'art. 611, in omaggio alla pienezza e all'effettività del contraddittorio cui si ispira il vigente codice di rito.

In caso di contestazione acquisitiva di dichiarazioni dell'imputato possono utilizzarsi a fini probatori soltanto i brani oggetto di specifica contestazione.

A seguito di gravame, il giudice d'appello è abilitato a rivalutare in toto *la regiudicanda, senza alcun condizionamento derivante dalle valutazioni del giudice*

* La nota è frutto di riflessione ed elaborazione congiunta; i paragrafi 1, 2 e 3 sono stati materialmente redatti dal dott. D. Livreri; i paragrafi 4 e 5 dalla prof.ssa D. Chinnici.

di primo grado sia sull'apprezzamento degli elementi di prova sia su profili di invalidità o inutilizzabilità di atti da quello eventualmente ravvisati.

Cassazione Penale, Sesta Sezione, 28 febbraio 2012 (dep. 15 maggio 2012) — Agrò, *Presidente* — Conti, *Relatore* — D'Angelo, p.m. (*diff.*). — C.A. e altri ricorrenti.

Il testo della decisione in commento è consultabile sul sito *web archiviopenale.it*.

Il commento

1. La sentenza in commento offre una pluralità di spunti, tanto con riferimento al diritto penale quanto rispetto a temi processualpenalistici, che proprio a causa della loro molteplicità potranno essere analizzati soltanto in maniera parziale.

Con specifico riguardo al profilo sostanziale, la pronuncia in rassegna si segnala per l'implicito rifiuto di consolidati schemi induttivi in ordine all'esistenza del reato associativo (di tipo semplice).

Al fine di una migliore intelligenza di quanto si dirà al riguardo, appare però opportuno dar conto, sebbene per cenni, del fervido dibattito intorno ai requisiti del reato di associazione per delinquere.

A tal proposito la giurisprudenza di legittimità ha riconosciuto come le fattispecie associative di cui al codice penale e al Testo unico delle leggi sugli stupefacenti non rechino nozioni definitorie del delitto che intendono reprimere, rimandando l'interprete a concetti socialmente diffusi. E ciò tanto al fine di cogliere l'essenza dell'associazione, quanto per definirne i confini con la contigua fattispecie di concorso di persone nel reato continuato[1].

Ancora più radicalmente, la dottrina ha ritenuto che il legislatore abbia di fatto abdicato al suo ruolo *in subiecta materia*, rimettendo all'arbitrio dell'interprete l'individuazione delle caratteristiche del sodalizio penalmente rilevante[2].

Altri hanno sottolineato come le condotte incriminate siano descritte mediante un termine normativo — "si associano" — di incoercibile vaghezza, cui si affianca un bene giuridico protetto, l'ordine pubblico, per lo più inteso quale dato ineffabile che sfugge ad ogni tentativo di percezione empirica[3].

1. Cass, sez. VI, 25 settembre 1998, Villani, in *Cass. Pen.*, 1999, 3111.

2. Fava, *Giurisprudenza penale*, Santarcangelo di Romagna, 2008, 301.

3. Iacoviello, *L'organizzazione criminogena prevista dall'art. 416 c.p.*, in *Cass. Pen.*, 1994, 574, che suggerisce di concretizzare la nozione di ordine pubblico intendendola quale assetto sociale *hic et nunc*, caratterizzato da determinati tassi di criminalità, potenziati dalla capacità criminogena dell'associazione per delinquere. Altri hanno tuttavia sottolineato che qualsiasi sforzo interpretativo dovrà

Sinteticamente si è osservato che la formula incriminatrice di cui all'art. 416 c.p. è affetta da un grave deficit di tipicità[4]; peraltro la sostanziale indeterminatezza della norma risponderebbe all'intento del legislatore del 1930 di introdurre uno strumento repressivo idoneo a fronteggiare le più svariate forme di manifestazione della criminalità organizzata[5].

Date queste premesse, risultano pressoché inevitabili divergenze giurisprudenziali in ordine a quali siano i requisiti per configurarsi il delitto associativo.

Secondo un primo orientamento, per la sussistenza del predetto reato « *è sufficiente che alcuni soggetti in numero superiore a tre*[6] *si accordino tra loro allo scopo di commettere più delitti, mediante un patto stabile e permanente diretto al perseguimento di fini illeciti comuni a tutti gli associati* »[7], con la permanente consapevolezza in capo a ciascuno di far parte del sodalizio e di contribuire alla realizzazione di un duraturo programma criminale[8]. La permanenza

comunque confrontarsi con i contorni sfuggenti del bene giuridico "ordine pubblico" (Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, Pts I, Bologna, 1988, 347). Del resto la problematicità del concetto è da lungo tempo evidenziata dalla dottrina di lingua tedesca che ha qualificato l'ordine pubblico quale "Ruppelkammer von Begriffen", ossia ripostiglio di concetti (Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Leipzig 2. ed. 1890–1919, I, p. 351).

4. Insolera, *L'associazione per delinquere*, Padova, 1983. Con particolare riguardo alla fattispecie prevista dall'art. 416–*bis* c.p., già in epoca immediatamente successiva all'introduzione della stessa, la dottrina ha avanzato dubbi avuto riguardo alle garanzie di certezza offerte dalla norma (Romano, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Ius*, 1985,428).

5. Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit., 354. In tal senso gli Autori respingono la tesi di quanti ritengono che la norma di cui all'art. 416 del Codice Rocco non abbia strumenti diretti a combattere forme moderne di criminalità organizzata (tesi già in passato sostenuta da Neppi Modona, *L'associazione di tipo mafioso*, in *Dem. e dir.*, 1983, 61 e ss.). Vale la pena al riguardo rammentare però come nei lavori parlamentari propedeutici alla introduzione dell'art. 416–*bis* si sottolineasse come la nuova ipotesi associativa servisse a « *colmare una lacuna . . . non essendo sufficiente la previsione dell'art. 416 c.p. . . . a comprendere tutte le realtà associative di mafia che talvolta prescindono da un programma criminoso . . .* » (proposta di legge n. 1581/1980).

6. La Corte regolatrice da tempo riconosce che in tema di associazione per delinquere il numero minimo di persone — almeno tre — può raggiungersi anche per successiva adesione di altri ad un vincolo originario tra due sole persone (Cass., sez. I, 10 agosto 1987, Lombardi, in *Mass. Uff.* n. 176523; Id., sez. I, 1 luglio 1971, Amoroso, in *Mass. Uff.* n. 1339). Recentemente i Giudici di legittimità hanno riconosciuto la possibilità di formare una *societas sceleris* attraverso un accordo plurilaterale aperto all'adesione sul progetto comune, sottolineando come sia una peculiarità dell'accordo associativo quello di essere tendenzialmente aperto all'adesione da parte di terzi, carattere questo che costituisce anche un sintomo della stabilità della stessa organizzazione che presuppone necessariamente possibili variazioni degli associati, senza che per questo l'associazione muti (Cass., sez. VI, 15 marzo 2012, Rubino, cit.).

7. Cass., sez. I, 25 marzo 2003, Faci e altro, in *Mass. Uff.*, n. 224808. In dottrina sembra aderire alla soluzione adottata da queste sentenze Valiante, *L'associazione criminosa*, Milano, 1997, p.48, che non richiama l'organizzazione quale elemento tipico della fattispecie nonché Bongiorno, *La lotta alle ecomafie tra tutela dell'ambiente e dell'ordine pubblico: un equilibrio precario attraverso l'(ab)uso di concetti elastici* in *www.penalecontemporaneo.it*, secondo cui infatti, nell'associazione a delinquere ex art. 416 c.p. l'ordine pubblico risulta minacciato dall'accordo di tre persone finalizzato a commettere dei delitti.

8. Cass., sez. VI, 25 settembre 1998, Villani, cit.; Id., sez. I, 22 febbraio 1979, Pino ed altri, in *Giust.*

del vincolo costituirebbe di per sé un grave pericolo per l'ordine pubblico, di talché il legislatore l'ha promossa a reato[9].

Incentrata la ricostruzione del delitto associativo sul *pactum sceleris*, la giurisprudenza testé richiamata ha affrontato la questione relativa all'elemento distintivo rispetto al concorso di persone (soprattutto in caso di reato continuato). A tal fine, si è per lo più argomentato che la differenza risiederebbe nell'oggetto dell'accordo criminoso. Infatti nell'ipotesi concorsuale « *il fine è costituito da un individuato reato o da un certo numero di reati, predeterminati sin dall'inizio della collaborazione e strumentali ad un unico disegno criminoso storicamente precisabile, mentre nell'associazione lo scopo comune, oggetto dell'incontro di volontà, consiste nel programma di commettere, cogliendo le opportunità che via via si presentano, una pluralità indefinita di reati* »[10].

Nondimeno in tale prospettiva, restano da chiarire le ragioni della deroga alla regola generale di cui all'art. 115, co. 1, c.p., secondo la quale qualora due o più persone si accordino allo scopo di commettere un reato nessuna di esse è punibile per il solo fatto dell'accordo, salvo che la legge disponga altrimenti[11].

Al riguardo non pare del tutto convincente la tesi secondo cui sarebbe la genericità del programma criminoso a fondare la deroga al principio generale[12].

Infatti potrebbe ben osservarsi che un accordo criminoso volto a compiere plurimi e determinati reati in un lungo periodo potrebbe risultare assai più pericoloso per l'ordine pubblico del patto avente ad oggetto un programma delittuoso indeterminato da realizzarsi, tuttavia, in un breve arco temporale[13].

pen. 80, II, 162.

9. Cass., sez. VI, 25 settembre 1998, Villani, cit.. Si noti che, con riguardo al delitto associativo finalizzato al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope, è stato individuato quale bene giuridico protetto la salute individuale e collettiva, minacciata dalla diffusione dello spaccio di sostanze stupefacenti (Cass., sez. II, 16 marzo 2005, L.D.N, in *Mass. Uff.*, n. 231972) con conseguente possibilità di concorso tra questo delitto ed altre fattispecie associative (Id., sez. I, 21 gennaio 2010, D. e altro, *ivi*, n. 247058).

10. Cass., sez. VI, 25 settembre 1998, Villani, cit.. In dottrina si è evidenziato che la giurisprudenza, pur invocando quale elemento distintivo tra il concorso eventuale nel reato e il delitto associativo, il carattere indeterminato del programma criminoso non chiarisce adeguatamente le condizioni ed i limiti in cui tale genericità assuma la natura di *discrimen* tra i due istituti (De Francesco, voce *Associazione per delinquere e Associazione di tipo mafioso*, in *Digesto. Disc. pen.*, I, 293).

11. In dottrina si è divisato che l'art. 416 costituisca una deroga al principio di cui all'art. 115 in ragione del particolare interesse tutelato (Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 2001, 538). Altri autori, pur menzionando delle eccezioni alla disposizione di parte generale sulla scorta dell'interesse tutelato, non vi includono l'art. 416 (Antolisei, *Manuale di Diritto penale*, Milano, 2000, 561).

12. Taluni autori hanno sottolineato la portata innovativa della disciplina di cui all'art.115 rispetto alla legislazione previgente, nonché ad altre legislazioni (Antolisei, *Manuale di Diritto penale*, cit., 560).

13. È stato notato che la permanenza, tipica dell'associazione a delinquere, non deve confondersi

A fronte del superiore indirizzo, altre pronunce hanno ritenuto, seppure a fini e con contenuti assai diversi, che in tema di delitti associativi occorra la ricorrenza di un elemento strutturale.

Peraltro, alcune sentenze hanno ritenuto che tale elemento non serva ad affermare la sussistenza dell'associazione per delinquere ma a dimostrarne l'offensività[14].

Diversamente è stato rilevato che l'elemento organizzativo è un requisito del reato[15].

Quest'ultimo approccio pare meglio conformarsi alla lettera dell'art. 416 c.p. Infatti, è agevole constatare, attraverso il raffronto tra le norme codicistiche di cui agli artt. 304 (« *Cospirazione politica mediante accordo* ») e 305 (« *Cospirazione politica mediante associazione* »), come per il legislatore del 1930 il termine 'associarsi' non si riduca ad un mero accordo[16].

Tale esegesi peraltro eliderebbe alla radice ogni questione in ordine alle inferenze tra l'art. 115 e le fattispecie associative[17]: giacché verrebbe meno la necessità di individuare la specifica *ratio* per la quale nel caso previsto dall'art. 416 verrebbe punito un mero accordo, irrilevante *ex* art. 115.

Tuttavia, è tutt'altro che pacifico quale sia il grado organizzativo richiesto

con la stabilità che è semplicemente durata e può essere più lunga nel concorso eventuale che nel reato associativo (Iacoviello, *L'organizzazione criminogena prevista dall'art. 416 c.p.*, cit.). La Corte di cassazione si è già pronunciata per l'ammissibilità di un'associazione per delinquere congegnata in vista di un arco temporale predeterminato (Cass., sez. I, 18 febbraio 2008, Re, in *Mass. Uff.*, n. 239371; Id., sez. V, 5 maggio 2009, Occioni, *ivi*, n. 244486).

14. Cass., sez. IV, 21 aprile 2006, in *Mass. Uff.*, n. 234576; Id., sez. VI, 25 settembre 1998, Villani, cit..Tuttavia non può sottacersi come per la dottrina penalistica non vi sia reato *sine iniuria*, giacché è penalmente rilevante soltanto « *il fatto che non solo è previsto dalla legge come tale, ma che è costruito dalla medesima in modo da essere necessariamente offensivo dell'interesse specifico tutelato dalla norma* » (Mantovani, *Diritto penale*, cit., 193 e ss. nonché Fiandaca, Musco, *Diritto penale*, cit. 141). In altri termini l'offesa è elemento costitutivo del reato accanto agli altri elementi strutturali della fattispecie.

15. Tra le tante si richiamano Cass., sez. VI, 7 novembre 2011, Papa ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 251562; Id., sez. II, 23 aprile 2010, *ivi*, n. 247105; Id., sez. VI, 12 maggio 1995, Mauriello, *ivi*, n. 202037; Id., sez., VI, 14 giugno 1995, Montani ed altri, *ivi*, n. 203643. In alcune pronunce si è affermato che la struttura impiegata per finalità criminali potrebbe essere una originaria struttura lecita e non necessariamente una creata a tale scopo (Cass., sez. VI, 15 marzo 2012, Rubino, cit.; Id., sez. I, 3 ottobre 1989, Pintacuda, in *Mass. Uff.*, n. 183001. In materia di rapporti tra associazioni religiose e *societas sceleris* si segnala in particolare Cass., sez. II, 22 maggio1995, p.m. ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 201516). Si noti che l''indirizzo prevalente in dottrina sostiene che la sussistenza di una struttura organizzativa stabile e permanente, in relazione alle finalità di volta in volta perseguite dall'associazione, sia requisito imprescindibile, la cui carenza non permetterebbe di affermare l'autonomia concettuale del delitto in esame rispetto al concorso di persone nel reato continuato: tale tesi si rinviene tra gli altri in Boscarelli, *Associazione per delinquere*, in *Enc. dir.*, vol. III, Milano, 1958, p. 858; Insolera, *L'associazione per delinquere*, Milano, 1983, p. 194; De Francesco, *Associazione per delinquere e associazione di tipo mafioso*, in *Dig. disc. pen.*, vol. I, Torino, 1987 p. 292; Ingroia, *L'associazione di tipo mafioso*, Milano, 1993, pag. 13).

16. Per una panoramica sui reati in questione si rimanda a Codagnone, *Cospirazione politica mediante accordo o associazione*, in *Enciclopedia Forense*, II, 1958, 787.

17. Cass., sez. VI, 12 maggio 1995, Mauriello, cit.; Id., sez. I, 24 gennaio 1991, Arturi e altro, in *Riv. pen.* 1991, 697.

per l'integrazione della fattispecie associativa.

Se, infatti, plurime pronunce di legittimità hanno fatto riferimento a strutture rudimentali o minime[18], prive di una qualche organizzazione gerarchica e con mezzi anche occasionalmente apprestati dagli associati[19], altre hanno sottolineato la necessità che ricorrano mezzi idonei ed adeguati a realizzare con successo l'attività programmata[20].

In dottrina si è rilevato che per integrarsi il delitto associativo la struttura volta alla realizzazione del programma criminoso deve possedere i requisiti di idoneità e non equivocità di cui all'art. 56 c.p., avuto riguardo allo specifico disegno criminoso prediletto dall'organizzazione criminale[21].

Altri hanno rilevato che la tipicità dell'associazione per delinquere risieda nel tipo di ruoli in essa rinvenibile. In tale ottica, invero, una struttura organizzativa è sovente presente anche nel concorso di persone nel reato (arg. *ex* art. 112 n. 2, c.p.) e, tuttavia, esaurendosi nella mera commissione di più delitti programmati, essa è caratterizzata soltanto da ruoli funzionali alla commissione dei delitti fine. Diversamente, l'organizzazione tipica delle associazioni per delinquere affianca a talune strutture esecutive altre prettamente di autoconservazione, strumentali alla sopravvivenza dell'associazione[22].

Così brevemente, e senza alcuna pretesa di esaustività, ricostruito il dibattito intorno agli elementi strutturali del delitto associativo, giova ora rilevare come la sentenza annotata si segnali per avere all'evidenza respinto ogni approccio probatorio che induca l'esistenza del reato associativo dalla commissione di una pluralità di reati[23]. Infatti, pur essendo conclamata la responsabilità di tutti gli imputati per numerosi delitti in materia di stupefacenti, compiuti congiuntamente da più ricorrenti, i Giudici di legittimità, discostandosi da quelli del merito, hanno ritenuto che non fosse offerta nel caso di specie alcuna precisa indicazione degli elementi probatori da cui ricavare una comune *affectio societatis* ed una consapevolezza da parte degli

18. Cass., sez. I, 22 dicembre 2009, G., in *Cass. pen.*, 2010, 11, 3980; Id., sez. VI, 12 maggio 1995, Mauriello, cit..

19. Cass., sez. VI, 13 febbraio 2009, Mammoliti, in *Mass. Uff.*, n. 244520.

20. Cass., sez. VI, 14 giugno 1995, Montani, cit..

21. Antonini, *Le associazioni per delinquere nella legge penale italiana*, in *Giust. pen.*, 1985, II, 286 e ss. Analogamente Iacoviello, *L'organizzazione* cit., ha ravvisato che l'idoneità offensiva dell'associazione non può che parametrarsi rispetto ad un programma caratterizzato da specifiche tipologie di delitti, di talché ad esempio in un'associazione preordinata all'emissione di fatture per operazioni inesistenti la compagine criminale dovrà agire sotto un nome, con una partita Iva, dovrà munirsi di un'articolazione con ruoli individuali ritagliati sulla peculiarità del delitto preso di mira *et similia*.

22. Iacoviello, *L'organizzazione* cit., 580.

23. Ovviamente per quanti tacciano le norme che puniscono i delitti associativi di essere state congegnate in modo inafferrabile, l'impiego dei delitti scopo per dimostrare quello strumentale è il chiaro precipitato della imperfetta tecnica legislativa (Iacoviello, *L'organizzazione* cit., 574).

imputati di perseguire con carattere di stabilità uno scopo comune[24].

Diversamente, in precedenza, la giurisprudenza di legittimità aveva più volte rimarcato il valore dimostrativo della consumazione dei reati fine per provare l'esistenza di un'associazione per delinquere[25], rilevando in particolare che essi costituiscono *facta concludentia* di particolare pregnanza al fine di cui prima[26].

Tuttavia, per quanto assai diffuso in giurisprudenza, l'indirizzo da ultimo citato pare affetto da un errore prospettico, perché presuppone ciò che dovrebbe provare: infatti esso ricava dalla commissione di plurimi delitti la prova dell'associazione e ciò sulla scorta della conformità dell'attività delittuosa al programma criminoso[27]. Ma è evidente che lì dove fosse nota la ricorrenza di un programma criminoso e la sua indeterminatezza, non vi sarebbe alcuna necessità di far ricorso alla circostanza che siano stati commessi più delitti quale prova indiretta del reato associativo[28].

Peraltro la sentenza che si annota, coerentemente alle predette premesse, ha ritenuto il limitato arco temporale in cui avrebbe agito il presunto sodalizio criminale quale ulteriore aspetto di debolezza della pronuncia dei Giudici distrettuali. Se infatti la commissione di una pluralità di reati è un dato neutro rispetto alla ricorrenza del delitto associativo (piuttosto che del reato continuato), la circostanza che più persone abbiano commesso plurimi illeciti in un periodo limitato sembra escludere la fattispecie *de qua*, avuto riguardo al carattere di stabilità che la sentenza ritiene debba contrassegnare il delitto di cui all'art. 416 c.p.

2. La pronuncia involve plurimi profili di rilievo processuale.

Tra questi, la Corte ha affrontato la questione delle conseguenze della omessa valutazione delle memorie difensive: questione reiteratamente affrontata anche in tempi assai recenti dai Giudici di legittimità, i quali hanno

24. Dalla lettura della pronuncia sembra che la sentenza in rassegna ritenga necessario per aversi associazione per delinquere anche un elemento organizzativo, tuttavia, verosimilmente avendo preliminarmente rilevato l'assenza di prova in ordine al pactum sceleris, la pronuncia non ha compiutamente affrontato il tema.

25. Tra le tante si citano Cass., sez. VI, 15 marzo 2012, Rubino, n. 10094, inedita; Id., sez. II, 14 giugno 2011, M.V., in *Mass. Uff.*, n. 28872; Id., Sez. Un., 28 marzo 2001, Cinalli, *ivi*, n. 218376; Id., sez. VI, 11 gennaio 2000, Ferone, *ivi*, n. 216634; Id., sez. VI, 22 febbraio 1996, Marciano, *ivi*, n. 205670; Id., sez. I, 21 marzo 1989, Agostani, *ivi*, n. 181637.

26. Cass., sez. II, 14 giugno 2011, M.V., cit.

27. Tale corto circuito pare rinvenirsi anche in Cass., Sez. Un., 28 marzo 2001, Cinalli, in *Mass. Uff.*, n. 218376, secondo cui « *è consentito al giudice, pur nell'indipendenza del reato mezzo, ricavare la prova dell'esistenza del sodalizio criminoso e della sua connotazione ai sensi dell'art. 416*–bis *c.p.p. dalla commissione dei delitti rientranti nel programma comune* ».

28. Nondimeno in materia di associazioni di tipo mafioso il rilievo dei reati « *comuni* » potrebbe diversamente valutarsi, posto che il delitto associativo in parola è caratterizzato dalle modalità attraverso cui l'associazione concretamente si manifesta, modalità che si esprimono nel concetto di metodo mafioso (Cass., sez. I, 10 luglio 2007, Brusca ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 237619).

ritenuto che il mancato scrutinio di uno scritto difensivo comporti una nullità di ordine generale, *ex* art. 178 co. primo lett. *c*[29], atteso che l'omesso ed ingiustificato esame delle deduzioni allegate dalla difesa impedisce al prevenuto di intervenire concretamente nel processo ricostruttivo e valutativo effettuato dal giudice, risolvendosi nella violazione del diritto di difendersi provando[30]. Peraltro, l'indirizzo giurisprudenziale *de quo* ha riconosciuto che il mancato scrutinio dello scritto difensivo possa tradursi anche in una carenza della motivazione posta a supporto della decisione giudiziale, giacché la stessa potrebbe non illustrare i temi dedotti in memoria[31].

La sentenza in rassegna si è discostata dal suddetto pregresso orientamento.

I Giudici di legittimità, infatti, pur dando atto del differente indirizzo, con succinta motivazione, hanno escluso che dalla omessa valutazione di una memoria difensiva possa conseguire alcuna nullità, poiché non si tratta di ipotesi prevista dalla legge[32]. Piuttosto, la predetta omissione potrebbe refluire sulla congruità e correttezza logico–giuridica della motivazione.

La tesi sostenuta dalla Corte regolatrice non pare invero particolarmente persuasiva: in effetti, la norma da cui ricavarsi la dedotta nullità sembra rinvenirsi proprio nell'art. 178 lett. *c*), più volte richiamato dalla differente esegesi giurisprudenziale.

Del resto, la nozione di intervento dell'imputato deve essere interpretata non come mera presenza fisica, ma come partecipazione attiva e cosciente del protagonista della vicenda processuale, al quale deve garantirsi l'effettivo esercizio dei diritti e delle facoltà di cui è titolare[33].

Ed è evidente che il diritto delle parti di prospettare le loro argomentazioni attraverso memorie non può non avere come *pendant* un obbligo del giudice di scrutinarle, pena la risoluzione della superiore facoltà a mero simulacro di partecipazione al processo.

3. Sempre in tema di memorie, la Corte ha poi affrontato la questione dei termini per il deposito delle stesse innanzi a sé.

29. Cass., sez. V, 1 dicembre 2010–21 gennaio 2011, Norelli, n.11810 in *www.archiviopenale.it*; Id., sez. I, 7 ottobre 2010, P., in *Mass. Uff.*, n. 248551; Id., sez. Fer. 9–22 settembre 2010, Lombardi, *ivi*, 248216; Id., sez. I, 07 luglio 2009, Pascali, *ivi*, n. 244321; Id., sez. V, 03 giugno 2009, Papa, *ivi*, n. 38530; Id., sez. I, 14 ottobre 2005, Runfola, *ivi*, n. 232702; Id., sez. I, 06 maggio 2005, Maronese, *ivi*, n. 232518.

30. Cass., sez. Fer., 9–22 settembre 2010, Lombardi, cit.

31. Cass., sez. Fer., 9–22 settembre 2010, Lombardi, cit.; Id., sez. V, 1 dicembre 2010, Norelli, cit..

32. Vigente il codice di rito del 1930 i Giudici di legittimità, sulla scorta dell'art. 536 cpv., avevano ritenuto che la Corte di cassazione fosse esente dall'obbligo di scrutinare le memorie del non ricorrente (Cass., sez. V, 14 dicembre 1988, Bradaschia, in *Riv. Pen.*, 1990, 1061).

33. Cass., sez. I, 18 luglio 1997, Masone, in *Mass. Uff.*, n. 208597. In dottrina per analoga interpretazione della norma in questione Dominioni, *Sub* art. 178 c.p.p., in *Comm. nuovo c.p.p.*, Amodio, Dominioni, II, 263.

Al riguardo, è agevole rilevare come un termine specifico sia previsto soltanto per le udienze camerali regolate *ex* art. 611 c.p.p., ma non per l'udienza pubblica.[34]

Tuttavia i Supremi Giudici con la sentenza in rassegna hanno aderito all'indirizzo secondo cui la disposizione dettata per il rito camerale « *si applica anche per il procedimento in pubblica udienza, ove si consideri la regola della pienezza e dell'effettività del contraddittorio cui si ispira il vigente codice di rito* »[35], comportandone l'inosservanza l'esenzione dall'obbligo di prendere in esame gli scritti difensivi[36]. Peraltro in maniera non del tutto coerente con il principio di diritto reso in materia di omesso scrutinio delle memorie, i Giudici di legittimità hanno affermato che il deposito degli scritti difensivi almeno 15 giorni prima dell'udienza consentirebbe al Giudice « *di conoscere*

34. Ovviamente in caso di udienza camerale regolata *ex* art. 127 varrà il diverso termine ivi previsto.

35. Cass., sez. V, 1 dicembre 1992, Boero, in *Mass. Uff.*, n. 194321; Id., sez. I, 06 maggio 2009, V.S., *ivi*, n. 243799; Id., sez. I, 11 marzo 2004, M., *ivi*, n. 228646; Id., sez. I, 27 novembre 1995, Coppolaro, in *Cass. Pen.*, 1997, 427. La necessità di un'effettiva conoscenza degli scritti altrui per esercitare una compiuta interlocuzione processuale è stata affermata anche riguardo al caso in cui la Corte di appello, sebbene irritualmente, acquisisca nel giudizio di revisione un parere del P.G., dovendosi dare comunicazione di ciò al condannato, a pena di nullità (Cass., Sez. Un.,19 gennaio 2012, Dander, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2012, 4, 375). In termini generali è d'uopo rilevare che la disciplina delle memorie poste dall'art. 121 c.p.p. può suscitare dubbi in tema di rispetto del principio del contraddittorio e ciò con precipuo riguardo alla possibilità di depositare le stesse fuori udienza e senza alcun onere informativo nei confronti delle altre parti processuali. A tal proposito si richiamano alcuni precedenti della Corte europea dei diritti dell'uomo, secondo cui viola l'art. 6 della convenzione la presentazione al Giudice di memorie senza avviso alla controparte (Corte EDU, 22 febbraio 1996, Bulut vs. Austria; Id., 28 agosto 1991, Brandstetter vs. Austria; Id., 26 luglio 2002, Meftah vs. Francia). Né convince l'argomentazione dispiegata nella Relazione al testo definitivo del codice ove si afferma che non si è ritenuto opportuno introdurre obblighi di comunicazione, giacché essi dovrebbero ritenersi impliciti in un sistema informato dal principio del contraddittorio (per un compiuto resoconto delle evoluzioni patite in sede di lavori preparatori dal testo dell'art. 121 c.p.p. si rimanda a Conso, Grevi, Modona, *Il nuovo codice di procedura penale: dalle leggi delega ai decreti delegati*, V, Padova,1990). Si rileva inoltre che in un'isolata pronuncia è stata affermata la inammissibilità di una memoria difensiva non comunicata al Procuratore generale (Cass., sez. IV, 15 ottobre 1992, Mittiga, in *Giur. It.*, 1993, II, 425). Tale affermazione, seppur conforme all'art. 536, co. 3, del codice previgente, è stata oggetto di critica sia per la mancanza di una qualche norma che preveda l'obbligo di comunicazione in parola nell'attuale codice, sia perché le sanzioni processuali rappresentano un numerus clausus non applicabili al di fuori delle ipotesi tassativamente previste (Dean, *In tema di memorie difensive nel giudizio di cassazione*, in *Giur. it.*, 1993–II–425 e ss. Analogamente Ubertis, sub art. 121 in *Comm. nuovo c.p.p.*, Amodio, Dominioni, II, MI,1989, 60). Rispetto ai procedimenti camerali regolati ex art. 127 c.p.p. la dottrina ha ritenuto vi sia un onere per le cancellerie di dichiarare irricevibile lo scritto difensivo prodotto oltre il termine previsto dalla norma (Di Chiara, *Il Contraddittorio nei riti camerali*, Milano, 1994, pag. 173 e ss.). Tuttavia per il riconoscimento della piena conformità della disciplina delle memorie all'assetto costituzionale si veda Cass., sez. I, 6 maggio 2005, Musiu, cit..

36. Cass., sez. I, 11 marzo 2004, M., cit. La violazione del termine non è però ritenuta causa di sanzione processuale, da quanti sottolineano che, *ex* art. 173 c.p.p., in mancanza di un'esplicita previsione in tal senso non può predicarsi alcuna decadenza « *arguita da cabale ermeneutiche* » (Cordero, sub art. 173 c.p.p., in *Comm. c.p.p.*, Torino, 1989). Per un'ampia ricostruzione dei riti camerali tanto nel previgente codice che nell'attuale si rimanda in ogni caso a Di Chiara, *Il Contraddittorio nei riti camerali*, cit..

tempestivamente le varie questioni prospettate ».

La soluzione offerta, pur nel lodevole intento di prevenire censure in ordine alla violazione del principio del contraddittorio a seguito del deposito degli scritti in prossimità dell'udienza o addirittura al termine della stessa, sembra però prestarsi a taluni inconvenienti.

Anzitutto l'art. 611 c.p.p. pone una norma speciale (anche)[37] in tema di scritti difensivi rispetto al disposto di cui all'art. 121 c.p.p., perché nel rito camerale, cui la disposizione inerisce, è soppresso ogni intervento orale dei difensori: senza un previo deposito in cancelleria delle memorie, nessuna parte potrebbe apprendere le conclusioni altrui e ribattervi con gli scritti di replica, pur essi disciplinati dall'art. 611 c.p.p.: di talché difficilmente può farsi di tale disposizione un impiego analogico.

Pur a tacere di tale profilo, il principio di diritto affermato dalla Corte regolatrice dovrebbe applicarsi ad ogni grado di giudizio. Infatti non si coglie come la pretesa violazione del principio del contraddittorio, inverata dal deposito delle memorie in udienza o a ridosso della stessa, ricorra per il solo giudizio di cassazione. Tuttavia l'estensione del suddetto principio non potrebbe che avvenire attraverso una riscrittura dell'art. 121 c.p.p.[38].

Né i problemi sembrano limitarsi a ciò.

Infatti, se il deposito di qualsivoglia memoria, decorso il termine di 15 giorni prima della udienza, viola il diritto al contraddittorio, vi è da chiedersi se non si ravvisi ben più ampia violazione nel caso disciplinato dall'art. 523 cpv.[39], secondo cui la parte civile conclude attraverso la produzione in udienza della comparsa conclusionale.

Vi è invero che il tema affrontato dalla Corte sembra richiedere una rivisitazione di tipo sistematico, probabilmente previa rimeditazione delle modalità attraverso cui il principio dell'oralità è compatibile con estrinsecazioni cartolari, talora irrinunciabili, delle tesi di ciascuna parte.

4. La sentenza in rassegna ha poi scrutinato il tema dell'utilizzabilità di dichiarazioni precedentemente rese dall'imputato ed utilizzate per le contestazioni dibattimentali.

In modo assolutamente conforme al principio del contraddittorio, la Corte ha statuito che possano essere utilizzate ai fini della prova esclusiva-

37. Sulla natura di norma speciale della disposizione di cui all'art. 611 rispetto al 127 si rimanda a Di Chiara, *Il Contraddittorio nei riti camerali*,cit.

38. È stato invero sottolineato come , anche a voler tener presenti i lavori preparatori, risulti arduo interpretare l'art. 121 c.p.p. nel senso che esso imponga alle parti obblighi di notifica o di "tempestivo" deposito (Di Chiara, *Il Contraddittorio nei riti camerali*, cit.).

39. Invero, utili spunti al riguardo sembrano potersi trarre da Cass., sez. I, 6 maggio 2009, V.S., cit., secondo cui sembrerebbero inammissibili eventuali osservazioni contenute nella comparsa conclusionale.

mente quelle parti dei verbali di precedenti dichiarazioni oggetto di specifica contestazione.

Il principio espresso si segnala per il sostanziale *revirement* rispetto a taluni precedenti della corte regolatrice, secondo cui le dichiarazioni contenute nel fascicolo del p.m. ed utilizzate per le contestazioni possono essere acquisite nel fascicolo del dibattimento nella loro interezza e non limitatamente alla parte oggetto della contestazione. Una tale asserzione è stata argomentata osservando che l'integrale acquisizione risponderebbe all'esigenza di una corretta interpretazione e valutazione del contenuto del precedente divergente[40].

Tuttavia, in un sistema ispirato al principio delle inutilizzabilità delle dichiarazioni rese al di fuori del dibattimento[41], la limitata finalità che giustificherebbe l'acquisizione dell'intero verbale non pare rassicurante, e ciò non soltanto rispetto alla prassi — ove si registrano manifeste violazioni di quel limite[42] — ma anche sul piano teorico. Invero, consentendo di interpretare le dichiarazioni divergenti alla luce di un complesso compendio di elementi formati *aliunde* rispetto al dibattimento, si finisce per far assurgere quest'ultimi a parametro della stessa prova dibattimentale.

In ogni caso, già da lungo tempo è stato segnalato, quale precipitato del cennato indirizzo, il rischio di « *acquisizioni incontrollate di interi verbali* » delle dichiarazioni predibattimentali[43], la cui conoscenza potrebbe inquinare il libero convincimento del giudice[44].

40. Cass., sez. I, 1 febbraio 1996–29 febbraio 1996, Buzzone, in *Mass. Uff.*, n. 203898. L'acquisizione integrale è stata affermata, seppur con accenti diversi, anche da Cass., sez. I, 23 giugno 1993, Medori, in *Mass. Uff.*, n. 195163, secondo cui « *i verbali degli interrogatori resi dall'imputato al p.m. ed al g.i.p. possono essere acquisiti integralmente al fascicolo processuale ex art. 503 qualora, per l'elevato numero di contestazioni mosse all'imputato nel corso dell'esame dibattimentale sia impossibile l'individuazione delle frasi non oggetto delle contestazioni stesse* ». Tra i precedenti dell'indirizzo *de quo* è talora anche annoverata Cass., sez. VI, 3 marzo 1998, Masone, in *Mass. Uff.*, n. 210216. Tuttavia la lettura della pronuncia nella sua interezza fa ritenere che il principio della integrale acquisizione sia stato adottato nel diverso caso di reticenza di un teste. Vi è invero che nella fattispecie scrutinata dalla Corte regolatrice il teste aveva manifestato la propria volontà di sottrarsi all'esame, dichiarando non soltanto di non sapere nulla della vicenda ma addirittura di non ricordare neppure di essere già stato ascoltato rispetto alla stessa.

41. Tale principio si ritiene chiaramente rinvenibile nell'art. 514 c.p.p., la cui rilevanza quale « *fondamentale norma di chiusura* » è predicata da Nobili, sub art. 515 c.p.p. in *Comm. c.p.p.*, Chiavario, V, 1991,441.

42. La sentenza in rassegna ha annullato la pronuncia di condanna di uno dei ricorrenti proprio per l'uso a fini probatori di brani non oggetto di contestazione.

43. Conti, *Principio del contraddittorio e utilizzabilità delle precedenti dichiarazioni*, in *Dir. pen. proc.* n. 5, 2001, 603. Si noti che l'Autrice, pur riconoscendo che la dichiarazione dibattimentale e quella precedente, oggetto di contestazione, formino una prova complessa conforme al principio del contraddittorio, richiama la necessità di una osservanza rigorosa della lettera dell'art. 503, co. 5, c.p.p..

44. Le possibili refluenze delle contestazioni sul libero convincimento del Giudice sono state segnalate da Zappalà, *Prime note sugli atti utilizzabili per il giudizio nella legge delega del 1987 per il nuovo codice di procedura penale*, in *Legislazione penale* 1988, 98.

5. La Corte ha infine affrontato il tema della cognizione devoluta, con l'impugnazione, al giudice di seconda istanza.

Prima però di esporre le considerazioni espresse dai giudici, appare opportuno ripercorrere la vicenda che ha dato luogo alla pronuncia in rassegna.

Il Tribunale, con apposita ordinanza, aveva affermato l'inutilizzabilità delle dichiarazioni di alcuni ufficiali di polizia giudiziaria in ordine alla identificazione operata dagli stessi delle voci di alcuni soggetti captati.

Il pubblico ministero, in uno alla sentenza di assoluzione, aveva gravato anche la prefata ordinanza.

I giudici distrettuali, richiamando diversi precedenti[45], osservavano che era del tutto legittimo l'uso ai fini della decisione dei riconoscimenti degli ufficiali di polizia giudiziaria, riformando così il giudizio assolutorio in parte *de qua* e comminando pene notevoli.

La decisione della Corte di appello veniva gravata, per ciò che qui rileva, lamentando la violazione del diritto di difesa, giacché gli imputati, preso atto dell'ordinanza con cui il Tribunale aveva ritenuto l'inutilizzabilità delle predette dichiarazioni, non avevano chiesto alcuna perizia al riguardo, né ai primi giudici, né alla Corte distrettuale.

La pronuncia che si annota ha disatteso la censura dei prevenuti.

Dopo aver sottolineato come il nostro sistema delle impugnazioni assicuri alla difesa, attraverso un grado di appello potenzialmente totalmente devolutivo, livelli di garanzie difficilmente rinvenibili nel resto del mondo, i giudici di legittimità hanno affermato che una volta evocato, il giudice di seconda istanza assume la piena cognizione della causa e, salvi i limiti espressamente previsti dalla legge (in particolare, il divieto di *reformatio in peius*) « *è abilitato a rivalutare* in toto *la regiudicanda, senza alcun condizionamento derivante dalle valutazioni del giudice di primo grado sia sull'apprezzamento degli elementi di prova sia su profili di invalidità o inutilizzabilità di atti da quello eventualmente ravvisati* ».

La tesi dispiegata in sentenza pare conforme alla pregressa e risalente giurisprudenza della medesima Corte[46] in tema di effetto devolutivo.

45. Cass., sez. VI, 8 gennaio 2008, Gionta, in *Mass. Uff.*, n. 239724; Id., sez. IV, 22 febbraio 2008, Masalmeh, *ivi*, n. 239523; Id., sez. V, 27 ottobre 2004, Arcolite, *ivi*, n. 231872; Id., sez. I, 20 settembre 2007, Anastasi, *ivi*, 238042; Id., sez. VI, 6 maggio 2005, Musiu, *ivi*, n. 231856.

46. In generale i Supremi Giudici hanno affermato che in forza del principio devolutivo la sentenza di primo grado può essere confermata anche sulla scorta di iter argomentativi financo in contrasto con quelli eletti dal Primo Giudice, giacché non si forma giudicato sugli elementi logico argomentativi fondati sulla valutazione o sulla interpretazione delle circostanze di fatto acquisite al processo (Cass., Sez. Un., 27 settembre 1995, Timpanaro, in *Mass. Uff.*, n. 203904; Id., sez. IV, 15 dicembre 1999, Corcione, *ivi*, n. 215678; Id., sez. IV, 18 dicembre 1992, Cornici, *ivi*, n. 193066; Id., sez. III, 10 dicembre 2008, Pizzi, *ivi*, n. 242995). Assolutamente conforme alle tesi dispiegate nella sentenza in rassegna pare altra pronuncia della Corte regolatrice con cui si è rigettato un ricorso avverso una

Vi è però da chiedersi se proprio l'ampiezza della devoluzione disegnata dai supremi giudici non renda più acuto il problema, già indicato in dottrina, della conformità dell'istituto dell'appello al modello del giusto processo[47], in particolare nel caso di riforma della pronuncia assolutoria[48].

In altri termini è confacente al disposto dell'art. 3 cost. un giudizio di condanna reso « *senza la necessaria oralità–immediatezza, che garantisce il rapporto diretto tra il giudice che deve esprimere il giudizio e le fonti di prova poste a base del giudizio medesimo* »[49] ?

Invero, la regola costituzionale prevede un unico modello di giusto processo[50], cioè quello regolato dal principio del contraddittorio nella for-

sentenza di conferma di precedente condanna non soltanto sulla scorta di argomenti differenti rispetto a quelli addotti dai primi giudici, ma anche valutando diversamente l'utilizzabilità del materiale probatorio in atti (Cass., sez. VI, 08 ottobre 2009, B., in *Mass. Uff.*, n. 245288). In dottrina si è rilevato come il Giudice di appello « *non è vincolato da quanto prospettato dall'appellante ma, relativamente ai punti della decisione cui i motivi di gravame si riferiscono , può affrontare tutte le questioni enucleate all'interno dei medesimi punti, ivi comprese quelle non sollevate nel giudizio di primo grado ma ritualmente proposte con i motivi di appello, accogliendo o rigettando il gravame in base ad argomentazioni proprie o diverse da quelle dell'appellante* » (Pardo, *Il processo penale di appello*, Milano, 2012, pag. 227).

47. Sia consentito rinviare a Chinnici, *Giudizio penale di seconda istanza*, Torino, II ed., 2009; Id., *Verso il "giusto processo" d'appello: se non ora quando?*, in *Arch. pen.*, 2012, 921. Più in generale si è rilevato come « *il sistema dei controlli in genere e delle impugnazioni in particolare rappresenta uno degli aspetti di più forte criticità del nostro sistema* » (Gaito, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, in *Arch. pen.*, 2012, 349 ss.).

48. Al riguardo si era già rilevato da parte di chi scrive la necessità di un intervento legislativo per « *eliminare la contraddizione inaccettabile, idonea a vanificare tutto l'impianto assestato con il giusto processo, di consentire un giudizio di colpevolezza emesso per la prima volta in appello, . . . senza il contraddittorio orale di fronte al giudice chiamato a decidere, con la chiara violazione del diritto di difesa* » (Chinnici, *Verso il "giusto processo" d'appello*, cit., p. 15). Anche nella vigenza del Codice Rocco, si era ravvisato un "funzionamento distorto" del sistema lì dove era possibile pervenire ad un ribaltamento del precedente esito giudiziale « *sulla base di un mero esame di carte, là dove invece lo si potrebbe ammettere come il risultato di un autentico nuovo giudizio con tutte le garanzie del primo* » (Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, vol. I, Milano, 1976, 104 s.). È stato peraltro osservato come « *il codice vigente ha preteso di mantenere anacronisticamente forme di rimedi che in nulla divergono da quelle già sperimentate nell'esperienza inquisitoria, con refrattarietà tendenziale all'adeguamento delle garanzie concernenti il diritto alla prova, l'oralità ed il contraddittorio come espressione del giusto processo* » (Gaito, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, cit.; Id. *Procedura penale e garanzie europee*, Torino, 2006, 5).

49. Chinnici, G*iudizio penale di seconda istanza*, pag. 48, cit.. La contraddittorietà dell'attuale istituto dell'appello « *basato sugli atti del processo, e quindi su prove già formate, ragion per cui la decisione può essere riformata da un giudice davanti al quale non è stata assunta alcuna prova* » ed il giudizio accusatorio è stata bene sottolineata da Lozzi, *Lezioni di procedura penale*, VII,Torino, 2009, 667. Altri hanno ritenuto che lì dove la dialettica critica sul provvedimento impugnato è relegata esclusivamente al controllo cartolare è arduo affermare che il contraddittorio abbia pienezza ed effettività (Gaito, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo,* cit., 460). Poco sposta nell'ottica che ivi si rappresenta che sussista un penetrante obbligo motivazionale in caso di riforma in appello di una pronuncia di assoluzione in primo grado (tra le altre Cass., Sez. Un., 12 luglio 05, Mannino, in *Mass. Uff.*, n. 231675; Id., sez. IV, 09 giugno 2005, Baia, in *Mass. Uff.*, n. 232441), poiché quell'obbligo motivazionale presuppone pur sempre una riforma *ex actis*.

50. Si è osservato che l'*incipit* dell'art. 3 cost. — secondo cui la giurisdizione si attua mediante il giusto processo — non consente deroga alcuna (Gaito, *Il ruolo e la funzione del giudizio di legittimità*

mazione della prova, davanti ad un giudice terzo ed imparziale[51]. Di talché, con specifico riferimento al giudizio di appello, è stato sostenuto che se prima della costituzionalizzazione del giusto processo il giudizio di secondo grado poteva definirsi in modo ortodosso *revisio prioris instantiae,* con la possibilità per il secondo giudice di limitarsi a ripercorrere i sentieri gnoseologici già battuti dal primo, rivalutandoli sulla scorta dei motivi di gravame[52], oggi l'esaltazione del diritto alla prova contraria previsto dall'art. III cost. « *induce a pretendere un novum iudicium vero e proprio* »[53], inteso quale « *momento istituzionalmente deputato all'esercizio del diritto alla prova* »[54].

Recentemente il dibattito si è arricchito di un nuovo spunto proveniente dalla giurisprudenza sovranazionale[55] che « *ha esplicitato la irrinunciabilità della riassunzione orale della prova a carico ogni qualvolta l'appello sia stato provocato dal p.m. impugnante contro una sentenza di proscioglimento* »[56] .

I Giudici della Convenzione europea hanno osservato come la Corte di seconda istanza non possa, secondo i valori del giusto processo (« *as a matter of fair trial* »), adeguatamente scrutinare l'innocenza o la colpevolezza dell'imputato senza una valutazione diretta della prova (« *without a direct assessment of the evidence* »), cioè senza procedere alla diretta escussione della fonte orale[57].

Peraltro, con un forte richiamo al principio dell'oralità, i Giudici sovranazionali hanno divisato che la valutazione in ordine alla credibilità di un teste è un compito complesso (« *a complex task* ») che di solito non si può svolgere attraverso la semplice considerazione (« *by a mere reading* ») delle

(tra essere e dover essere), in *Indice penale,* 2, 2010, 467; Id., *Gli scrupoli del legislatore per l'effettività dei controlli sulla correttezza del metodo probatorio* in *La nuova disciplina delle impugnazioni dopo la "Legge Pecorella"*, Torino, 2006, 265).

51. Chinnici, *Giudizio penale di seconda istanza*, pag. 72, cit.. Analogamente Gaito, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, pag. 455, cit.; Id., *Verso una crisi evolutiva per il giudizio di appello*, in *Archivio penale*, 2012, 2. Per una posizione radicalmente difforme, sebbene adottata ante riforma dell'art. III cost., sulla compatibilità tra i principi che governano il primo grado di giudizio e l'appello, si rinvia a Massa, *Contributo allo studio dell'appello nel processo penale,* Milano, 1969. Tuttavia si è già dato conto di osservazioni di segno contrario anche nella vigenza del Codice Rocco (cfr. Chiavario, *Processo e garanzie della persona*, cit.). Peraltro con riferimento all'attuale codice le posizioni che ritengono sussistere una radicale difformità tra i due gradi di giudizio sembrano smentite dall'art. 598 che estende al giudizio di appello le norme del primo grado di giudizio, in quanto applicabili.

52. Cfr. De Caro, Maffeo, voce *Appello*, in *Dig. Pen.*, V Agg., 2010, I, 44.

53. Gaito, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, 456, cit.

54. Gaito, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, 456, cit.

55. Ci riferisce in particolare alla decisione della Corte EDU adottata nel caso Dan v. Moldova il 05 luglio 2011.

56. Gaito, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, 455, cit.

57. « *The Court considers that those who have the responsibility for deciding the guilt or innocence of an accused ought, in principle, to be able to hear witnesses in person and assess their trustworthiness* ».

sue parole registrate[58].

Sulla scorta di tali premesse i Giudici hanno dichiarato iniqua *ex* art. 6 della Convenzione la condanna pronunciata per la prima volta dalla Corte di appello della Moldova, senza una diretta audizione dei testi a carico dell'imputato e sebbene la pronuncia di assoluzione si fondasse su un giudizio di non credibilità degli stessi espresso da un Giudice dinanzi al quale i testimoni erano stati escussi.

Ciò posto ci si deve interrogare quali possano essere le ricadute sul sistema italiano[59], ed in particolare se dal coacervo delle norme che regolano il giudizio di secondo grado possa ricavarsi un'interpretazione conforme alla nozione di giusto processo adottata dalla Corte europea[60] oppure se non resti soltanto la strada dell'incidente di legittimità costituzionale dell'art.

58. « *The assessment of the trustworthiness of a witness is a complex task which usually cannot be achieved by a mere reading of his or her recorded words* ».

59. Sebbene in dottrina ci si sia interrogati « *se e fino a che punto l'interpretazione di una disposizione della CEDU fornita dalla Corte europea nell'ambito di una decisione resa nei confronti di altri Stati, possa assumere carattere vincolante per il nostro legislatore* », posto che « *un conto è una pronuncia resa in un giudizio di cui l'Italia è stata parte, e nell'ambito del quale è stato possibile evidenziare le peculiarità del nostro ordinamento giuridico e i principi del nostro sistema costituzionale. Completamente diverso è invece lo scenario relativo ad un procedimento nei confronti di un altro Stato, magari caratterizzato da un sistema giuridico assai diverso dal nostro* » (Donati, *La Cedu nel sistema italiano delle fonti del diritto alla luce delle sentenze della corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *www.osservatoriosullefonti.it*) deve ritenersi che il principio di diritto affermato dai Giudici di Strasburgo difficilmente muterebbe in cause con l'Italia quale parte.

60. In generale è stato osservato che la "capacità conformatoria" delle disposizioni nazionali consentirebbe la possibilità di trovare una soluzione sul piano ermeneutico capace di armonizzare il diritto interno con l'ordinamento scaturente dalla CEDU (Gaito, *Il ruolo e la funzione del giudizio di legittimità*, cit.) « *evitando il sorgere di un'antinomia normativa ed escludendo quindi la necessità di sollevare questione di legittimità dinanzi alla Corte costituzionale* » (Pistorio, *L'interpretazione convenzionalmente orientata del diritto nazionale: la strada maestra per garantire effettività alle norme CEDU*, in www.foroeuropa.it, 2009, n.3). Si rammenta che secondo il Giudice delle leggi, posta la natura di parametro interposto delle norme CEDU, « *al giudice comune spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale 'interposta', egli deve investire questa Corte della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117, primo co.* » (Corte cost. sent. n. 349/2007 par. 6.2; Id. sent. n. 348/2007 par. 5). Tale affermazione è stata ribadita dalla Corte costituzionale anche successivamente all'adesione della Unione europea alla Convenzione dei diritti dell'uomo con il Trattato di Lisbona (cfr. Corte cost. 22 luglio 2011 n. 236) e ciò sebbene talune pronunce di merito avessero ritenuto che tale adesione comportasse un potere di disapplicazione della norma interna contrastante con quella pattizia, al pari di quanto avviene per le norme dell'Unione europea (cfr. Tar Lazio 11984/2010 nonché C.D.S. 1220/2010). Invero i Giudici del merito avevano ritenuto possibile la disapplicazione anche antecedentemente il Trattato di Lisbona. Sulla tendenza dei giudici comuni a "disapplicare" le leggi in contrasto con la Convenzione cfr., fra gli altri, Montanari, *Giudici comuni e Corti sovranazionali: rapporti tra sistemi*, Torino, 2002, 130 ss.; Randazzo, *Giudici comuni e Corte europea dei diritti*, in Alzea, Spadaro, Ventura, (a cura di), La Corte costituzionale e le Corti d'Europa, cit., 252 ss.; Guazzarotti, *I giudici comuni e la Convenzione alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1, 2003, 25 ss.; Id., *La Convenzione e l'ordinamento nazionale: tendenze giurisprudenziali e nuove esigenze teoriche*, in *Quad. cost.*, 2006, 498 ss., nonché Guazzarotti, Cossiri, *L'efficacia in Italia delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo secondo la prassi più recente*, in *www.forumcostituzionale.it*.

603 c.p.p..

A tal fine, attraverso una forzatura interpretativa in via estensiva, il canone dell'"assoluta necessità" di cui alla citata norma[61] — che è uno dei punti di crisi della disciplina del secondo giudizio rispetto al modello giudiziale di accertamento orale — dovrebbe essere inteso in senso minimo: in altri termini la necessità dell'acquisizione delle conoscenze nel contraddittorio per la prova, in caso di appello del pubblico ministero avverso una sentenza liberatoria, dovrebbe ritenersi *in re ipsa*, con una sorta di presunzione di necessità, *iuris et de iure*, pena la violazione dell'art. III, co. 4, cost..

Ove non si ritenesse praticabile tale soluzione[62], le pronunce di condanna delle Corti distrettuali, adottate in riforma di quelle di proscioglimento di primo grado e in assenza di rinnovazione dell'istruzione dibattimentale, rischierebbero di essere oggetto di revisione, a seguito di declaratoria di iniquità della CEDU.

Peraltro, onde evitare lo spettro di prescrizioni a catena, il recupero dell'attività cognitiva dialogica dovrebbe andare di pari passo con un intervento legislativo diretto ad allungare i tempi di prescrizione, o, a sospendere i termini della stessa in pendenza del secondo grado di giudizio[63].

61. Per una compiuta disamina dell'incremento del materiale probatorio in appello si rinvia a Fiorio, *La prova nuova nel processo penale*, Padova, 2008.

62. Al riguardo non ci si può esimere dal rilevare che la reiterata presa di posizione giurisprudenziale secondo cui l'integrazione probatoria in appello è eventualità del tutto eccezionale non lascia ben sperare (cfr. tra le altre Cass., sez. I, 29 gennaio 2009, Castellana, in *Osservatorio del processo penale* IV, n. 1). Per osservazioni critiche a tale arresto giurisprudenziale si rimanda a Gaito, *Il ruolo e la funzione del giudizio di legittimità*, cit.. pag. 468 e ss., ove peraltro si rimarca la compatibilità della rinnovazione dell'istruttoria in appello, anche con il giudizio abbreviato.

63. Altri hanno suggerito, per contrastare finalità dilatorie delle impugnazioni, interventi dislocati sul piano del diritto penitenziario, assicurando, ad esempio, margini più ampi al non appellante in tema di liberazione anticipata o di esclusione dei divieti all'accesso ai benefici previsti da quell'ordinamento (Gaito, *Riformiamo le impugnazioni penali senza rinunciare al giusto processo*, 458, cit.).

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/978885485819020
pag. 639–653

Infortuni sul lavoro

Quali responsabilità per l'incendio della Thyssen?

Osservazioni a prima lettura sulla sentenza d'appello

Ciro Santoriello

La decisione

Lingua — Mancata traduzione di documenti sequestrati — Nullità esclusa (c.p.p., artt. 143 ss., 178 lett. *c)*, 431).

Lingua — Mancata traduzione di atti — Avviso di conclusione indagini — Nullità — Fattispecie (CEDU, art. 6, § 3, lett. *a*, *b*; cost., art. 111, co. 3; c.p.p., artt. 143 ss., 178, co. 1, lett. *c*, 415–*bis*).

Infortuni sul lavoro — Previdenza — Posizione di garanzia — Sussistenza — Obblighi del datore di lavoro (c.p., art. 40, co. 2; d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, artt. 2, co. 1, let. *l*, 17, 18, 33).

Nesso di causalità — Interruzione — Inosservanza di norme antinfortunistiche — Obblighi del lavoratore (c.p., artt. 40, 41, co. 2, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, artt. 19, 20).

Elemento soggettivo — Configurabilità dolo eventuale — Evento — Colpa cosciente (c.p., artt. 40, 43, 61, co. 1, n. 3).

Infortuni sul lavoro — Rimozione od omissione di cautele — Dolo generico — Dosimetria della pena (c.p., artt. 437, 43, 59, co. 2).

Non ricorre nullità in caso di mancata traduzione di documenti scritti in lingua diversa dall'italiano e sequestrati nel corso delle indagini preliminari per essere inseriti nel materiale istruttorio utilizzabile al fine della decisione.

*Fra le ipotesi di obbligatoria traduzione dei documenti processuali espressamente indicate da diverse disposizioni codicistiche — come l'invito a comparire spedito all'imputato straniero residente o dimorante all'estero — o da disposizioni internazionali, rientra anche l'atto di cui all'art. 415–*bis *c.p.p., stante la rilevanza di tale avviso con il quale l'imputato è da un lato informato delle accuse che sono mosse nei suoi confronti e dall'altro informato sulle modalità con cui può difendersi dalle stesse; conseguentemente, la mancata traduzione del contenuto del predetto atto a vantaggio di un imputato che ignori la lingua italiana — circostanza che nel caso oggetto della decisione non è stata riscontrata, visto che si è ritenuto che i*

due imputati di lingua tedesca parlassero e comprendessero bene la lingua italiana — determina una nullità.

Sul Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione, non grava alcuna posizione di garanzia, avendo tale soggetto compiti ben precisi di individuazione dei fattori di rischio, di elaborazione di misure preventive e protettive e di procedure di sicurezza relative alle varie attività aziendali; la eventuale inosservanza di tali compiti non costituisce di per sé reato perché essi sono inquadrabili nell'attività di consulente del datore di lavoro del R.S.P.P., che viene nominato fiduciariamente dal datore di lavoro e a cui fornisce tutto il proprio supporto tecnico per la realizzazione di quelli che rimangono obblighi prevenzionali del datore di lavoro.

In tema di individuazione del nesso di causalità fra inosservanza, addebitabile al datore di lavoro, delle norme antifortunistiche ed incidente ai danni del dipendente, tale nesso può dirsi interrotto a cagione di un comportamento del dipendente che possa qualificarsi come abnorme, ovvero che per la sua stranezza ed imprevedibilità, si ponga al di fuori di ogni possibilità di controllo da parte dei soggetti preposti all'applicazione della misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro, e che tale non è il comportamento del lavoratore che abbia compiuto un'operazione comunque rientrante, oltre che nelle sue attribuzioni, nel segmento di lavoro attribuitogli.

In tema di distinzione fra dolo eventuale e colpa cosciente, deve ritenersi sussistente l'elemento doloso quando risulti che l'agente avrebbe comunque agito, anche se avesse avuto la certezza della realizzazione della fattispecie e per accertare tale profilo può farsi riferimento al rapporto fra le conseguenze che verrebbero a determinarsi in caso di verificarsi dell'evento criminoso ed i vantaggi derivanti dall'assunzione della condotta vietata, dovendosi ritenere che in caso di eccessiva rilevanza delle conseguenze dannose e dei rischi relativi rispetto ai sperati benefici ricavabili dalla vicenda ricorra l'ipotesi di colpa cosciente.

L'art. 437 c.p. individua un reato di pericolo in cui il dolo dell'agente è costituito dalla consapevolezza di violare l'obbligo giuridico di installare un impianto destinato a prevenire disastri o infortuni sul lavoro, così esponendolo al rischio del verificarsi di tali eventi. Si tratta di un dolo generico che non richiede proiezioni volitive per ciò che attiene agli eventi dannosi che la norma intende evitare e che sono del tutto eventuali. [...] *L'aggravamento della pena, previsto nel caso in cui dall'omissione derivino disastri o infortuni, è esterno all'atteggiamento doloso e segue le regole dell'imputazione delle circostanze, in particolare l'art. 59, co. 2, c.p.*

Corte Assise Appello Torino — dep. 37 maggio 2013 (ud. 28 febbraio 2013) — Sandrelli, *Presidente* — Perrone, *Estensore* — Guariniello, Longo e Traverso, *P.G.* (parz. diff.). — Espenhahn ed altri, imputati.

La motivazione della sentenza annotata può essere consultata sul sito *web archiviopenale.it*.

Il commento

1. Questa decisione segna il secondo momento dell'*iter* processuale (presumibilmente bel lungi dall'essere terminato) relativo al tristemente famoso incidente sul lavoro verificatosi presso la sede torinese della Thyssen ed a seguito del quale persero la vita sei lavoratori.

La pronuncia in commento, sostanzialmente, conferma l'impianto accusatorio ed il contenuto della sentenza di primo grado, ad eccezione del profilo — su cui si è soffermata con spasmodica attenzione la stampa ma che molto ha fatto scrivere anche la dottrina — relativo alla qualificazione della condotta di uno degli imputati, condannato in primo grado per il reato di omicidio volontario e successivamente riconosciuto colpevole del delitto di omicidio colposo — con conseguente, in realtà assai modesta, riduzione della sanzione finale.

Nelle pagine che seguono, si evidenzieranno — facendone un breve sunto — i punti di maggior rilievo della decisione, richiamando i problemi interessati da tali profili e dando conto, laddove possibile, in che termini la decisione si discosti o aderisca alle posizioni assunte su tali argomenti dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

2. Non ci pare presenti profili di novità la decisione della Corte d'appello nella parte in cui esamina il profilo attinente la capacità di alcuni degli imputati di comprendere gli atti processuali, in diverse circostanze redatti in una lingua diversa da quella parlata o conosciuta dagli accusati.

La tematica viene esaminata sotto due distinti profili. In primo luogo, la sentenza annotata esclude — in modo conforme a quanto già ritenuto sia dal giudice di prime cure che dal giudice dell'udienza preliminare — alcuna ipotesi di nullità in caso di mancata traduzione dei documenti scritti in lingua diversa dall'italiano e sequestrati nel corso delle indagini preliminari per essere inseriti nel materiale istruttorio utilizzabile al fine della decisione.

Secondo la sentenza in rassegna, infatti, il nostro ordinamento non attribuisce alla parte processuale alcun diritto a conoscere l'intero compendio documentale, in quanto il vizio di nullità derivante *ex* art. 109 c.p.p. dalla mancata traduzione dell'atto sarebbe riferibile solo agli atti formati nel processo: tale affermazione ribadisce una consolidata affermazione della giurisprudenza[1], secondo la quale può tuttavia ipotizzarsi comunque un diritto dell'imputato alla traduzione di atti e documenti sequestrati nel corso delle indagini preliminari quando tale atto sia tanto rilevante, ai fini della decisione sulla sua responsabilità, da costituire parte integrante dell'accusa.

1. Cass., sez. IV, 5 dicembre 2003, Ligresti, in *Mass. Uff.*, n. 229667; Id., sez. VI, 22 ottobre 2008, Tolio, *ivi*, n. 241657

A tale proposito, ovvero in relazione al diritto dell'accusato a comprendere pienamente — e quindi a vedere tradotto — quanto contenuto in alcuni documenti di particolare rilievo per la sua sorte processuale, la sentenza in commento giustamente non nega la sussistenza di tale facoltà processuale in capo alla parte, né esclude che il mancato riconoscimento della medesima possa determina una nullità di carattere generale; al contempo, però, evidenzia come il vizio di nullità sussista solo allorquando l'istanza di traduzione si riferisca a specifici atti, di cui evidenzi anche la rilevanza probatoria. In sostanza, secondo la decisione, a fondare il diritto alla traduzione degli atti — con le conseguenze che ne derivano in caso di mancato accoglimento della relativa istanza — non è sufficiente (come invece pare essere accaduto nel caso di specie) una generica richiesta della difesa, che faccia riferimento ad una traduzione integrale di ogni atto presente nel fascicolo del procedimento, ma occorre una puntuale indicazione — con illustrazione anche delle ragioni che ne spieghino la rilevanza dimostrativa ed epistemologica — di quanto si desidera venga tradotto nella lingua natia.

Parimenti corretta ci sembra — quanto meno sotto il profilo della ricostruzione in diritto — la decisione della Corte con riferimento alla conseguenze derivanti dalla mancata traduzione, nella lingua di alcuni imputati, di determinati atti processuali, fra cui in particolare l'avviso di conclusione delle indagini preliminari di cui all'art. 415–*bis* c.p.p. Secondo il giudice piemontese, infatti, accanto alle ipotesi di obbligatoria traduzione dei documenti processuali espressamente indicate da diverse disposizioni codicistiche — si pensi, ad esempio, all'invito a comparire spedito all'imputato straniero residente o dimorante all'estero — o da disposizioni internazionali, non è pensabile che possa non procedersi a traduzione anche dell'atto di cui al citato art. 415–*bis*, stante la rilevanza di tale avviso con il quale l'imputato è da un lato informato delle accuse che sono mosse nei suoi confronti e dall'altro informato sulle modalità con cui può difendersi dalle stesse; conseguentemente, la mancata traduzione del contenuto del predetto atto a vantaggio di un imputato che ignori la lingua italiana — circostanza che nel caso oggetto della decisione non è stata riscontrata, visto che si è ritenuto che i due imputati di lingua tedesca parlassero e comprendessero bene la lingua italiana — determina una nullità ai sensi dell'art. 178, lett. *c*), c.p.p.[2].

2. In dottrina, Calò, *Diritto all'assistenza di un interprete per l'imputato straniero*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, 840; Castellucci, *L'atto processuale penale: profili strutturali e modalità realizzative*, in Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, I, II (*Gli atti*), Dean, Torino, 2008, 1; Curtotti Nappi, *Limiti all'uso della lingua italiana nel processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 845; Id., *Il problema delle lingue nel processo penale*, Milano, 2002; Id., *Imputato alloglotta: tra diritto all'interprete e diritto alla traduzione degli atti*, in *Corr. Merito*, 2005, 1075; Giunchedi, *Diritto all'interprete per lo straniero. Progresso o evoluzione?*, in *Cass. Pen.*, 2001, 1854; Marinelli, *La tutela linguistica dell'imputato alloglotto*, in *Dir. pen. proc.*, 2002, 1401; Id., *Un tema emergente: il difficile rapporto tra processo penale e alloglossia*, *ivi*, 2002, 1403; Morisco, *Imputato alloglotta e avviso di conclusione delle indagini* ex *art. 415* bis*–c.p.p.*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 473;

3. Punto centrale delle impugnazioni della difesa e quindi della relativa decisione era la contestazione delle modalità con cui la sentenza gravata era giunta a ricostruire le cause dell'incendio e le correlative responsabilità.

In proposito, gli imputati avevano contestato alla sentenza impugnata di non essersi soffermata sull'accaduto il giorno dei fatti, avendo assunto « *piuttosto ricostruzioni di contesto, [invertendo così] il ragionamento che deve sorreggere una corretta decisione, la quale deve poggiare sulla precisa ricostruzione delle cause immediate di un evento e, solo successivamente, deve prendere in esame le eventuali cause remote* ». Sulla scorta di questa riflessione di metodo, gli imputati sostenevano che il giudice di prime cure avrebbe dovuto riconoscere come « *l'incendio aveva avuto origine per il concatenarsi e sommarsi di eventi tanto numerosi ed eccentrici (fra di essi anche vari comportamenti gravemente negligenti ed imprudenti tenuti dagli operai) da interrompere qualunque nesso causale rispetto a cause più remote eventualmente addebitabili agli imputati* ».

Per rispondere a tale replica, la sentenza in commento sostiene di dover articolare la sua riflessione mediante una serie di passaggi:

a) dopo una rivisitazione — che occupa praticamente le prime 170 pagine della decisione — delle risultanze istruttorie acquisite in primo grado, provvedendo così a

   i) definire le modalità essenziali di innesco e sviluppo dell'incendio;
   ii) evidenziare le condizioni dell'impianto oggetto del sinistro e più in generale le modalità con cui la società Thyssen provvedeva ad assicurare corrette e garantite condizioni di lavoro ai propri dipendenti, anche in relazione ad altri incendi verificatesi in precedenza nel medesimo sito aziendale;
   iii) individuare le conseguenze, per le condizioni di lavoro presso la sede torinese, derivanti dalla scelta di dismettere il sito presente nel capoluogo piemontese;

b) viene esaminata, per ciascuno degli imputati, se su ognuno di loro gravasse o meno una posizione di garanzia ovvero l'obbligo di attivarsi ed in che modo per evitare l'accadimento drammatico poi accaduto;
c) per poi individuare se e quale norma cautelare sia stata violata dagli imputati e se il rispetto di tale prescrizione precauzionale avrebbe avuto un'efficacia causale ovvero avrebbe avuto una valenza impeditiva rispetto all'evento;

Rivello, *La struttura, la documentazione e la traduzione degli atti*, Milano, 1999; Suraci, *Davvero non deve tradursi l'avviso di conclusione delle indagini preliminari?*, in *Studium Iuris*, 2004, 91.

d) da ultimo, abbandonato l'esame del profilo oggettivo della vicenda, l'attenzione del giudicante si concentra sull'elemento soggettivo ovvero sulla prevedibilità in capo ai soggetti di quanto accaduto — ed in tale momento della decisione trova spazio la riflessione sull'accusa di omicidio volontario mossa ad uno degli imputati.

3.1. La definizione delle posizioni di garanzia in capo a ciascuno degli imputati segue, nella sentenza in commento, passaggi ed argomentazioni assolutamente consolidate nella giurisprudenza in tema di individuazione dei soggetti titolari degli obblighi di protezione dell'incolumità dei lavoratori[3] e di delegabilità di tale posizione di garanzia a soggetti diversi dal datore di lavoro e dai dirigenti dotati di competenze e potere gerarchico[4].

Sul punto, la decisione merita segnalazione solo per alcuni passaggi, peraltro di non particolare rilievo nella vicenda in esame.

In primo luogo, in maniera condivisibile, la Corte d'Appello — contrastando una giurisprudenza che come un fiume carsico sembra affacciarsi in diverse decisioni della Cassazione[5] — nega che gravi alcuna posizione di garanzia sul Responsabile del Servizio di Prevenzione e Protezione, « *il quale ha compiti ben precisi di individuazione dei fattori di rischio, di elaborazione di misure preventive e protettive e di procedure di sicurezza relative alle varie attività aziendali; la eventuale inosservanza di tali compiti non costituisce di per sé reato perché essi sono inquadrabili nell'attività di consulente del datore di lavoro del R.S.P.P., che viene nominato fiduciariamente dal datore di lavoro e a cui fornisce tutto il proprio supporto tecnico per la realizzazione di quelli che*

3. Cfr. Cass., sez. IV, 7 febbraio 2012, Pittis, in *Mass. Uff.*, n. 255001; Id., sez. IV, 19 marzo 2009, Masi, *ivi*, n. 243642; Id., sez. IV, 5 giugno 2008, Stefanacci e altri, ivi, n. 240519 e per quanto riguarda le società di capitali, Id., sez. IV, 11 luglio 2002, Macola, *ivi*, n. 226999

4. cfr. Cass., sez. IV, 1 febbraio 2012, Mangone, in *Mass. Uff.*, n. 252675; Id., sez. IV, 4 ottobre 2011, Fornoni, *ivi*, n. 251440; Id., sez. III, 19 gennaio 2011, Trinca, *ivi*, n. 249536.

Sulla delega di funzioni, in dottrina, senza alcuna pretesa di completezza, e limitandosi ai lavori più recenti, Amato, *Le novità normative in tema di « delega di funzioni »*, in *Cass. pen.*, 2009, 2096; Brusco, *La delega di funzioni alla luce del d.lgs. n. 81 del 2008 sulla tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro*, in *Giur. mer.*, 2008, 2767; Crivellin, *La delega di funzioni tra dottrina, giurisprudenza e interventi legislativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 506; Pisani, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Il commento*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 829; Id., *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2009, 123 ss. Basenghi, *I soggetti dell'obbligo di sicurezza*, in Basenghi, Golzio, Zini, *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il testo unico e le nuove sanzioni*, Milano, 2a ed., 2009, 194; Brunelli, *La delega di funzioni e l'esercizio di fatto di poteri direttivi*, in Zoppoli, Pascucci, Natullo, *Le nuove regole per la salute e la sicurezza dei lavoratori*, 2a ed., 2010, 276; D'Alessandro, *La delega di funzioni nell'ambito della tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro, alla luce del decreto correttivo n. 106/2009*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1125 ss.; Padovani, *La delega di funzioni, tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antiinfortunistica*, in *Cass. pen.*, 2011, 1581

5. Cfr. Cass., sez. IV, 23 novembre 2012, Lovison e altri, in *Mass. Uff.*, n. 254094; Id., sez. IV, 15 luglio 2010, Scagliarini, *ivi*, n. 248555

rimangono obblighi prevenzionali del datore di lavoro »[6].

A nostro parere, questa conclusione è, per un certo profilo, senz'altro condivisibile, ma per altri aspetti è eccessivamente rigida nel delimitare le possibili ipotesi di responsabilità del soggetto in esame. Se è corretto osservare come il cosiddetto R.S.P.P. sia figura tipicamente priva di poteri decisionali e di spesa e perciò non può essergli attribuita alcuna posizione di garanzia ci pare però al contempo necessario evidenziare come tale figura possa rispondere della violazione della normativa antifortunistica (non solo quando, come sostenuto nella decisione in parola e come riscontrato con riferimento ad uno degli imputati, « *si ingerisce fattivamente nell'organizzazione della prevenzione, manutenzione, organizzazione di mezzi e uomini* ») anche quando fornisca al datore di lavoro indicazioni erronee, carenti, non pertinenti, non aggiornate: in tale circostanza, infatti, le deficienze organizzative e precauzionali presenti nell'azienda non andrebbero attribuite (quanto meno in via esclusiva) al datore di lavoro ed ad un atteggiamento colposo di questi, ma alla incompetenza del R.S.P.P. le cui indicazioni il datore di lavoro ha — a volte incautamente, ma a volte anche in maniera incolpevole e non rimproverabile — seguito[7].

3.2. Nessun profilo di novità è poi dato rinvenire relativamente al profilo attinente la sussistenza di un nesso casuale fra le molteplici violazioni delle norme precauzionali violate e il drammatico accadimento poi verificatosi.

Francamente imbarazzanti sono le pagine che la decisione dedica alle condizioni dello stabilimento ed alle violazioni della normativa sulla sicurezza per i dipendenti che sono state riscontrate nella fase istruttoria: in proposito, la Procura Torinese aveva enucleato nella imputazione in maniera analitica le molteplici prescrizioni asseritamente violate dagli imputati indicando peraltro, per ciascuno degli accusati, quali fossero le violazioni addebitabili[8].

I giudici d'appello ritengono pienamente dimostrate le censure mosse agli imputati e la sentenza poco si sofferma sulla rilevanza causale di tali inadempienze rispetto all'accaduto: secondo la Corte torinese, infatti, la tipologia di violazioni contestate — che andavano dalla palese sottovalutazione del rischio incendi nella redazione dei vari documenti di sicurezza alla mancata formazione dei dipendenti in ordine alle modalità di intervento in caso di innesco, dallo stato usurato degli impianti presso i quali si è scatenato il sinistro alla praticamente assente manutenzione dei luoghi ove i lavoratori prestavano la propria attività — è da mettersi pacificamente in connessione

6. Nello stesso senso, Cass., sez. Fer., 12 agosto 2010, in *Mass. Uff.*, n. 247996
7. Cass., sez. IV, 21 dicembre, Di Mascio, in *Mass. Uff.*, n. 249626
8. Cfr., oltre alla lettura del capo di imputazione, le pagg. 244–246 della decisione

causale con l'accaduto.

Tale connessione causale non può ritenersi interrotta richiamando alcuni inadempimenti o manchevolezze tenute dai dipendenti deceduti nel sinistro, la cui condotta, pure se (per un solo profilo, secondo la Corte d'appello) censurabile, non si è caratterizzata « *per un tasso tale di colposità da apparire eccezionale ed abnorme* ». Questa parte della decisione è davvero pienamente sovrapponibile ad una tetragona giurisprudenza della Cassazione secondo cui « *è abnorme soltanto il comportamento del lavoratore che, per la sua stranezza ed imprevedibilità, si ponga al di fuori di ogni possibilità di controllo da parte dei soggetti preposti all'applicazione della misure di prevenzione contro gli infortuni sul lavoro, e che tale non è il comportamento del lavoratore che abbia compiuto un'operazione comunque rientrante, oltre che nelle sue attribuzioni, nel segmento di lavoro attribuitogli* »[9].

3.3. Meno convincenti invece risultano le pagine che la sentenza dedica all'esame delle singole posizioni dei diversi imputati, quando cioè la Corte d'appello — ritenuta raggiunta la prova della presenza nell'impianto delle manchevolezze che si sono dette — esamina rispetto ad ognuna di tali violazioni precauzionali la responsabilità di ogni inquisito, verificando in particolare se i vari comportamenti addebitati a ciascuno degli accusati abbiano avuto un'efficacia causale rispetto al disastro poi verificatosi.

Pochi problemi — ovviamente riconoscendosi nell'ottica della decisione e dando per dimostrati i fatti posti a base della stessa — pone la decisione di condanna dei soggetti, per così dire, apicali della società. A prescindere dalla circostanza che ad alcuni di essi sono state contestate anche condotte commissive (la cui efficacia causale risulta quindi più facilmente desumibile e dimostrabile), è evidente che (e trattasi di riflessione che può essere svolta in termini generali, prescindendo quindi dalle circostanze concrete della vicenda Thyssen) laddove un infortunio sul lavoro sia la risultanza di — come ritengono i giudici essersi verificato in questa occasione — consapevoli scelte di gestione improntate al risparmio delle spese necessarie per l'ammodernamento e la messa in sicurezza degli impianti e dei luoghi di lavoro, principali responsabili degli infortuni che abbiano poi a verificarsi sono in primo luogo i dirigenti di più alto grado dell'azienda, coloro cioè che, in virtù del ruolo manageriale e di comando rivestito nella catena gerarchica, sono in grado di decidere — ed abbiano effettivamente deciso, come si ritiene accaduto nel caso *de quo* — di (non) procedere all'ammodernamento degli impianti, agli investimenti da operare, alle precauzioni da assumere, ecc. Breve[10], quando l'infortunio o il disastro sul luogo del

9. Fra tante Cass., sez. IV, 28 aprile 2011, Milo, in *Mass. Uff.*, n. 250710; Id., sez. IV, 10 novembre 2009, Iglina e altri, *ivi*, n. 246695; Id., sez. IV, 17 febbraio 2009, Liberali e altro, *ivi*, n. 243208

10. Come abbiamo detto in altra sede allorquando abbiamo cercato di dimostrare la compatibilità

lavoro è conseguenza di una politica aziendale intesa a "tagliare" i costi per la sicurezza, responsabile dell'accaduto deve essere principalmente il soggetto che tale politica ha formulato, ovvero il dirigente — o i dirigenti — apicale dell'impresa.

Nel processo in esame, tuttavia, erano imputati e risultano condannati anche soggetti che non rivestivano una tale posizione centrale all'interno della società, ma che in qualche modo — in ragione delle loro competenze e della costante presenza *in situ* — coadiuvavano quest'ultimi nella gestione della sicurezza sui luoghi di lavoro (il riferimento è in particolare agli imputati Moroni, che era « *investito della competenza nella pianificazione degli investimenti in materia di sicurezza antincendio* », Salerno, direttore dello stabilimento ove si è verificato il sinistro, e Cafueri, dirigente con funzioni di responsabile dell'area EAS e di R.S.P.P. del medesimo stabilimento). È evidente che a tali soggetti — e chiaramente il riferimento non è solo alla vicenda di cui al presente processo, ma si tratta di una riflessione di valenza assolutamente più ampia — non può certo attribuirsi la responsabilità di non aver deliberato lo stanziamento delle somme necessarie per la messa in sicurezza né di aver disegnato le linee di una politica aziendale intesa a ridimensionare i costi da sopportare per una sicura gestione dell'impianto; correttamente, dunque, la Procura di Torino ha accusato i soggetti predetti di non aver comunicato ai loro superiori quali interventi fossero necessari, di non aver segnalato o comunque sottaciuto la condizione di degrado in cui versava l'impianto torinese, di non aver segnalato correttamente i rischi di incendio ecc., sostenendo poi che, in ragione di tale omissione, i soggetti apicali hanno potuto decidere di soprassedere da ogni intervento di messa in sicurezza dell'impianto.

La decisione in esame, al pari di quella di primo grado, ritiene corretta l'impostazione accusatoria e di conseguenza ha condannato i soggetti predetti per una cooperazione colposa nell'accaduto. Tale conclusione, però, lascia spazio a qualche perplessità perché non pare che la sentenza in commento si sia soffermata nel valutare quali sarebbero state le conseguenze derivanti dall'adozione, da parte di Salerno, Moroni e Cafueri, del cosiddetto "comportamento alternativo lecito", ovvero se le loro (doverose ed in fatto omesse) segnalazioni, denunce circa le condizioni del luogo di lavoro avrebbero o meno avuto una valenza significativa spingendo gli altri imputati ad agire di conseguenza ed a mettere in sicurezza lo stabilimento della Thyssen in Torino.

È il tema della cosiddetta « *efficienza causale della violazione colposa* », ap-

fra i reati colposi e la responsabilità amministrativa degli enti collettivi *ex* d.lgs. n. 231 del 2001: Santoriello, *Riflessioni sulla possibile responsabilità degli enti in presenza di reati colposi*, in *Resp. Amm. Soc. Enti*, 2011, 4, 71; Id., *I requisiti di interesse e vantaggio della società nell'ambito della responsabilità da reato degli enti collettivi*, *ivi*, 2008, 3, 49.

parentemente considerato dai giudici di appello allorquando quali scrivono che per una decisione di condanna non basta l'accertamento della violazione dei doveri gravanti sull'accusato in quanto laddove « *all'imputato è contestato di aver non agito e l'evento si è poi verificato per cause naturalistiche, il giudice deve sempre operare una difficile ricostruzione ipotetica sulla capacità impeditiva dell'evento da parte della condotta doverosa* », valutando « *il nesso di causalità fra il non agire contestato agli imputati secondo il precetto prevenzionale e gli eventi (secondo lo* standard *consolidato della giurisprudenza di legittimità dell'alto o elevato grado di credibilità razionale)* »[11]. A fronte di questa apprezzabile dichiarazione di intenti, però, assai poco approfondita pare la soluzione del problema posto che la Corte — riconosciuto espressamente che nessuno degli indagati sopra menzionati avrebbe potuto da solo impedire gli eventi, per limite di *budget* e di capacità decisionale autonoma — ne rinviene comunque la responsabilità per l'accaduto sostenendo che essi avrebbero dovuto segnalare la necessità di operare in senso prevenzionale e che la loro condotta omissiva riveste una rilevanza causale in quanto « *la verifica della causalità può essere soddisfatta anche solo nella forma di apprezzabili, significative, probabilità della condotta doverosa di scongiurare il danno* ».

Questa conclusione però ci pare in deciso contrasto con un approdo delle sezioni unite in materia di rilevanza causale del cosiddetto comportamento alternativo lecito in presenza di una condotta omissiva o comunque in presenza dell'assunzione da parte dell'indagato di una modalità di agire diversa da quella doverosa o che risultava imposta dalle circostanze. Sul tema, in questa sede, non si può andare oltre un mero accenno, ma ci pare evidente come la decisione in commento ed in particolare le affermazioni sopra riportate si pongano in assoluto contrasto con la decisione delle sezioni unite 10 luglio 2002, Franzese[12], secondo cui « *nel reato colposo omissivo improprio il rapporto di causalità tra omissione ed evento non può ritenersi sussistente sulla base del solo coefficiente di probabilità statistica, ma deve essere verificato alla stregua di un giudizio di alta probabilità logica, sicché esso è configurabile solo se si accerti che, ipotizzandosi come avvenuta l'azione che sarebbe stata doverosa ed esclusa l'interferenza di decorsi causali alternativi, l'evento, con elevato grado*

11. In proposito, limitandosi agli interventi specificatamente dedicati al tema, da ultimo Di Salvo, *Causalità e responsabilità penale*, Torino 2007; Id., *Violazione di regole cautelari, concretizzazione del rischio e causalità della colpa*, in *Giur. merito*, 2012, 143; Bartoli, *Il problema della causalità penale. Dai modelli unitari al modello differenziato*, Torino, 2010; Massaro, *Concretizzazione del rischio e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, in *Cass. pen.*, 2009, 4699; Verrico, *Le insidie al rispetto di legalità e colpevolezza nella causalità e nella colpa: incertezze dogmatiche, deviazioni applicative, possibili confusioni e sovrapposizioni*, *ivi*, 2011, 101; Gizzi, *Il comportamento alternativo lecito nell'elaborazione giurisprudenziale*, *ivi*, 2005, 4107; Veneziani, *Causalità della colpa e comportamento alternativo lecito*, in *Cass. pen.*, 2013, 1224. In giurisprudenza, Cass., sez. IV, 9 giugno 2011, Cezza, in *Riv. it. med. leg.*, 2012, 298; Id., sez. IV, 11 marzo 2010, P.G. in proc. Catalano e altri, in *Cass. pen.*, 2011, 101

12. In *Foro it.*, 2002, II, 601.

di credibilità razionale, non avrebbe avuto luogo ovvero avrebbe avuto luogo in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva»[13]. Come si vede, secondo l'impostazione della Cassazione, in presenza di circostanze e vicende come quella oggetto della decisione in commento, il nesso causale può essere ravvisato quando, alla stregua del giudizio controfattuale condotto sulla base di una generalizzata regola di esperienza o di una legge scientifica (universale o statistica), si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dall'imputato la condotta doverosa impeditiva dell'evento *hic et nunc*, questo non si sarebbe verificato, ovvero si sarebbe verificato ma in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva: di tali approfondimento nella decisione in parola non pare esservi traccia o vi è comunque un mero accenno, che non pare sufficiente ad assolvere l'obbligo motivazionale gravante sul giudice[14].

Peraltro, l'esigenza di motivare con attenzione le ragioni per cui si sono ritenuti responsabili dell'accaduto anche soggetti che non rivestivano un ruolo gerarchico particolarmente elevato all'interno della società, sostenendo che gli stessi non avevano provveduto ad avvisare dei rischi e dello stato di pericolo i superiori dirigenti aziendali, si poneva con maggior rigore proprio nella vicenda oggetto della decisione in commento. In più punti, infatti, tale pronuncia evidenzia la condotta scellerata dei componenti del consiglio di amministrazione di rimandare intenzionalmente ogni investimento necessario per la messa in sicurezza dell'impianto onde evitare spese che sarebbero poi diventate rapidamente improduttive stante il prossimo trasferimento degli impianti ed addirittura la Procura della Repubblica (con l'adesione del giudice di prime cure) aveva ritenuto uno degli imputati responsabile del reato di omicidio doloso tanta intensa e consapevole era stata la volontà di far proseguire il lavoro in luoghi pericolosi ed inidonei alla bisogna: orbene, in presenza di un tale atteggiamento soggettivo — di assoluto disinteresse per le esigenze e la salute dai lavoratori — da parte dei più alti dirigenti aziendali, ci si sarebbe legittimamente aspettato un maggior impegno da parte dell'organo decidente per dimostrare come tale politica aziendale avrebbe potuto modificarsi e flettersi alle esigenze della sicurezza in presenza di segnalazioni dello stato di pericolo da parte di funzionari di minore importanza nell'organizzazione gerarchica.

In sostanza, ipotizzata — come pare fare la decisione in esame — una

13. Per approfondimenti, cfr. da ultimo e senza alcuna pretesa di completezza, Bartoli, *La responsabilità penale da esposizione dei lavoratori ad amianto*, in *www.penalecontemporaneo.it*; Id., *Il problema della causalità penale*, cit., *passim*; Blaiotta, *Causalità giuridica*, Torino 2010; D'Alessandro, *Le frequenze medio–basse e il nesso causale tra omissione ed evento*, in *Cass. pen.*, 2007, 4831

14. Per un approfondimento della problematica della motivazione di decisioni di condanna in presenza di possibili spiegazioni alternative dell'accaduto, cfr. Santoriello, *Il vizio di motivazione*, Torino 2008, 288; Id., I *dubbi impongono sempre l'assoluzione*, in *Arch. pen.*, 2012, 355.

ripartizione di compiti fra consiglieri di amministrazione e loro più stretti collaboratori in base alla quale i primi hanno deciso gli interventi e gli investimenti per la messa in sicurezza degli impianti sulla base di quanto gli hanno riferito i secondi che meglio conoscevano la concreta realtà dello stabilimento, delle due l'una: o i componenti del *board* non sapevano cosa accadeva nell'azienda ed allora agli stessi può essere mossa solo un'accusa in termini di colpa incosciente per non essersi adeguatamente informati sulle condizioni dello stabilimento torinese, mentre gli altri indagati rispondono per la negligenza con cui hanno assolto ai loro doveri di sorveglianza, controllo e segnalazione delle situazioni di pericolo e criticità dei luoghi di lavoro o si ritiene i componenti del C.d.A. pienamente consapevoli delle condizioni della sede torinese e responsabili di aver omesso ciò nonostante i necessari interventi di messa in sicurezza, nel qual caso però bisogna riconoscere che gli stessi sono stati avvisati in proposito in qualche modo dai loro collaboratori (non comprendendosi altrimenti da chi altri potrebbero aver ricevuto le relative informazioni) ed allora per pronunciare sentenza di condanna nei confronti di quest'ultimi occorre dimostrare come un loro diverso comportamento — contrassegnato da maggiore celerità di intervento, maggiore insistenza, più perseverante nelle segnalazioni ecc. — avrebbe potuto spingere il *board* a modificare la propria politica aziendale intesa a ridurre al minimo le spese per la sicurezza ed ammodernamento dell'impianto piemontese.

4. La sentenza di appello del processo Thyssen — ma più in generale tutta la vicenda processuale oggetto della decisione — ha ricevuto attenzione principalmente in relazione al profilo attinente la qualificazione dell'elemento soggettivo da attribuire alla condotta tenuta dagli imputati ed in specie dall'amministratore delegato cui era stato contestato — ed attribuita la responsabilità in primo grado per — il reato di omicidio volontario.

Nella sentenza in commento in capo a tutti gli imputati è stata riconosciuta la sussistenza della colpa cosciente, ritenendosi che alla sistematica e strutturale violazione delle norme cautelari si sia accompagnata l'effettiva previsione della possibilità che all'interno degli stabilimenti torinesi si verificassero eventi del tipo di quello poi in concreto accaduto. Trattasi di conclusione difficilmente contestabile se si condividono le acquisizioni probatorie indicate nella decisione: da un lato, risulterebbe dimostrato che tutti gli imputati erano a conoscenza delle condizioni di degrado del luogo di lavoro da cui poi sarebbe derivato il sinistro e dall'altro nessun di loro ha insistito (anzi alcuni hanno addirittura recisamente negato) per la dotazione di impianti di sistemi di spegnimento automatico degli incendi incaricando piuttosto gli operai affinché fossero loro stessi ad intervenire con gli estintori manuali nella convinzione che comunque nulla sarebbe accaduto e che

qualsiasi disastro si sarebbe potuto evitare.

I giudici di primo grado, pur accomunando la posizione di tutti gli imputati sotto il profilo della previsione degli eventi assistita dalla speranza che non si verificassero, avevano poi differenziato la posizione dei dirigenti da quella dell'amministratore delegato: mentre la previsione dei dirigenti di evitare il disastro poteva ritenersi ragionevole in quanto fondata sulla convinzione di un futuro intervento dei superiori gerarchici, meritava di essere qualificata come irragionevole l'attesa dell'amministratore cui competeva la decisione finale in tema di messa in sicurezza della linea di produzione e la cui inazione era espressione di una consapevole accettazione del rischio di incendio e di disastro. Questa conclusione non è condivisa dai giudici di appello la cui motivazione, a nostro parere, può riassumersi nel seguente modo: la convinzione — inescusabile ed « *intrisa di enorme imprudenza* [...] *Ma, appunto, gli imputati tutti agirono con imprudenza che è una forma di colpa* » — che nulla sarebbe accaduto era condivisa da tutti gli imputati, compreso l'amministratore delegato e per convincersene basta considerare quali fossero gli obiettivi perseguiti dall'A.D. della Thyssen, in correlazione con i danni che si sarebbero potuti prevedibilmente verificare in caso di incendio — come poi è purtroppo successo.

Secondo i giudici di appello le finalità dell'Espenhahn erano meramente economiche, volendo risparmiare sui costi per la sicurezza continuando al contempo ad utilizzare gli impianti torinesi una volta trasferiti a Terni; di contro, i danni prevedibili, in caso di reati connessi alla sicurezza sul lavoro, sarebbero stati molteplici: « *anche a voler estromettere qualunque considerazione circa le remore morali davanti alla previsione della morte dei propri dipendenti, rimangono danni di rilevantissima entità (dell'ordine di vari milioni di euro). Si trattava infatti di eventi che prefiguravano la distruzione degli impianti, il blocco della produzione [*per Krefeld — stabilimento nel quale si era verificato un grave incendio nel 2006, n.d.a. — era stato di ben un anno*], il risarcimento dei danni per le morti causate; a tali danni si aggiungevano poi quelli di immagine che, stando all'eco del disastro avvenuto a Krefeld, possiamo stimare anch'essi rilevantissimi, non solo verso l'esterno del mercato ma anche all'interno della* holding *(che aveva più volte richiamato le dirigenze delle singole società alla tolleranza zero per gli incendi e messo a disposizione fondi sufficienti ad attuarla in maniera adeguata)* ». Alla luce di tali considerazioni, è facile concludere che, « *accettando il verificarsi degli eventi, Espenhahn non solo non avrebbe fatto prevalere l'obiettivo perseguito ma avrebbe provocato un danno di tali dimensioni da annullarlo e soverchiarlo totalmente. Qui non si tratta dunque di un caso in cui l'evento previsto è raffigurato come un prezzo da pagare per il raggiungimento dell'obiettivo, bensì di una vicenda in cui la verificazione dell'evento diventa la negazione dell'obiettivo perseguito* ».

In sostanza, i giudici hanno fatto una condivisibile applicazione della

cosiddetta formula di Frank, in base alla quale, come è noto, deve ritenersi sussistente il dolo eventuale quando risulti che l'agente avrebbe comunque agito, anche se avesse avuto la certezza della realizzazione della fattispecie: nel caso di specie, la sproporzione assoluta fra le conseguenze che si sarebbero determinate in caso di verificarsi dell'incendio e i vantaggi derivanti dagli omessi investimenti per la sicurezza conducono a ritenere che tutti gli imputati — ed in particolare quelli che avevano la responsabilità principale della gestione dell'impresa — avrebbero senz'altro modificato il proprio atteggiamento ove avessero avuto la certezza o si fossero comunque rappresentati come fortemente probabile il verificarsi del disastro[15].

5. Profili di interesse presenta anche la statuizione della Corte d'appello con cui — nel mentre condannava tutti gli imputati per concorso nel delitto di omessa adozione di misure antinfortunistiche, consistite, nel caso di specie, dall'impianto di automatico di rilevazione e spegnimento degli incendi, aggravato dalla verificazione di un disastro (incendio) e di infortuni (lesioni personali riportate dai tre operai sopravvissuti) — si afferma che tale fattispecie delittuosa, a connotazione dolosa, concorre con altre fattispecie sorrette da un elemento soggettivo colposo, ancorché queste ultime aggravate dalla previsione dell'evento (l'omicidio di cui all'art. 589 c.p. e l'incendio di cui agli artt. 449, 423 c.p., entrambi aggravati *ex* art. 61 n. 3 c.p.).

Secondo i giudici d'appello che « *l'art. 437 c.p. individua un reato di pericolo in cui il dolo dell'agente è costituito dalla consapevolezza di violare l'obbligo giuridico di installare un impianto destinato a prevenire disastri o infortuni sul lavoro, così esponendolo al rischio del verificarsi di tali eventi. Si tratta di un dolo generico che non richiede proiezioni volitive per ciò che attiene agli eventi dannosi che la norma intende evitare e che sono del tutto eventuali… L'aggravamento della pena, previsto nel caso in cui dall'omissione derivino disastri o infortuni, è esterno all'atteggiamento doloso e segue le regole dell'imputazione delle circostanze, in particolare l'art. 59.2 c.p.* ». Sicché non vi è contraddizione alcuna tra i diversi capi di imputazione giacché l'agente « *risponderà dell'aggravante a quello stesso titolo di colpa per cui si vede imputato di incendio e omicidio colposi con la previsione degli eventi* »[16]

15. In proposito, sui rapporti fra dolo eventuale e colpa cosciente, in dottrina, limitandosi a quanto comparso dopo la decisione di primo grado, Raffaele, *La seconda vita del dolo eventuale fra rischio, tipicità e colpevolezza. Riflessioni a margine del caso* Thyssen, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, 1077; De Muro, *Sulla flessibilità concettuale del dolo eventuale*, in *www.penalecontemporaneo.it*; Fiandaca, *Sul dolo eventuale nella giurisprudenza più recente, fra approccio oggettivizzante–probatorio e messaggio general–preventivo*, *ivi*; Bartoli, *Ancora sulla problematica distinzione tra dolo eventuale e colpa cosciente nel caso Thyssenkrupp*, *ivi*; Di Fresco, I*ncidente mortale causato da una condotta di guida sconsiderata: dolo eventuale o colpa cosciente? La Cassazione rispolvera la prima formula di Frank*, in *Foro It.*, 2011, II, 533. In giurisprudenza, di recente, Cass., sez. IV, 18 febbraio 2010, Lucidi, in *Mass. Uff.*, n. 249492; Id., Sez. Un., 26 novembre 2009, Nocera, *ivi*, n. 246393 ; Id., sez. I, 11 luglio 2011, Braidic, *ivi*, n. 251484

16. Nello stesso senso si è più volte pronunciata la giurisprudenza; cfr. Cass., sez. IV, 16 luglio

6. In senso diverso è stato invece risolto il problema del possibile concorso tra il delitto di omessa installazione di cautele antinfortunistiche, nella forma aggravata dal disastro (art. 437 co. 2 c.p.), e quello di incendio colposo (artt. 449, 423 c.p.): ad avviso dei giudici piemontesi, infatti, la previsione di cui all'art. 437 co. 2 c.p. avrebbe natura speciale rispetto alla seconda disposizione e tale specialità andrebbe individuata nelle condotte penalmente rilevanti, configurando l'art. 437 c.p. un reato a forma vincolata (omessa installazione di impianti antinfortunistici) mentre quello di incendio un delitto causalmente orientato; del tutto sovrapponibili, invece, sarebbero i rispettivi eventi, rappresentati dall'esposizione a pericolo di un numero indeterminato di persone.

Non può invece ritenersi assorbita nel delitto *ex* 437 c.p., aggravato dalla verificazione di infortuni, la fattispecie di omicidio colposo plurimo: il fatto che quest'ultima preveda una pena massima superiore, « *impone una interpretazione sistematica dell'art. 437, co. 2, c.p. nel senso che il reato in esso delineato deve necessariamente concorrere con quello di omicidio colposo: diversamente opinando, infatti, si arriverebbe alla conclusione, paradossale e dunque inaccettabile, secondo cui chi avesse accompagnato alle condotte di omicidio colposo plurimo anche quella di omissione dolosa di un dispositivo prevenzionale si vedrebbe sanzionato con una pena inferiore a chi fosse responsabile del solo omicidio colposo plurimo* ». La Corte peraltro, ritiene corretto applicare le due fattispecie in parola in concorso formale tra loro, sulla scorta della considerazione che gli imputati le avrebbero violate attraverso le medesime condotte concrete: l'omessa installazione dell'impianto automatico infatti, ha integrato non solo la figura a forma vincolata di cui all'art. 437 c.p., ma anche quella a forma libera di omicidio colposo; mentre, per quanto riguarda le ulteriori condotte realizzate in violazione della normativa antinfortunistica, esse ricadono tutte soltanto nell'art. 589 c.p., e ricevono adeguata sanzione attraverso il cumulo giuridico delle pene.

1993, Arienti, in *Mass.Uff.*, n. 195696. In dottrina, in senso contrario, Piergallini, *Il concorso apparente di norme nella sentenza sui "fatti" di Seveso*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1985, IV, 19; Santoriello, *I rapporti fra il delitto di rimozione dolosa di cautele contro infortuni sul lavoro ed i reati di omicidio e lesioni colpose per violazione delle norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro*, in *Arch. pen.*, 2011, 367.

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/978885485819021
pag. 655–666

Libertà personale

Il ridimensionamento progressivo delle presunzioni nel regime custodiale obbligatorio

Nadia E. La Rocca

La decisione

Misure cautelari personali — Criteri di scelta — Presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere — Reati aggravati *ex* art. 7, d.l. n. 152 del 1991 — Illegittimità costituzionale (cost., artt. 3, 13, co. 1, 27, co. 2; c.p.p., art. 275, co. 3; d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv., con modif., in l. 23 aprile 2009, n. 38; d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv., con modif., in l. 12 luglio 1991, n. 203, art. 7).

È costituzionalmente illegittimo l'art. 275, co. 3, secondo periodo, c.p.p., come modificato dall'art. 2, co. 1, del d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori), convertito, con modificazioni, dalla legge 23 aprile 2009, n. 38, nella parte in cui — nel prevedere che, quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416–bis *c.p. o al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo del codice penale, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari — non fa salva, altresì, l'ipotesi in cui siano acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, dai quali risulti che le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure. Nell'apprezzamento di queste ultime risultanze, il giudice dovrà valutare gli elementi specifici del caso concreto, tra i quali l'appartenenza dell'agente ad associazioni di tipo mafioso ovvero la sua estraneità ad esse.*

Corte costituzionale, 25 marzo 2013, n. 57, Gallo, *Presidente* — Lattanzi, *Relatore*.

Il testo della decisione in commento è consultabile sul sito *web archiviopenale.it*.

Il commento

1. Con la sentenza n. 57 del 2013 la Consulta ha confermato la linea esegetica intrapresa a partire dalla sentenza n. 265 del 2010, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 275, co. 3, c.p.p. [anche] nella parte in cui impone[va] l'applicazione della sola misura custodiale in carcere in presenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine ai delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416–*bis* c.p., o al fine di agevolare l'attività delle associazioni contemplate dallo stesso articolo del codice penale[1].

La questione di legittimità della disposizione *de qua* ha avuto ad oggetto, ancora una volta, la violazione degli artt. 3, 13, co. 1, e 27, co. 2, cost. Nelle ordinanze di rimessione[2] era stata posta in evidenza una illegittima limitazione, da parte del Legislatore, della discrezionalità del giudice nell'esercizio del suo potere di adeguare la misura al caso concreto. Secondo i giudici rimettenti l'art. 275, co. 3, c.p.p., era idoneo ad "appiattire" — in modo irragionevole — situazioni oggettivamente e soggettivamente diverse con una uguale risposta cautelare, in modo tale da rendere inoperanti i criteri di proporzionalità e di adeguatezza, in aperto contrasto con quanto imposto dagli artt. 3, 13, co. 1, e 27, co. 2, cost.

Il percorso argomentativo elaborato nelle ordinanze di rimessione ha avuto un inevitabile punto di forza nelle indicazioni offerte dal Giudice delle leggi nelle pregresse declaratorie parziali di illegittimità costituzionale dell'art. 275, co. 3, c.p.p.[3], che hanno imposto, nel rispetto dell'art. 13 cost., di circoscrivere allo strettamente necessario le misure limitative della libertà personale, attribuendo alla custodia in carcere il connotato di estremo rimedio in quanto, in conformità ai contenuti del co. 2 dell'art. 27 cost., in mancanza di una effettiva e concreta esigenza cautelare, rappresenterebbe un'indebita anticipazione della pena prima del definitivo accertamento giudiziale della responsabilità penale.

Ma non solo. Nella specie, soprattutto con la decisione di rimessione delle Sezioni Unite della Suprema Corte, è stata predisposta un'interpretazione che, rispetto al passato, ha avuto il pregio di stabilire una necessaria linea

1. E, pertanto, dei delitti contestati con l'aggravante prevista dall'art. 7, d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (Provvedimenti urgenti in tema di lotta alla criminalità organizzata e di trasparenza e buon andamento dell'attività amministrativa), convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203.

2. La medesima questione di illegittimità costituzionale è stata sollevata sia dal Tribunale del riesame di Lecce, con due ordinanze depositate, rispettivamente, il 16 maggio 2012 (r.o. n. 131 del 2012) e il 7 giugno 2012 (r.o. n. 175 del 2012), sia dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione (n. 269 del 10 settembre 2012).

3. Intervenute con le sentenze n. 265 del 2010; n. 164 del 2011; n. 231 del 2011; n. 331 del 2011; n, 110 del 2012 della Corte costituzionale.

di demarcazione tra fenomeno criminoso mafioso e fattispecie criminose "comuni" aggravate *ex* art. 7 d.l. 13 maggio 1991 n. 152. Queste ultime, come rilevato dalla Suprema Corte, « *avendo, o potendo avere, una struttura individualistica, potrebbero non postulare necessariamente esigenze cautelari affrontabili in via esclusiva con la custodia in carcere. La circostanza aggravante in esame può accompagnare, invero, la commissione di qualsiasi fattispecie delittuosa; di talché, ove vi si volesse ricomprendere anche i reati così aggravati nella locuzione delitti di mafia, cui si fa ripetutamente richiamo nelle decisioni della Corte costituzionale, si finirebbe con l'assimilare, sotto il profilo del disvalore sociale e giuridico, manifestazioni del tutto differenti, sia con riferimento alla loro portata criminale, sia con riferimento alla pericolosità dell'agente: la presunzione di adeguatezza della misura della custodia in carcere per delitti commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dall'art. 416–*bis *c.p., comporterebbe, infatti, una parificazione tra chi a dette associazioni abbia aderito e chi, invece, senza appartenere ad esse, abbia inteso agevolare le attività delle associazioni stesse. Parificazione che sembrerebbe ingiustificata* [. . .] *laddove la presunzione in argomento è stata ritenuta ragionevole e giustificata solo in presenza di un legame associativo, peraltro connotato da specifiche caratteristiche* [. . .] *che non sembrano riscontrabili in una condotta delittuosa pur aggravata ai sensi dell'art. 7 del d.l. n. 152 del 1991* »[4].

Sulla scorta di tali indicazioni, la Corte costituzionale ha ritento di ridurre ancora la lista delle imputazioni per le quali rimane operativo il severo regime di obbligatorietà della custodia in carcere, a meno che non siano stati acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari, quale che ne sia la natura od il grado, ritenendo di estendere le considerazioni relative al già individuato contrasto della disposizione impugnata con gli artt. 3, 13, co. 1, e 27, co. 2, cost., anche ai delitti commessi avvalendosi del cosiddetto "metodo mafioso" o al fine di agevolare le attività delle associazioni previste dall'art. 416–*bis* c.p.

Il Giudice delle leggi, oltre a mettere in luce le ricadute dei meccanismi presuntivi sul criterio di proporzionalità, per il quale « *ogni misura deve essere proporzionata all'entità del fatto e alla sanzione che sia stata o si ritiene possa essere irrogata* » (art. 275, co. 2, c.p.p.), ha evidenziato, anche avvalendosi delle censure sollevate dalle difese, che « *l'ampio numero dei reati–base suscettibili di rientrare nell'ambito di applicazione del regime cautelare speciale segnala la possibile diversità del "significato" di ciascuno di essi sul piano dei pericula libertatis, il che offre un'ulteriore conferma dell'insussistenza di una congrua "base statistica" a sostegno della presunzione censurata: la posizione dell'autore dei delitti commessi avvalendosi del cosiddetto "metodo mafioso" o al fine di agevolare le attività delle*

4. Cfr. Cass., Sez. Un., 19 luglio 2012, Lipari, in *Arch. pen.*, 2013, 303, con nota di Farinelli, *L'ambito di operatività della presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere.*

associazioni di tipo mafioso, delle quali egli non faccia parte, si rivela, infatti, non equiparabile a quella dell'associato o del concorrente nella fattispecie associativa, per la quale la presunzione delineata dall'art. 275, co. 3, c.p.p. risponde a dati di esperienza generalizzati ».

Attingendo ai contenuti delle precedenti declaratorie di incostituzionalità del più volte evocato art. 275 c.p.p., la Consulta ha riscontrato, anche grazie agli orientamenti della Corte nomofilattica, che la possibile estraneità dell'autore dei delitti aggravati dalla "mafiosità" a un'associazione di tipo mafioso fa escludere che si sia sempre in presenza di « *un reato che implichi o presupponga necessariamente un vincolo di appartenenza permanente a un sodalizio criminoso con accentuate caratteristiche di pericolosità — per radicamento nel territorio, intensità dei collegamenti personali e forza intimidatrice —, vincolo che solo la misura più severa risulterebbe, nella generalità dei casi, in grado di interrompere* »[5]. Essendo, invero, la congrua "base statistica" della presunzione in questione collegata all'« *appartenenza ad associazioni di tipo mafioso* »[6], una fattispecie che, anche se collocata in un contesto mafioso, non presupponga siffatta "appartenenza", non assicura alla presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere un fondamento giustificativo conforme a Costituzione. Alla luce di questi rilievi, è stata riscontrata, ancora una volta, la triplice violazione della "Legge fondamentale" ad opera del co. 3 dell'art. 275 c.p.p., e cioè: dell'art. 3 cost., « *per l'ingiustificata parificazione dei procedimenti relativi ai delitti considerati a quelli concernenti i delitti di mafia, nonché per l'irrazionale assoggettamento ad un medesimo regime cautelare delle diverse ipotesi concrete riconducibili ai relativi paradigmi punitivi* »; dell'art. 13, co. 1, cost., « *quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari privative della libertà personale* »; dell'art. 27, co. 2, cost., « *in quanto* » la presunzione assoluta finiva con l'attribuire « *alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena* ».

2. La decisione in esame non può che essere condivisa. In un'ottica di ridimensionamento e di riordino del sistema delle cautele, la Consulta ha colto ancora una volta l'occasione per chiarire i limiti entro i quali la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere può apparire ragionevole[7], ponendo dei punti fermi sulla reale funzione assegnata alla misura coercitiva

5. V., in modo particolare, Corte cost., n. 164 del 2011.

6. Così aveva stabilito Corte cost., n. 265 del 2010.

7. In relazione all'ammissibilità della presunzione in relazione a tali reati si era già espressa sia la Corte costituzionale, sia la Corte europea dei diritti dell'uomo. Entrambe le Corti avevano fatto leva sulla specificità dei predetti delitti, la cui connotazione strutturale astratta (come reati associativi e, dunque, permanenti entro un contesto di criminalità organizzata, o come reati a tale contesto comunque collegati) valeva a rendere verosimile il protrarsi dei contatti tra imputato ed associazione (in tal senso, con varie argomentazioni, Corte cost., ord. n. 450 del 1995; Id., ord. n. 130 del 2003; Id., n. 40 del 2002; Corte EDU, 6 novembre 2003, Pantano c. Italia

che, per essere compatibile con la presunzione d'innocenza, non può mai assurgere ad espiazione anticipata di una pena non ancora irrogata.

In prospettiva generale la sistematica delle cautele è stata improntata, con l'entrata in vigore del codice dell''88, al « *divieto di disporre la custodia in carcere se con l'applicazione di altre misure di coercizione personale possono essere adeguatamente soddisfatte le esigenze cautelari* »[8].

A fronte del concatenarsi di eventi delittuosi di grave impatto sulla collettività il Legislatore, derogando alla regola appena richiamata, e avvalendosi della decretazione d'urgenza, ha poi introdotto meccanismi di automatica applicazione della più aspra delle cautele personali alla presenza di esigenze cautelari e gravi indizi di colpevolezza in ordine a determinate tipologie di reati ritenute di particolare gravità. Il catalogo di fattispecie criminose, ab origine sorto per fronteggiare fenomeni di matrice mafiosa, ha subito, nel tempo, una notevole espansione[9] in virtù di interventi normativi — alquanto disomogenei e discutibili — legati alla necessità di placare emozioni collettive enfatizzate dai mass media e, tuttavia, non abbastanza razionalizzati nell'intento di offrire risposte formali, apparenti e di notevole impatto sociale[10].

Si è verificato, allora, un potenziamento della disciplina speciale per le fattispecie di reato di maggior allarme sociale, inserito in un contesto politico–sociale di "emergenza", con la riproposizione di quelle "controriforme normative"[11], foriere dell'instaurazione di un regime di quasi obbligatorietà della custodia cautelare in carcere, censurate dalla dottrina[12]

8. V., testualmente, la Direttiva n. 59 della Legge–Delega 16 febbraio 1987, n. 81, sul nuovo codice di procedura penale.

9. La modifica del co. 3 dell'art. 275 c.p.p. è avvenuta, in un primo momento, con riferimento ai delitti di criminalità organizzata e con le modalità tipiche del reato di cui all'art. 416–*bis* c.p., ad opera dell'art. 5 d.l. 13 maggio 1991, n. 152 (« *Provvedimenti urgenti per la lotta alla criminalità organizzata e la trasparenza del buon andamento dell'attività amministrativa* ») convertito nella l. 8 agosto 1995 n, 223, e —più di recente — ad opera dell'art. 2 d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 (« *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica e di contrasto alla violenza sessuale, nonché in tema di atti persecutori* »), convertito, con modificazioni, nella l. 23 aprile 2009, n. 38.

10. Sul punto v., di recente, Giunchedi, *La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare. Frammenti di storia ed equilibri nuovi*, in *Giur. it.*, IV, 2013, 3. Per osservazioni analoghe cfr. anche De Caro, *Presupposti e criteri applicativi*, in *Trattato di procedura penale*, Spangher, *Le misure cautelari*, a cura di Scalfati, Torino, II, 2008, p. 78.

11. Il riferimento è alle modifiche apportate all'art. 275, co. 3, c.p.p. dal d.l. 13 maggio 1991 n. 152, conv. con modif., nella l. 12 luglio 1991 n. 203 che imponeva la custodia in carcere per numerose fattispecie non omogenee fra di loro, quali, la devastazione, il saccheggio, la strage, la guerra civile, l'omicidio, la rapina aggravata, l'estorsione aggravata, il sequestro di persona, l'associazione mafiosa (con l'intera gamma dei reati che vi sono intesi o defluiscono), la disciplina degli stupefacenti (artt. 73, 74 e 80, co. 2, d.D.P. 9 ottobre 1990, n. 309), la fabbricazione e il commercio delle armi, e che, in un primo momento, « *timidamente* » manteneva ancora ferma la valutazione del giudice circa la possibilità di soddisfare le esigenze cautelari con altre misure. Il d.l. 9 settembre 1991, n. 292, conv. nella l. 8 novembre 1991, n. 356, eliminava, poi, « *con maggiore incisività* » , tale potere.

12. Cfr., sull'argomento, Dalia, *Un nuovo modello processuale per la criminalità organizzata*, in

in quanto introduttive, in via surrettizia, di deprecabili forme di "cattura obbligatoria", elusive delle scelte operate dal Legislatore del 1988, che aveva voluto abbandonare simili soluzioni — confliggenti con il contenuto dell'art. 27, co. 2, cost. — privilegiando, anche per reati gravissimi, il ricorso alla discrezionalità del giudice.

A fronte di un simile quadro normativo, il ruolo della Corte costituzionale è stato determinante « *nell'erodere una presunzione che, partendo dal dato della pericolosità degli imputati, quale elemento per reprimere l'adozione di misure cautelari meno gravose del carcere, in coincidenza con stagioni animate da una forte repressività* »[13], ha snaturato il principio del minore sacrificio della libertà personale con l'imposizione della misura più gravosa — di regola prevista solo di fronte all'impossibilità di arginare le esigenze cautelari con misure più tenui — allargandone lo spettro ad ipotesi delittuose mancanti di quei caratteri che, alle origini dell'attuale codice di rito, avevano animato il conio dell'eccezione.

3. A tale ultimo proposito, invero, non può farsi a meno di ricordare che il presupposto che aveva guidato il Legislatore nell'introduzione del regime —eccezionale — di adeguatezza della sola custodia in carcere era costituito dalla forza intimidatrice caratterizzante il vincolo tipico delle associazioni di stampo mafioso e dalle condizioni di assoggettamento ed omertà che ne sono conseguenza, trattandosi un fenomeno sociologico ed empirico caratterizzato da una solida e permanente adesione dei sodali inseriti in un'organizzazione gerarchica, rafforzata da una serie di collegamenti e dal radicamento territoriale che consente la diffusione ed espansione del programma e dei risultati illeciti.

La presa di coscienza del fenomeno mafioso così delineato, ha reso possibile una sorta di "compromesso" codificato[14] che ha avuto ad oggetto il sacrificio di valori costituzionali a fronte di una speciale pericolosità che, sul piano cautelare imponeva e può tutt'oggi imporre, senza alternative, la custodia in carcere in presenza di esigenze cautelari. Per converso, in tutti gli altri casi, la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare

Verso la riscoperta di un modello processuale, Atti del Convegno in memoria di Galati A. (Caserta, 12–14 ottobre 2001), Milano, 2003, 107; Illuminati, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in M*isure cautelari e diritto di difesa nella l. 8. agosto 1995 n. 332*, a cura di Grevi, Milano 1996, 92; Marzaduri, *Commento all'art. 5 l. 8 agosto 1995, n. 332*, in *Leg. pen.*, 1995, 621. V. di recente Marandola, *I profili processuali delle nuove norme in materia di sicurezza pubblica, di contrasto alla violenza sessuale e stalking*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 964; Scaglione, *Il regime processuale e penitenziario differenziato per i fatti di terrorismo*, in *Riv. it. dir.e proc. pen.*, 2007, 575.

13. Condivisibilmente, Giunchedi, *La presunzione di adeguatezza della custodia cautelare*, cit., 3.

14. In via di eccezione, a causa della recrudescenza della criminalità organizzata, fin dal 1991 è stata introdotta una presunzione relativa di esistenza delle esigenze cautelari ed una presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere per i delitti di associazione mafiosa.

in carcere è stata destinata a soccombere ove sottoposta ad un giudizio di ragionevolezza ed in mancanza delle connotazioni normative tipiche del fenomeno "mafioso", ritenuto il solo idoneo a fornire una congrua base statistica alla presunzione stessa.

Come ha sostenuto il Giudice delle leggi[15], la presunzione è accettabile qualora sia espressione di « *massime di esperienza generali* ». Viceversa, la presunzione viola il principio di eguaglianza quando è "irrazionale", e cioè se ed in quanto sia agevole smentirla formulando ipotesi di « *accadimenti reali contrari alla presunzione*[16] ». Ed in tale prospettiva i profili che contraddistinguono il delitto di associazione di tipo mafioso hanno avuto rilevanza non solo come motivi del riconoscimento della ragionevolezza della presunzione assoluta di adeguatezza del carcere cautelare per tale specifica imputazione, bensì, più in generale, anche come paradigma che si impone laddove si voglia invocare a buon titolo tale regime processuale[17].

Alla luce di tanto, è stato consequenziale rintracciare l'irragionevolezza di una equiparazione, quanto a regime cautelare, dei procedimenti per i delitti differenti da quelli tipicamente "mafiosi", proprio per l'impossibilità di considerare in via unitaria le varie fattispecie concrete comuni che, nella loro fenomenologia, oltre a presentare disvalori differenziabili, spesso sono « *meramente individuali e tali, per le loro connotazioni, da non postulare esigenze cautelari affrontabili solo con la massima misura* ». Né la ragionevolezza poteva essere recuperata sulla scorta della « *gravità astratta del reato, desunta dalla misura della pena o dall'elevato rango dell'interesse protetto* », trattandosi di parametri « *inidonei, di per sé, a fungere da elementi preclusivi ai fini della verifica della sussistenza di esigenze cautelari e del loro grado* ». Così pure, infine, nessuna legittimazione pareva desumibile dall'esigenza di eliminare o ridurre l'allarme sociale causato dal reato, che si delinea come « *una funzione istituzionale della pena, perché presuppone la certezza circa il responsabile del delitto che ha provocato l'allarme* »[18].

A tali conclusioni non è stato sottratto lo sfavorevole automatismo legittimato dall'art. 275, co. 3, c.p.p. in riferimento a delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416–*bis* c.p. o per agevolare le associazioni di stampo mafioso (o aggravati dall'art. 7 d.l. n. 152 del 1991), nonostante

15. In modo particolare nella sentenza n. 265 del 2010.

16. In proposito è stato osservato che, come per la scienza, così per le massime di esperienza deve essere possibile accertare se la regola possa essere smentita nel caso concreto. Qualunque sia l'ambito applicativo nel quale è calata, la massima di esperienza deve resistere ai tentativi di falsificazione. In tal senso v. Tonini, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 949.

17. V., per tale osservazione, Marzaduri, *Ancora ristretto il campo di operatività della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in *Leg. pen.*, 2011, 3.

18. Tali moniti sono rintracciabili nelle motivazioni delle sentenze di Corte cost., n. 265 del 2010; n. 164 del 2011; n. 231 del 2011.

l'apparente parificabilità di situazioni obiettivamente diverse. Ed è, con molta probabilità, quest'ultimo l'aspetto che mostra l'alto significato della decisione in commento. E si spiega.

Nonostante il richiamo formale ai connotati propri e tipici delle fattispecie sintomatiche della ragionevolezza della presunzione di adeguatezza della custodia carceraria — ovvero il richiamo agli aspetti "allarmanti" codificati nell'art. 416–*bis* c.p. con la sentenza in esame la Consulta ha superato[19] le solo artefatte similitudini che la molteplicità dei delitti commessi per agevolare consorterie criminose, o aggravati dall'art. 7 d.l. n. 152 del 1991, possano presentare con la fattispecie prevista e punita dall'art. 416–*bis* c.p. e che, in virtù di una norma "di organizzazione" degli uffici di Procura, quale l'art. 51, co. 3–*bis*, c.p.p. richiamato dal co. 3 dell'art. 275 c.p.p., hanno fino ad oggi giustificato l'impossibilità di fronteggiare le esigenze cautelari con misure diverse da quella detentiva in carcere. Tale presa di posizione, oltre a ricondurre a sistema il principio della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere a soddisfare le esigenze cautelari, rappresenta un'evoluzione garantista verso un recupero di quel necessario equilibrio tutelato dai principi di proporzionalità ed adeguatezza delle misure.

Non può sfuggire, invero, che l'agire al fine di agevolare le attività di un'associazione mafiosa possa costituire comportamento grave e indice di pericolosità, ma tale peculiare finalità rappresenta soltanto un elemento accidentale del reato, inidoneo a connotare, in astratto, qualsiasi condotta in termini tali da far ritenere che la pericolosità dell'agente possa essere fronteggiata solo con la più grave misura coercitiva. Invero, ed è questa la presa di coscienza più apprezzabile, « *l'ampio numero dei reati–base suscettibili di rientrare nell'ambito di applicazione del regime cautelare speciale segnala la possibile diversità del "significato" di ciascuno di essi sul piano dei* pericula libertatis, *il che offre un'ulteriore conferma dell'insussistenza di una congrua "base statistica" a sostegno della presunzione censurata* [...]. *Sotto questo profilo, dunque, la posizione dell'autore dei delitti commessi avvalendosi del cosiddetto "metodo mafioso" o al fine di agevolare le attività delle associazioni di tipo mafioso, delle quali egli non faccia parte, si rivela non equiparabile a quella dell'associato o del concorrente nella fattispecie associativa, per la quale la presunzione delineata dall'art. 275, co. 3, c.p.p. risponde, come si è detto, a dati di esperienza generalizzati* »[20].

19. Con la sentenza n. 450 del 1995 la Corte costituzionale aveva dichiarato la manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 275, co. 3, c.p.p. sottolineando, tra l'altro, che « *la delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso* » –– delimitazione mantenuta dalla legge 8 agosto 1995, n. 332 (Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari e di diritto di difesa) — « *rende manifesta la non irragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità legislativa, atteso il coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato* ».

20. Così dal testo della motivazione della sentenza in esame.

I giudici della Consulta si sono rivelati assai rigorosi nella verifica dei presupposti necessari per affermare la non irragionevolezza della presunzione assoluta con riferimento ai fatti di mafia, mantenendo comunque un regime differenziato, sia pure nella forma della presunzione relativa, e non più assoluta, di adeguatezza della custodia carceraria. È stata, pertanto, indicata una "terza via" mirante all'operatività di una valutazione in concreto sulla sussistenza del *periculum libertatis*, bandendo il pericoloso automatismo ancorato al mero titolo del reato. Si tratta di un "passo avanti" di non poco momento.

Non è fuori luogo porre in evidenza che gli automatismi e le presunzioni, oltre a disancorare il sistema di privazione della libertà *ante* giudizio dalle condizioni imposte dalla Costituzione, limitano il diritto di difesa nella misura in cui favoriscono omissioni dell'obbligo di motivare *sulle specifiche esigenze che in concreto giustificano l'applicazione* della custodia cautelare in carcere[21], rendendole non conoscibili al prevenuto e, pertanto, non sottoponibili a controllo alcuno. Chi non conosce gli elementi concreti circa la necessità della restrizione della libertà, d'altronde, non può addurre ragioni per difendersi che vadano oltre una improduttiva e generica protesta.

Sul punto merita sottolineatura una recente affermazione delle Sezioni Unite che, prendendo spunto dalla linea esegetica del Giudice delle leggi, ha ribadito come « *il sistema cautelare esiga che le condizioni e i presupposti per l'applicazione di una misura restrittiva della libertà personale siano apprezzati e motivati dal giudice sulla base della situazione concreta, alla stregua dei principi di adeguatezza, proporzionalità e minor sacrificio, così da realizzare una piena individualizzazione della coercizione cautelare. Ed è del tutto evidente che i postulati della flessibilità e della individualizzazione che caratterizzano l'intera dinamica delle misure restrittive della libertà, non possono che assumere connotazioni "bidirezionali", nel senso di precludere tendenzialmente qualsiasi automatismo — che inibisca la verifica del caso concreto — non soltanto in chiave, per così dire, repressiva, ma anche sul versante "liberatorio"* »[22]. In tale ortodossa metodologia si coglie la latitudine costituzionale della motivazione dei provvedimenti limitativi della libertà personale, imposta proprio per vincolare a formule legali il libero convincimento del giudice che deve prestarsi a rifuggire da qualsiasi elemento che introduca fattori che compromettano la flessibilità, tipica del meccanismo delle cautele, attraverso automatismi inammissibili.

21. In tal senso depone l'art. 292, co. 2, lett. *c*, c.p.p.

22. Così Cass., Sez. Un., 31 marzo 2011, P.G. in proc. K.M., in *Dir. pen. proc.*, 2011, 677, con la quale è stato eloquentemente ribadito che « *il perimetro dei valori costituzionali entro i quali può trovare soluzione il quesito sottoposto all'esame di queste Sezioni Unite e che ovviamente illumina il percorso argomentativo da seguire, è stato nitidamente tracciato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale, la quale, da ultimo, si è espressa in termini di univoca chiarezza, ai fini che qui interessano, nella sentenza n. 265 del 2010.* ».

E anche sotto quest'ultimo profilo può apprezzarsi la portata "pedagogica" della decisione costituzionale in commento.

4. Deve da ultimo evidenziarsi la portata monitoria delle affermazioni della Consulta e, di conseguenza, analizzare in che misura esse debbano incidere sulle vicende cautelari in cui la — ormai relativa — presunzione di adeguatezza aveva legittimato l'emissione di un'ordinanza applicativa della custodia in carcere.

Ebbene. Posto che il *dictum* costituzionale imporrà nuove metodologie per i "futuri" provvedimenti di richiesta ed applicazione di misure cautelari fondate sulla sussistenza di un coacervo indiziario relativo ai delitti aggravati dal c.d. "metodo mafioso" o finalizzati ad agevolare associazioni dello stesso tipo, è con riferimento ai procedimenti cautelari in corso che deve valutarsi l'incidenza della declaratoria di incostituzionalità.

A situazioni diverse corrispondono diverse riflessioni. Le ripercussioni concrete mutano, invero, a seconda che penda o meno un giudizio impugnatorio avverso l'ordinanza cautelare e, in caso positivo, a seconda che lo stesso sia pendente innanzi al tribunale del riesame (*ex* art. 309 c.p.p.) o alla Corte di cassazione (*ex* art. 311 c.p.p.). Qualora si siano esauriti i mezzi di controllo prima dell'intervento della declaratoria di incostituzionalità, ed il giudice — se le esigenze possano essere in altro modo soddisfatte — non sostituisca d'ufficio la misura coercitiva in carcere con altra meno afflittiva, il prevenuto potrà avanzare istanza di sostituzione o revoca ai sensi dell'art. 299, co. 1 e 2, c.p.p., adducendo l'illegittimità sopravvenuta dell'automatismo che aveva giustificato la coercizione. Può affermarsi, inoltre, che nel caso in cui la declaratoria di incostituzionalità della presunzione di adeguatezza assoluta *ex* art. 275, co. 3, c.p.p. sia intervenuta nelle more della celebrazione dell'udienza camerale per il riesame ex art. 309 c.p.p., non sussistano ragioni per dubitare dell'incidenza immediata del nuovo regime cautelare sulle valutazioni del tribunale della libertà, potendo le stesse sostituirsi a quelle del giudice che aveva applicato la cautela prima della pubblicazione della decisione costituzionale, per adeguare la misura alle effettive e concrete esigenze cautelari.

Se, invece, il giudizio impugnatorio penda innanzi alla Suprema Corte ed abbia ad oggetto la decisione di conferma — emessa dal tribunale del riesame — dell'ordinanza applicativa della misura coericitiva, l'operatività della normativa più favorevole risulta fortemente condizionata dai limiti del *devolutum* che caratterizzano la cognizione nel giudizio di cassazione.

Stando ai recenti orientamenti espressi dal Giudice nomofilattico « *il sindacato di legittimità dell'ordinanza del tribunale del riesame non può avvalersi della sopravvenienza intervenuta dopo la decisione che costituisce oggetto del ri-*

corso per cassazione »[23]. Difatti, l'ambito conoscitivo del giudice del riesame, secondo quanto previsto dall'art. 309 c.p.p., è circoscritto alla valutazione delle acquisizioni coeve all'emissione dell'ordinanza coercitiva, delle sopravvenienze favorevoli all'indagato e degli ulteriori elementi « *addotti dalle parti nel corso dell'udienza* » (art. 309, co. 9, c.p.p.), anche se non presentati al giudice che emise la misura[24]. Qualora, pertanto, in sede di riesame, non sia stata sollevata o rilevata la prospettazione di illegittimità della norma, poi in effetti dichiarata incostituzionale, la Corte di cassazione investita del ricorso *ex* art. 311 c.p.p., può ritenere l'ordinanza impugnata in linea con le disposizioni legislative vigenti al tempo in cui la decisione venne assunta[25]. V'è da verificare, tuttavia, quale epilogo possa avere il giudizio di cassazione nel caso in cui sia in sede di riesame che in sede di ricorso *ex* art. 311 avverso il provvedimento di conferma del tribunale della libertà, siano stati fatti valere, avverso l'ordinanza coercitiva, i profili di illegittimità della presunzione di adeguatezza poi dichiarata incostituzionale. Appare chiaro che la Suprema Corte non possa non tener conto dell'intervenuta inoperatività della presunzione giustificatrice dell'ordinanza coercitiva. E la prassi è nel senso dell'adozione di una decisione di annullamento con rinvio al tribunale del riesame per la decisione di eventuale sostituzione della misura carceraria con altra meno afflittiva.

A ben vedere ci si deve chiedere se non potrebbe essere più coerente con il sistema di tutela della libertà personale, e con la finalità primaria di eliminare una restrizione carceraria fondata su una disposizione codicistica divenuta illegittima, adottare una decisione di annullamento senza rinvio con la quale, ai sensi dell'art. 620, co. 1, lett. *l*, c.p.p., la Corte di legittimità ritenesse superfluo il rinvio, dando essa stessa i provvedimenti necessari. Tale *modus operandi* eviterebbe le inutili protrazioni della privazione della

23. Cfr. Cass., sez. III, 2 gennaio 2011, Fascella, in *Mass. Uff.*, 249927. Nella specie, il fatto sopravvenuto era consistito nella declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 275, co. 3, c.p.p., per effetto della sentenza n. 265 del 2010 della Corte costituzionale, quanto alla presunzione relativa di adeguatezza della custodia carceraria per i reati sessuali. Secondo il costante orientamento su tale aspetto, « *nel giudizio di impugnazione di una misura cautelare personale è inibito alla Corte provvedere direttamente alla valutazione, al fine di verificarne il carattere di elemento favorevole per l'indagato, di un atto sopravvenuto alla emissione del provvedimento coercitivo e non trasmesso dal pubblico ministero al tribunale del riesame, atteso che il sindacato di legittimità può essere esercitato, eventualmente, solo sulla motivazione con la quale il predetto tribunale abbia respinto analoga censura prospettata con la richiesta o nel corso dell'udienza camerale* ». In tal senso Cass., sez. II, 6 novembre 2001, Fava, in *Mass. Uff.*, 220946.

24. In tal senso Cass., sez.I, 12 settembre 2007, Speziale e altro, in *Mass. Uff.*, 237764.

25. La nuova disciplina conseguente alla declaratoria di incostituzionalità può essere fatta valere soltanto con la richiesta di revoca e modifica della misura al giudice competente, il quale dovrà esaminare la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della misura cautelare, alla luce dell'eliminazione della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere per il reato per cui si procede, eliminazione conseguente alla dichiarazione di parziale incostituzionalità dell'art. 275 c.p.p.

libertà alimentate dall'inoperatività, per il giudizio di rinvio, dei precisi limiti temporali previsti dell'art. 309 c.p.p. a tutela del soggetto ristretto. Invero, nel giudizio di rinvio conseguente all'annullamento del provvedimento del tribunale della libertà, non è applicabile la disposizione di cui al co. 10 dell'art. 309 c.p.p., secondo il quale l'ordinanza che dispone la misura coercitiva perde immediatamente efficacia se la decisione... non interviene entro il termine di dieci giorni dalla ricezione degli atti[26]. Tale criticabile, ma ormai assodata, prassi alimenta le disfunzioni del giudizio di rinvio nei procedimenti *de libertate* che sviliscono, da una parte, i canoni di ragionevolezza che devono caratterizzare la durata del procedimento e, dall'altra, la portata operativa del diritto del prevenuto ad ottenere una decisione valida e, per quel che qui interessa evidenziare, basata su una normativa conforme a Costituzione. Insomma, è chiaro che nell'apprezzare lo sforzo del Giudice delle leggi, debba anche prendersi atto della necessità di ritornare ad un regime non solo normativo, ma anche prasseologico, che prediliga la residualità della coercizione cautelare in carcere superando quelle politiche securitarie che devono rimanere estranee al processo penale, per ottenere un contemperamento equilibrato tra istanze di garanzia della persona ed effettive esigenze di cautela.

26. Così Cass., Sez. Un., 17 aprile 1996, D'Avino, in *Giust. pen.*, 1997, III, 93; successivamente Cass., sez. V, 23 novembre 1999, S.N., in *Mass. Uff.,* 215788. La riferita prassi è collocata in una visione sistematica del giudizio di riesame, i cui passaggi argomentativi sono così riassumibili: l'inutile scadenza del termine assegnato al tribunale della libertà assume la natura di condizione risolutiva del provvedimento cautelare e ne produce i conseguenti effetti; il provvedimento coercitivo e l'ordinanza di riesame sono tra loro strettamente connessi e complementari (la motivazione dell'ordinanza può essere integrata dal provvedimento del giudice del riesame), nel senso che, proposta l'istanza di riesame, l'efficacia del primo è condizionata dalla tempestiva sopravvenienza del provvedimento di "conferma". Quanto ai successivi sviluppi processuali — cioè, la pronuncia definitiva e, quindi, il complemento dell'iter — questi non assolverebbero più alle esigenze imposte in materia dalla legge, riguardando esclusivamente la fase delle impugnazioni, alla quale rimarrebbero estranei i principi relativi al diritto di *habeas corpus.* In argomento v., volendo, La Rocca, *Il riesame delle misure cautelari personali*, Torino, 2012, p. 208; v. anche Spangher, « *Recidiva specifica infraquinquennale* »: *nessun termine nel giudizio di rinvio per il riesame*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 988.

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/978885485819022
pag. 667–678

Libertà personale — MAE

Il computo delle restrizioni alla libertà personale nei rapporti di cooperazione Italia–Regno Unito: alla ricerca di una base concettuale comune

Marina Tiberi

La decisione

Libertà personale — Restrizioni subite all'estero a seguito di mandato di arresto europeo — Libertà su cauzione con obbligo di dimora — Divieto di allontanarsi dall'abitazione — Obbligo di presentazione alla p.g. e divieto di espatrio — Computabilità interna — Presupposti (c.p.p., art. 283; l. 22 aprile 2005, n. 69, artt. 31, 33).

In tema di mandato di arresto europeo, la pretesa equipollenza tra la custodia cautelare in carcere (o gli arresti domiciliari) e la libertà su cauzione con obblighi imposti dal giudice inglese è sprovvista di qualsiasi appiglio logico oltre che normativo, essendo imposte prescrizioni di condotte che rendono la cautela assimilabile, semmai, alla misura coercitiva di cui all'art. 283, co. 4, c.p.p.

Cassazione Penale, Sezione Terza, 26 febbraio 2013 (c.c. 18 dicembre 2012) — Lombardi, *Presidente* — Sarno, *Relatore* — D'Ambrosio, P.G (*diff.*) — Dines ed altro, ricorrenti.

Il testo della decisione in commento è consultabile sul sito *web archiviopenale.it*.

Il commento

1. La Corte di cassazione affronta, nella pronuncia in commento, la problematica inerente la possibilità di equiparare gli arresti domiciliari, nella forma attenuata prevista dall'art. 284, co. 3, c.p.p., con la misura dell'obbligo di dimora cumulata al divieto di allontanamento notturno, all'obbligo di presentazione agli organi di polizia giudiziaria per tre volte a settimana, nonché, al divieto di espatrio con ritiro del passaporto, applicata dall'autorità inglese in sede di esecuzione del MAE emesso dall'Italia, con conseguente detraibilità del periodo di restrizione sofferto all'estero, in esecuzione del

mandato di arresto, dal termine di fase e complessivo di durata della misura cautelare previsto dalla normativa interna. Nel motivare la soluzione negativa, i giudici di legittimità ripercorrono lo stesso *iter* argomentativo — facendone peraltro proprie le motivazioni — che, già in precedenza, aveva indotto la stessa sezione della Corte[1] ad escludere detta possibilità.

Le conclusioni cui pervengono i giudici di legittimità appaiono, tuttavia, viziate per quanto concerne i presupposti, ovvero l'aver preso atto esclusivamente del *nomen iuris* della misura applicata ai soggetti destinatari del MAE a seguito del loro rilascio su cauzione, senza in alcun modo accertare la natura più o meno afflittiva degli obblighi effettivamente imposti, nonché la durata degli stessi.

Sebbene la questione prenda spunto da un problema di discrasie sistematiche tra normativa dello Stato di esecuzione e normativa dello Stato di emissione del MAE — che mettono in risalto le incertezze connesse all'adozione di strumenti processualpenalistici paneuropei non anticipati da una armonizzazione degli ordinamenti nazionali, giacché nel Regno Unito, al contrario che in Italia, è prevista la possibilità di rilascio *on conditional bail* quale misura alternativa alla carcerazione preventiva — tuttavia, la stessa va affrontata cercando di trovare una soluzione che sia conforme ai principi del nostro sistema processualpenalistico, all'interno del quale è necessario rinvenire una misura cautelare che risulti, se non identica, quanto meno equipollente a quella applicata dal Paese di esecuzione.

2. Come noto, il processo penale rappresenta la massima espressione del difficile equilibrio tra tutela delle libertà dei singoli, in particolare della libertà personale, ed esercizio della potestà punitiva riconosciuta allo Stato in ragione di difesa sociale. Per tale motivo, al fine di evitare il ripetersi di abusi che si sono perpetrati nei secoli e che, purtroppo, ancor'oggi in alcuni Paesi del mondo continuano a perpetrarsi, le costituzioni moderne, a partire dall'illuminismo (in realtà il primo riconoscimento giuridico del diritto alla libertà personale risale alla *Magna Charta Libertatum* del 1215), hanno riconosciuto il diritto alla libertà personale come limite giuridicamente vincolante rispetto all'estrinsecazione dei poteri di supremazia propri dello Stato[2], giungendo a prevedere, « *lungo una traiettoria di progressivo affinamento degli strumenti di salvaguardia della libertà personale, intesa quale libertà da coercizioni fisiche o materiali, due distinti livelli di garanzia: da un lato quello*

1. Cass., sez. V, 20 gennaio 2012, O'Connor ed altro, in *Arch. pen.*, 2012, 741 con nota di Tiberi, *Lo scomputo delle restrizioni patite all'estero nelle procedure di con mandato d'arresto europeo.*

2. Per una ricostruzione storica del riconoscimento costituzionale dei diritti di libertà, Grevi, voce, « *Libertà personale* », in *Enc. Scien. Soc. Treccani*, V, Roma, 1996, p. 297 ss., con ampie note di richiami, nonché Louchaire, *La protection costitutionelle des droites et des libertés*¸ Parigi, 1987, p. 75 ss.

della riserva di legge, dall'altro quello della riserva di giurisdizione, in rapporto ad ogni ipotesi di restrizione della libertà personale »[3].

Perfettamente in linea con tali forme di garanzia si pone la normativa costituzionale italiana in tema di libertà personale, laddove, all'art. 13 cost., sancisce che « *la libertà personale è inviolabile* » (art. 13, co. 1, cost.), che, proprio per tale motivo, « *non è ammessa alcuna forma di detenzione, ispezione o perquisizione, né altre forme di privazione (della suddetta libertà) se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi previsti dalla legge* » (art. 13, co. 2, cost.) e che, anche ove detta privazione sia consentita, *sub specie* di carcerazione preventiva, la stessa deve soggiacere a limiti temporali prescritti dalla legge (art. 13, co. 5, cost).

È di tutta evidenza che quanto proclamato all'art. 13, co. 1, cost., lungi dal rappresentare una mera enunciazione di principio, sancisce un postulato strettamente connesso alla presunzione di non colpevolezza di cui al successivo art. 27, co. 2, della Carta costituzionale, postulato che è destinato a rimanere intangibile a meno che non ricorrano delle deroghe che possono essere esercitate solo negli stretti termini stabiliti dagli stessi costituenti.

Alle riserve di giurisdizione e di legge che, come visto, impongono stretti vincoli alla possibilità di privazione della libertà personale, il legislatore ordinario ha aggiunto altre due rilevanti previsioni che rappresentano ulteriori garanzie contro il possibile perpetrarsi di abusi, qualora si debbano porre in essere limitazioni e/o privazioni della libertà personale.

Tali previsioni trovano applicazione nella fase processuale, quando cioè vige ancora in pieno la presunzione di non colpevolezza e, pertanto, si rende ancora più necessario circoscrivere al massimo la privazione della suddetta libertà per quanto concerne sia le modalità che i tempi di durata di tali limitazioni.

Sotto il primo aspetto, i codificatori, con la formulazione dell'art. 272 c.p.p., hanno, dunque, previsto che « *le libertà della persona possono essere limitate con misure cauteli soltanto a norma delle disposizioni del presente titolo* ».

Ne deriva che le misure cautelari personali, al pari delle modalità e dei presupposti secondo i quali le stesse possono essere adottate, devono essere tipiche e nominate.

Oltre a dover essere tipiche e nominate, le misure cautelari devono sotto-

3. Sulla nozione di libertà personale e sulla identificazione dei suoi confini per quanto concerne la tutela apprestata dall'art. 13 cost. ampia è la dottrina, *ex plurimis* Amato, *art. 13*, in *Comm. cost. Rapporti civili*, Branca, Bologna, Roma, 1977, p. 6 ss.; Caretti, voce *Libertà personale*, in *Dig. Pubbl.*, IX, Torino, 1994, p. 234; Cerri, voce *Libertà. II. Libertà personale* (dir. cost.), in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1991, p. 10 ss.; Elia, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962, p. 30 ss.; Ferrante, *A proposito del principio di inviolabilità della libertà personale*, in *Arch. pen.*, 2012, 587 ss.; Grevi, voce, *Libertà personale*, in *Enc. Scien. Soc. Treccani*, V, Roma, 1996, 300; Pace, voce *Libertà personale*, (dir. cost.), in *Enc. Dir.*, XXIV, Milano, 1974, p. 287 ss.

stare a dei termini di durata predeterminati, poiché sarebbe inconcepibile e contrario ad uno Stato di diritto consentire privazioni e/o limitazioni della libertà personale potenzialmente idonee a protrarsi *sine die* ed *ante iudicatum*, ove la presunzione di non colpevolezza rende ancor più pregnante la portata del principio di inviolabilità della libertà personale, soprattutto in un'epoca in cui particolare attenzione è data, o dovrebbe essere data, anche a livello sovranazionale, al rispetto del principio di ragionevole durata del processo, principio che di per sé non può essere limitato alla sola fase cognitiva ma che deve necessariamente involgere anche la fase *de libertate*[4].

A tal riguardo il legislatore, ampliando la portata della previsione di cui all'ultimo co. dell'art. 13 cost., ha introdotto, a livello codicistico, una serie di norme (artt. 303, 308 c.p.p.) che, in ossequio al principio di proporzionalità, sono volte proprio ad evitare che la libertà personale possa subire compressioni per periodi indeterminati, prevedendo non solo termini massimi di durata delle misure cautelari, sia custostodiali che non (quindi non della sola carcerazione preventiva come previsto dalla disposizione costituzionale da ultimo richiamata), ma altresì termini di fase, la cui durata è modulata in virtù della gravità del reato e dei diversi segmenti in cui si articola il procedimento, si da non far ricadere sul soggetto privato della propria libertà personale eventuali lungaggini processuali.

3. Questo è, pertanto, il quadro normativo di riferimento da cui appare necessario prendere le mosse per analizzare la pronuncia in commento.

Nel fare ciò è doveroso, in primo luogo, verificare se, all'interno della normativa codicistica, ove sono elencate tutte le tipologie di misure cautelari applicabili, sia rinvenibile una misura sovrapponibile a quella applicata nel caso di specie ai soggetti colpiti da MAE.

La risposta è di carattere negativo. Invero, il nostro ordinamento prevede, tra le misure cautelari, tanto l'obbligo di dimora che, in determinati casi, può essere accompagnato dalla prescrizione, quale modalità esecutiva della misura stessa, del divieto di allontanamento dall'abitazione per alcune ore del giorno, quanto l'obbligo di presentazione alla polizia giudiziaria ed il divieto di espatrio, tuttavia, tali misure non posso essere tra loro assommate, neppure se la loro esecuzione cumulativa appare ipoteticamente compatibile, se non nei casi in cui il legislatore ha espressamente previsto tale possibilità, vale a dire nell'ipotesi disciplinata dall'art. 276, co. 1, c.p.p., che si realizza qualora una persona già sottoposta a misura cautelare trasgredisca alle prescrizioni impostegli, ovvero nel caso, disciplinato dall'art. 307, co. 1–*bis*, c.p.p., impropriamente richiamato dalla corte, di scarcerazione per

4. In tal senso Lacchi, *Caducazione automatica delle misure cautelari personali*, Catanzaro, 2008, p. 30 ss, con ampie note di richiami.

decorrenza dei termini, quando si proceda per uno dei reati indicati dall'art. 407, co. 2, lett. *a*), c.p.p.

Fuori dai suddetti casi, in virtù del disposto di cui all'art. 272 c.p.p., appare impossibile procedere all'applicazione congiunta di più misure, sebbene tutte previste dall'ordinamento.

Infatti, scopo della disposizione di cui all'art. 272 c.p.p. è di « *ridurre a un "numero chiuso" le figure di misure limitative della libertà utilizzabili in funzione cautelare nel corso di un procedimento penale (così che) non possono essere applicate misure diverse da quelle espressamente considerate* » né, « *al di fuori dei casi in cui non siano espressamente consentite da singole norme processuali (non) sono ammissibili tanto l'imposizione aggiuntiva di ulteriori prescrizioni non previste dalle singole disposizioni regolanti le singole misure* », né « *l'applicazione congiunta di due distinte misure, omogenee o eterogenee, che pure siano tra loro astrattamente compatibili. . . siffatta applicazione porterebbe infatti a determinare la creazione di un* mixtum compositum*, di una "nuova" misura non corrispondente al paradigma normativo tipico* », pertanto, la relativa ordinanza impositiva non potrebbe altro che venire annullata[5]. Se, pertanto, l'applicazione di misure cumulative non appare consentita se non nei casi espressamente previsti dal legislatore i quali, stante il principio di tassatività, non sono suscettibili di interpretazione estensiva, appare quanto meno singolare che la corte, nella pronuncia in esame, giunga ad equiparare la misura inglese ad una misura che risulterebbe illegittima nel nostro ordinamento.

L'equiparazione della misura inglese alla libertà con obblighi *tout court* effettuata dai giudici di legittimità trova, peraltro, un ulteriore ostacolo rispetto a quello precedentemente esposto e concernente il divieto di cumulo. Invero, l'unica misura ordinamentale non custodiale che potrebbe avvicinarsi a quella comminata potrebbe essere quella di cui all'art. 283, co. 4, c.p.p., il quale attribuisce al giudice che proceda all'applicazione della misura dell'obbligo di dimora, la possibilità di prescrivere che l'indagato non si allontani dall'abitazione per alcune ore del giorno, senza che ciò pregiudichi le normali esigenze di lavoro.

Tale equiparazione, che la Corte ha ritenuto sussistente in virtù dell'operato richiamo, *per relationem*, alle motivazioni della precedente pronuncia resa in materia dalla medesima sezione della corte[6], è in realtà frutto di una superficiale analisi della misura disciplinata dall'art. 283, co. 4, c.p.p., e di

5. Cfr., Cass., Sez. Un., 30 maggio 2006, La Stella, in *Dir. giust*., 2006, 51 con nota Macchia, *Provvedimenti de libertate, no al cumulo ma il nodo è l'equilibrio del sistema*, *ibidem*, Spangher, *Misure cautelari: dubbi sul no al cumulo*, 69 ss.; in senso conforme, Id., Sez. Un. 5 luglio 2000, p.m. in proc. Monforte, in *Cass. pen*., 2001, 1158 nonché, Id., sez. IV, 23 febbraio 2005, Pagliaro, in *Foro it*., 2005, II, 658; Id., sez. III, 4 maggio 2004, Mosca, in *Guida dir*., 2004, 42, 90; *contra*, Id. sez. VI, 30 marzo 2004, Milloni, in *Arch. nuova proc. pen*., 2005, 744; Id., sez. V, 14 aprile 2000, Goglia, in *Mass. Uff*., 216543.

6. Cass., sez. V, 20 gennaio 2012, O'Connor ed altro, in *Arch. pen*., 2012, 740.

una ancor più superficiale valutazione delle restrizioni imposte dall'autorità giudiziaria di esecuzione. Invero, l'obbligo di dimora con prescrizione di non allontanarsi dall'abitazione per alcune ore del giorno non è in alcun modo sovrapponibile alla misura applicata dal giudice inglese, in quanto la stessa non costituisce misura autonoma nel nostro ordinamento, ma è prevista esclusivamente quale prescrizione accessoria all'obbligo di dimora[7]. Pertanto, a meno di non voler dar vita, anche in tale caso, ad una misura cautelare *extra ordinem* e come tale illegittima, in quanto in evidente violazione dei principi di tassatività e tipicità precedentemente ricordati, appare di tutta evidenza l'impossibilità di equiparare il divieto di allontanamento notturno imposto dalle autorità giudiziarie inglesi al divieto di dimora con prescrizione di non allontanarsi nelle ore notturne disciplinato dall'art. 283, co. 4, c.p.p.

4. La strada da seguire, pertanto, deve essere necessariamente diversa e, a questo punto, peraltro obbligata.

Muovendosi nell'ambito delle misure cautelari tipizzate dal sistema normativo, emerge chiaramente come l'unica in grado di consentire un'equiparazione tra quella in concreto applicata e quelle astrattamente previste dall'ordinamento interno, sia la misura degli arresti domiciliari con autorizzazione ad allontanarsi per alcune ore della giornata dal luogo di esecuzione; soluzione questa che risponde non solo al principio di uguaglianza sostanziale, ma altresì a quelli di legalità, tassatività e tipicità, propri delle misure cautelari. Invero, in mancanza di una previsione normativa che ricomprenda tra le misure cautelari quella del divieto di allontanamento dalla propria abitazione per un tempo circoscritto quale misura autonoma, la cui applicazione possa prescindere da una precedente o contestuale applicazione dell'obbligo di dimora, l'imposizione di tale divieto altro non può essere considerata se non una modalità di esecuzione degli arresti domiciliari.

Sebbene la giurisprudenza maggioritaria e parte della dottrina siano ferme nel ritenere che la limitazione della libertà personale circoscritta ad alcune ore della giornata non possa essere considerata una forma di arresti domiciliari[8], tuttavia, recentemente il giudice di legittimità ha mostrato una apertura circa la possibilità di equiparare la misura dell'obbligo di dimora con divieto di allontanamento alla misura custodiale degli arresti domicilia-

7. Cfr., *Relazione preliminare al nuovo codice di procedura penale*, 74.

8. Corte cost., n. 215 del 1999, in *Cass. pen.*, 1999, 2814, nonché Cass., sez. VI, 15 gennaio 2003, Bonadonna, in *Mass. Uff.*, 224705; Id., sez. V, 11 luglio 2001, Bilancioni, *ivi*, 205667; Id., sez. IV, 10 maggio 2000, Bassi, *ivi*, 216468; in dottrina, Mazzi, *sub art. 283 c.p.p.*, in *Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, a cura di Lattanzi, Lupo, Milano, 1998, p. 289; Spangher, *sub art. 283 c.p.p.*, in *Comm. c.p.p.*, Giarda, Spangher, Milano, 2001, 1600; Zappalà, *Le misure cautelari*, in *Diritto processuale penale*, a cura di Siracusano, Galati, Tranchina, Zappalà, Milano, 2004, p. 484.

ri[9]. In particolare, è stata posta in risalto la circostanza che « *ciò che rileva è se la misura coercitiva imposta all'imputato, a dispetto della qualificazione operata dal giudice della cautela in termini di obbligo di dimora abbia contenuto di arresti domiciliari* » con tutto ciò che questo comporta in termini di computabilità del periodo di coercizione subito[10].

5. L'orientamento da ultimo enunciato, inoltre, si pone in perfetta linea con la giurisprudenza elaborata dalla Corte EDU in relazione all'art. 5 § 1 CEDU, da cui si evince che, poiché non tutte le condotte che incidono sulla libertà individuale sono idonee ad integrare una violazione della norma convenzionale, facendo l'art. 5 § 1 CEDU espresso riferimento alle sole misure che comportano una « *privazione* » della libertà e non anche a quelle che comportano semplici "restrizioni" della libertà di circolazione, che ricadono nell'ambito di applicazione dell'art. 2 , Prot. n. 4 CEDU (secondo cui è consentita l'applicazione di misure limitative della libertà purché esse siano conformi alla legge e necessarie ad assicurare la tutela di uno dei controinteressi elencati dalla stessa norma convenzionale, al § 3), appare necessario, per qualificare una misura come "privativa della libertà" far riferimento alla situazione concreta sottoposta all'esame della Corte e non alla qualificazione giuridica di tale misura nell'ordinamento nazionale. Al fine di assicurare la massima estensione delle garanzie convenzionali ed evitare gli effetti di una possibile "frode delle etichette" la giurisprudenza europea ha, da tempo, fatto propria una nozione autonoma di "privazione" della libertà.

Nel diritto di Strasburgo, la differenza tra privazione e semplici limitazioni della libertà personale è semplicemente « *una differenza di grado e d'intensità, non di natura o di contenuto* ». I criteri utilizzati dalla Corte EDU — a partire dal *leading case* Guzzardi c. Italia del 1980 — per stabilire se ci si trovi di fronte ad una privazione (e non a una limitazione) della libertà, sono di tipo quantitativo e riguardano « *il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della sanzione o della misura imposta* »[11].

9. Cass., sez. I, 30 gennaio 2012, Bonaccorsi, in *Giur. it.*, 2013, 456 con nota di Mani, *La misura cautelare dell'obbligo di dimora e la sua computabilità quale presofferto*; nonché Marzo, *I presupposti sostanziali della fungibilità tra cautela e pena: disorientamenti a proposito dell'obbligo di dimora*, in *www.archiviopenale.it*; nello stesso senso in dottrina, Amato, *sub art 283 c.p.p.*, in *Comm. nuovo c.p.p.*, Amodio, Dominioni, Milano, 1989, II, p. 85; Cerqua, *Il divieto e l'obbligo di dimora: le finalità cautelari delle misure*, in *Le misure cautelari personali*, a cura di Spangher, Santoriello, Torino, 2009, 371 e ss.; Fassone, *sub art. 283 c.p.p.*, in *Comm. Nuovo c.p.p.*, Chiavario, Torino, 1999, 115, nonché Chiavario, *Variazioni sul tema delle "misure coercitive" nel processo penale tra nuovo codice e "legge anticipatrice"*, in *Gius. pen.*, 1989; II, 4 ss.; Macchia, *Provvedimenti de libertate, no al cumulo ma il nodo è l'equilibrio del sistema*, in *Dir. Giust.*, 2006, 48.

10. Cfr. Cass., sez. I, 30 gennaio 2012, Bonaccorsi, cit.

11. In tal senso, Beduschi, *Rassegna delle pronunce del triennio 2008–2010 in tema di art. 5 § 1 cedu*

6. Ulteriori conferme alla circostanza che l'applicazione del *conditional bail* non necessariamente comporta, come erroneamente ritenuto dalla corte, remissione in libertà *tout court* emerge anche da un raffronto, in termini comparatistici, con la normativa inglese in tema di « *conditional bail* » e, in particolare, dalla linee guida elaborate dal *Crown Prosecution Service* nel 2010, ove testualmente si legge: « *from the viewpoint of the defendant, bail decisiones made by a Court can result in deprivation or restriction of liberty for a substantial period of time* »[12]. Sebbene non sia questa la sede per una ricostruzione storica del *right to bail*, tipico del sistema anglosassone[13], sarà tuttavia utile ricordare che nel sistema inglese il *Bail Act* 1976 stabilisce un generale diritto ad essere rilasciati su cauzione per soggetti non condannati ed in attesa di essere giudicati, diritto direttamente connesso alla presunzione di innocenza. Uniche eccezioni a tale diritto sono rappresentate dal fatto che ci siano ragionevoli motivi per ritenere che l'indagato:

a) non si presenterà al processo;
b) possa commettere un reato mentre si trova *on bail*;
c) possa in qualche modo interferire con l'andamento del processo;
d) la Corte ritenga che la custodia cautelare possa costituire una salvaguardia per lo stesso imputato;
e) l'imputato si trovi già ristretto in esecuzione di una condanna;
f) la corte necessiti di maggior tempo per acquisire le informazioni necessarie alla concessione del *bail*;
g) infine, qualora l'indagato, rilasciato su cauzione, sia stato arrestato per violazione delle condizioni imposte con la precedente concessione del *bail*.

Accertato che non sussistono cause ostative, l'autorità giudiziaria deve concedere all'imputato in attesa di essere giudicato, quale misura sostitutiva alla carcerazione preventiva, la libertà provvisoria (*right to bail*) eventualmente subordinandola al rispetto di determinate condizioni (*conditional bail*). Il *Bail Act* stabilisce (*art.* 5, *section* 3) le condizioni che possono essere imposte a seguito della concessione della libertà provvisoria, le quali sono

e art. 2 prot. n. 4 CEDU, con ampie note di richiami alla dottrina ed alla giurisprudenza in materia, in *www.penalecontemporaneo.it*, nonché Ashworth, Macdonald, *Human rights and criminal justice*, London, 2012, p. 386 ss.

12. Cfr., *Bail: Legal Guidance*, in *www.cps.gov.uk*.

13. Per un'analisi, anche in chiave comparatistica, del *right to bail* nei vari ordinamenti europei, *Suspect in Europe. Procedural Rights at the investigative stage of the criminal process in the Europe Union*, a cura di Cape–Hodgson–Prakken–Spronken, Oxford, 2007, nonché De Vita, voce "*bail*", in *Dig. Pen.*, II, Torino, 1987, p. 412; Facchiotti, *La custodia cautelare in U.S.A.*, in *Dir. pen proc.*, 1996, 381; Tonelli, *Principali aspetti comparatistici tra custodia cautelare italiana e* preventive detention *statunitense*, in *Cass. pen.*, 1999, 2734.

costituite dalla prestazione di garanzie; dall'obbligo di presentazione alle competenti autorità di polizia; dall'obbligo di dimora o dal coprifuoco in determinate ore del giorno, ossia dal divieto di allontanarsi dalla propria abitazione per il numero di ore stabilito dalla stessa autorità giudiziaria. Qualora tra le condizioni imposte vi sia, come nel caso che ci interessa, il divieto di allontanamento dalla propria residenza si pone il problema della computabilità di tale periodo di privazione della libertà personale dalla pena eventualmente inflitta a seguito di sentenza di condanna ovvero, in caso di cooperazione giudiziaria con Stati, quali l'Italia, che prevedono termini massimi di carcerazione preventiva, di computo di tale periodo anche nella fase *de libertate*. In caso di coprifuoco, la giurisprudenza inglese ha affermato che, poiché la privazione della libertà di cui all'art. 5. § 1 CEDU può assumere una varietà di forme oltre alla classica detenzione carceraria, spetta all'autorità giudiziaria individuare, caso per caso, se ci si trovi dinanzi ad una privazione della libertà ovvero ad una semplice restrizione. Nel fare ciò, l'autorità giudiziaria dovrà prendere in considerazione un'ampia gamma di parametri, tra cui il tipo, la durata, gli effetti e le modalità di esecuzione della misura, al fine di valutarne l'impatto sulla vita del soggetto e della sua famiglia[14].

Inoltre, in virtù del disposto di cui alla sezione 240 A del *Criminal Justice Act* 2003, come modificato dalla sez. 21 del *Criminal justice and Immigration Act* 2008, l'autorità giudiziaria può detrarre il periodo in cui l'imputato è stato assoggettato a coprifuoco per nove o più ore al giorno (*curfew condition*) ovvero il periodo in cui lo stesso è stato sottoposto a controllo elettronico (*electronic monitoring condition*) dalla pena eventualmente inflitta con sentenza; in particolare, per ciascun giorno viene operato uno scomputo dalla pena finale pari a mezza giornata di carcerazione preventiva. Peraltro, anche qualora non dovesse trovare applicazione la normativa sopra richiamata, la corte può procedere ad ulteriori scomputi in virtù del tempo in cui l'imputato, poi condannato, abbia subito una parziale privazione della libertà nella fase preprocessuale[15].

Ciò dimostra, che la il *bail*, soprattutto quando lo stesso è subordinato al rispetto di condizioni particolarmente onerose, determina una compressione della libertà dell'imputato di cui deve necessariamente tenersi conto in sede di computo finale della pena[16].

14. Per una rassegna della giurisprudenza in materia, Ashworth, Macdonald, *Human rights and criminal justice*, London, 2012, p. 386 ss.

15. *R v Sherif* [2009] 2Cr.app. R. (S)33.

16. Va peraltro evidenziato, a sostegno della natura di misura privativa della libertà personale del *conditional bail* che, qualora le condizioni imposte siano tali da essere ritenute *onerous*, alcuni ordinamenti, seppur diversi da quello inglese, quale quello del *New South Wales* si sono espressi nel ritenere il tempo trascorso *on conditional bail* scomputabile dalla pena definitivamente inflitta, per

7. Se queste sono le premesse normative e giurisprudenziali, sia interne che sovranazionali, tutte più o meno concordi nel ritenere che ciò che conta ai fini della deducibilità della misura cautelare subita dalla pena inflitta con sentenza definitiva non è il *nomen iuris* della misura applicata, bensì l'effettiva capacità della stessa di determinare una privazione della libertà personale, valutabile in base alla natura, all'incidenza sulla vita del soggetto e alla durata della stessa, appare evidente che il cumulo di misure in esame, protrattosi per oltre due anni, non può non assumere i connotati di vera e propria misura custodiale, con conseguente computabilità della stessa ai fini sia della durata della misura cautelare, sia della fungibilità in sede esecutiva, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 303, co. 4, 304, 308, 657 c.p.p., ed art. 33, l. n. 69 del 2005, nella misura in cui riconosce l'equivalenza tra la custodia cautelare subita in Italia e le restrizioni cautelari subite all'estero in forza di mandato di arresto europeo.

Peraltro, anche ove a tali imposizioni non dovesse riconoscersi natura custodiale, le stesse, determinando comunque una compressione della libertà personale dovrebbero, in ogni caso, poter essere calcolate, giacché diversamente ritenendo, il sacrificio umano sarebbe del tutto illegittimo.

Argomentazioni a sostegno della possibilità di scomputo della misura, sia essa considerata custodiale o meno, sono peraltro ricavabili dal dato letterale dell'art. 33, l. n. 69 del 2005, da cui emerge molto chiaramente che lo stesso, nel prevedere lo scomputo della custodia cautelare subita all'estero in esecuzione del MAE, fa riferimento alla custodia cautelare *tout court*, al pari del disposto dell'art. 657 c.p.p., senza alcuna distinzione in ordine alle modalità o i luoghi di esecuzione della stessa. Ciò comporta, in applicazione del disposto di cui all'art. 12, Disp. prel. c.c., in virtù del quale alla norma non può attribuirsi altro significato se non quello reso evidente dal dato letterale, secondo la connessione delle parole e la volontà legislativa, che il mancato distinguo, ai fini dello scomputo del presofferto, tra misure cautelari custodiali e non, determina che entrambe le tipologie debbano essere prese in considerazione per la determinazione della pena da espiare in concreto, attribuendo, eventualmente, alle stesse un diverso valore in sede di conversione[17].

Tale soluzione trova un riscontro normativo anche nelle disposizioni della Decisione Quadro sul mandato di arresto europeo il cui art. 26, nello stabilire che « *lo Stato membro emittente deduce il periodo complessivo di custodia che risulta dall'esecuzione di un mandato…* », « *costituisce una manifestazione*

una rassegna della normativa e della giurisprudenza in tal senso, Hadaway, *Pre–sentence Custody and other constraints on liberty*, in *www.judcom.nsw.gov.au*.

17. In tal senso, Fassone, *Sub art. 283 c.p.p.*, in *Comm. nuovo c.p.p.*, Chiavario, Torino, 1999, 115; Benenati, *Quali limiti alla fungibilità con la pena delle misure coercitive non custodiali?*, in *Dir. pen proc.*, 1998, 1029.

specifica del principio generale di proporzionalità ed equità nel diritto penale, in forza del quale la durata della privazione della libertà personale in pendenza del processo va, dunque, sempre dedotta da quella della detenzione inflitta con la sentenza definitiva »[18]; anche in tale caso il riferimento è alla custodia cautelare *generaliter,* senza specificazione alcuna né del tipo di misure cautelari da considerarsi ai fini del calcolo né dei diversi modi in cui può effettivamente realizzarsi la custodia cautelare stessa[19].

L'interpretazione restrittiva, fatta propria dalla corte, determina, peraltro, ulteriori conseguenze in tema di determinazione dei termini massimi e di fase della misura cautelare non custodiale inflitta nell'ambito della procedura di consegna conseguente all'emissione di un mandato di arresto europeo che, difficilmente, possono considerarsi conformi ai parametri costituzionali. Infatti, poiché a parere della corte, la misura degli obblighi cumulati non sarebbe inquadrabile nell'alveo delle misure custodiali, non opererebbe il principio sancito dall'art. 33, l. n. 69 del 2005, con l'ulteriore conseguenza che la misura stessa verrebbe ad avere una durata del tutto indeterminata, giacché non potrebbe mai trovare applicazione quanto previsto dall'art. 31 della stessa legge di esecuzione della decisione quadro, il quale prescrive che il mandato di arresto europeo perde efficacia quando il provvedimento restrittivo in base al quale è stato emesso è stato revocato, annullato o divenuto inefficace. Poiché la maggior parte delle ordinanze impositive delle misure cautelari diventa inefficace per il decorso dei termini stabiliti dal legislatore a salvaguardia dell'inviolabilità della privazione della libertà, nel caso di impossibilità di calcolare la limitazione di tale privazione (indipendentemente dal *nomen iuris* attribuito al titolo) subita all'estero, il provvedimento restrittivo non perderà mai efficacia e continuerà ad essere fondamento per la permanenza dell'efficacia anche del mandato di arresto europeo che dal primo dipende.

Tutto ciò, oltre a determinare un'evidente ed irragionevole disparità di trattamento tra coloro che subiscono la privazione della libertà in forza di mandato di arresto europeo rispetto a soggetti colpiti dalla stessa tipologia di misura in ambito nazionale, nei cui confronti, inevitabilmente, trova applicazione il disposto di cui all'art. 308 c.p.p., con conseguente riacquisto della libertà qualora siano trascorsi i termini di legge, seppure raddoppiati rispetto a quelli previsti dall'art. 303 c.p.p., mal si concilia con le finalità proprie della Decisione Quadro 584 del 2002 che tra gli scopi dichiarati ha quello di ridurre al massimo i tempi di privazione della coercizione dei soggetti

18. Cfr., Cass., sez. VI, 28 gennaio 2009, G.I.F., in *Mass. Uff.*, 242432.

19. In tal senso, in dottrina, Mani, *La misura cautelare dell'obbligo di dimora e la sua computabilità quale presofferto*, cit., 458; in giurisprudenza, Cass., sez. VI, 28 gennaio 2009, G.I.F, in *Mass. Uff.*, 242432; Id., VI, 17 settembre 2004, Iute, in *Riv. pen.*, 2007, 1, 118.

colpiti da mandato di arresto rispetto anche alla disciplina estradizionale.

Pertanto, in mancanza di un'interpretazione del quadro normativo costituzionalmente orientata o, comunque, conforme agli scopi della decisione quadro, sarebbe stato doveroso, non solo perché giudice di ultima istanza, che la corte, così come richiesta, rimettesse gli atti alla Corte di giustizia europea affinché, nell'esercizio della funzione nomofilattica alla essa attribuita dall'art. 267 TFUE, fornisse, in sede di rinvio pregiudiziale, una corretta interprestazione della normativa europea — in particolare dell'art. 26 della Decisione quadro sul mandato di arresto europeo, in relazione all'art. 5 CEDU — e dirimesse ogni dubbio circa la compatibilità con il paradigma europeo di una normativa, quale quella prevista dall'art. 33 l. n. 69 del 2005, nell'interpretazione fornitane dalla corte nazionale, che, nel consentire lo scomputo dei soli periodi di custodia cautelare subiti nell'ambito della procedura di consegna in esecuzione del mandato di arresto europeo (intendendo quest'ultima come riferita alle sole misure custodiali) consenta, di fatto, privazioni della libertà personale *sine die* e delle quali non si terrà in alcun modo conto, neppure in ipotesi di condanna a pena detentiva. Indubbiamente un'occasione perduta per uniformare il diritto interno ai canoni europei.

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/978885485819023
pag. 679–692

Reati contro la pubblica amministrazione

Istigazione alla corruzione ed oltraggio

Francesca Romana Fulvi

La decisione

Reati contro la pubblica amministrazione — Delitti — Dei pubblici ufficiali — Corruzione — Istigazione alla corruzione — Elemento oggettivo — Serietà dell'offerta o della promessa — Criteri di individuazione —Oltraggio — Configurabilità (c.p., artt. 2, 322 e 341–*bis*).

In tema di istigazione alla corruzione, la serietà dell'offerta deve essere necessariamente correlata al tipo di controprestazione richiesta, alle condizioni dell'offerente e del soggetto pubblico, nonché alle circostanze di tempo e di luogo in cui l'episodio si colloca. La palese irrisorietà dell'offerta può semmai configurare il reato di oltraggio per l'implicita offesa all'onore ed al prestigio del pubblico ufficiale destinatario della dazione stessa.

Cassazione Penale, Quarta Sezione, 15 febbraio 2013 (ud. 29 gennaio 2013) — Agrò, *Presidente* — Paternò Raddusa, *Relatore* — Stabile, *P.m.* (diff.) — E.D.D.

La motivazione della sentenza annotata può essere consultata sul sito *web archiviopenale.it*.

Il commento

1. Nella sentenza che si commenta la Corte di Cassazione afferma che, al fine di stabilire se la condotta di esibizione di 10,00 euro a p.u. costituisce istigazione alla corruzione, la serietà dell'offerta e, quindi, la sua potenzialità corruttiva, va necessariamente correlata alla controprestazione richiesta, alle condizioni dell'offerente e del soggetto pubblico, nonché alle circostanze di tempo e di luogo in cui l'episodio si colloca[1]. In un precedente recente[2] la stessa Corte ha ritenuto inidonea a produrre l'evento costitutivo di reato

1. Cass., sez. VI, 24 maggio 2000, Evangelista, in *Cass. pen.*, 2003, 525.

2. Cass., sez. VI, 11 gennaio 2012, Stabile, in *Mass. Uff.*, 251577. Ancora più risalente è la pronuncia della Cass., sez. VI, 15 dicembre 1989, Destito, in *Cass. pen.*, 1991, I, 1968.

l'offerta di 5 euro per evitare il sequestro amministrativo del ciclomotore sprovvisto dei necessari documenti assicurativi, in quanto incapace di causare un turbamento psichico nei due pubblici ufficiali.

Questo indirizzo interpretativo s'inserisce nel solco più ampio di altre pronunce secondo le quali la semplice offerta o promessa integra il reato d'istigazione alla corruzione quando sia caratterizzata da adeguata serietà e sia in grado di turbare psicologicamente il p.u. o l'i.p.s. in modo tale da far sorgere il pericolo che lo stesso la accetti. Non è necessario, perciò, che sia specificata l'utilità promessa, nè determinata la somma di denaro, la cui quantificazione può essere rimessa al destinatario della richiesta, essendo sufficiente la prospettazione da parte dell'agente dello scambio illecito[3]. Dinanzi a un'offerta di un'utilità economica, di per sè non priva di consistenza, spetterà al ragionevole apprezzamento del giudice di merito stabilire se la proposta sia stata seriamente operata ovvero abbia una valenza di puro dileggio.

Inoltre, l'esibizione di una somma pari a 10,00 euro, posta in essere al fine di far omettere ai p.u. la preannunciata contravvenzione, configura, considerata la sua evidente irrisorietà, il reato di oltraggio per l'implicita offesa all'onore ed al prestigio del p.u. destinatario della dazione stessa.

2. La previgente fattispecie si realizzava quando il soggetto agente offendeva l'onore o il prestigio di un p.u. in sua presenza ed a causa o nell'esercizio delle sue funzioni. Era, pertanto, necessario ravvisare un nesso funzionale tra il comportamento offensivo e l'esercizio delle funzioni o del servizio, nesso che poteva assumere due configurazioni: o *sub specie* di rapporto di causalità psicologica o *sub specie* di rapporto di contestualità. Nel primo caso si delineava come causa del comportamento ingiurioso, nel senso che la ragione dell'offesa doveva correlarsi alle funzioni svolte dal p.u.; nel secondo, invece, il nesso era presunto in tutte quelle evenienze in cui l'offesa, qualunque ne fosse l'origine, veniva posta in essere nel mentre il p.u. era « *nell'esercizio delle sue funzioni* ». Trattandosi di un reato a forma libera, l'azione del soggetto poteva (e può) realizzarsi con qualsivoglia mezzo idoneo[4] e, quindi, anche con semplici atti o gesti, ancorché non accompagnati da espressioni ingiuriose, però tali da recare nocumento all'onore ed al prestigio del p.u.

Secondo la vecchia formulazione nelle fattispecie sopra riportate risulta, dunque, configurabile il reato di oltraggio. A questo punto è interessante verificare se la condotta di esibizione della somma di 10,00 euro possa realizzare anche la fattispecie di cui all'art. 341–*bis* c.p.[5] A tal fine è necessario delineare preliminarmente, per sommi capi, i concetti di onore e prestigio.

3. Cass., sez. VI, 13 ottobre 2011, Ibrahimi, in *Mass. Uff.* , 250784.
4. Cass., sez. VI, 29 aprile 1993, Barbaro, in *Cass. pen.*, 1994, 2080.
5. La disposizione è stata introdotta dall'art. 1, co. 8, della l. 15 luglio 2009, n. 94, « *Disposizioni in*

L'onore designa il complesso delle qualità intellettuali, psichiche, fisiche intrinseche all'uomo e delle prerogative (probità, rettitudine, lealtà, ecc.) che concorrono a formare il patrimonio morale di una persona in quanto tale e nel contesto della sua complessiva esperienza di vita[6].

Il prestigio, invece, è qualcosa di più circoscritto e pregnante e designa l'insieme delle qualità morali che qualificano e caratterizzano l'esperienza professionale e lo *status* di chi svolge una funzione pubblica[7]. Poiché ha un significato più determinato e peculiare, si ritiene che la nozione di prestigio sia una specificazione di quella di decoro.

Diversamente dalla previgente fattispecie, che si riferiva alternativamente all'onore ed al prestigio del p.u., l'art. 341–*bis* c.p. richiede la lesione congiunta di ambedue. La norma, infatti, riporta la congiunzione coordinata "e" in luogo della disgiuntiva "o" che rendeva configurabile il delitto, sussistendone i residui elementi di tipicità, anche nel caso di offesa al solo onore del p.u.

Gli effetti della modifica normativa sono diversi[8]. In primo luogo essa sancisce la plurioffensività del delitto di oltraggio perché quest'ultimo tutela al contempo sia l'onore e il prestigio della persona investita di pubbliche funzioni sia il prestigio della Pubblica amministrazione, impersonificata da quel soggetto. La lesione dell'onore del p.u., pertanto, è sanzionata con una pena più severa rispetto all'ingiuria perché ad essa si aggiunge l'offesa al suo prestigio e a quello della Pubblica amministrazione, determinata dall'esercizio attuale di poteri di diritto pubblico da parte del p.u. La modifica, poi, intesa nel senso sopra illustrato, contribuisce indubbiamente a radicare la *ratio* dell'incriminazione nella tutela della pubblica amministrazione[9].

Inoltre, in conseguenza della suesposta distinzione tra i concetti di onore e di prestigio e della nuova previsione di una tutela cumulativa, la condotta tipica si realizza quando si ledono contestualmente i due profili dell'onore

materia di sicurezza pubblica ».

6. Migliori, voce *Pubblica amministrazione* (*Delitti dei privati contro la*), in *Nuovo Dig. It.*, X, Torino, 1939, 916; Pagliaro, voce *Oltraggio a un pubblico ufficiale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, 3; Sisti, voce *Oltraggio a un pubblico ufficiale o ad un pubblico impiegato*, in *Enc. Forense*, V, Milano, 1930, 262.

7. Inizialmente non vi era unanimità nell'interpretazione del concetto di "prestigio": Palazzo, voce *Oltraggio*, in *Enc. Dir.*, XXIX, Varese, 1979, 850 ss. Sul concetto di prestigio cfr. anche Casalbore, voce *Oltraggio ed altre offese alle autorità*, in *Dig. Pen.*, VII, Torino, 1994, 462; Vannini, *Quid iuris?*, *Manuale di esercitazioni pratiche in diritto penale*, VII, *Problemi relativi al delitto di oltraggio*, Milano, 1951, 5, 35; *Relazione del Guardasigilli sul progetto definitivo del codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, II, Roma, 1929, 149.

8. Sulle questione sollevate dalla nuova formulazione della fattispecie di oltraggio cfr. Padovani, *art. 1, co. 8*, in *Commento al "Pacchetto sicurezza" l. 15 luglio 2009, n. 94*, a cura di De Francesco, Gargani, Manzione, Pertici, 2011, 25.

9. Scandone, *Il nuovo e diverso reato di oltraggio a un pubblico ufficiale*, in *Il sistema di sicurezza pubblica*, a cura di Ramacci, Spangher, Varese, 2010, 466.

"globale"[10]: di conseguenza non è più sufficiente un'offesa alle qualità morali della persona in quanto tale, ma, invece, è necessario che l'atto di discredito coinvolga anche quelle proprie e tipiche di chi svolge una pubblica funzione.

Diversamente, ovvero se non si operasse la suesposta distinzione e si ritenesse che ogni offesa all'onore del p.u. comportasse sempre un'offesa alla dignità e al rispetto della funzione pubblica da lui esercitata, la novella sarebbe di fatto priva di risvolti pratici[11].

L'inserimento della congiunzione "e" nel corpo del testo della norma ha, dunque, una duplice rilevanza: in primo luogo le qualità morali offese non possono essere quelle afferenti qualunque cittadino, ma quelle proprie di chi svolge la pubblica funzione, quali, ad es., le doti di correttezza morale ed incorruttibilità[12]. Essendo, dunque, assorbito nel concetto di prestigio anche il rapporto tra il soggetto e la carica ricoperta[13], devono essere considerate rilevanti anche tutte quelle contumelie con le quali si attestano qualità personali incompatibili con la pubblica funzione esercitata, perché poste alla base dell'assunzione o della conservazione del particolare stato giuridico presupposto alla condizione di p.u.

Si è, pertanto, osservato che espressioni quali « *sei un bandito!* », « *ma ti sei drogato?* », « *siete un branco di assassini* », « *vai a rubare lo stipendio da un'altra parte!* » offendono contestualmente sia l'onore sia il prestigio[14]. Mentre apostrofare un p.u. in riferimento alla sua zona geografica di origine, desumibile dall'accento (ad es. "sei un terrone", "crucco", "magna gatti"), o in relazione a caratteristiche fisiche (ad es. "nanerottolo", "Moby Dick"), costituisce condotta lesiva del solo onore[15], eventualmente punibile *ex* artt. 594 e 61, n. 10, c.p.

L'esito dell'esegesi del testo, inoltre, consente di escludere che possano *ex se* considerarsi costituitivi del reato comportamenti di crassa maleducazione rivolti al p.u. o offese generiche alla sua persona, quali possono essere l'utilizzo di espressioni volgari entrate addirittura nell'uso comune.

In secondo luogo posto che un'offesa al prestigio può essere indifferentemente rivolta verso la funzione in sé (ad es. « *i magistrati sono tutti venduti* »)

10. In merito Flora, *Il redivivo oltraggio a pubblico ufficiale: tra nostalgie autoritarie e « diritto penale simbolico »*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1451; Martiello, *La 'resurrezione' del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica*, a cura di Giunta, Marzaduri, Milano, 2010, 7.

11. Gatta, *La risurrezione dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Il "Pacchetto sicurezza" 2009*, Mazza, Viganò, Torino, 2009, 169.

12. Si veda l'art. 3, co. 1 e 2 del d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 (Regolamento recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici a norma dell'art. 54 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 156).

13. Cfr. art. 16 del d.P.R. n. 62 del 2013.

14. Pasella, *Reintroduzione del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale*, in *Sistema penale e "sicurezza pubblica": le riforme del 2009*, Corbetta, Della Bella, Gatta, Milano, 2009, 38.

15. Flora, *Il redivivo oltraggio a pubblico ufficiale: tra nostalgie autoritarie e « diritto penale simbolico »*, cit., 1451.

o verso il rapporto tra il soggetto e le sue funzioni (« *sei incapace di fare il magistrato* »)[16], non sarà più sufficiente una condotta che leda solo quest'ultimo. Si pensi, ad es., al fatto di colui che platealmente strappi il verbale di una contravvenzione al cospetto del p.u. che si accinge alla notifica o consegna[17].

Per quanto attiene al profilo probatorio, considerato che per "offesa" s'intende ciò che « *secondo il normale giudizio dei membri di una società dovrebbe offendere* » il sentimento dell'onore e del prestigio[18], valutati nella concretezza dei rapporti sociali ed istituzionali, il parametro alla stregua del quale deve essere vagliato il significato obiettivamente offensivo del comportamento deve essere oggettivo[19] e, quindi, costituito dal corrente giudizio sociale su di esso[20], rilevabile dall'esame dei comportamenti tenuti dalla maggioranza dei consociati in analoghe situazioni. Per far ciò il giudice nell'accertamento in concreto dell'offensività della condotta dovrà tener conto della mutabilità dei concetti di onore e prestigio a secondo del tempo e del luogo e valutare la specifica situazione ambientale ed interpersonale in cui si è svolto il fatto, potendo essa sicuramente influire sul significato obiettivamente offensivo dell'espressione anche a parità di condizioni generali[21]: da un lato, infatti, potrà ritenere rilevante il diffondersi dell'utilizzo, nel linguaggio comune, di espressioni volgari solo se possiedono l'obiettiva capacità di manifestare dileggio e denigrazione per il p.u.[22]; dall'altro, invece, potrà considerare lesive la consuetudine di utilizzare un linguaggio particolarmente "colorito" in certi ambienti[23], le abitudini personali dell'offensore o l'esistenza di rapporti di amicizia, ovvero l'intento scherzoso qualora l'espressione o l'atto abbiano una valenza intrinsecamente offensiva[24].

Inoltre, la necessità di esaminare il contesto globale della vicenda, accertando non solo la specificità dell'attività oltraggiosa, ma soprattutto l'idoneità

16. Al riguardo Pagliaro, voce *Oltraggio a un pubblico ufficiale*, cit., 3.

17. Cass., Sez. Un., 27 giugno 2001, Avitabile, in *Cass. pen.*, 2002, 482.

18. Pagliaro, voce *Oltraggio a un pubblico ufficiale*, cit., 3.

19. Nel senso che il giudice deve limitarsi a valutare la valenza offensiva della condotta secondo il significato obiettivo delle parole o degli atti: Cass., sez. VI, 26 ottobre 1983, Ippolito, in *Giust. pen.*, 1984, II, 660. In dottrina Grosso, *I delitti di oltraggio*, in *Giur. sist. dir. pen.*, a cura di Bricola, Zagrebelsky, 2ª ed., I, 1984, 308.

20. Cass., sez. VI, 20 giugno 1984, Cavelli, in *Giust. pen.*, 1985, II, 511.

21. In giurisprudenza cfr. Cass., sez. VI, 18 settembre 1997, Zangrossi, in *Cass. pen.* 1998, 1640. In dottrina cfr. Palazzo, voce *Oltraggio*, cit., 853 e ss. Altra parte della giurisprudenza è, invece, nel senso di valutare l'offensività della condotta considerandola in sé e per sé: Cass., sez. VI, 6 marzo 1978, Vitacolonna, in *Giust. pen.*, 1978, II, 587.

22. Cass., sez. VI, 20 aprile 1995, Anselmetti, in *Giust. pen.*, 1996, II, 105. In dottrina Casalbore, voce *Oltraggio ed altre offese alle autorità*, cit., 464; Pagliaro, voce *Oltraggio a un pubblico ufficiale*, cit., 3; Palazzo, voce *Oltraggio*, cit., 854.

23. Cass., sez. VI, 25 febbraio 1989, Cataldi, in *Cass. pen.*, 1990, I, 1490.

24. Cass., sez. V, 28 novembre 1988, in *Riv. pen.*, 1990, 143.

dell'offesa a pregiudicare il corretto svolgimento della funzione[25], impone al giudice anche di non tener conto della percezione soggettiva del p.u. della condotta[26] o di una sua sensibilità eccessiva.

Dall'analisi sopraesposta discende, pertanto, che la prospettazione di corrispondere una somma di 10,00 euro, sebbene irrisoria nel suo *quantum*, è offensiva non solo delle qualità morali della persona in quanto tale, ma anche di quelle proprie di chi svolge una pubblica funzione, quali le doti di imparzialità, onestà ed integrità. Tale comportamento, infatti, attribuisce indubbiamente attitudini in contrasto con i doveri del p.u. ed incompatibili con il suo *status*.

3. Per quanto attiene ai profili di diritto intertemporale la Corte dispone l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata con la formula « *perché il fatto non sussiste* » poiché la condotta è stata realizzata prima dell'entrata in vigore della l. n. 94 del 2009, che ha introdotto l'art. 341–*bis* c.p.

Nel caso, però, sarebbe stato opportuno che la Corte esplicitasse un ulteriore passaggio, verificando se ricorrevano i presupposti sostanziali e processuali dell'ingiuria aggravata *ex* art. 61, n. 10, c.p. Solo successivamente, qualificato il fatto come ingiuria aggravata ed accertata la mancanza della condizione di procedibilità, avrebbe potuto disporre l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata perché il reato era improcedibile per mancanza di querela. La riqualificazione come ingiuria aggravata, infatti, costituisce l'esito di un dibattito che si è sviluppato a seguito dell'abrogazione della vecchia fattispecie ad opera della l. 25 giugno 1999, n. 205. Giurisprudenza e dottrina non erano concordi[27] sul significato normativo dell'eliminazione dell'art. 341 c.p. e, anche al loro interno, si sono registrati orientamenti contrapposti in ordine alla rilevanza penale delle condotte di oltraggio e agli effetti che l'espunzione della predetta norma dal sistema ha prodotto sui procedimenti, sui processi pendenti e su quelli definiti con sentenza di condanna passata in giudicato.

Come noto, la disciplina giuridica di un fatto, previsto come reato da una norma successivamente abrogata, deve essere affidata alle disposizioni sulla successione della legge penale, i cui parametri normativi di rilievo sono quelli indicati dall'art. 2 c.p., co. 2 e 4. Le diverse posizioni emerse in materia di rapporti intertemporali fra oltraggio a p.u. ed ingiuria aggravata, pertanto, s'inserivano nel più ampio dibattito concernente l'individuazione della regola applicabile tra quelle previste dall'art. 2 c.p. e i criteri utilizzabili

25. Madeo, *I delitti di oltraggio*, in *I delitti contro la Pubblica amministrazione*, Fortuna, Milano, 2010, 228.

26. Pagliaro, Parodi, *Principi di diritto penale, parte speciale, Delitti contro la Pubblica amministrazione*, I, Milano, 2008, 451.

27. In merito Madeo, *I delitti di oltraggio*, in *I delitti contro la Pubblica amministrazione*, cit., 220.

ai fini della distinzione tra il fenomeno abrogativo e quello meramente modificativo, e risentirono delle diverse opzioni teoriche proposte.

In dottrina ed in giurisprudenza emersero due orientamenti diversi. Secondo il primo la soppressione di una fattispecie incriminatrice non implicava necessariamente l'effettiva perdita di rilevanza penale del fatto da questa previsto e l'abrogazione dell'oltraggio costituiva « *un classico e pacifico esempio di successione di leggi penali tanto da potersi considerare un caso di scuola* » e comportava « *la riespansione della fattispecie generale di ingiuria* »[28] con conseguente applicazione dell'art. 2, co. 4, c.p. Secondo questo indirizzo l'orientamento opposto, per il quale, invece, si era verificata un'ipotesi di *abolitio*, assimilava erroneamente tra di loro due situazioni distinte, quali l'abrogazione di una specifica previsione incriminatrice e la generale insussumibilità di un fatto in alcuna fattispecie[29]. L'*abolitio criminis* richiede che per effetto di una legge posteriore « *il fatto non costituisca reato* » e, cioè, che non integri più gli estremi di alcun reato. Affinchè ciò si verifichi, però, è necessario che il fatto oggetto dell'originaria incriminazione soppressa abbia perso totalmente il suo significato di disvalore, divenendo pienamente lecito[30]. In caso contrario, ovvero quando è soltanto soggetto ad un diverso inquadramento giuridico nell'ambito del sistema penale, si ha una successione nel tempo di norme incriminatrici.

Il primo indirizzo sopraesposto sembrava, inoltre, aver trovato una composizione tra l'orientamento dottrinale che individuava il criterio discretivo da utilizzare per l'applicazione del co. 4 rispetto al co. 2 dell'art. 2 c.p. nella c.d. « *continuità del tipo di illecito* » e quello che si riferiva, invece, al rapporto di specialità.

Secondo parte della dottrina, infatti, sussisteva « *continuità del tipo di illecito* » perché le modalità di aggressione delle due fattispecie apparivano praticamente identiche e, sebbene i beni giuridici tutelati fossero eterogenei, tra gli stessi era comunque ravvisabile un rapporto di continenza e di omogeneità[31], dal momento che il delitto di oltraggio è sempre stato considerato plurioffensivo[32]. Il reato *de quo*, infatti, da un lato tutelava un bene indubbiamente superindividuale — sia esso individuato nel prestigio o nel buon andamento della Pubblica amministrazione — dall'altro un bene

28. In questo senso Giunta, *Abrogazione dell'oltraggio e procedibilità dei giudizi pendenti*, in *Dir. pen. proc.*, 1999,1424.

29. Nitti, *L'offesa dell'onore e del prestigio del pubblico ufficiale commessa prima dell'entrata in vigore della l. 25 giugno 1999, 205*, in *Giur. Mer.*, 2000, 1, 94.

30. Cass., sez. V, 15 maggio 1992, Trossarello, in *Giust. pen.*, 1993, 46. In dottrina Bisori L., *L'abrogazione dell'oltraggio tra* abolitio criminis *o successione di leggi penali nel tempo*, in *Cass. pen.*, 2000, 3029.

31. Nitti, *L'offesa dell'onore e del prestigio del pubblico ufficiale commessa prima dell'entrata in vigore della l. 25 giugno 1999, 205*, cit., 94.

32. Cass., sez. VI, 19 gennaio 1993, Pizziconi, in *Cass. pen.*, 1994, 2081.

personale, ovvero l'onore del p.u., inglobando la tutela di quest'ultimo in una *ratio* preventiva più ampia, che si colorava di connotazioni pubblicistiche. Il comportamento oltraggioso, infatti, pur riflettendosi in via mediata sull'andamento della Pubblica amministrazione, colpisce immediatamente l'agente che la rappresenta, *in officio o propter officium*, per la necessità degli elementi costitutivi della presenza dello stesso e del nesso causale tra offesa e funzioni[33]. In tale prospettiva si evidenziava il dato che la giurisprudenza non avesse mai affermato il concorso formale di reati. La *ratio legis* della norma abrogante, pertanto, non era la depenalizzazione *tout court* della condotta, bensì l'affermazione della tutelabilità *in primis* dell'interesse privato del p.u. con una pena più mite *ex* art. 594 c.p., e solo *in secundis* dell'interesse pubblico mediante l'applicabilità dell'aggravante *ex* art. 61, n. 10, c.p.

Secondo un'altra opinione, invece, era necessario verificare se tra le due fattispecie fosse ravvisabile un rapporto di specialità. Dal raffronto degli elementi strutturali, infatti, emergeva che l'oltraggio conteneva tutti gli elementi dell'ingiuria: l'offesa all'onore o al decoro (come osservato in precedenza, il prestigio, infatti, rappresenta una particolare forma di decoro), la presenza e percezione dell'offesa da parte della vittima nonché due elementi specializzanti, quali la qualifica del soggetto passivo e la circostanza che la condotta sia posta in essere a causa o nell'esercizio delle funzioni del p.u.[34].

Secondo la giurisprudenza prevalente, dunque, l'espunzione dell'art. 341 c.p. dal sistema penale aveva comportato una *abrogatio sine abolitione*, in quanto la soppressione di una fattispecie speciale, l'oltraggio, aveva prodotto necessariamente la riespansione di quella generale, l'ingiuria, la cui sfera di applicabilità si ampliava all'intera classe compresa quella parte prima sussumibile nella fattispecie speciale. Si era, pertanto, determinata una successione di leggi penali nel tempo con modifica *in melius*, in quanto *ex* art. 2, co. 4, c.p. si doveva ritenere applicabile il trattamento sanzionatorio previsto dall'art. 594 c.p., sempre che non fosse già intervenuto il passaggio in giudicato della sentenza[35].

Diversamente opinando si sarebbe dovuto concludere che la disposizione abrogatrice aveva reso penalmente irrilevante l'« *offesa all'onore o al prestigio* » di un p.u. anche qualora, e ciò capita nella quasi totalità dei casi, la medesima condotta fosse tale da integrare « *offesa all'onore o al decoro* » di una qualsiasi

33. Cass., sez. I, 11 aprile 2000, Hattab, in *Cass. pen.*, 2000, 3025.

34. In giurisprudenza si rinvia a: Cass., sez. I, 11 aprile 2000, Guerrieri, in *Mass. Uff.*, 216039. In dottrina cfr. Mantovani, *Diritto penale, parte speciale,* cit., 487, nota 88; Padovani, *Tipicità e successione di leggi penali, la modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2 co. 2 e 3 c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 1367.

35. Giunta, *Abrogazione dell'oltraggio e procedibilità dei giudizi pendenti*, cit., 1426. Dalla suesposta impostazione discendeva che nei giudizi non ancora definiti l'epilogo avrebbe dovuto essere « *non doversi procedere per mancanza di querela* » (ovvero, secondo alcuni, la restituzione in termini, *ex* art. 19 legge n. 205 del 1999, per la presentazione della querela).

persona così da rendere ipotizzabile il reato di ingiurie solo qualora la parte lesa non avesse rivestito speciali qualifiche, ovvero non fosse stata offesa nell'esercizio o a causa delle sue funzioni[36].

La soluzione sopra illustrata, però, parve iniqua in tutte le ipotesi in cui un soggetto fosse stato condannato per oltraggio ad una pena detentiva con sentenza passata in giudicato, perché, in applicazione del co. 4 dell'art. 2 c.p., essendo la sentenza irrevocabile, avrebbe mantenuto inalterati i suoi effetti. In particolare non si sarebbe più potuto qualificare il fatto come reato di ingiuria aggravata, con conseguente declaratoria di improcedibilità dell'azione penale per mancanza di querela.

L'applicazione dell'art. 2, co. 4 c.p., avrebbe, inoltre, comportato non solo l'impossibilità di fruire di un regime più favorevole (anche grazie all'applicabilità della cause di non punibilità *ex* artt. 596 e 598, 599 c.p.), ma soprattutto l'espiazione di una pena detentiva superiore a quella irrogabile per il reato di ingiuria in quanto, anche dopo l'intervento della Corte costituzionale, l'art. 341 c.p. prevedeva la sola pena detentiva, mentre l'art. 594 c.p. nel 1999 contemplava in alternativa alla reclusione (fino a sei mesi) anche la pena pecuniaria. Ne sarebbe conseguita la violazione del principio di derivazione costituzionale che prevede proporzionalità tra pena e disvalore sociale del fatto illecito commesso[37].

La giurisprudenza di legittimità, perciò, ha operato un *revirement*, e, ritenendo che l'abrogazione fosse avesse intervenuta un'*abolitio criminis*, ha affermato che « *il fatto non è più previsto dalla legge come reato* ». Ciò comportava che, ai sensi dell'art. 2, co. 2, c.p., il giudicato veniva travolto, la pena non era più eseguibile e il giudice avrebbe dovuto ammettere la revoca, *ex* art. 673 c.p.p., delle sentenze di condanna pronunciate[38].

Diversi gli argomenti prospettati a sostegno della presenza di un fenomeno di *abolitio criminis*. In primo luogo la giurisprudenza ha avanzato dubbi di costituzionalità nel caso di applicazione di leggi coeve a quella abrogata ad un fatto pregresso. Secondo questo indirizzo il fenomeno della successione di leggi penali nel tempo attiene soltanto a "leggi posteriori" diverse da quelle del tempo in cui fu commesso il reato, e non anche a "leggi coeve", quali per l'appunto sono le norme di cui agli artt. 594 e 341 c.p., per evitare la violazione dell'art. 25, co. 2, cost., perché si consentirebbe l'applicazione della norma rimasta in vigore — diretta alla tutela di un diverso bene giuridico — ad un fatto anteriormente verificatosi, e dell'art. 112 cost., posto che la norma penale coeva ancora vigente risulterebbe applicabile in mancanza

36. Cfr. Bisori L., *L'abrogazione dell'oltraggio tra* abolitio criminis *o successione di leggi penali nel tempo*, cit., 3030, il quale espone anche altre argomentazioni volte a dimostrare la mancanza di una *voluntas legis* di conferire ai fatti di oltraggio il carattere della liceità.

37. Cass., sez. I, 10 marzo 2000, Piccolo, in *Foro it.*, 2000, II, 594.

38. Cass., sez. I, 10 aprile 2000, Boscarino, in *Arch. nuova proc. pen.*, 2000, 402.

dell'esercizio dell'azione penale[39].

In secondo luogo non si riteneva sussistente un rapporto di specialità a causa della eterogeneità dei beni giuridici e delle differenti modalità offensive delle condotte di oltraggio ed ingiuria. La diversità dei beni giuridici si desumeva non solo dal dettato dei rispettivi articoli (offesa all'onore e al decoro nel reato di ingiuria e offesa all'onore ed al prestigio nel reato di oltraggio), ma anche dalla lettura dell'art. 341 c.p. data dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale[40]. In tali sentenze la Corte aveva, infatti, evidenziato, da un lato, l'eterogeneità delle due fattispecie criminose riguardanti l'una l'offesa arrecata al privato cittadino e l'altra quella rivolta al p.u. e, dall'altro, che « *l'art. 341 c.p. appresta una tutela che trascende la persona fisica del titolare dell'ufficio per risolversi nella protezione del prestigio della pubblica amministrazione* »[41].

Non tutte le condotte di oltraggio, inoltre, potevano integrare il delitto di ingiuria e viceversa. Si affermava, infatti, che l'offesa al prestigio del p.u. era un elemento essenziale della fattispecie, diverso ed alternativo rispetto all'offesa al suo onore personale, e da solo sufficiente ad integrare l'elemento materiale dell'oltraggio[42]; di conseguenza una volta abrogato l'oltraggio non era piú punibile la condotta diretta a ledere l'onore e il prestigio del p.u. nell'esercizio o a causa delle sue funzioni. Inoltre espressioni o comportamenti che avevano un contenuto offensivo del "prestigio" e del "buon andamento" della pubblica amministrazione, beni indisponibili, potevano anche non esserlo per l'onore ed il decoro della persona, dei quali il soggetto passivo poteva, invece, disporre a querela. La soglia del penalmente rilevante era, dunque, anticipata rispetto al "prestigio" o al "buon andamento" della pubblica amministrazione, all'onore ed al decoro della persona[43].

Pertanto la rilevata diversità dei beni giuridici e delle modalità offensive della condotta escludevano l'esistenza di un rapporto di specialità unilaterale tra i due reati e, dunque, non si poteva ravvisare una successione delle leggi penali nel tempo *ex* art. 2, co. 4, c.p. Il caso di specie, invece, comportava

39. Cass., sez. VI, 28 gennaio 2000, Marini, in *Foro it*., 2000, II, 595. Per un commento critico di questo orientamento si rinvia a Gambardella, Abolitio criminis*: casi e regole processuali*, in *Cass. pen*., 2005, 1739; Bisori L., *L'abrogazione dell'oltraggio tra* abolitio criminis *o successione di leggi penali nel tempo*, cit., 3029; Padovani, *Tipicità e successione di leggi penali, la modificazione legislativa degli elementi della fattispecie incriminatrice o della sua sfera di applicazione, nell'ambito dell'art. 2 co. 2 e 3 c.p*., cit., 1367.

40. In merito la Corte cost. nella sentenza n. 134 del 1983 nega l'esistenza di un rapporto di specialità tra la fattispecie di cui all'art. 341 c.p. e quella di cui all'art. 594 c.p. (cfr. anche Corte. cost., n. 22 del 1966; n. 109 del 1968; ord. n. 20 del 1983).

41. Corte cost., n. 51 del 1980.

42. Basti pensare all'uso generale di un linguaggio volgare o di modi abitualmente scortesi, ritenuti in giurisprudenza sufficienti per commettere oltraggio e non altrettanto per commettere ingiuria nei confronti di un privato (Cass., sez. V, 14 ottobre 1999, Ghezzi, in *Cass. pen*., 2000, 1614).

43. Carcano, *Abrogazione del delitto di oltraggio: una lenta e dolorosa agonia dovuta al divieto di eutanasia giuridica*, in *Cass. pen*., 2000, 1605.

l'applicazione del diverso criterio dell'assorbimento, in presenza del quale, però, non era applicabile il co. 4 all'art. 2 c.p.[44].

Infine anche l'esame della *voluntas legis* della legge abrogativa escludeva che si fosse in presenza di una riespansione della norma incriminatrice superstite. La legge n. 205 del 1999, infatti, esprimeva continuità punitiva solo per i reati « *perseguibili ai sensi delle disposizioni della presente legge o dei decreti legislativi da essa previsti* », per i quali si stabiliva la rimessione in termine per proporre querela. La mancanza di una medesima disposizione per i fatti di oltraggio, invece, denotava l'intento di escludere una "continuità punitiva" per le condotte in tal modo qualificate e giudicate con sentenza irrevocabile di condanna: se la *voluntas legis* fosse stata soltanto quella di attribuire ai fatti di oltraggio una diversa qualificazione giuridica e "continuare" a punire in ogni caso, anche per il passato, le condotte prima sanzionate dalla norma si sarebbe provveduto ad introdurre un disciplina transitoria che, tenuto conto del fenomeno di successione di legge, avrebbe dovuto rimettere in termini la parte offesa per consentirle di esercitare il diritto di querela[45].

Sulla base delle argomentazioni sopra riportate parte della giurisprudenza e della dottrina hanno ritenuto che l'eliminazione dell'art. 341 c.p. non solo imponeva di revocare i giudicati che in base ad esso si erano formati, ma comportava anche la non perseguibilità di quei fatti che, punibili all'epoca della loro commissione come oltraggio, potessero (teoricamente) inquadrarsi nella fattispecie di ingiuria. Trattandosi, infatti, di fatti–reato diversi rispetto a quelli ritenuti in sentenza si riteneva giustificata l'applicazione dell'art. 2, co., 2 c.p.[46]

Sulle questioni sopra esaminate sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di cassazione[47] che, dopo aver esaminato la *ratio* ispiratrice dell'art. 18 della legge n. 205 del 1999, hanno ritenuto l'abrogazione degli artt. 341 e 344 c.p. un'ipotesi di *abolitio criminis* ai sensi dell'art. 2, co. 2, c.p. Nella sentenza, inoltre, le Sezioni Unite affermano che sebbene l'art. 18 della legge n. 205 del 1999 non ha introdotto in sostituzione degli artt. 341 e 344 c.p. nuove o diverse figure di reato, non ha nemmeno escluso la possibilità che le condotte già sussumibili nei delitti abrogati possano concretamente

44. Cass., sez. V, 14 ottobre 1999, Ghezzi, cit., 1614.

45. Carcano, *Abrogazione del delitto di oltraggio: una lenta e dolorosa agonia dovuta al divieto di eutanasia giuridica*, cit., 1604.

46. Si aggiungeva, inoltre, che in base alla radicale innovazione introdotta dall'art. 673 c.p.p., il giudice dell'esecuzione aveva il dovere di revocare la sentenza di condanna per un reato di oltraggio (c.d. iperretroattività), perché, a differenza di quello della cognizione, non poteva riqualificare come ingiuria aggravata la condotta contestata come oltraggio e, per conseguenza, conservare o rimodulare la pena irrogata in relazione alla nuova fattispecie penale.

47. Cass., Sez. Un., 27 giugno 2001, Avitabile, in *Cass. pen.*, 2002, 482. La questione sottoposta alle Sezioni Unite concerneva la definizione del potere–dovere del giudice dell'esecuzione sulla sentenza di condanna per il delitto di oltraggio.

integrare reati ancora previsti e puniti dalla legge penale, e in particolare quello di ingiuria aggravata dalla qualità di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio[48].

4. Come noto la Corte di cassazione nelle sentenze successive a quella delle Sezioni Unite n. 29023 del 2001 ha accolto, in materia di successione delle leggi penali nel tempo, il criterio strutturale o del raffronto condotto con il principio della specialità[49], per cui, semplificando, si ritiene che ci sia sempre successione ogni qual volta sussista un rapporto di specialità tra la vecchia e la nuova norma penale sia laddove sia speciale la norma antecedente, sia qualora sia speciale quella successiva. La cassazione ha, inoltre, reputato di dover ricorrere al predetto criterio anche nel caso del fenomeno della c.d. "espansione normativa", che si verifica qualora una norma incriminatrice, la cui portata è, con riferimento a talune fattispecie concrete, compressa da una coeva norma, si espande per effetto dell'abrogazione di quest'ultima[50].

Di conseguenza l'eliminazione della legge speciale (l'art. 341 c.p.) ha determinato un'espansione di quella generale (il combinato disposto degli artt. 594 e 61, n. 10, c.p.), dando luogo ad un fenomeno di *abrogatio sine abolitione* con conseguente applicazione del co. 4 dell'art. 2 c.p. Tale conclusione è anche rafforzata dalle decisioni seguenti della cassazione, secondo le quali si ha *abolitio* del reato solo nel caso in cui il legislatore muti il giudizio di disvalore sulla condotta *de qua*, che diviene perciò lecita per l'ordinamento[51], cambiamento che, però, non può considerarsi avvenuto perché la contumelia lesiva dell'onore e del prestigio del p.u. ha continuato ad essere punita a titolo di ingiuria aggravata. Tale constatazione evidenzia la scelta legislativa di mantenere fermo il disvalore delle classi di fatti conformi all'oltraggio, riportandole implicitamente alla disciplina prevista dall'ingiuria aggravata. La mancata introduzione, contestuale alla soppressione dell'oltraggio, di altre fattispecie penali volte a tutelare il medesimo interesse è giustificata proprio dal fatto che l'onore ed il decoro del p.u. erano garantiti da norme già esistenti[52].

La tesi secondo la quale è venuto meno il giudizio di disvalore sulla condotta produce, inoltre, un'evidente lesione del principio di uguaglianza perché la sua adozione comporterebbe che il soggetto che ha offeso il p.u.

48. L'indirizzo espresso dalle Sezioni Unite è stato successivamente confermato dalla Corte Costituzionale: ord. n. 273 del 2002, in *Giur. cost.*, 2002, 1985.

49. Cass., Sez. Un., 16 giugno 2003, Giordano, in *Cass. pen.*, 2003, 3310.

50. Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2009, Rizzoli, in *Riv. pen.*, 2009, 951.

51. Cass., Sez. Un., 26 febbraio 2009, Rizzoli, cit., 951.

52. In merito, però, occorre evidenziare che l'espediente escogitato dalla giurisprudenza, e cioè l'utilizzazione della previsione dell'aggravante comune di cui all'art. 61, n. 10, c.p., non era sufficiente allo scopo, poiché, in quanto circostanza comune, essa rientrava nel giudizio di bilanciamento e, pertanto, poteva risultare in concreto vanificato l'intento sanzionatorio.

nell'esercizio delle sue funzioni nel periodo intercorrente tra l'abrogazione e l'introduzione della nuova fattispecie di oltraggio ha commesso il reato di ingiuria aggravata, mentre chi lo ha fatto prima dell'abrogazione dell'art. 341 c.p. ed è stato giudicato dopo l'entrata in vigore della legge n. 205 del 1999 andrebbe esente da responsabilità penale in applicazione del dell'art. 2, co., 2 c.p.

In riferimento, poi, all'argomentazione secondo la quale l'eterogeneità dei beni giuridici tutelati dall'oltraggio a p.u. e dall'ingiuria non consentiva l'applicazione dell'art. 2, co. 4, c.p., occorre ricordare che con la sentenza n. 341 del 1994 la Corte Costituzionale ha interpretato diversamente il bene–interesse protetto dalla fattispecie di cui all'art. 341 c.p. Quest'ultimo, infatti, deve essere individuato in via principale e diretta nell'onore e nel decoro del p.u. in quanto persona e solo in via mediata ed indiretta nel prestigio o nel buon andamento della Pubblica amministrazione. Pertanto, la diversità tra i beni giuridici è minima perché in entrambi i casi l'interesse immediatamente tutelato è l'onore o la reputazione del soggetto che riveste una particolare qualifica pubblica e quello pubblico è comunque garantito anche nel caso di ingiuria, attraverso l'applicabilità dell'aggravante *ex* art. 61, n. 10, c.p.

Un'ultima questione attiene alla nuova fattispecie. Nello specifico ci si è chiesti se l'art. 341–*bis* c.p. costituisca o meno una nuova incriminazione (art. 2, co. 1, c.p.). Considerato che la condotta materiale di oltraggio a p.u., anche prima della reintroduzione del reato specifico, era punita come ingiuria aggravata, si deve ritenere che in applicazione della teoria dei rapporti strutturali tra norme non è stata introdotta una nuova figura di reato, perché alla norma generale sull'ingiuria è seguita quella speciale sull'oltraggio. Trattandosi di un'ipotesi di successione nel tempo di leggi penali chi ha rivolto una contumelia al p.u. prima dell'entrata in vigore dell'art. 341–*bis* c.p. risponderà di ingiuria aggravata dalla presenza di più persone e dalla qualifica di p.u. propria della persona offesa (artt. 594, co. 4 e 61, n. 10, c.p.), se questa era presente al momento della commissione del reato, essendo prevista una pena ed un trattamento giuridico complessivo più mite rispetto alla nuova figura di oltraggio. Il principio d'irretroattività delle norme penali sfavorevoli all'agente (artt. 25, co. 2, cost. e 2, co. 1, c.p.), infatti, non consente l'applicazione della successiva norma incriminatrice dell'oltraggio a p.u. ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore della legge n. 94 del 2009.

Quest'ultima conclusione, però, merita alcune precisazioni. In base all'art. 2, co. 4, c.p., l'oltraggio a p.u. può trovare applicazione retroattiva solo qualora comporti, in concreto, una disciplina più favorevole al reo. Dalla lettura della norma emerge che in realtà residua uno spazio per questa ipotesi che, ovviamente, non riguarda il trattamento sanzionatorio (essendo più severo quello previsto dall'art. 341–*bis* c.p.), bensì la disciplina della prova

liberatoria e delle cause di non punibilità.

In primo luogo, infatti, in caso di attribuzione di un fatto determinato, la sopravvenuta disciplina dell'*exceptio veritatis* prevista dall'art. 341–*bis*, co. 2, c.p. può risultare in concreto più favorevole di quella di cui all'art. 596, co. 3 e 4, c.p. L'ambito entro cui rileva la prova della verità del fatto attribuito al p.u., infatti, è più ampio nell'art. 341–*bis*, co. 2., c.p., che non richiede, diversamente da quanto avviene nell'art. 596, co. 3 e 4, c.p., né che il fatto attribuito si riferisca all'esercizio delle funzioni[53], né che i modi usati per l'attribuzione del fatto medesimo non integrino di per sé una condotta oltraggiosa. Il fatto, infatti, rimane scriminato anche qualora i modi usati risultino di per sé offensivi, ovvero anche qualora siano superati i limiti della continenza[54].

Inoltre qualora il p.u. abbia dato causa alla commissione del fatto offensivo del suo onore e del suo prestigio, eccedendo con atti arbitrari i limiti delle sue attribuzioni, la disciplina sopravvenuta, prevista dall'art. 393–*bis* c.p. può rivelarsi in concreto più favorevole al reo (qualora non operi già l'esimente della provocazione di cui all'art. 599 c.p.) perché ne esclude la punibilità, e potrà pertanto trovare applicazione retroattiva.

In caso di risarcimento del danno stragiudiziale[55] potrà, infine, risultare più favorevole al reo la sopravvenuta disciplina prevista dall'art. 341–*bis*, co. 3, c.p., nella parte in cui, a differenza di quella stabilita dall'art. 35 d.lgs. n. 274 del 2000, non subordina la pronuncia della sentenza di estinzione del reato alla valutazione discrezionale del giudice relativa all'idoneità delle condotte risarcitorie a soddisfare « *le esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione* »[56]. Nell'art. 341–*bis* c.p. l'effetto estintivo opera automaticamente, senza necessità per il giudice di sentire le parti ed il suo sindacato ricalca quello previsto dall'art. 62, n. 6, c.p., in quanto si limita all'accertamento della natura personale e integrale del risarcimento. Qualora, però, il giudice ritenesse soddisfatte le suddette esigenze di riprovazione del reato e quelle di prevenzione non dovrebbe più applicare la disciplina sopravvenuta di cui all'art. 341–*bis*, co. 3, c.p., poiché in tale ipotesi questa risulterebbe più sfavorevole, richiedendo che il risarcimento venga effettuato nei confronti sia del p.u. sia dell'ente di appartenenza.

53. In merito cfr. Martiello, *La 'resurrezione' del delitto di oltraggio a pubblico ufficiale*, cit., 13; Flora, *Il redivivo oltraggio a pubblico ufficiale: tra nostalgie autoritarie e « diritto penale simbolico »*, cit., 1453.

54. Sul punto si rinvia a Padovani, *art. 1, co. 8*, in *Commento al "Pacchetto sicurezza" l. 15 luglio 2009, n. 94*, cit., 32.

55. Cioè prima dell'udienza di comparizione davanti al giudice di pace, competente a giudicare dei delitti d'ingiuria e diffamazione aggravati *ex* art. 61, n. 10, c.p.

56. Gatta, *La risurrezione dell'oltraggio a pubblico ufficiale*, cit., 186.

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/978885485819024
pag. 693–700

Reati contro il patrimonio

Usura bancaria
La C.M.S. non va inclusa nel calcolo del T.E.G.M.

Nicola Gianaria

La decisione

Usura — Elemento oggettivo — Tasso d'interesse usurario — Commissione di massimo scoperto — Esclusione — Ragioni (c.p., artt. 2, 644; l. 108 n. del 7 marzo 1996; l. del 28 gennaio 2009 n. 2).

In tema di usura oggettiva, al fine di stabilire se il tasso d'interesse applicato da un Istituto di credito sia o meno usurario, per fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 2 del 2009, non deve tenersi conto della C.M.S.

Giudice dell'udienza preliminare del tribunale di Caltagirone, 13 luglio 2012 — Gennaro, *Giudice unico*.

La motivazione della sentenza annotata può essere consultata sul sito *web archiviopenale.it*.

Il commento

1. Poiché l'art. 644 c.p. è una norma penale parzialmente in bianco, l'applicazione di Istruzioni di Banca d'Italia diverse da quelle vigenti al momento dei fatti, implicherebbe una violazione dell'art. 2 c.p. in tema di successione di leggi nel tempo, rendendo punibile un fatto che, al momento in cui fu commesso, non era previsto dalla legge come reato.

Con la sentenza in epigrafe il Giudice per l'udienza preliminare ha assolto i direttori di filiale di un istituto bancario dall'accusa di usura aggravata contestata sino al marzo del 2009, con la formula « *perché il fatto non sussiste* ». Nel caso in esame, si contestava agli imputati il reato di cui all'art. 644, co. 1, 3 e 5 c.p. per aver applicato ad un cliente della banca nell'ambito di un rapporto di conto corrente tassi che il consulente del Pubblico Ministero valutava sopra la "soglia" di usura.

Il Giudice, disposta in udienza preliminare una perizia volta ad accertare la natura dei tassi concretamente praticati, assolveva gli imputati ritenendo

non sussistente l'elemento oggettivo del reato contestato, a seguito del ricalcolo del T.E.G. operato dal perito che — senza includere la commissione di massimo scoperto (C.M.S.) — faceva rientrare la totalità degli "sforamenti" contestati al di sotto del tasso soglia vigente nel periodo.

La sentenza del G.u.p. di Caltagirone, quindi, pur temporalmente successiva alle note sentenze di Cassazione sul punto, si discosta radicalmente dai principi in esse affermati[1].

2. Per meglio comprendere la portata della pronuncia in commento occorre — brevemente — ripercorrere le tappe che hanno caratterizzato il dibattito giurisprudenziale e dottrinario in ordine alla inclusione o meno della C.M.S.[2] nel calcolo del tasso rilevante ai fini dell'usura.

La legge n. 108 del 1996 ha novellato il reato di usura previsto dal codice penale all'art. 644 c.p.p.

In particolare, ad una definizione della condotta punibile che subordinava l'usurarietà degli interessi o degli altri vantaggi dati o promessi come corrispettivo ad una prestazione di denaro, allo sfruttamento dello stato di bisogno della vittima (consentendo al Giudice un'ampia discrezionalità sul punto[3]), si è sostituita una formula che demanda alla legge il compito di stabilire quando gli interessi siano o meno usurari[4].

A seguito di tale riforma, l'art. 644 c.p. è stato strutturato secondo lo schema della norma (parzialmente) in bianco laddove, al co. 3 impone che: « *la legge stabilisce il limite oltre il quale gli interesse sono sempre usurari* ».

Secondo lo strumento normativo illustrato, ritenuto conforme ai dettami costituzionali[5], per determinare il reale contenuto della norma penale occor-

1. Cass., sez. II, 19 febbraio 2010, Caletti ed altri, in *Mass. Uff.*, 246729; Id., sez. II, 14 maggio 2010, Orsini ed altri, *ivi*, 247861. La Corte nelle sentenze citate stabilisce che, nella determinazione del T.E.G. praticato da un intermediario finanziario nei confronti del soggetto fruitore del credito, deve tenersi conto anche della commissione di massimo scoperto.

2. Tale commissione nella tecnica bancaria viene definita come il corrispettivo pagato dal cliente per compensare l'intermediario dell'onere di dover essere sempre in grado di fronteggiare una rapida espansione nell'utilizzo dello scoperto del conto. Tale compenso — che di norma viene applicato allorché il saldo del cliente risulti a debito per oltre un determinato numero di giorni — viene calcolato in misura percentuale sullo scoperto massimo verificatosi nel periodo di riferimento.

3. Sul punto vedasi Gallo D., *La sentenza Cass. 12028 del 26 marzo 2010 ed il rischio di tassi usurari alla luce del calcolo del tasso effettivo globale*, intervento nell'ambito del Convegno « *Novità in materia di anatocismo ed implicazioni per le banche* », Milano, 5 aprile 2011.

4. Accanto a tale previsione il legislatore ha comunque previsto un'ipotesi di usura "soggettiva" laddove gli interessi sono considerati usurari, anche se inferiori al limite di legge quando, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria.

5. Cass., sez. II, 18 marzo 2003, Simoni ed altri, in *Mass. Uff.*, 226037.

re fare riferimento ai risultati di una complessa procedura amministrativa, richiamata dalla stessa legge n. 108 del 1996.

L'art. 2 della legge citata, infatti, demanda al Ministero del Tesoro (ora dell'Economia e delle Finanze), sentiti la Banca d'Italia e l'Ufficio Italiano Cambi, di rilevare trimestralmente i Tassi Effettivi Globali Medi (T.E.G.M.).

Tale rilevazione avviene grazie a criteri contenuti in apposite istruzioni che Banca d'Italia periodicamente emana e a cui gli operatori finanziari si debbono attenere.

Per quanto qui ci interessa occorre sottolineare come tali Istruzioni (al punto C.5) abbiano sempre ed in modo ininterrotto escluso, sino a quelle pubblicate nell'agosto del 2009, la C.M.S. dal calcolo del T.E.G[6].

I tassi individuati in base alla procedura illustrata in relazione alle categorie omogenee di operazioni creditizie sono resi noti con Decreto Ministeriale e pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale.

Il limite previsto dal terzo co. dell'articolo 644 c.p., oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel T.E.G.M. risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale (relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso), aumentato della metà[7].

Orbene, tale sistema di calcolo dei tassi ha subito un profondo cambiamento ed innovazione con l'emanazione da parte della Banca d'Italia delle Istruzioni dell'agosto 2009, recependo quanto previsto dal d.l. n. 185 del 29 novembre 2008, convertito nella legge n. 2 del 2009.

In particolare l'art. 2–*bis*, co. 2, legge n. 2 del 2009 prevede espressamente che, ai fini dell'applicazione dell'articolo 644 c.p. e degli articoli 2 e 3 della legge n. 108 del 1996, dalla data di entrata in vigore della legge, si debba tenere conto delle commissioni e delle provvigioni derivanti dalle clausole, comunque denominate, che prevedono una remunerazione, a favore della banca, dipendente dall'effettiva durata dell'utilizzazione dei fondi da parte del cliente, tra cui la (ex) C.M.S[8].

Così come formulata la C.M.S e, soprattutto, l'uso che di tale corrispet-

6. Nell'anno 2005 con la Circolare della Banca d'Italia n. 12 del 2 dicembre 2005 si è prevista la rilevazione separata della C.M.S., espressa in termini percentuali, prevedendo una « *C.M.S. soglia* » desunta aumentando del 50% l'entità della C.M.S. media pubblicata nelle tabelle in *www.bancaditalia.it*.

7. Tale è la procedura seguita sino all'entrata in vigore del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 che ha modificato l'art. 2, co. 4, legge n. 108 del 1996 come segue: « *il limite previsto dal terzo co. dell'articolo 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono sempre usurari, è stabilito nel tasso medio risultante dall'ultima rilevazione pubblicata nella Gazzetta Ufficiale ai sensi del co. 1 relativamente alla categoria di operazioni in cui il credito è compreso, aumentato di un quarto, cui si aggiunge un margine di ulteriori quattro punti percentuali. La differenza tra il limite ed il tasso medio non può essere superiore agli otto punti percentuali* ».

8. La legge peraltro prevede comunque un periodo transitorio, sino al gennaio 2010, ove il calcolo dei tassi debba continuare ad avvenire in basse alle "vecchie" istruzioni (ovvero senza computo della C.M.S.).

tivo gli operatori hanno fatto deviando rispetto al "modello" iniziale, la commissione finiva per costituire un onere difficilmente quantificabile in anticipo, con carattere sostanzialmente aleatorio e senza alcuna ragione giustificatrice nell'ambito del sinallagma contrattuale, generando dubbi in ordine alla sua legittimità soprattutto in relazione alla causa del suo inserimento nel contratto[9].

Tali importanti mutamenti legislativi sono stati accompagnati da altrettante novità giurisprudenziali. Con la sentenza n. 8551 del 25 febbraio 2009 la Corte ha preso per la prima volta in considerazione il problema della metodologia di calcolo del tasso globale medio e l'applicazione della C.M.S., senza tuttavia risolverlo, limitandosi ad affermare (in apparente contrasto con una successiva sentenza della Cassazione penale[10]) che le Istruzioni della Banca d'Italia poste a fondamento e recepite nei decreti ministeriali integrano la norma penale parzialmente in bianco dell'art. 644, co. 3, c.p.[11].

Con le successive sentenze dei primi mesi del 2010, la Corte di cassazione sezione seconda penale, ha invece analizzato in modo specifico il problema, affermando che ai fini della valutazione dell'eventuale carattere usuraio del tasso effettivo globale (T.E.G.) d'interesse praticato da un istituto di credito deve tenersi conto anche della commissione di massimo scoperto e di tutti gli oneri imposti all'utente in connessione con l'utilizzazione del credito, tra cui la C.M.S. inteso come costo legato all'erogazione del credito.

In entrambi i casi la Corte confermava la decisione del Giudice che aveva

9. F. Arnone, *Riflessioni penalistiche in tema di commissioni di massimo scoperto e usura*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2011, 213; D. Gallo, *La sentenza Cass. 12028 del 26 marzo 2010 ed il rischio di tassi usurari alla luce del calcolo del tasso effettivo globale*, cit. Per posizioni sulla C.M.S. decisamente più rigide vedasi A. Cugini, *In tema di usura, ai fini della valutazione dell'eventuale carattere usurario del tasso effettivo globale (TEG) applicato da un istituto di credito deve tenersi conto anche della commissione di massimo scoperto praticata sulle operazioni di finanziamento per le quali l'utilizzo del credito avviene in modo variabile*, in *Cass. pen.*, 2010, 4133; R. Marcelli, *Usura e Commissioni di Massimo Scoperto, aspetti penali. La Corte d'Appello penale di Reggio Calabria riforma la sentenza del Tribunale di Palmi: un presidio di cartapesta alla norma penale*, in *www.ilcaso.it*.

10. Cass., sez. II, 23 novembre 2011, P.G. in proc. De Masi e altri, in *Mass. Uff.*, 252194.

11. La Corte in motivazione espressamente afferma che: « [. . .] *le Istruzioni della Banca d'Italia sono poste a fondamento dei decreti ministeriali nei quali, come previsto dalla l. 7 marzo 1996, n. 108, art. 2, co. 1, è contenuta la rilevazione trimestrale (effettuata dalla Banca d'Italia e dall'Ufficio Italiano Cambi) del tasso effettivo globale medio in base al quale è stabilito il limite previsto dall'art. 644 c.p., co. 3, oltre il quale gli interessi sono sempre usurari* [. . .] *Le metodologie di calcolo indicate dalla Banca d'Italia nelle suddette "Istruzioni" sono state quindi recepite dal Ministero del Tesoro (ora Ministero dell'Economia, Dipartimento del Tesoro) nei decreti in base ai quali vengono rilevati i tassi effettivi globali medi ai fini dell'applicazione della legge sull'usura e viene quindi individuato il c.d. tasso soglia, decreti che vanno ad integrare la norma penale parzialmente in bianco dell'art. 644 c.p., co. 3* [. . .] *sotto questo profilo, considerato che il metodo di calcolo dei tassi effettivi globali medi previsto dalla Banca d'Italia è stato integralmente accolto nei decreti ministeriali emessi ai sensi della l. n. 108 del 1996, art. 2, nei quali è espressamente previsto che le banche debbano attenervisi al fine di verificare il rispetto del limite di cui alla l. 7 marzo 1996, n. 108, art. 2, co. 4, del tutto priva di fondamento deve ritenersi la doglianza difensiva circa le pretese carenze delle consulenze che hanno escluso la natura usuraria dei tassi senza tener conto delle voci di spesa per la tenuta del conto* ».

ritenuto sussistente il reato di usura, prosciogliendo tuttavia gli imputati sulla base della carenza dell'elemento soggettivo.

La Corte in entrambe le pronunce citate[12] conferma il fatto che la norma di cui all'art. 644 c.p. è una norma parzialmente in bianco in quanto per determinare il contenuto del precetto penale è necessario fare riferimento ad una "complessa" procedura amministrativa e ribadisce che, ove « [...] *non venisse portata a termine, con la pubblicazione trimestrale dei decreti del Ministro del Tesoro portanti la rilevazione dei tassi globali medi, il reato non sarebbe punibile per la mancanza di un elemento integrativo della condotta* ».

Detto questo, la Corte qualifica la commissione come un « *onere collegato all'erogazione del credito* » e conclude, stante il chiaro tenore letterale dell'art. 644 co. 4 c.p.[13] (contrariamente a quanto indicato nelle Istruzioni emanate sino ad allora da Banca d'Italia) per il conteggio della C.M.S. nel T.E.G.

Tale soluzione interpretativa risulterebbe avvalorata, secondo la Suprema Corte, proprio dall'art. 2–*bis* del d.l. n. 185 del 2008, convertito con la legge n. 2 del 2009 sopra analizzato e che prevede l'inclusione della (ex) C.M.S. nel calcolo dei tassi ai fini dell'usura (ma solo a far data dal 1 gennaio 2010). La disposizione in parola, per quel che interessa in questa sede, può essere considerata norma di interpretazione autentica del quarto co. dell'art. 644 c.p., in quanto puntualizza cosa rientra nel calcolo degli oneri ivi indicati, correggendo una prassi amministrativa difforme.

La soluzione adottata dalla Cassazione è stata oggetto di attente riflessioni da parte dei commentatori che hanno, per la maggior parte, sollevato perplessità in ordine alle argomentazioni utilizzate dalla Corte nel motivare le due decisioni.

In particolare le critiche si fondano su due aspetti principali.

Innanzi tutto si sostiene che considerare la legge n. 2 del 2009 quale norma d'interpretazione autentica del quarto co. dell'art. 644 c.p., significa applicare retroattivamente (ed in *malam partem*) la legge penale, in violazione dell'art. 2 c.p[14].

Ed in effetti, se è vero che la Cassazione ha da sempre sostenuto la natura di norma parzialmente in bianco dell'art. 644 c.p., integrato dai decreti ministeriali via via pubblicati e contenenti la rilevazione dei tassi ai fini

12. Cass., sez. II, 19 febbraio 2010, Caletti e altri, in *Mass. Uff.*, 246729; Id., sez. II, 14 maggio 2010, Orsini e altri, cit.

13. Per la determinazione del tasso d'interesse usurario si tiene conto delle commissioni, remunerazioni a qualsiasi titolo e delle spese, escluse quelle per imposte e tasse, collegate alla erogazione del credito.

14. « *Ergo* [...] *la commissione di massimo scoperto, sin dall'entrata in vigore della legge di riforma n. 108 del 1996, ha rilievo al fine di valutare la possibile usurarietà del rapporto. Affermazione questa che provoca sconcerto* », R. Rampioni, *La fattispecie di usura "presunta" nel crogiuolo della pratica applicativa. Il "nodo" della commissione di massimo scoperto mette a nudo il non sense della delega politica ad organi tecnici*, in *Cass. pen.*, 2012, 361 ss.

dell'usura (che secondo le Istruzioni di Banca d'Italia non comprendono la C.M.S.), con tale orientamento si avrebbe l'applicazione retroattiva (si ricorda che la legge impone l'inclusione della C.M.S. solo a partire dal 1 gennaio 2010) di una norma giuridica integratrice di un elemento normativo della fattispecie di tenore opposto rispetto alla precedente normativa (di fonte secondaria e tecnica ma sempre giuridica)[15].

In secondo luogo, l'interpretazione prospettata dalla Corte comporterebbe la necessità di fronteggiare un problema non solo di diritto ma, anche, di tipo matematico.

Infatti, se in passato la C.M.S. non era calcolata quale componente onerosa del T.E.G.M. (che aumentato del 50% rappresentava il "tasso soglia" rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 644 c.p.), pretendere — oggi — che di tale commissione si tenga conto (anche per anni antecedenti al 2010) significa imporre il raffronto tra realtà disomogenee[16].

Da un lato il T.E.G. applicato dalla banca comprensivo della C.M.S., dall'altro il "tasso soglia" vigente all'epoca privo di tale componente (e quindi spesso di valore inferiore)[17].

3. Tali osservazioni critiche sembrano trovare conforto positivo nella motivazione della sentenza di merito qui in commento e di cui si riportano testualmente alcuni passaggi. Il G.U.P. di Caltagirone, infatti, ritiene che le argomentazioni prospettate dalla Suprema Corte per affermare la necessità di includere la C.M.S. nel calcolo dei tassi « *non siano convincenti* ».

In primo luogo la sentenza affronta il tema della pretesa natura di interpretazione autentica rappresentata dall'art. 2–*bis* della legge n. 2 del 2009 che, come tale, sarebbe applicabile sin dall'entrata in vigore della legge n. 108 del 1996. Scrive in motivazione il Giudice: « *va innanzitutto osservato, in primo luogo, come la natura di "interpretazione autentica" dell'art.* 2–bis *della legge n. 2 del 2009 sia nettamente smentita dalla stessa norma che precisa testualmente: "il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia, emana disposizio-*

15. A. Di Landro, *La Cassazione penale include la commissione di massimo scoperto nel tasso d'interesse usurario: la l. 2/09, le questioni intertemporali e un'inedita ricostruzione dell'elemento soggettivo* », in *Foro it.*, 2010, II, 382 ss.

16. Si veda sul punto un commento assai critico di P. Ferro, Luzzi, P. Severino, *Massimo scoperto con giudici troppo creativi*, in *www.ilsole24ore.com*.

17. Sul punto R. Rampioni, *La fattispecie di usura "presunta" nel crogiuolo della pratica applicativa. Il "nodo" della commissione di massimo scoperto mette a nudo il non sense della delega politica ad organi tecnici*, cit., 385, il quale osserva: « *quello in esame non integra, in definitiva, un problema interpretativo della norma, ma di rispetto del principio di non contraddizione: le voci di costo considerate per la rilevazione del T.E.G.M. non ricomprendono le somme percepite dalle banche a tiolo di C.M.S.; di conseguenza non possono essere raffrontate fra loro realtà disomogenee, quali il costo complessivo dell'operazione, da un lato, ed il tasso effettivo globale medio (secondo i diversi decreti ministeriali succedutisi nel tempo sino alla recente modifica,* « *tasso non comprensivo della C.M.S.* », *onere questo come specificato nella "nota metodologica", oggetto di autonoma valutazione), dall'altro* ».

ni transitorie in relazione all'applicazione dell'art. 2 della legge 7 marzo 1996, n. 108, per stabilire che il limite previsto dal terzo co. dell'art. 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono usurari, resta regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto fino a che la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni. Ed in coerenza le relative istruzioni del 2009 (punto D) dispongono che fino al 31 dicembre 2009 il tasso usurario andrà determinato secondo le istruzioni precedenti e che nel periodo transitorio il calcolo della C.M.S. rimane esclusa dal calcolo del T.E.G. finalizzato alla determinazione del tasso usurario. Sicché la tesi della ritenuta interpretazione autentica della disciplina del 2009 non pare avere fondamento normativo e con essa la scelta di giustificare tramite tale interpretazione l'inclusione della C.M.S. nel calcolo del tasso usurario anche alle condotte antecedenti al 2009" »[18].

Secondo il Giudicante — inoltre — non sarebbe possibile "a posteriori" tener conto, nel calcolo del tasso usurario, della C.M.S. senza violare irrimediabilmente il principio di tassatività dell'illecito penale: « *stabilire che comunque la C.M.S. deve essere conteggiata nel calcolo dell'usura (e ritenuto, per le considerazioni sviluppate, inapplicabile in via retroattiva la normativa del 2009) distrugge il sistema previsto dalla legge e viola il principio di tassatività della fattispecie penale, che proprio su quel sistema (in cui la C.M.S. era irrilevante al fine della determinazione del tasso usurario) ha strutturato l'illecito penale. . . In primo luogo perché la C.M.S. veniva considerata come elemento del T.E.G. applicato nel singolo rapporto dalla singola banca ma non come elemento del T.E.G.M., sicché l'inserimento della C.M.S. anche nel T.E.G.M. realizzerebbe la creazione di un nuovo T.E.G.M. che non è contemplato dalla legge* » e quindi, ad avviso di questo G.U.P., non solo « *una forzatura del dato normativa* » ma una violazione del principio di sufficiente determinatezza della fattispecie penale. Tant'è vero che proprio la l. 2009 n. 2 ha previsto l'inserimento della CMS sia nel T.E.G. che nel T.E.G.M. (art. 2–*bis* ».[19]

Le argomentazioni utilizzate dal Giudice nel motivare l'insussistenza degli elementi oggettivi del reato di usura paiono condivisibili.

Intanto giova sottolineare come la legge n. 2 del 2009 effettivamente sia difficilmente individuabile quale norma di "interpretazione autentica"[20].

Ciò in quanto lo stesso legislatore non dice espressamente che con la legge n. 2 del 2009 intende dare un'interpretazione di tipo autentico ad una

18. Sentenza del Giudice per l'Udienza preliminare del Tribunale di Caltagirone, 13 luglio 2012, Liardo e altri, 2.

19. G.u.p. Trib. Caltagirone, 13 luglio 2012, Liardo e altri, 5.

20. Sul tema, per tutti, vedi G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, Parte generale*, Bologna, 2010, 99 ss.: « *i definisce interpretazione autentica quella fornita dallo stesso organo che ha prodotto la norma da interpretare: ad es. legge interpretativa di altra legge. Per quanto il fenomeno non sia frequente, l'interpretazione autentica di solito è occasionata dal persistere di contrasti interpretativi* ».

precedente[21].

In secondo luogo, il legislatore con la stessa legge demanda al Ministero dell'Economia — sentita sempre la Banca d'Italia — di adottare disposizioni transitorie: « *per stabilire che il limite previsto dal terzo co. dell'articolo 644 del codice penale, oltre il quale gli interessi sono usurari, resta regolato dalla disciplina vigente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto fino a che la rilevazione del tasso effettivo globale medio non verrà effettuata tenendo conto delle nuove disposizioni (ovvero il 1 gennaio 2010)* ».

Secondo alcuni, quindi, tale disciplina transitoria non sarebbe in alcun modo necessaria ove la legge n. 2 del 2009 fosse effettivamente norma di interpretazione autentica dell'art. 644, co. 4, c.p.[22] Non si comprenderebbero, infatti, le ragioni per le quali se l'interpretazione autentica della norma impone l'applicazione della C.M.S. sin dall'entrata in vigore della legge n. 108 del 1996, ci si debba preoccupare di stabilire che — nel periodo transitorio di entrata in vigore della stessa legge — il calcolo dei tassi resti regolato dalla disciplina vigente, ovvero senza C.M.S.

In conclusione, le recenti sentenze della Corte di cassazione hanno certamente avuto il pregio di accendere i riflettori sulla prassi adottata da alcune banche di applicare una Commissione di Massimo scoperto in modo eccessivamente libero e superiore alla media.

La soluzione però adottata non pare condivisibile in quanto rischia di ledere un valore ed interesse comune a tutti, ovvero quello di non essere puniti per un fatto che, al momento in cui fu commesso, non era previsto dalla legge come reato.

21. Sulla difficoltà di ritenere la legge n. 2 del 2009 quale legge di interpretazione autentica si veda A. Cugini, *In tema di usura, ai fini della valutazione dell'eventuale carattere usurario del tasso effettivo globale (TEG) applicato da un istituto di credito deve tenersi conto anche della commissione di massimo scoperto praticata sulle operazioni di finanziamento per le quali l'utilizzo del credito avviene in modo variabile*, cit., 4145: « *ora non sembra anzitutto pacifico che la legge n. 2 del 2009 integri gli estremi di una norma interpretativa dell'art. 644 c.p., dal momento che a tale conclusione può giungersi solo ove si ritenga che la medesima legge abbia voluto operare direttamente sulla norma del codice, chiarendo il significato letterale da attribuire al co. 4 dell'art. 644 c.p., dando così sostanza ai concetti di "commissioni, remunerazioni, a qualsiasi titolo e spese" ivi indicati* ».

22. Per R. Rampioni, *La fattispecie di usura "presunta" nel crogiuolo della pratica applicativa. Il "nodo" della commissione di massimo scoperto mette a nudo il non sense della delega politica ad organi tecnici*, cit., 386, la legge di conversione n. 2 del 2009 individua, in realtà una "innovazione" non già una mera "interpretazione", ma vedi *contra* M. Piloni, *La rilevanza della commissione di massimo scoperto ai fini della consumazione del reato di usura bancaria da parte dei funzionari e dei rappresentanti legali degli istituti di credito*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 737: « *detta disposizione, tuttavia, deve ritenersi interpretativa e non innovativa sulla scorta del perentorio dettato dell'art. 644 co. 4 c.p.: dunque non può costituire utile argomento per asserire che le condotte antecedenti, come quelle valutate con la sentenza in commento, risultino prive di rilievo penale* ».

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/978885485819025
pag. 701–717

Rapina (reato complesso)

La complessità del reato: tra unità del fatto, unicità dell'offesa e pluralità del "danno"

Daniela Falcinelli

La decisione

Rapina — Reato plurioffensivo — Reato complesso — Rapina impropria — Forma di manifestazione tentata — Ipotesi di violenza o minaccia utilizzate dopo il mancato compimento della sottrazione — Configurabilità (c.p., artt. 56, 84, 628).

La rapina impropria ha carattere plurioffensivo, tutelando contestualmente i beni dell'inviolabilità del possesso e della sicurezza e libertà della persona; il delitto si riconduce al concetto di fattispecie criminosa complessa, per cui le fattispecie componenti la figura (sottrazione e violenza) possono presentarsi entrambe allo stadio di tentativo, sicché l'unitarietà della rapina resta tale anche quando dette condotte si arrestino ad ipotesi tentate (1).

Cassazione penale, Sezioni Unite, 12 settembre 2012 (ud. 19 aprile 2012) — Lupo, *Presidente* — Romis, *Relatore* — Ciani, *P.M.*(diff.). — Reina, ricorrente.

La motivazione della decisione annotata è consultabile sul sito *web archiviopenale.it*.

Il commento

1. Il concetto della "fattispecie criminosa complessa" scende in campo nel dibattito penalistico con sensibile frequenza, utilizzato come è ogni qual volta l'interprete ravvisi l'unità di una figura normativa di incriminazione altrimenti destinata ad essere letta attraverso la duplicità/pluralità delle rispettive componenti–reato. La moltitudine dei richiami "nominali" a questa figura autonoma, ed all'inseparabilità delle sue parti, si ispira certo ad una *ratio* potente e suggestiva, per cui è alla specifica articolazione delle condotte criminali che la compongono, dal *prius* al *posterius*, che il legislatore dà

peso e corrispettiva sanzione. Il c.d. diritto vivente si ferma qui, davanti ad una sufficiente concordia di opinioni attorno a questo schema di pensiero; si ferma però davanti a soluzioni che di volta in volta, ovvero a seconda della fattispecie incriminatrice indagata, appaiono in fin dei conti non ispirate ad una logica realmente coerente ed omogenea, che guardi al reato complesso sia come unità di fatto che come unità di norma.

Il delitto di rapina entra nell'approccio di questo dibattito come figura esemplificativa: del resto, ha senz'altro la tara genetica di appartenenza alla categoria complessa, per come descritto e punito dall'art. 628 c.p. La condotta disegnata nella disposizione, infatti, è costituita dalla stessa azione di sottrazione–impossessamento tipica del furto, cui si aggiunge l'elemento della violenza alla persona o della minaccia, da qui risultando la commistione per l'appunto del reato di furto con il corrispondente reato relativo al tipo di violenza di volta in volta esercitata (percosse, minacce). Un distinguo, interno alla figura delittuosa, si coglie poi nella diversa successione di queste condotte, per la differente direzione finalistica del comportamento violento o minaccioso. Nel caso in cui la violenza o la minaccia esercitate rappresentino il mezzo, precedente o concomitante rispetto all'impossessamento, usato per perseguire l'offesa al patrimonio, si realizza l'ipotesi della rapina c.d. propria; quando invece la violenza o la minaccia servono come mezzo per assicurare il possesso della cosa sottratta o, in alternativa, per procurare a sé o ad altri l'impunità, si avrà la diversa fattispecie definita rapina impropria.

In più, ad assegnare al delitto *ex* art. 628 c.p. il ruolo di paradigma di riferimento in una ricerca critica attorno alla complessità del reato, si aggiunge l'attenzione prestata a questa fattispecie dall'ultima parola spesa in argomento dalle Sezioni Unite, le quali — ancora oggi, e in queste pagine in annotazione — lasciano riversate sulla struttura del reato di rapina tutte le perplessità che la tradizione ha affidato alla teorica sul reato complesso.

La questione rimessa alle Sezioni Unite muove dalla casistica in cui l'agente, dopo aver compiuto atti idonei diretti all'impossessamento della cosa altrui, non portati a compimento per fatti indipendenti dalla sua volontà, venga ad adoperare violenza o minaccia nei confronti di quanti cerchino di ostacolarlo, per assicurarsi l'impunità. E si apre a due prospettive esegetiche: punire a titolo di furto tentato in concorso con il delitto di minaccia o quale altro delitto sia integrato tramite il comportamento violento, o piuttosto punire per tentata rapina impropria ai sensi dell'art. 628, co. 2, c.p.

Davanti alla contrapposizione, il consesso riunito si schiera a fianco della maggioritaria corrente giurisprudenziale, che del tentativo di rapina impropria ammette la configurabilità anche in difetto del compimento della sottrazione della cosa mobile. Così si saldano due premesse, che diventano anche i confini dell'analisi che segue.

L'una. La rapina ha natura unitaria, quale reato plurioffensivo: con l'azione violenta e la sottrazione del bene si aggrediscono contemporaneamente due beni giuridici, il patrimonio e la persona.

L'altra. La rapina è un'unità inscindibile, quale reato composto: condivisa la natura unitaria del reato complesso, risultante dalla fusione di due reati, i componenti costitutivi delle figure criminose originarie non ammettono valutazioni separate.

Dal fatto al diritto, la Suprema Corte scrive il principio per cui nel dettato codicistico dell'art. 628 c.p. si manifesta chiaramente « *la scelta normativa di tutelare i beni giuridici patrimonio e persona, o, per meglio dire, i beni dell'inviolabilità del possesso e contestualmente della sicurezza e libertà della persona* ». La natura unitaria della rapina quale reato plurioffensivo si radica, insomma, nella aggressione contemporanea di due beni giuridici, il patrimonio e la persona, come spiega logicamente la stessa formulazione letterale della norma: il legislatore, con l'espressione "immediatamente dopo", intendeva stabilire il nesso temporale che deve intercorrere tra i segmenti dell'azione criminosa complessa; intendeva quindi mettere al centro la necessità di un collegamento logico–temporale tra le condotte di aggressione al patrimonio e di aggressione alla persona, attraverso una successione di immediatezza che giustifica l'equiparazione del trattamento sanzionatorio tra la rapina propria e impropria, quanto a dire un arco temporale tale da non interrompere il nesso di contestualità dell'azione complessiva posta in essere.

Così, l'osservazione della ricchezza tipica dell'episodio fattuale, in quanto commistione di furto e violenza/minaccia, nella decisione in commento si combina con la presa d'atto della unitarietà di contesto, in quanto vicenda complessa che la descrizione fornita dalla norma incriminatrice fotografa con un solo scatto. Come da tradizione esegetica, questa medesimezza ed unità fa poi da sfondo al riscontro di una pluralità di disvalori penali.

L'analisi sul "fatto" del delitto di rapina si presta in effetti a passaggio propedeutico rispetto ad ogni ragionamento sulla complessità (pluri)offensiva del reato: si tratta allora di comprendere esattamente i contorni e gli effetti di questa contestualità che è immediatezza, di questo collegamento logico–temporale che congiunge i due estremi delle « *condotte di aggressione al patrimonio e di aggressione alla persona* ».

2. *In medias res*, è proprio la duplicità di forme in cui si articola (in alternativa) il delitto *ex* art. 628 c.p. a lasciar individuare ad elemento strutturale (comune) una « *immediata unità di contesto* »[1] (impossessamento mediante violenza o minaccia, violenza o minaccia immediatamente dopo la sottra-

1. Precisamente, nella rapina impropria la legge vuole che la condotta violenta o minacciosa sia tenuta dal rapinatore immediatamente dopo la sottrazione, parlandosi al proposito di « *nesso di contestualità dell'azione complessiva* », così Cass., sez. II, 18 maggio 1990, Vilia ed altri, in *Mass. Uff.*, n.

zione)[2]. La formulazione della norma spiega difatti il nesso temporale che è anche collegamento logico necessario tra i segmenti dell'azione aggressiva[3]: un fatto stretto in un tempo.

Eppure — riconosce ancora la Suprema Corte — qui si assiste a più offese: « *il delitto di rapina ha, nelle sue due configurazioni, natura unitaria, quale reato plurioffensivo, in cui, con l'azione violenta e la sottrazione del bene, si aggrediscono contemporaneamente due beni giuridici, il patrimonio e la persona. Del resto è opinione ampiamente condivisa quella della natura unitaria del reato complesso; pertanto, se la rapina costituisce un reato composto risultante dalla fusione di due reati; non se ne può scindere l'unità valutando separatamente i componenti costitutivi delle figure criminose originarie* ».

Nel pensiero delle Sezioni Unite si coglie allora uno spazio di contraddizione, che passa tra il riconoscimento dell'inscindibile unità delle componenti del fatto complesso, già di per sé tipiche, e la valutazione disgiunta/duplice dei profili offensivi tratti dalle tipicità "originarie" dei singoli reati componenti. All'interprete che legge questa contraddizione sembra pertanto imporsi il compito di verificare a monte la validità della stessa categoria plurioffensiva del reato, e ragionare se piuttosto, a specchio dell'unicità del fatto tipizzato, stia necessariamente una offesa unica, che rende il reato monoffensivo.

È chiaro che « *l'idea tipica* » di offesa incriminata esprime il significato dis–valutativo attribuibile alla situazione fattuale dipinta dalla fattispecie di volta in volta riguardata, quale punto di saldatura tra la tipicità come dato linguistico descrittivo e la tipicità come connotato strutturale dell'illecito[4]. Da qua, il nodo da sciogliere è se la necessaria monoffensività del reato (leggi, di ogni reato) da un canto collimi con una esegesi delle fattispecie che sia culturalmente orientata[5], dall'altro si attesti altresì conforme a quella

186764; Id., sez. VI, 11 febbraio 1999, Stefano, *ivi*, n. 212888. V. anche Id., sez. VI, 16 ottobre 2008, A., in *Cass. pen.*, 2010, 231; Id., sez. II, 26 ottobre 2000, Apicella, in *Mass. Uff.*, n. 217426.

2. V. Crespi, *Rapina ed estorsione*, in *Giust. pen.*, 1947, II, 541; cfr. Cass., sez. I, 18 gennaio 1966, Pinto, in *Mass. Uff.*, n. 101728, per il rilievo degli elementi « *dell'immediatezza dell'imposizione* » e della correlativa "imminenza del danno".

3. Si veda la pronuncia annotata, per cui « *nella formulazione della norma svolge un ruolo centrale la necessità di un collegamento logico–temporale tra le condotte di aggressione al patrimonio e di aggressione alla persona, attraverso una successione di immediatezza. È necessario e sufficiente che tra le due diverse attività concernenti il patrimonio e la persona intercorra un arco temporale tale da non interrompere il nesso di contestualità dell'azione complessiva posta in essere. Questo è il punto centrale e il solo indefettibile della norma incriminatrice del co. secondo dell'art. 628 c.p. che giustifica l'equiparazione del trattamento sanzionatorio tra la rapina propria e quella impropria, indipendentemente dall'essere quelle stesse condotte consumate o solo tentate* ».

4. Si vedano le riflessioni sviluppate in proposito da Preziosi, *La fattispecie qualificata*, Padova, 2000, 76 ss.

5. Cfr. Palazzo, *Testo, contesto e sistema nell'interpretazione penalistica*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di Dolcini, Paliero, I, Milano, 2006, 521, per cui la certezza di significato imposta

"generale intenzione" del legislatore che nella creazione di un sistema penale organizzato in ordinamento unitario — come dichiara l'art. 16 c.p. — vuole fissato "il caso" incriminato da ogni disposizione alla stregua di regole ermeneutiche volte a mantenere l'equilibrio interno del sistema stesso. Un equilibrio che pretende la regola dell'unicità dell'offesa, segnatamente dell'unicità dell'interesse pregiudicato, entro l'unità del fatto tipico.

L'intuizione per cui, sebbene la storicità del fatto appaia sempre "colma" di interessi[6], sia nondimeno nota costante la scelta normativa di isolare la tutela giuridica ad un unico bene[7] in corrispondenza dell'unicità del reato, trova conforto proprio nella singolare identità del tipo di fatto incriminato, ove traspare l'identità dell'offesa. Più chiaramente. Che si debba isolare nella norma un solo interesse immediatamente protetto, "derubricando" dall'offesa quanti e quali "eventuali" nel senso di solo indirettamente avvantaggiati dal meccanismo di tutela penale[8], pare discendere come conseguenza logicamente necessaria dalla previa ed esatta visualizzazione « *del fatto che costituisce reato* »[9], secondo l'unico ed unitario angolo prospettico fotografato dalla disposizione nel mettere in primo piano, tra loro concatenate, determinate circostanze fattuali[10].

e presupposta dalla regola penale deve avere radice nel linguaggio, derivando dall'uso linguistico consolidato di una certa espressione verbale. Sennonché, detta certezza — prosegue il pensiero dell'Autore — manca fino al momento in cui il significato linguistico non viene a contatto con i fatti, e nella sua flessibilità consenta di afferrarne il significato, necessariamente condizionato dal contesto.

6. Per questi rilievi, Gregori, *Adeguatezza sociale e teoria del reato*, Padova, 1969, 25 ss.; Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, 303.

7. Esamina la complessità della delimitazione del bene giuridico protetto dalla norma penale, entro una molteplicità di "scopi", Pagliaro, *Bene giuridico e interpretazione della legge penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, II, Milano, 1965, 396, nota 16.

8. Cfr. per tali aspetti Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913, 578; Carnelutti, *Il danno e il reato*, Padova, 1930, 68 ss.; Antolisei, *L'offesa e il danno nel reato*, Bergamo, 1930, 109 ss.; Dean, *Il rapporto di mezzo a fine nel diritto penale*, Milano, 1967, 34 ss.; Stella, *L'alterazione di stato mediante falsità*, Milano, 1967, 226 ss.

9. Si rinvia alle considerazioni critiche svolte sul fronte della plurioffensività da Preziosi, *Falso innocuo e falso consentito: spunti problematici sul bene protetto*, in *Le falsità documentali*, a cura di Ramacci, Padova, 2001, 149 ss. Per un richiamo di sintesi sulle obiezioni rivolte alla teorica della plurioffensività in materia di reati di falso, v. Rampioni, *Il problema del bene giuridico nelle falsità documentali*, in *Le falsità documentali*, cit., 112 ss.; Giacona, *La problematica dell'offesa nei delitti di falso documentale*, Torino, 2007, 7 ss.; Id., *Delitti di falso documentale: il problema dell'individuazione della vittima*, in *Foro it.*, 2008, II, 205 ss.

10. In termini si citano le parole di Preziosi, *La fattispecie qualificata*, cit., 76, nota 91, che in parte disattendendo il pensiero espresso da Palazzo, *Legge penale*, in *Dig. Pen.*, VII, Torino, 1993, 342 ss. — « *La dissoluzione del "tipo", cioè dell'omogeneità valutativa incarnata dalla fattispecie, comporta fatalmente la dilatazione del compasso edittale al di là di quanto imposto . . . dalla necessaria proporzionalità . . . prima di essere formulato il "tipo" deve essere per così dire pensato, poiché nessun espediente linguistico potrà supplire all'assenza di una visione e comprensione "tipologica" della realtà da sottoporre a disciplina penale . . . si tratta di un canone metodologico, inespresso e privo di forza normativa: quasi di un abito mentale* » — riconosce al cosiddetto abito mentale *forza normativa*, « *regola non scritta, nel senso di modello o archetipo normativo, che, però, a differenza delle altre norme, anche non scritte, è autolegittimante* ».

Queste considerazioni "di massima" introducono alla fondamentale lettura del dettato codicistico dell'art. 84 c.p., relativo appunto al reato complesso: già le prime riflessioni vi avevano difatti percepito una dimensione di autonomia di fatto ed offesa, chiosando che « *Il reato complesso, infatti, in ogni caso, e indipendentemente da qualsiasi rilievo circa i principi sotto i quali va ricondotto, non è la somma dei reati che lo compongono. Il furto con violenza sulle cose, ad es., è più che la somma di un furto semplice e di un danneggiamento; la rapina è più che la somma di un furto semplice e di una violenza privata, ecc. Come del resto è dimostrato anche dalla pena da applicare, per le ipotesi di reato complesso, che è diversa da quella per le ipotesi di concorso, la quale non è giudicata adeguata alla particolare criminosità che palesa la perpetrazione di un reato complesso* »[11].

Meglio che una somma di reati, si scorgeva quindi nel reato complesso « *la risultante del raggruppamento degli estremi costitutivi di distinti reati semplici* »[12]; così come oggi il linguaggio della giurisprudenza contemporanea scrive della natura unitaria che compone il reato composto risultante dalla fusione di due reati, per cui « *non se ne può scindere l'unità valutando separatamente i componenti costitutivi delle figure criminose originarie* ».

Simili riflessioni forniscono allora materiale ad una confutazione della tesi che categorizza i reati plurioffensivi, pensando di contro che sia sempre prevalente "uno" tra i beni giuridici sottesi alla norma[13], così come la "regolare" consistenza del reato complesso non si apprezza « *nella semplice somma di due illeciti, ma nella loro fusione secondo determinati nessi o schemi* »[14]. La fusione dei disvalori, che rende l'offesa unica, è allora quella — e solo quella — definita di volta in volta nella unità tipica, che di volta in volta descrive (anche nel reato complesso) una autonoma vicenda umana: per cui, a leggere attentamente la lettera della norma incriminatrice, si giunge ad esempio ad escludere un tentativo di rapina impropria quando, subito dopo il tentativo di sottrarre la cosa, venga usata violenza o minaccia[15], venendosi a selezionare per bocca della nuova tipizzazione *ex* art. 628, co. 2, c.p. una apparenza fenomenica che la sottrazione qui impone completata[16].

11. Ranieri, *Il reato complesso*, Milano, 1940, 10 ss.

12. Vannini, *Ricostruzione sintetica della dottrina del reato*, Siena, 1927, 117.

13. Bettiol, *Diritto penale*, Padova, 1982, 634; sul punto Brunelli, *Il sequestro di persona con finalità tipica: profili storici e dogmatici*, in *Ind. pen.*, 1990, 577 ss.

14. Prosdocimi, *Reato complesso*, in *Dig. Pen.*, XI, Torino, 1996, 220.

15. Sul punto diffusamente Brunelli, *Brevi considerazioni su tentativo di rapina impropria e fattispecie penali con plurimo comportamento*, in *Cass. pen.*, 2003, 3627 ss.; Cass., sez. V, 13 aprile 2007, P.G. in proc. Mekhatria, in *Riv. pen.*, 2007, 1209. *Contra*, Cass., sez. II, 21 gennaio 1988, Mastrogiacomo, in *Mass. Uff.*, n. 179348; Id., sez. II, 14 ottobre 2003, Monaco, *ivi*, n. 227763; Id., sez. II, 10 novembre 2006, Taroni, *ivi*, n. 235448; Id., sez. II, 20 marzo 2008, Boudegzdame, *ivi*, n. 240104; Id., sez. II, 8 aprile 2008, Petocchi, *ivi*, n. 240408.

16. In senso contrario la pronuncia in commento, che ha dato conforto all'indirizzo nettamente prevalente per cui « *È configurabile il tentativo di rapina impropria nel caso in cui l'agente, dopo aver*

La prospettiva di estrarre "il" senso di disvalore di cui "il" fatto parla al consociato, si giustappone così alla diffusa tendenza giurisprudenziale di matematizzare l'episodio punito (reato complesso) come sommatoria di più fattori storici (singoli reati componenti), così da continuare ad assegnare a ciascuna circostanza fattuale tipizzata lo stesso significato che avrebbe ancorché avulsa dallo specifico contesto d'insieme, senza quindi dare ai singoli elementi un valore secondo il significato che ne deriva dalla rispettiva (locale) connessione.

3. L'analitica disamina del disposto generale sulla fattispecie complessa, e della relativa casistica di parte speciale, lascia proseguire in questa direzione di revisione critica della dimensione della plurioffensività penale.

L'inquadramento dogmatico dell'ipotesi di reato complesso come unificazione legislativa di almeno due reati[17] scolasticamente si esemplifica nel reato di sequestro di persona a scopo di estorsione previsto dall'art. 630 c.p. quale « *figura autonoma di reato, qualificabile come reato complesso, poiché confluiscono in esso, come elementi costitutivi, fatti che costituirebbero per se stessi reato, ai sensi dell'art. 84 c.p., nel senso che il sequestro di persona a scopo di estorsione è caratterizzato dall'uso di un mezzo–sequestro di persona finalizzato a conseguire un ingiusto profitto, come prezzo della liberazione dell'ostaggio e si consuma indipendentemente dal conseguimento del profitto* »[18]; pacifica è l'etichettatura sotto questa categoria pure della fattispecie del terzo co. dello stesso art. 630 c.p., reato complesso « *perché l'omicidio volontario costituisce una circostanza aggravante del sequestro e dà luogo ad un'unica fattispecie sottoposta alla disciplina dell'art. 84 del c.p.* »[19].

Ebbene, è chiaro come a monte di ciascuna di queste osservazioni, ed applicazioni, vada a porsi il riconoscimento di un rilievo propriamente strutturale — *ex* art. 15 c.p. — della connessione operata dal reato "combinato" rispetto alle fattispecie "semplici". Questa premessa non vale solo ad allontanare definitivamente l'istituto *de quo* dallo spettro di essere espressione di

compiuto atti idonei diretti in modo non equivoco alla sottrazione della cosa altrui, adoperi violenza o minaccia per procurare a sé o ad altri l'impunità ».

17. Sia che questa unificazione avvenga attraverso la formazione di una fattispecie astratta unitaria ed autonoma, sia che l'unificazione si realizzi mediante la previsione della forma aggravata di uno dei reati unificati, v. Ranieri, *Il reato complesso*, cit., 17 ss.; Moro, *Unità e pluralità di reati. Principi*, Padova, 1959, 249; Vassalli, *Reato complesso*, in *Enc. Dir.*, XXXVIII, Milano, 1987, 822; Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 628 ss.; Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 537 ss.; Romano, *Comm. sitematico c.p.*, I, Milano, 2004, 748. Recentemente si veda Sorrentino, *Il reato complesso. Aspetti problematici*, Torino, 2006, 5 ss.

18. Cass., sez. II, 20 novembre 1991, P.G. in proc. Romano ed altro, in *Mass. Uff.*, n. 189487.

19. Cass., sez. II, 5 aprile 1990, Bernasconi, in *Mass. Uff.*, n. 184691. V. anche Ass. Milano, 9 marzo 2009, B., in *Corr. merito*, 2009, 763 ss.

un principio autonomo di assorbimento[20] o piuttosto di consunzione[21], ma sbarra pure la traduzione della dicitura del reato complesso *ex* art. 84 c.p. nella figura di reato complesso in senso ampio, per tale dovendosi intendere « *non quello nel quale ad un reato–base si aggiunge un* quid *non costituente reato, ma quello nel quale, in concreto, si fondano due fatti costituenti reato, sia pure entro l'orizzonte di un reato dominante che viene (entro certi limiti) ad assorbire l'altro* ». In una simile evenienza il legislatore, all'atto di fissare la pena per il "reato consumante", avrebbe difatti considerato come il "fatto consumato" rappresenti in concreto una modalità del fatto principale in quanto prodromo o sua appendice naturale[22].

Ne discende la negazione « *dell'assorbimento* » del reato di sequestro di persona entro l'aggravante della limitazione della libertà personale della vittima prevista in tema di violenza sessuale dall'art. 609–*ter*, co. 1, n. 4, c.p. Il disposto di parte generale, *ex* art. 84 c.p., sancisce difatti che « *le disposizioni degli articoli precedenti [e cioè quelle sul concorso di reati] non si applicano quando la legge considera come elementi costitutivi, o come circostanze aggravanti di un solo reato, fatti che costituirebbero, per sè stessi, reato* »: ebbene, esso « *sta a significare che le disposizioni di legge le quali prevedono un reato complesso devono, nella loro astratta formulazione, fare riferimento — o come elemento costitutivo o come circostanza aggravante — a un fatto che nella descrizione legislativa costituisce di per se stesso reato, onde restano escluse dalla disciplina dell'articolo 84 del c.p. tutte quelle ipotesi in cui il fatto descritto ha una portata diversa. Ciò che si verifica in relazione alla circostanza aggravante speciale prevista in materia di violenza sessuale la cui descrizione legislativa (fatto commesso « su persona comunque sottoposta a limitazioni della libertà sessuale ») non rappresenta un fatto che costituisce di per se stesso reato, ma una pluralità di ipotesi, la maggior parte delle quali di nessun rilievo penale: un soggetto, infatti, può trovarsi nella condizione suddetta non tanto (o non solo) perché vittima di un sequestro di persona, ma anche per altre diverse ragioni: ad esempio, perché in stato di detenzione, ovvero perché si trova ricoverato in un ospedale in situazione tale da non potersi muovere, o perché rimasto accidentalmente chiuso in un'abitazione ove si introduce lo stupratore ecc.* »[23].

L'entrata in gioco del principio di cui all'art. 15 c.p. a spiegare la realtà strutturale unica ed unitaria del reato complesso *ex* art. 84 c.p. mette in ulteriore rilievo il dubbio sulla validità della pur diffusa soluzione per cui è soltanto una tra le condotte conteggiate nella descrizione del reato com-

20. Nuvolone, *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, 392 ss.

21. Vassalli, *Reato complesso*, cit., 834; Prosdocimi, *Reato complesso*, cit., 216; nel senso che la norma rappresenterebbe il riferimento legislativo del principio di consunzione, Marinucci, Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, 459 ss.

22. Prosdocimi, *Reato complesso*, cit., 216 s.

23. Cass., sez. II, 8 ottobre 2003, Tegri ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 227610.

plesso che riceve considerazione con prevalenza sulle altre, sicché « *è in base all'offesa dalla stessa immediatamente prodotta, a un determinato bene o interesse penalmente protetto, che il reato complesso viene classificato sotto un titolo, piuttosto che un altro, del codice penale* »[24]. Come a dire che non tutte le condotte previste, pure se necessarie in senso strutturale e fattuale, contrassegnano il disvalore del fatto.

Sulla scorta di questo ragionamento, si spezza l'idea apprezzata ed abbracciata pure dalla pronuncia in nota, che vede nel reato complesso lo sviluppo di una pluralità di offese[25]: perché « *violando più precetti che sono diversi tra di loro, offende anche più beni, in quanto viola un precetto primario, scindibile in più parti, ciascuna delle quali è conforme ad altro precetto semplice. E, pertanto, poiché più precetti si trovano riuniti, per disposizione espressa di legge, in quello che crea il reato complesso, che assorbe le singole trasgressioni, come esso tutela necessariamente più beni della vita, così la sua violazione è offesa dei beni diversi che ne ricevono protezione* »[26].

V'è di contro nel reato complesso una "unità di contesto", che « *non ha il significato di unità di tempo in senso matematico, o quello soltanto di contemporaneità assoluta, tra più condotte, ma di mancanza d'intervallo apprezzabile tra di esse, d'interruzione, di deviazione ad altri atti* »: vi si esprime dunque « *una continuità di comportamento che, senza alcun sensibile intervallo tra i vari atti che lo compongono, sbocca in un evento finale che tutti li assomma nella sua valutazione, e che rientrano, per questo, in una sola fattispecie di reato* »[27]. Insomma, sebbene le condotte costitutive del reato complesso possano vedersi come pluralità in senso strettamente naturalistico–fenomenico, le stesse si prestano ad essere lette come unitarie in termini socio–valutativi.

Seguendo l'esposto tracciato argomentativo, la costruzione del reato complesso come illecito penale ontologicamente unitario sia per "fatto"

24. Ranieri, *Il reato complesso*, cit., 53.

25. Si badi come la giurisprudenza risulti orientata ad accogliere una nozione lata di reato complesso (Cass., sez. I, 16 aprile 1984, Amendola) ravvisandolo ad esempio nella previsione del capoverso dell'art. 567 c.p. che ricomprenderebbe in sé il delitto di falso ideologico documentale (Cass., sez. VI, 18 febbraio 1994, Cacciatore, in *Mass. Uff.*, n. 198884), ed ancora nel reato di esercizio arbitrario delle proprie ragioni con violenza sulle cose, a sua volta assorbente gli estremi del danneggiamento (Cass., sez. I, 4 maggio 1977, Natale, in *Mass. Uff.*, n. 137310). Precisamente, la figura del c.d. reato complesso in senso lato è da intendersi come quel reato che comprende in sè un altro reato con l'aggiunta di almeno un elemento ulteriore non costituente reato (ad esempio l'abrogata figura dell'oltraggio a pubblico ufficiale derivante dall'aggiungersi agli estremi del delitto di ingiuria degli elementi della qualifica del soggetto passivo e dell'essere avvenuta l'offesa a causa o nell'esercizio delle funzioni dello stesso). In questa categoria rientrerebbe, quale sua *species*, anche il c.d. reato progressivo caratterizzato dalla gravità crescente dell'offesa ad un medesimo bene, v. Mantovani, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2011, 487; De Marsico, *Diritto penale. Parte generale*, Napoli, 1937, 255.

26. Ranieri, *Il reato complesso*, cit., 114 ss.

27. Ranieri, *Il reato complesso*, cit., 51 ss.

che per "offesa" si dimostra in grado di delegittimare l'obiezione costante: quella per cui rimane in fin dei conti questione ermeneutica anche l'individuazione di quelle ipotesi in cui l'unica offesa penale sia in realtà la risultante della sommatoria di una pluralità di interessi semplici vulnerati. Così "pensato", il fenomeno del reato plurioffensivo rimarrebbe variabilmente riscontrabile all'avvertirsi di una complessità dell'offesa, quando cioè la legge penale si offra a tutelare, in unità strutturale, una pluralità di interessi, eventualmente o piuttosto necessariamente concorrenti[28], tali che la lesione di uno, per essere giuridicamente rilevante ad un certo titolo, dovrà contemporaneamente agganciarsi all'offesa dell'altro[29].

Tuttavia, è esattamente l'art. 84 c.p. a scrivere di una diversa realtà normativa, in cui ciascuna norma si incarica di proteggere il solo, unitario interesse selezionato tramite il filtro della descrizione di un fatto (tipico) singolare. Nei casi in cui tale rappresentazione descrittiva combini infatti situazioni già di per sé rilevanti in termini di fattispecie astratte, portatrici quindi ciascuna di un proprio disvalore, l'ipotesi incriminatrice che ne deriva, sebbene strutturalmente complessa, esprime un autonomo, ed ancora una volta semplice, significato offensivo, discendente dalla individuazione dell'unico bene giuridico capace di venire in rilievo dall'angolo di visuale adottato dal legislatore nel fotografare quell'accadimento umano[30]. Nemmeno in queste ipotesi di reato complesso, in sostanza, l'ordinamento ammette in genere che si abbia a ricostruire una « *offesa in termini complessi* »: il disvalore sanzionato *ex* art. 84 c.p., difatti, non è dettato dal sommarsi delle offese che fanno l'*in se* di ciascuno dei fatti penalmente rilevanti convocati a strutturarlo, ma è rispetto ad esse distintamente determinato.

Il co. 1 del disposto dell'art. 84 c.p. si presta alla verificazione di questa proposta lettura prescrivendo per il reato complesso una cornice edittale autonoma[31], guidata dalla proporzione tra la pena ed il disvalore alla cui repressione–prevenzione quella si muove[32], e svincolata dalla logica del concorso dei reati[33] ove invece tutti gli interessi coinvolti rimangono

28. Si pensi alla plurioffensività tradizionalmente ascritta ai reati contro la fede pubblica, in tema Grande, *Falsità in atti*, in *Dig. Pen.*, V, Torino, 1991, 56.

29. Gallo M., *Dolo (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1964, 790.

30. Per la costante affermazione secondo cui il reato complesso è un caso di unificazione giuridica ovvero di fusione legislativa, v. Siniscalco, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 1961, 171; Mantovani, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 265 ss.

31. In proposito, v. Piacenza, *Reato complesso*, in *Noviss. Dig. It.*, XIV, Torino, 1976, 966.

32. I tempi e la misura della riflessione accennata nel testo impongono di rinviare interamente per gli approfondimenti sull'argomento, in particolare a Bricola, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973, 92; Fiandaca, *Nota a Corte cost., n. 341 del 1994*, in *Foro it.*, I, 1994, 2586 ss.; Padovani, Stortoni, *Diritto penale e fattispecie criminose. Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 1996, 110 ss.

33. A paradigma la rapina, ove la pena stabilita è superiore rispetto a quella derivante dal cumulo

distintamente percepibili.

Così, nel co. 1 dell'art. 84 c.p. sta scritta la regola giuridica, del reato monoffensivo. É al co. 2 del medesimo art. 84 c.p. che si stabilisce l'eccezione, con l'ammettere la configurabilità di un reato "veramente" plurioffensivo.

Nelle ipotesi in cui, eccezionalmente, a fronte dell'unità tipica di reato v'è l'eco di una pluralità di offese rispetto ad altrettanti interessi, tante offese quante le fattispecie che si assommano entro l'ipotesi incriminatrice complessa, allora la stessa legge penale prescrive l'eccezione e in questa sede dichiara doversi computare separatamente il pregiudizio arrecato ai diversi beni. Ciascuno di essi rimane infatti ancora autonomamente individuabile e valutabile nella propria dimensione offensiva, sicché la disposizione, per la determinazione della sanzione da attribuire al reato complesso, non potrà che riferirsi alle pene stabilite per i singoli reati che lo costituiscono, soggiacendo, nel doveroso rispetto della rammentata "supremità" del principio di proporzione della misura sanzionatoria[34], alla preclusione del superamento dei limiti massimi indicati negli artt. 78 e 79 c.p. a comune contenimento delle ipotesi di concorso di reati[35].

4. Ne discendono corollari "di sistema", che dagli argomenti della complessità e dell'offensività del reato, tornano verso la sistematica dei delitti (in senso lato) patrimoniali, in cui si inserisce pure la menzionata pronuncia delle Sezioni Unite.

Da un canto, ne rimane radicata la tesi che ravvede sempre (di regola) "unico" il soggetto passivo di situazioni tipiche complesse, così unico il soggetto passivo dell'estorsione come della rapina, pure se chi patisce violenza o minaccia è altri rispetto a chi subisce gli effetti patrimoniali negativi della reazione costretta/spossessamento, e ciò esattamente in ragione della prevalenza da accordarsi — nell'economia "raffigurativa" prima e valutativa poi del delitto — alla lesione al patrimonio rispetto a quella alla persona[36].

Si ha in mente, nell'esemplare ipotesi di rapina, il fatto di malviventi che facciano irruzione in banca, per sottrarre la liquidità di cassa, e costringano i vari clienti che in quel momento si trovino all'interno dei locali a sdraiarsi

sanzionatorio di furto e violenza privata, v. Romano, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 1995, I, 752.

34. Nel senso che trattasi di disposizione particolare concernente la pena, Mantovani, *Concorso e conflitto di norme*, cit., 511 ss.

35. Sottolineano la mancanza di applicazione pratica nel codice penale del capoverso citato (che potrebbe quindi trovare applicazione soltanto nell'ambito della legislazione speciale, non essendo state ivi individuate ipotesi nelle quali « *la legge, per la determinazione della pena per il reato complesso, si riferisca alle pene stabilite per i singoli reati che lo costituiscono* »), Pagliaro, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale. Parte generale*, II, diretto da Grosso, Padovani, Pagliaro, Milano, 2007, 451; Fiandaca, Musco, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 691, nota 24.

36. Brunelli, *Rapina*, in *Dig. Pen.*, XI, Torino, 1996, 19.

per terra: vi è l'integrarsi di una unica fattispecie di rapina per chi considera rilevante solo il bene patrimonio, più rapine per chi ritiene il delitto *ex* art. 628 c.p. un reato plurisoggettivo/plurioffensivo[37]. La soluzione che si intende formulabile in forza della lettura proposta in queste righe dirige puntualmente verso il primo approdo: così, in situazione in cui violenze e minacce siano portate in aggressione a più persone aventi congiuntamente la detenzione delle cose sottratte, e siano realizzate contestualmente o in un immediato succedersi di comportamenti riconducibili ad unica volontà criminale, si dovrà ritenere esistente un unico reato di rapina[38].

Condiviso questo risultato, non rimane travolta l'idea giurisprudenziale per cui in simili casi — ancora ad emblema vi è la rapina — il risarcimento "attenuante" di cui alla prima ipotesi dell'art. 62 n. 6 c.p. debba riferirsi sia al danno conseguente alla sottrazione della cosa, sia al danno conseguente alla violenza[39]. L'argomentazione non può però, rettamente, procedere per la strada "usuale", quella dell'unificazione legislativa in reato complesso tra furto (per cui parte offesa è chi subisce il danno patrimoniale) e violenza privata (in cui la parte offesa soffre un danno non patrimoniale), nel senso che « *entrambi debbano essere risarciti perché l'unità del delitto e della pena non consentirebbe di attribuire rilevanza al risarcimento dell'uno o dell'altro soltanto, considerando attenuato il furto e non la violenza e viceversa* »[40]. Piuttosto, il "danno complesso" che empiricamente può configurarsi nei casi di specie, in rilievo *ex* art. 62 n. 6, prima parte, c.p. (l'avere, prima del giudizio, riparato interamente il danno, mediante il risarcimento di esso e, quando sia possibile, mediante le restituzioni), origina dalla sommatoria degli effetti pregiudizievoli subiti e dal danneggiato, ricompreso nell'estesa categoria dei "risarcibili" di cui all'art. 185 c.p.[41], e dall'offeso, unica "vittima" del reato *de quo*[42].

37. Brunelli, *Rapina*, cit., 19.

38. V. g.i.p. Napoli, 18 giugno 2010, n. 1410, in *DeJure*, in fattispecie di due rapinatori che avevano programmato l'impossessamento di denaro e di una auto, ponendo in essere comportamenti minacciosi verso il cassiere per la consegna del denaro e verso il possessore delle chiavi dell'auto.

39. Analoga l'argomentazione spesa in tema di delitto *ex* art. 630 c.p. da Cass., sez. II, 13 giugno 1983, Puddu, in *Cass. pen.*, 1985, 1564 ss., che sottolinea la duplicità dell'offesa al patrimonio ed alla libertà personale.

40. Cass., sez. II, 17 giugno 1966, D'Emanuele, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 265 ss. V. anche Cass., sez. II, 13 novembre 1984, Montegrande, in *Riv. pen.*, 1985, 664 ss.; Id., sez. II, 6 dicembre 1984, Mele, in *Mass. Uff.*, n. 168640. Ancora cfr. Cass., sez. II, 31 marzo 1989, Lo Russo, in *Mass. Uff.*, n. 181754; Id., sez. II, 7 novembre 2000, Ursi, *ivi*, n. 217887.

41. Nel senso che l'attenuante vada intesa in funzione dell'art. 185 c.p., e pertanto risulti applicabile a qualsiasi reato, ogni qualvolta ne sia derivato un danno patrimoniale o non patrimoniale suscettibile di riparazione a norma delle leggi civili nelle forme delle restituzioni o del risarcimento v. Cass., Sez. Un., 1 febbraio 1992, Scala ed altri, in *Mass. Uff.*, n. 189183.

42. Una lettura costituzionalmente orientata dei « *casi previsti dalla legge* » cui fa riferimento l'art. 2059 c.c. impone, secondo quanto precisato dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, che il

Ci si riferisce con ciò alla dicotomia, oramai ben assimilata dall'interprete del diritto penale, che figura nella persona offesa il soggetto passivo del reato, ovvero il titolare del bene giuridico protetto dalla norma violata; nel danneggiato, invece, legittimato a far valere la propria pretesa risarcitoria avente ad oggetto le conseguenze civilistiche del reato[43], chi abbia riportato un danno eziologicamente riferibile all'azione o all'omissione del soggetto attivo del reato stesso[44]. Dicotomia che per l'appunto si scioglie al contatto con la trasversale categoria dell'« *avente diritto al risarcimento del danno da reato* », nelle cui fila si contano tutti i titolari di tutti gli interessi protetti, anche indirettamente, dalla norma penale[45]: sostanzialmente ammessa l'esistenza di reati "comunque" offensivi di più di un bene giuridico, si considerano difatti danneggiate anche le persone offese titolari di quei beni violati dal fatto di reato che pure risultano diversi dall'interesse giuridico sotto la cui "rubrica" la fattispecie è descritta[46].

A rimanere segnata è la definitiva spallata all'idea di una "offesa plurale", nel cui ambito il "danno da reato" « *concretizza un aspetto dell'offesa tipica del reato* », dovendo, in parte, con essa coincidere[47]. Nell'alternativa ottica dell'unicità dell'interesse ("prevalente"), il danno è invece capace di sconnettersi dal disvalore penale, coprendo gli interessi anche "mediatamente" protetti dalla norma incriminatrice, per cui tale nozione non deve necessariamente coincidere con la violazione dell'interesse la cui offesa è essenziale per aversi l'integrazione del reato[48].

Una simile stratificazione di piani entro il concetto di "danno risarcibile" ha peraltro dalla sua proprio la disciplina codicistica. Difatti, nella menzionata attenuante della « *riparazione totale del danno* », il termine in questione rinvia ad una nozione in senso civilistico come lesione patrimoniale o non patrimoniale ma economicamente risarcibile (art. 185, co. 2, c.p.; art. 2059 c.c.)[49], di tal ché, a differenza della attenuante della speciale tenuità del danno

danno non patrimoniale sia risarcibile — tra le tre ipotesi enucleate — quando il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato: in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di qualsiasi interesse della persona tutelato dall'ordinamento ancorché privo di rilevanza costituzionale, Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, A.L. c. S.F., in *Giur. it.*, 2009, 61.

43. In termini Cass., sez. VI, 7 dicembre 1995, Belloni, in *Cass. pen.*, 1996, 2976 ss.

44. V. *amplius* sul distinguo Fondaroli, *Illecito penale e riparazione del danno*, Milano, 1999, 58 ss., e 107 ss. per l'approfondimento dell'elaborazione del concetto di danno e di danno risarcibile; nonché Id., *Risarcimento e/o riparazione del danno e/o dell'offesa nel diritto penale: una questione di inalterata attualità*, in *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, 1015 ss.

45. Frosali, *Reato, danno e sanzioni*, Padova, 1932, 226 ss., 233, 238, 242 ss.

46. Antolisei, *L'offesa e il danno nel reato*, cit., 118 ss.

47. Durigato, *Rilievi sul reato plurioffensivo*, Padova, 1972, 77 ss.

48. V. Fondaroli, *Illecito penale*, cit., 206 s.

49. Cass., sez. VI, 8 ottobre 1993, Prini, in *Mass. Uff.*, n. 196123; Id., sez. I, 6 aprile 2005, Avitabile, *ivi*, n. 231575.

espressamente limitata ai soli delitti contro il patrimonio o che comunque offendono il patrimonio, essa è applicabile ad ogni reato che abbia di fatto cagionato un danno risarcibile, prescindendo dalla obbiettività giuridica del reato stesso[50]. Di contro, solo nella seconda delle due diverse attenuanti contemplate nel medesimo articolato dell'art. 62 n. 6 c.p. (*id est*, il c.d. ravvedimento operoso, per essersi il reo prima del giudizio . . . adoperato spontaneamente ed efficacemente per elidere o attenuare le conseguenze dannose o pericolose del reato), il danno è considerato — unitamente al pericolo di danno — nel suo significato penalistico, ossia quale lesione "del" bene giuridico specificamente tutelato dalla norma incriminatrice[51].

5. Su questo sfondo, la necessaria uni(ci)tà dell'offesa penale, agganciata al singolo reato[52], sta e rimane scissa dalla eventuale pluralità dei danni "rimborsabili". Si dovrà pertanto rimbastire anche la spiegazione della disciplina circostanziale di cui agli artt. 61 n. 7 e, in particolare, 62 n. 4 c.p., che, scrivendo il distinguo tra delitti contro il patrimonio e ("o") quelli che comunque offendano il patrimonio, è sembrata lasciar intendere proprio l'esistenza sistemica di "delitti contro" un dato bene giuridico contestualmente offensivi anche di altro interesse, altro (o altri) rispetto a quello che il legislatore abbia inteso voler privilegiare nella caratterizzazione del « *disvalore giuridico–penale del fatto* »[53]. Insomma, si avrebbe in queste righe una implicita ammissione del costrutto del reato plurioffensivo[54], che peraltro ben vestirebbe anche la figura della rapina secondo l'opinabile apprezzamento della dibattuta deci-

50. Cass., sez. V, 21 ottobre 1981, Bole, in *Cass. pen.*, 1983, 621 (nella fattispecie la circostanza attenuante è stata ritenuta operativa anche rispetto al reato di spendita di monete false). Cfr. Cass., sez. IV, 2 marzo 2011, Di Gioia, in *Mass. Uff.*, n. 249937, con riguardo a lesione personale colposa.

51. Cass., sez. VI, 11 maggio 1989, Sii, in *Cass. pen.*, 1991, 1766; Id., sez. I, 6 aprile 2005, Avitabile, cit. Sul punto v. Fondaroli, *Illecito penale*, cit., 246.

52. Significativa la risoluzione di Cass., Sez. Un., 27 novembre 2008, Chiodi, in *Mass. Uff.*, n. 241755, per cui nel reato continuato la gravità del danno va accertata con riguardo a quello cagionato da ciascuna violazione di legge, e si applica solo ai reati a cui si riferisce (cfr. Cass., sez. III, 21 ottobre 1993, Lamanna, *ivi*, n. 195943; Id., sez. VI, 12 giugno 2007, Bortolotto ed altro). Si rimpostano così i termini di un ragionamento che aveva indotto la stessa Suprema Corte a diverso avviso, col precisarsi come non si debba tener conto del danno cagionato da ogni singola violazione ma del complesso del danno cagionato dalla somma delle violazioni (Cass., sez. VI, 4 ottobre 1999, De Vecchis, cit.; Id., sez. II, 9 maggio 2000, Vignuzzi, in *Mass. Uff.*, n. 217278).

53. Bricola, *L'offesa e il danno patrimoniale nel delitto di contrabbando*, in *Riv. pen.*, 1959, I, 354; in Id., *Scritti di diritto penale*, a cura di Canestrari, Melchionda, Milano, 1997, 2829.

54. Fondaroli, *Illecito penale*, cit., 188 ss. Per i distinguo tra i vari orientamenti sul punto, v. Padovani, *Circostanze del reato*, in *Dig. Pen.*, II, Torino, 1988, 219; ed anche Santoro, *Circostanze del reato (diritto penale comune)*, in *Noviss. Dig. It.*, III, Torino, 1974, 278, per cui la categoria comprende i reati caratterizzati non solo dall'aver provocato comunque un danno patrimoniale ma anche dal fatto che tale danno sia stato provocato proprio alla persona offesa dal reato. Altri invece preferiscono un'accezione più ampia della categoria, come comprendente tutti quei reati che offendano, oltre che il bene direttamente tutelato dalla norma, anche il patrimonio del soggetto passivo, così Malinverni, *Circostanze del reato*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 82.

sione delle Sezioni Unite, secondo cui lo spazio di tutela dell'intangibilità del possesso converge con quello di protezione della sicurezza e libertà della persona.

A banco di prova si pone tra i molti il delitto di concussione, che l'impostazione maggioritaria vuole offensivo in primo luogo del buon andamento, del prestigio e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, ed in via secondaria del patrimonio e/o del diritto all'autodeterminazione del soggetto privato concusso[55]. In tal senso allora annoverabile tra i delitti che, pur non essendo contro il patrimonio, comunque lo offendono[56].

V'è tuttavia una diversa opzione esegetica da "sperimentare" su un simile testo normativo, che si connette alla regola di un solo "senso" offensivo di ogni fatto di reato. Alla stregua di tale opinione trattasi difatti di circostanze la cui operatività è connessa (tra l'altro) al cagionarsi alla persona offesa dal reato — reato che comunque offenda il patrimonio — di un danno patrimoniale di rilevante gravità, o, rispettivamente, di speciale tenuità, sicché il danno qui inteso rilevante è solo quello cagionato al soggetto passivo, vale a dire l'offesa penale e non il danno civile. Ciò convince a ricondurre l'espressione che caratterizza i fatti di reato come « *comunque offensivi del patrimonio* » entro una precisa area semantica, che lascia "comunque" protagonista il solo valore "patrimonio". È questo profilo, "costitutivo" e tranciante, che li accorpa a quelli "contro il patrimonio" — tra gli altri, il furto[57] o piuttosto l'usurpazione, la deviazione/modificazione *ex* art. 632 o l'occupazione *ex* art. 633, co. 1, il danneggiamento di cui al primo co. dell'art. 635 o il delitto *ex* art. 636 c.p. — sebbene al pregiudizio del bene giuridico qui si giunga attraverso modalità comportamentali che non si limitano a toccare la "cosa" o l'insieme di "cose" di patrimoniale rilievo, ma, emblematicamente, coinvolgono la fisicità e/o la personalità dell'individuo. Nondimeno, la particolare postura del singolo tipo normativo assorbe simili profili personali, senza immettere la fattispecie del caso nel cono dei crimini contro la persona[58].

55. V. Pioletti, *Concussione*, in *Dig. Pen.*, III, Torino, 1989, 3; Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, I, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2008, 131 ss.

56. Così Fondaroli, *Illecito penale*, cit., 243.

57. V. Trib. Padova, 11 marzo 2011, F.Z., in *La Legge Plus Ipsoa*.

58. Cfr. l'analogo ragionare, ma sulla scorta di divergenti presupposti, di App. Milano, 26 luglio 2010, L.M. ed altri, in *La Legge Plus Ipsoa*, secondo la cui motivazione: « *La circostanza attenuante di cui all'art. 62 n. 4 c.p., sebbene riferibile al reato di rapina, non lo è per il reato di violenza privata previsto dall'art. 610 c.p. In tal senso, infatti, la predetta circostanza attenuante trova applicazione solo per quei delitti che offendono il patrimonio, ovvero per i delitti plurioffensivi che, stante l'astratta previsione della legge, oltre ad offendere, in via primaria, un determinato bene o interesse di natura non patrimoniale, producono, in via secondaria, come evento tipico, ossia come risultato costante della condotta incriminata, un pregiudizio al patrimonio, pur non essendo questo il bene specificamente protetto. Non è quindi applicabile la circostanza suddetta alla violenza privata che solo occasionalmente può produrre effetti economici dannosi, non essendo*

Possono allora sovvenire quali esempi in questo campo — che è e rimane ben distinto dall'eterogeneo settore dei « *delitti determinati da motivi di lucro* » (interpellato "a parte" nel dettato delle richiamate ipotesi circostanziali) — le figure già citate di rapina ed estorsione, nonché la fattispecie *ex* art. 648 c.p., nel cui seno l'aggressione al valore economico del bene oggetto dell'ipotesi delittuosa è veicolata da modalità comportamentali che intaccano negativamente l'attività di accertamento giudiziale dei reati (per dirla con le parole del codice, l'amministrazione della giustizia)[59]. Ne rimane invece fuori la categoria dei delitti di falso, non annoverandosi in questo contesto il danno patrimoniale come elemento tipico e costante dell'ipotesi criminosa, piuttosto trattandosi di reati che solo eventualmente possono determinare conseguenze economiche deleterie[60]; al pari non coinvolti in questa sotto–sistematica sono i reati in materia di sostanze stupefacenti, risultando gli stessi lesivi di valori costituzionali attinenti alla salute pubblica, alla sicurezza ed all'ordine pubblico, alla salvaguardia del sociale[61]; né vi si comprendono i delitti contro la vita e l'incolumità individuale[62].

Sullo sfondo della (generale) monoffensività del reato — principio da cui sono scaturite queste riflessioni — si estraggono così, ancora una volta, una regola ed una eccezione capaci di definire e mantenere un equilibrio interno al sistema penale.

La regola generale attenuante *ex* art. 62 n. 4 c.p. s'è detta difatti connessa alla struttura offensiva dell'illecito penale, connessa cioè ai delitti contro il patrimonio o che "comunque" il patrimonio offendano. L'eccezione a questa regola è posta direttamente da talune speciali previsioni circostanziali, legate a peculiari fattispecie incriminatrici: la "specialità" si rende infatti necessaria ogni qual volta ci si trovi fuori del perimetro applicativo disegnato dall'anzidetta regola, quindi fuori della tutela penale del patrimonio. Il pensiero corre allora all'art. 311 c.p., che rispetto ai delitti contro la personalità dello Stato sancisce la diminuzione delle pene comminate quando (tra l'altro) per la particolare tenuità del danno o del pericolo il fatto risulti di lieve entità; e all'art. 323–*bis* c.p., che consente di attenuare la misura sanzionatoria a fronte della particolare tenuità del danno cagionato dai delitti contro (buon andamento ed imparzialità del)la pubblica amministrazione tipizzati coi fatti previsti dagli artt. 314, 316, 316–*bis*, 316–*ter*, 317, 318, 319, 319–*quater*, 320, 322,

l'offesa al patrimonio prevista tra i suoi elementi costitutivi ».

59. App. Trieste, 14 settembre 2010, C.P. e altri, in *La Legge Plus Ipsoa*.

60. App. Campobasso, 26 febbraio 2009, G.L., in *La Legge Plus Ipsoa*.

61. Cass., sez. VI, 30 marzo 1999, Chanovi, in *Cass. pen.*, 2000, 3002. V. anche Id., sez. VI, 18 gennaio 2011, Bagoura, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 947.

62. Cass., sez. IV, 19 febbraio 1990, Broccolo, in *Riv. pen.*, 1991, 79, in fattispecie di omicidio colposo.

322–*bis* e 323[63], indubitabilmente lontani da una collocazione — per fatto e disvalore — "necessariamente patrimoniale".

63. V. Cass., sez. VI, 9 giugno 2011, Freddi, in *Mass. Uff.*, n. 250837, secondo cui l'attenuante di cui all'art. 62 n. 4 deve intendersi assorbita nella ipotesi specifica contemplata dall'art. 323–*bis* c.p.

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/978885485819026
pag. 719–731

Reati tributari e processo equo

Sui confini delle garanzie autodifensive

Accertamenti fiscali, richiesta di documenti, rischio di autoincriminazione

Antonio Faberi

La decisione

Sanzioni fiscali — Richieste di documenti — Rifiuto — Diritto a non autoincriminarsi — Pena pecuniaria — Legittimità — Esclusione (CEDU, art. 6).

È illegittima l'imposizione d'una sanzione a carico del contribuente che, volendosi avvalere del proprio diritto al silenzio, si sottragga dal produrre i documenti, richiesti di fronte all'autorità fiscale durante una procedura d'accertamento, che potrebbero portare alla propria incriminazione.

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, Quinta Sezione, 5 aprile 2012 (c.c. 6 marzo 2012) — Spielmann, *Presidente* — Chambaz c. Svizzera.

La motivazione della decisione annotata è consultabile sul sito *web archiviopenale.it*.

Il commento

1. Di fronte a richieste o domande che possano portare ad un'autoincriminazione, il diritto dell'accusato al silenzio travalica i confini dei procedimenti penali *stricto sensu,* affacciandosi come garanzia ineludibile anche nei confronti dell'autorità amministrativa. Questo *arrêt de chambre*[1] segna l'ennesimo importante tassello dell'evoluzione giurisprudenziale seguita dalla corte in tema di inchieste amministrative e sanzioni tributarie[2]; pur riaffermando l'esclusione — per quel che concerne la determinazione dei diritti e dei doveri di carattere civile — dell'applicazione dell'art. 6 CEDU

1. Divenuto definitivo il 5 luglio 2012, spirati i termini per l'impugnazione di fronte alla *Grande Chambre* ai sensi degli artt. 43 e 44 CEDU.

2. In particolare v. Corte EDU, Grande Camera, 12 luglio 2001, Ferrazzini c. Italia; Id., 29 agosto 1997, A.P., M.P. e T.P. c. Svizzera; Id., 3 maggio 2001, J.B. c. Svizzera.

alla materia tributaria[3], il giudice di Strasburgo ha ritenuto che un procedimento amministrativo, come quello di fronte all'autorità fiscale, debba in ogni caso rispettare i principi generali posti a tutela dell'accusato, qualora questo procedimento sia legato alla possibilità per la persona interessata di essere esposta ad un'indagine penale.

Secondo la corte, il principio *nemo tenetur se detegere* costituisce una norma di diritto internazionale generalmente riconosciuta, rientrante, per giurisprudenza consolidata[4], nell'ambito operativo dell'art. 6 CEDU.

Il fisco non può punire con una sanzione amministrativa il contribuente che si sottragga dal fornire, nell'ambito di un controllo tributario, documenti che costituirebbero prova dell'evasione fiscale. Il tema centrale del *decisum* si fonda sull'effettiva dimostrazione del legame tra il procedimento in cui sono state inflitte le sanzioni contestate e il successivo procedimento per evasione fiscale. Il fatto che i due procedimenti viaggino apparentemente su "binari paralleli" non è sufficiente ad evidenziare l'irrilevanza delle informazioni acquisite durante il procedimento di fronte al fisco, poiché, nel caso di specie, vi era stata in effetti una "circolazione probatoria" tra i soggetti preposti all'accertamento tributario e gli incaricati dell'indagine penale; con la conseguenza di configurare una situazione idonea a far considerare i due procedimenti non indipendenti. Date queste premesse, la corte ha ricordato che, al fine di garantire il carattere concreto ed effettivo dei diritti tutelati dalla Convenzione, la valutazione circa l'equità del processo debba essere conclusa attraverso un esame della complessiva procedura interna[5], nella quale ricade dunque anche il procedimento amministrativo in funzione prodromica, ove vengano alla luce prove a sostegno della formulazione dell'accusa, nell'ipotesi in cui siano stati compromessi i diritti fondamentali dell'indagato o imputato. L'inflizione d'una sanzione in capo al contribuente che si rifiuti di collaborare è stata considerata, in questa ricostruzione, come uno strumento a carattere inquisitorio, con lo scopo evidente di procurare un'inversione dell'onere della prova a sfavore dell'accusato, in modo del tutto incompatibile con il sistema di garanzie previsto dalla carta.

2. Ripercorrere l'*iter* argomentativo delle animate *dissenting opinion* dei giu-

3. In senso contrario v. la *dissenting opinion* del giudice Lorenzen nella sentenza Ferrazzini c. Italia, (cit.), nonché l'opinione conforme espressa dal giudice Sperduti nel Rapporto della Comm. eur. dir. uomo, 20 febbraio 1992, Salesi c. Italia, in *www.echr.coe.int*.

4. Corte EDU, 25 febbraio 1993, Funke c. Francia; Id., 8 febbraio 1996, John Murray c. Regno Unito; Id., 17 dicembre 1996, Saunders c. Regno Unito; Id., 20 ottobre 1997, Serves c. Francia; Id., 3 maggio 2001, J.B. c. Svizzera, cit.

5. Corte EDU, 9 ottobre 1979, Airey c. Irlanda; Id., 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi; Id., 21 giugno 2005, Sträg Datatjänster AB c. Svezia; Id., Grande Camera, 23 novembre 2006, Jussila c. Finlandia.

dici *Zupančič* e *Power–Forde*[6] apre scenari interessanti nel campo del diritto penale tributario, in particolare sui limiti del c.d. fenomeno della "circolazione probatoria". Secondo il primo, la *ratio* dell'istituto che tutela l'imputato contro l'autoincriminazione consiste, storicamente, nella garanzia fondamentale contro la costrizione fisica o psichica — leggasi tortura — utilizzata ai fini di estorcere una confessione o comunque una prova a carico. Non sarebbe quindi un astratto diritto al silenzio — poiché ciascuno è sempre suscettibile di essere fonte di prove contro di sé, purché ciò non avvenga attraverso la violenza[7] — ma uno strumento posto a garanzia della persona accusata, per difendersi contro l'uso del *malleus*.

In secondo luogo, il procedimento per l'accertamento dell'imposta non consisterebbe in altro che uno scambio di informazioni tra contribuente e amministrazione ai fini della determinazione di obbligazioni di carattere civile, senza alcuna conseguenza sul piano dell'eventuale autoincriminazione, che opererebbe dunque nella sola sede penale, e solo a seguito della *notitia criminis* sorta in sede di accertamento tributario[8]. Posto ciò, la posizione del contribuente rispetto ai poteri dell'amministrazione sarebbe ulteriormente affievolita, nell'ottica del giudice *Zupančič*, poiché il procedimento punitivo amministrativo non interesserebbe la libertà personale, bensì i beni ed il patrimonio della persona, soggetta a sanzione pecuniaria. Quest'ultima affermazione, tuttavia, risulta a ben vedere non giustamente meditata. L'elaborazione giurisprudenziale della corte[9] ha individuato negli

6. I quali esprimono il timore che l'apertura del principio di non autoincriminazione e delle garanzie tipiche del processo penale in genere alle questioni tributarie possa trasformarsi in un "vaso di Pandora", che aprirebbe di fatto la strada ad una miriade di eccezioni processuali, volte evidentemente a impedire l'accertamento dei tributi.

7. Già nel pensiero di Cesare Beccaria, nonostante il suo rifiuto della tortura, si riscontra una forte contraddizione quando da un lato « *si reputa contro la natura stessa che un reo si accusi immediatamente da sé* », mentre, dall'altro, si sostiene che « *colui che nell'esame si ostinasse di non rispondere alle interrogazioni fattegli, merita una pena fissata dalle leggi, e pena delle più gravi che siano da quelle intimate, perché gli uomini non deludano così la necessità dell'esempio che devono al pubblico* », in *Dei delitti e delle pene*, 1764, ristampa, Firenze, 1950, 210, 215.

8. La dottrina e la giurisprudenza italiana si sono ampiamente pronunciate sull'estensione dell'operatività dell'art. 63 c.p.p. alle indagini amministrative: v. Laronga, *La prova documentale nel processo penale*, Torino, 2004, 269; Zacchè, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro l'autoincriminazione e diritto al silenzio*, in *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, a cura di Balsamo, Kostoris, Torino, 2008, 179 ss.; Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2001, Raineri, in *Cass. pen.*, 2002, 1304 ss. È da escludere un'applicazione analogica dell'istituto in tema di documenti, poiché, pur potendo astrattamente operare in campo di attività ispettive amministrative in base al dettato dell'art. 220 disp. att. c.p.p., la disposizione dell'art. 63 c.p.p., si riferisce espressamente alle sole dichiarazioni.

9. Secondo i principi affermati dalla sentenza Corte EDU, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Olanda, cit., il carattere penale di una sanzione in ambito CEDU, può essere rinvenuto facendo riferimento a tre criteri, chiamati pacificamente criteri *Engel*: carattere afflittivo, finalità di deterrenza e applicabilità alla generalità dei cittadini delle sanzioni previste. È evidente che di fronte a sanzioni di natura detentiva non ci sia spazio per il dubbio circa la natura penale di esse. Con riguardo alle sanzioni patrimoniali, la penalità diventa palese in funzione della significatività e della rilevanza economica

anni vari criteri per la determinazione del carattere "penale" ai fini della tutela offerta dall'art. 6 CEDU: tra di essi, primeggia la natura della sanzione. In tale ottica, la sanzione penale per eccellenza è quella detentiva, quella che incide maggiormente sulla libertà personale, ma che, tuttavia, non è l'unica a determinare l'applicazione dell'art. 6 « *dans son volét penal* »[10]. Esso infatti trova spazio, oltre ai casi in cui la natura penale della controversia risulti dall'espressa volontà della legge dello Stato parte in causa (si pensi alla naturale collocazione nel codice penale delle multe e delle ammende, che sono a tutti gli effetti pene)[11], anche laddove la corte di Strasburgo ravvisi una penalità[12] della sanzione, che si giustifichi nell'interesse di punire in maniera generalizzata i trasgressori e con un effetto di deterrenza, indipendentemente dalla formale collocazione di questa misura tra le leggi penali. Questo principio si evince attraverso una copiosa giurisprudenza di procedimenti concernenti sanzioni amministrative, pecuniarie, frutto di "depenalizzazione"[13], in tema di sanzioni tributarie[14], o di confisca amministrativa obbligatoria[15].

Alla luce di ciò, il fatto che le conseguenze sanzionatorie subite dal contribuente siano, in ipotesi, meramente patrimoniali[16] non esclude la rilevanza

delle sanzioni stesse, che non potranno di conseguenza sottrarsi alle garanzie penali minime poste dall'art. 6 CEDU.

10. La nozione europea di "accusa penale" ha portata autonoma, indipendente dalle categorie utilizzante negli ordinamenti degli Stati aderenti alla Convenzione; per una chiara esposizione del concetto di accusa penale ai sensi dell'art. 6 CEDU, tra gli altri, v. Randazzo, *I principi del diritto e del processo penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *www.cortecostituzionale.it*.

11. Sul tema dell'efficacia delle sanzioni patrimoniali: Maugeri, *Relazione introduttiva*, in *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, a cura di Maugeri, Milano, 2008, 1; sul tema del c.d. diritto punitivo amministrativo e il suo rapporto con le contravvenzioni di polizia v. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, 2009, p. 951; Paliero, voce *Depenalizzazione*, in *Dig. Pen.*, III, Torino, 1989, 425 ss.

12. La Corte EDU usa il termine *penalty* indifferentemente tanto per indicare sanzioni afferenti al diritto amministrativo, quanto contravvenzioni e multe, quindi pene pecuniarie, misure di sicurezza e misure di prevenzione; sul punto v. Maiello, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione, tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

13. V. Corte EDU, 25 agosto 1987, Lutz. c. Germania; Id., 21 febbraio 1984, Ozturk c. Germania.

14. V. Corte EDU, 29 agosto 1997, A.P., M.P. e T.P. c. Svizzera, cit.; Id., 3 maggio 2001, J.B. c. Svizzera; Id., 23 novembre 2006, Jussila c. Finlandia, cit.; Id., 25 febbraio 1993, Funke c. Francia, cit.

15. V. Corte EDU, 20 gennaio 2009, Sud Fondi e altri c. Italia, nonché Id., Grande Camera, 10 maggio 2012, Sud Fondi e altri c. Italia, e Id., 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito. Nel caso Welch la corte ha apprezzato la sostanziale irrilevanza, ai fini dell'art 6 CEDU, della distinzione tra misure di prevenzione reali e confische propriamente punitive. In riferimento al caso Sud Fondi, la Corte ha affermato che la confisca di un immobile oggetto di lottizzazione abusiva, anche se qualificata come misura di sicurezza amministrativa obbligatoria dall'ordinamento italiano, ha natura di pena ai sensi della CEDU e può essere disposta solo in presenza di una responsabilità in capo all'imputato, riconosciuta attraverso una sentenza di condanna definitiva.

16. In base alla legge svizzera, (art. 175 Legge Federale 14 dicembre 1990, recante il titolo « *Legge federale sull'imposta federale diretta* ») il procedimento per evasione fiscale ha natura amministrativa, al cui termine consegue, in caso di accertamento della violazione, un'ingente ammenda, *rectius* sanzione amministrativa, normalmente commisurata all'entità dell'evasione oltre, ovviamente, al

dell'art. 6 CEDU poiché, come si è detto, l'interpretazione armonizzatrice posta in essere dalla corte ha, sotto vari profili, esteso l'operatività di tale principio nelle materie originariamente sottratte al suo sindacato.

3. Sul piano teorico, l'espressione *nemo tenetur se detegere* è dalla dottrina considerata polisensa[17]. Tale distinzione non è oggetto di esplicito richiamo nella sentenza in commento, pur senz'altro rientrando nel patrimonio culturale della curia[18]; ciò poiché la Corte di Strasburgo, quale giudice del caso concreto, si attiene a categorie concettuali ampie, operando con quell'elasticità indispensabile alla tutela del diritto fondamentale che si assume violato, in contesti giuridici a volte profondamente diversi. La migliore dottrina, mutuando le categorie proprie degli ordinamenti di *common law*, distingue nettamente le facoltà dell'accusato in *privilege against the self–incrimination, right to be silent, right non to be questioned* [19]. Pur nella difficoltà di trasporre categorie concettuali proprie di ordinamenti estranei al nostro, è possibile ricollegare tali facoltà a principi espressi nel nostro codice secondo una scansione diacronica[20], per il vero non sempre omogenea, che distingue le garanzie difensive, a seconda della fase in cui si verifichi il contatto tra l'autorità e la persona che si avvalga del *nemo tenetur se detegere*[21].

Il *privilege against self–incrimination* opera a garanzia del fatto che la persona che si trovi di fronte all'autorità giudiziaria o di polizia, priva di una formale accusa, (testimone, persona informata sui fatti, persona sottoposta ad ispezione o ad una inchiesta amministrativa) possa essere costretto a fornire un contributo conoscitivo che porti alla propria incriminazione: in questo senso il richiamo è all'art. 63 c.p.p.; nonché all'art. 198, co. 2 c.p.p.

recupero dell'imposta evasa; all'esito di tale inchiesta, che può da sola essere sufficiente ad infliggere la sanzione pecuniaria, è previsto, in caso si ravvisi un delitto fiscale — frode fiscale o appropriazione indebita d'imposte alla fonte — che l'amministrazione effettui la trasmissione all'autorità competente, onde proseguire l'indagine che può portare a conseguenze anche detentive, quindi indiscutibilmente penali.

17. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, in *Trattato di procedura penale*, Ubertis, Voena, Milano, 2004, VIII, 42 ss.; Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, 114 ss.; Grevi, Nemo tenetur se detegere*, Interrogatorio dell'imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano*, Milano, 1972, 3 ss.; Amodio, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione? A proposito dell'interrogatorio dell'imputato in un libro recente*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 412 ss.

18. In particolare in Corte EDU, 8 febbraio 1996, John Murray c. Regno Unito, § 45, nella versione linguistica inglese si distinguono il « *right to remain silent under police questioning* » e il « *privilege against self–incrimination* », quali diritti fondamentali tutelati dalla convenzione per consuetudine internazionale.

19. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento,* cit., 48; Zacchè, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio*, cit., 180; Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., 42 ss.; Grevi, Nemo tenetur se detegere, cit., 3 ss. Amodio, *Diritto al silenzio o dovere di collaborazione?*, cit., 412 ss.

20. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 48.

21. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., 116, Mazza, *ibidem*.

e all'art. 220 disp. att. c.p.p. Improprio, secondo questo schema, l'inserimento in tale categoria della facoltà prevista dall'art. 197–*bis*, co. 4, relativa all'imputato che deponga su fatti concernenti la responsabilità altrui[22].

Il *right to be silent* comporta che l'indagato o l'imputato sottoposto ad interrogatorio abbia il diritto di non rispondere alle domande che gli vengano poste, senza che il silenzio costituisca di per sé fondamento di prova *contra reum* (art. 64, co. 3, lett. *b*) c.p.p.; art. 210, co. 4 c.p.p.)[23].

Infine il *right not to be questioned* consente all'imputato di sottrarsi completamente al dialogo con l'autorità giudiziaria e con la pubblica accusa, liberandolo dall'obbligo di presentarsi a deporre su fatti che riguardino la propria responsabilità (art. 208 c.p.p.).

Il rilievo distintivo, non marginale, conduce alla conclusione che la prima categoria, che più si attaglia al caso in esame nel presente commento, necessariamente porta ad una regressione "al di fuori" del processo penale del diritto di non auto–incriminarsi, ampliando lo schermo previsto dall'art. 220 disp. att. c.p.p, da interpretarsi in combinato disposto con l'art. 63 c.p.p e la CEDU[24] Ciò affinché il principio che si vuole tutelare garantisca una facoltà, riconosciuta dal diritto internazionale, ancor prima che sorga il (non sempre immediato) dato formale del momento in cui viene a formarsi la sanzione dell'inutilizzabilità. Al di fuori di questo schema, si rischierebbe altrimenti di aggirare ingiustamente una prerogativa importante di auto–difesa, facendo leva sul più sfavorevole regime probatorio imposto al contribuente in materia tributaria[25].

4. D'altra parte (questo è l'aspetto più importante della decisione in commento), l'estensione del privilegio contro l'auto–incriminazione al procedimento tributario non desterebbe perplessità se ciò avesse ad oggetto solo le dichiarazioni rese dal contribuente. La corte, invece, ha ritenuto che

22. Così secondo Mazza, op. cit., 52, per il quale « *appare concettualmente impreciso parlare di garanzia contro l'autoincriminazione* » per « *dichiarazioni riguardanti fatti per i quali il dichiarante è stato processato o è sotto processo* ». In senso opposto, Daniele, *La testimonianza "assistita" e l'esame degli imputati in procedimenti connessi,* in *Il giusto processo tra contraddittorio e diritto al silenzio*, Kostoris, Torino, 2002, 205.

23. Pur non potendosi attribuire al silenzio alcun valore confessorio, il principio, secondo un orientamento corrente, non esclude tuttavia che tale contegno processuale possa essere valutato dal giudice come riscontro di un quadro probatorio indiziante che tragga il suo fondamento *aliunde*. Sul punto cfr. ampiamente Conti, Tonini, *Il diritto delle prove penali*, Milano, 2012, 238 ss.

24. Marafioti *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., 413.

25. Sulle problematiche relative alle acquisizioni documentali come possibile "aggiramento" delle facoltà in esame v. Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., 399, Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 56, 382 ss., Zacchè, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro l'autoincriminazione e diritto al silenzio*, cit., 186 ss. Ancora in tema di ispezioni amministrative e garanzie difensive penali v., Di Geronimo, *Il contributo dell'imputato all'accertamento del fatto*, Milano, 2009, 173 ss., Bontempelli, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2009, 284.

il principio debba applicarsi anche alle richieste di documenti, che sono elementi non appartenenti alla sfera della psiche o del corpo, cioè "esterni" alla persona e "neutri" rispetto alla volontà, il cui obbligo di esibizione non comporta una possibile lesione della dignità personale, nel senso di una costrizione morale o fisica, quanto piuttosto un'inversione dell'onere della prova.

Ciò non vuol certo escludere che i documenti siano coperti da diritti convenzionalmente e costituzionalmente garantiti che possano risultare lesi nel corso di un processo. Difatti, nel momento in cui venisse violata la riservatezza della corrispondenza privata, del segreto professionale o bancario[26], una tale lesione si potrebbe giustificare solo in presenza delle garanzie di legge, dietro provvedimento motivato dell'autorità giudiziaria, in ossequio all'art. 15 cost.; ciò perché tali diritti corrispondono in ogni caso ad estrinsecazioni del pensiero e dell'identità della persona[27], come tali, degne di tutela anche sotto il profilo dei diritti umani[28].

La nozione di documento, inoltre, può indicare varie fonti di conoscenza ed è suscettibile, quindi, di portare numerosi significati[29]. Ciò che risulta un dato comune, almeno dal punto di vista della materialità del documento in sé, al di là del diverso regime di prova legale, è il fatto che il documento è in ogni caso una fonte di conoscenza già precostituita ed esistente a prescindere dal momento della sua esibizione o produzione di fronte all'autorità amministrativa o giudiziaria, e consiste nella narrazione di un fatto in uno

26. Il segreto bancario, già recessivo rispetto ai poteri d'indagine della polizia giudiziaria in sede di perquisizione e sequestro *ex* art. 248 e 255 c.p.p., cede definitivamente il passo di fronte agli strumenti informatici di cui dispone dal 1 gennaio 2012 l'Agenzia delle Entrate, introdotti nel sistema Ser.p.i.co. Il controllo dei conti bancari, sospeso in attesa di garantire la sicurezza e la capienza del sistema ai flussi di dati, in ossequio alle prescrizioni imposte dal Garante della Privacy, è ormai in corso di attuazione. Con tale sistema a regime, la mancanza di una disciplina che regoli in maniera adeguata la circolazione probatoria documentale da un procedimento di tipo "amministrativo" di controllo ad uno di tipo giurisdizionale, minerebbe fortemente le garanzie di legalità nell'accesso alle informazioni delle banche dati dei contribuenti.

27. Per un approfondimento sul rapporto tra *privacy*, diritti umani e controllo dell'informazione riguardante la persona v. Rodotà, Tallacchini, *Trattato di biodiritto*, Milano, 2010, 305 ss.; Alpa, Markesinis, *Il diritto alla privacy nell'esperienza di common law e nell'esperienza italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 417. Sul tema dei diritti della personalità: Rescigno, voce *Personalità (diritti della)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXIII, Roma, 1991, 2 ss.; Zeno, Zencovich, voce *Personalità (diritti della)*, in *Dig. Priv.*, XIII, Torino, 1995, 430 ss.; Alpa, Resta, *Le persone fisiche e i diritti della personalità,* in *Trattato di diritto civile*, a cura di Sacco, Torino, 2006, 206 ss.

28. Con riguardo alla censura della corrispondenza in regime carcerario quale violazione del diritto alla vita privata (art. 8 CEDU) v. Corte EDU, I febbraio 2011, Lesiak c. Polonia, nonché Id., 21 febbraio 1975, Golder c. Regno Unito; sul diritto al rispetto della corrispondenza privata di un detenuto in regime di applicazione dell'art. 41–*bis* ord. pen., v. Corte EDU, 19 gennaio 2010, Montani c. Italia.

29. Il senso risulta molto ampio a seconda che si faccia riferimento, per esempio, all'art. 234 c.p.p. o agli artt. 32 e 33 d.P.R., 29 settembre 1973, n. 600, che rimandano anche all'art. 52 del d.P.R., 26 ottobre 1972, n. 633 o agli art. 2700 e ss. del codice civile.

scritto o la sua rappresentazione con altro mezzo idoneo[30].

Dato questo inquadramento, una notevole aporia della decisione è nel non approfondire — come è autorevolmente sostenuto dal giudice *Power–Forde* nella seconda *dissenting opinion* — la portata del principio di non autoincriminazione rispetto alla natura delle fonti di prova che sono coperte da questa garanzia. La corte ha avuto l'occasione di affrontare il problema con un orientamento ondivago, con conseguenze divergenti sul fronte del riconoscimento del privilegio di non auto incriminarsi. Stabilire che il rifiuto di consegnare il documento oggetto del caso *Chambaz* non sia assimilabile al rifiuto del prelievo coattivo di una goccia di sangue o un campione di DNA[31] dal corpo della persona sospettata di aver compiuto un reato, apre una problematica notevole sul confine del diritto a non autoincriminarsi.

Si pensi poi al rifiuto di eseguire un ordine degli agenti della dogana come nel caso *Funke*, al rifiuto di esibire il documento d'identità all'autorità di pubblica sicurezza opposto dal clandestino che si trovi nel territorio italiano[32], o infine al rifiuto di esibire documenti contabili obbligatori in sede di verifica tributaria[33].

Con lo sguardo rivolto al nostro ordinamento, il reato previsto dall'art. 10 d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74, in particolare, è riconosciuto quale fattispecie di pericolo, ponendosi quale "reato ostacolo", sostanzialmente in continuità

30. La definizione che si è proposta, prendendo le mosse dalla ben nota lezione del Carnelutti, tralascia volutamente il tema dell'attualità di essa rispetto ai nuovi mezzi di comunicazione informatici. In ogni caso, nonostante si possa affermare che i dati informatici esistano a prescindere dal loro supporto, attraverso l'*e–cloud*, o altri flussi di *bit* via internet, non è irragionevole mantenere una visione "materialista" del documento ai fini della prova, poiché la conoscenza di questo, nel processo o nel procedimento, avviene sempre attraverso l'acquisizione di un supporto che ne garantisca la rappresentazione.

31. Anche il DNA costituisce un'informazione che si presenta "neutra" rispetto alla volontà della persona, in specie quando il campione di tessuto biologico costituisce una traccia "staccata" dal corpo v. Saunders c. Regno Unito, cit. Pertanto è legittima l'analisi effettuata su di un campione di urine o di pelle, purché sia rispettata la dignità della persona eliminando trattamenti umilianti o pericolosi per la salute. La Corte Costituzionale ha avuto l'occasione di esprimersi — prima dell'introduzione nel 2009 della banca dati del DNA, disciplinata in attuazione del Trattato di Prum — sulle garanzie poste a tutela della dignità umana, nel senso di un divieto di trattamenti degradanti e sui limiti del consenso al prelievo, nel rispetto del diritto alla salute e della segretezza delle informazioni genetiche al di fuori degli usi investigativi v. Corte cost., n. 238 del 1996; nonché Corte EDU, 4 dicembre 2008, L.S. e Marpel c. Regno Unito. Per l'inquadramento della disciplina v. Leo, *Il prelievo coattivo di materiale biologico nel processo penale e l'istituzione della Banca dati nazionale del DNA*, in *Riv. it. medicina legale*, 2011, 931 ss.

32. Cfr. Cass., sez. I, 23 settembre 2009, C.V., in *Quest. giust.*, 2010, 173 ss. con nota di Gambardella. Tali fattispecie sono presidiate, nel nostro ordinamento, da una sanzione penale in senso stretto. Per un commento in materia d'immigrazione v. recentemente Di Peppe, *Il reato dello straniero che non ottempera all'ordine di esibizione dei suoi documenti identificativi*, in *Cass. pen.*, 2011, 341.

33. Per un approfondimento delle singole fattispecie v. Mancini, Pisani, *Diritto Penale Tributario*, Forlì, 2012, 227 ss.; Di Paola, *Reati Tributari: Documenti e pagamenti d'imposte*, Milano, 2011, 53 ss.; Perini, *I reati esterni alla dichiarazione: I reati di pericolo e la tutela penale del gettito*, in *Disciplina penale dell'economia*, a cura di Santoriello, Torino, II, 2008, 151 ss;

con la disciplina precedente alla riforma in materia penal–tributaria del 2000[34], che prevedeva un avanzamento della soglia di repressione penale fino a ricomprendere fattispecie prodromiche dell'evasione e d'impedimento all'accertamento fiscale, indipendenti pertanto dall'accertamento in concreto di un fatto di evasione. La migliore dottrina ha escluso la configurabilità oggettiva della fattispecie in caso di mero rifiuto[35], in contrasto a recente giurisprudenza di legittimità[36]. A tutto voler concedere, in ogni caso, la dichiarazione del contribuente/indagato di avvalersi del privilegio contro l'autoincriminazione in sede di richiesta di documenti contabili dovrebbe costituire una causa di non punibilità, consistendo nell'esercizio di un diritto; ove questo non fosse riconosciuto dall'ordinamento, tuttavia, una tale volontà, incidendo sull'elemento psicologico del reato, impedirebbe il sorgere della responsabilità penale per il mero rifiuto, trattandosi di fattispecie propriamente dolosa.

Mutatis mutandis, le stesse considerazioni vanno svolte per un vaglio di compatibilità con la CEDU dell'art. 11, co. 2, d.lgs. n. 74 del 2000, che punisce l'ipotesi di sottrazione fraudolenta di documentazione nell'ambito di procedure di transazione fiscale; del recentemente introdotto art. 11 d.lgs. 6 dicembre 2011, n. 201 (c.d. decreto "Salva Italia"), che prevede fattispecie legate alla trasmissione mendace, incompleta o semplicemente non veritiera di documenti necessari al completamento delle procedure d'accertamento; nonché le varie ipotesi speciali di sanzione amministrativa, come quella prevista specificamente dall'art. 9 d.lgs. 18 dicembre, 1997, n. 471 per il rifiuto di esibire documenti contabili, proprio come nel caso *Chambaz*. È chiaro che sia nell'ipotesi di evasione che di elusione, il confine tra il rifiuto e l'occultamento diviene molto labile laddove la condotta consista nella mera scelta di esibire determinati documenti e non altri, ponendo caso: la scelta di rifiutare l'esibizione della c.d. "contabilità nera" o altra documentazione, magari custodite presso terzi che resterebbero ignoti, indispensabile a ricostruire casi di evasione o abuso del diritto; scambi di corrispondenza; movimenti bancari di società *off–shore*; documenti necessari alla prova dei costi inseriti in detrazione o deduzione; altra documentazione idonea a ricostruire gli assetti patrimoniali reali di una holding o di altri enti o strutture societarie e professionali. Allargando l'orizzonte fuori della tutela delle pretese erariali, non dissimili problemi di compatibilità potrebbero essere rinvenuti, poi, con riferimento all'art. 216, co. 1 n. 2) R. D. 16 marzo 1942, n. 267 (bancarotta fraudolenta) e alla fattispecie generale prevista all'art. 490 c.p. (soppressione,

34. Perini, *I reati esterni alla dichiarazione: I reati di pericolo e la tutela penale del gettito*, ivi, 151.

35. Perini, *I reati esterni alla dichiarazione: I reati di pericolo e la tutela penale del gettito*, ivi, 156; Musco, Ardito, *Diritto Penale Tributario*, Bologna, 2010, 240.

36. Cfr. Cass., sez. III, 7 ottobre 2010, D.V.V., in *Mass. Uff.,* 248571.

distruzione e occultamento di atti veri). Il panorama dei dubbi, infine, non potrebbe che ampliarsi volendo attribuire la facoltà di opporre il privilegio contro l'autoincriminazione agli enti soggetti alla responsabilità introdotta dal d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231[37].

Pertanto, al fine di rischiarare la prospettiva dai nembi dell'incertezza, sarà indispensabile compito del legislatore e in via subordinata del giudice, ri–tracciare il limite di configurabilità delle singole fattispecie nei casi esposti, in conformità alla CEDU.

5. Posto ciò, non è peregrina una verifica sull'utilizzabilità della prova documentale in sede penale, laddove il documento sia pervenuto nelle mani dell'autorità giudiziaria in spregio del diritto qui affermato dalla CEDU.

In effetti, la lettura "costituzionalizzata" dell'art. 237 c.p.p., alla luce dei novellati artt. 111 e 117 cost., impone un limite all'acquisizione d'ufficio del documento proveniente dall'imputato, in sede di giudizio.

L'ammissione d'ufficio di una prova formatasi al di fuori del processo, anche quando non si tratti di prova costituenda, non può prescindere dalla verifica, in contraddittorio, delle condizioni di legittimità della prova stessa, e a maggior ragione se tale prova provenisse da altri processi e procedimenti civili, penali o amministrativi[38]. Pertanto, in assenza di una disciplina simile a quanto disposto in tema di verbali di atti di altri procedimenti dall'art. 238 c.p.p., per adeguarsi al dettato costituzionale, anche la circolazione di documenti ai sensi dell'art. 237 deve trovare un limite di utilizzabilità da rinvenire nel rispetto dei diritti fondamentali richiamati dalla carta costituzionale[39], tra cui è ricompresso il privilegio contro l'autoincriminazione.

Tuttavia, l'interesse che permane sotteso al privilegio contro l'autoincriminazione resta quello della tutela della dignità della persona umana[40]

37. V. nota 40.

38. L'elevazione a rango costituzionale del consenso dell'imputato, incardinato nell'art. 111 cost., in combinato disposto con il diritto di difesa *ex* art. 25 cost., alla luce del principio di non colpevolezza sancito dall'art. 27 cost. evidenzia l'esistenza nell'ordinamento di un principio di "autodifesa" contro l'accusa penale, che trova le sue conseguenze nel diritto dell'accusato al silenzio, nel diritto di aver l'ultima parola e di partecipare all'udienza, nel diritto all'interrogatorio, così come nel diritto di avere un interprete e di essere assistito durante l'interrogatorio (v. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 42 ss.; Marafioti, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, cit., passim).

39. Sull'influenza della Corte e del novellato art. 111 cost. nella determinazione della disciplina dei documenti in sede penale, della loro circolazione probatoria e utilizzabilità v. Zacchè, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro l'autoincriminazione e diritto al silenzio*, cit., 179 ss.; Caraccioli, Giarda, Lanzi, *Diritto e procedura penale tributaria*, Padova, 2001, 681 ss.; Dell'Anno, *Prova documentale e circolarità della prova*, in *La prova penale*, Gaito, Torino, 2008, II, 647 ss.; D'Avirro, *La prova nei rapporti tra giudizio penale e civile*, ivi, 711; La Rocca, *La prova nell'ottica della giurisprudenza europea*, *ivi*, 161 ss.

40. Questa visione naturalistica sembra escludere una facoltà di avvalersi del *nemo tenetur se detegere* da parte della persona giuridica. In giurisprudenza cfr. Corte Giust. eur., 18 ottobre 1989,

contro la costrizione, che si sostanzia nell'illegittimità di ottenere un documento dietro la minaccia di una sanzione contraria al diritto di « *non accusare se stessi* ». Ciò che la Corte di Strasburgo sanziona, dunque, non è l'astratta possibilità dell'utilizzo di informazioni contenute nel documento proveniente dall'imputato — che potrebbe essere ottenuto in caso di rifiuto, ricorrendone i presupposti e senza possibilità di opporsi, attraverso perquisizione e successivo sequestro — ma la modalità con la quale questo documento viene richiesto, stabilendo che non può essere punito colui che si sottragga alla consegna dei documenti facendo valere il suo diritto a non autoincriminarsi.

Bisogna interrogarsi, più correttamente, non sull'applicabilità o meno del privilegio di non autoincriminarsi, *sic et simpliciter*, in materia tributaria, quanto verificare, di volta in volta, il limite al di sotto del quale, la pratica dell'inversione dell'onere della prova, attraverso adempimenti richiesti coattivamente al contribuente, diventi incompatibile con il diritto di difesa tutelato dalla CEDU e dal novellato art. III cost., nel cui quadro « *l'incoercibilità delle scelte auto–difensive rappresenterebbe un tratto così essenziale da rimanere implicito nella struttura di un processo che voglia dirsi giusto* »[41].

Infatti, in una visione squisitamente penalistica, il diritto di non autoincriminarsi è figlio della presunzione d'innocenza[42], che trova la propria massima espressione nella regola che attribuisce l'onere della prova a carico dell'accusa. Tale principio sradica ogni possibilità di costringere l'accusato a rendere « *un contributo conoscitivo in ordine a circostanze che si devono ritenere da lui non conosciute, in quanto, appunto, presunto innocente* »[43].

Orkem c. Commissione; Id., 20 febbraio 2001, Mannesmannröhren, Werke c. Commissione, nonché le Conclusioni dell'Avvocato Generale *Geelhoed* del 19 gennaio 2006 nel caso Corte Giust. eur., 29 giugno 2006, SGL Carbon c. Commissione, in *www.curia.europa.eu*. Esprime al contrario delle perplessità Scordamaglia A., *Cartel Proof, Imputation and Sanctioning in European Competition Law*, in *www.clasf.org*. Nega Belluta, *Sub* art. 35, c.p.p., in *La responsabilità degli enti*, a cura di Fiorio, Bernasconi, Presutti, Padova, 2008, 353; L'onere della prova sarebbe invertito solo in tema di colpa d'organizzazione secondo Camaldo, *Il giudizio e le prove* in *Diritto penale delle società*, a cura di Cerqua, Padova, 2009, 1589. L'applicazione dei criteri *Engels* anche nell'ambito del d.lgs. n. 231 del 2001, porterebbe a fugare i dubbi circa le garanzie da applicare agli enti in tale sede, poiché, anche se si sostenesse che fosse una responsabilità meramente amministrativa, la nozione europea di sanzione penale avrebbe portata dirimente, non tollerando deviazione dalle garanzie ineludibili del processo penale anche nei confronti dell'ente, tra cui emergerebbero, tra le altre, la regola di giudizio applicabile (oltre ogni ragionevole dubbio), il criterio di legalità e tassatività della pena, nonché il privilegio contro l'autoincriminazione. Ciò peraltro è in linea con il dettato degli art. 34 e 35, d.lgs. n. 231 del 2001, che, anche se in modo criticabile dal punto di vista della tecnica normativa, individuano come applicabili le disposizioni processuali del codice di procedura penale e quelle relative all'imputato "in quanto compatibili".

41. Mazza, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, cit., 63.

42. V. Corte EDU, 17 dicembre 1996, Saunders c. Regno Unito, cit.

43. Mazza, *I protagonisti del processo*, in Dominioni, Corso, Gaito, Spangher, Dean, Garuti, Mazza, *Procedura Penale*, I, 2ª ed., Torino, 2012, 116.

Ora, anche se il diritto a non auto–incriminarsi dovesse determinarsi solo in funzione del processo penale in senso stretto, volendo andare in contrasto con la giurisprudenza qui commentata, questo diritto sarebbe vuoto di contenuto nel caso di specie in quanto, per l'effetto, le sanzioni imposte vorrebbero costringere a presentare una prova a carico da parte del contribuente che, una volta emersa in sede tributaria, potrebbe circolare legittimamente, quale documento proveniente dall'imputato[44], nel processo penale. Così facendo, si contravviene al principio che impone l'onere della prova in capo all'accusa, con conseguente illegittimità della sanzione ad essa correlata. Allora, delle due, l'una.

Le garanzie del giusto processo, sulla base di questa interpretazione convenzionalmente orientata, si spostano necessariamente al di fuori del processo penale, rendendo effettivo l'art. 6 CEDU anche in campo sanzionatorio amministrativo e tributario[45]. Tuttavia, è evidente lo svantaggio dell'amministrazione fiscale in questo quadro, che potrebbe essere colmato solo con un intervento profondo di indagini analitiche "sul campo", attraverso l'implemento dell'attività di polizia tributaria e di vigilanza, laddove si renda necessaria l'apprensione e l'esame di documenti di vario genere.

Di contrappasso, sulla scorta di questo nuovo diritto pretorio, il legislatore dovrebbe meditare soluzioni volte a sanzionare processualmente la circolazione di prove documentali che sia in contrasto con il diritto di difesa[46].

44. Come anche attraverso il Processo Verbale di Contestazione, se qualificato alla stregua di un accertamento tecnico irripetibile effettuato in sede di verifica fiscale. v. Bellagamba, Cariti, *Il sistema delle sanzioni tributarie*, Firenze, 2011, 288 ss.; Laronga, *La prova documentale nel processo penale*, cit., 269.

45. Laronga, *La prova documentale,* cit., 163 ss; Zacchè, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro l'autoincriminazione e diritto al silenzio*, *passim*.

46. Di tale esigenza ne siano d'allarme le difficoltà interpretative circa l'utilizzabilità in campo tributario e penale delle informazioni reperite attraverso la c.d. lista "Falciani" (già preceduta dalla lista « *Vaduz* »). Mentre l'utilizzabilità di queste informazioni in sede penale sarebbe da escludersi in *toto*, poiché sarebbe da considerarsi prova illecita, in quanto « *illegittimamente sottratta* » e costituente « *raccolta illecita di informazioni* », (cfr. decreto di archiviazione, Trib. Pinerolo, Uff. g.i.p., 4 ottobre 2011 in *www.ilsole24ore.it*, nonché Cass. Sez, III, 26 settembre 2012, M.A., in, *Riv. giur. trib.*, 2012, 12, 925), o perché non acquisita con lo strumento della rogatoria internazionale (v. Trib. Milano, Uff. g.i.p., 15 dicembre 2011 in *www.penalecontemporaneo.it)* si apre una voragine circa l'utilizzabilità di queste informazioni in materia tributaria. Attraverso la cooperazione europea per la lotta all'evasione fiscale (prevista dalla Direttiva 77/799/CE, ora abrogata e sostituita dalla Direttiva 2011/16/UE del 15 febbraio 2011) si prevede, infatti, tra le altre cose, che si possa realizzare uno scambio d'informazioni in via amministrativa tra le agenzie fiscali europee, purché sia rispettata la procedura interna. *Quid iuris*, se la prova che transita attraverso una procedura internazionale legittima (diversa dalla rogatoria internazionale), sia stata illegittimamente acquisita nel paese d'origine? Sul punto si scorgono due contrapposti orientamenti a favore dell'utilizzabilità (Comm. Trib. Prov. Treviso, 5 giugno 2012 n. 59, in, *Cor. trib.*, 2012, 42, 3266 e Comm. trib. prov. Genova, 5 giugno 2012, n. 193, in *Boll. trib.*, 2012, 23, 1709) e dell'inutilizzabilità (Comm. trib. prov. Como, 15 novembre 2011, n. 188, in *www.fiscoediritto.it*). A favore della seconda tesi si può argomentare senz'altro che lo scambio internazionale tra le agenzie

6. *De iure condendo*[47], come si è già evidenziato, l'unificazione sotto la bandiera dell'art. 6 CEDU delle garanzie poste a tutela dell'accusato eleva il *minimum standard* del giusto processo, creando una sorta di "osmosi inversa" che frena prassi considerate devianti dal modello europeo e impone pertanto uno sforzo ermeneutico di adeguamento del nostro ordinamento in quelle materie spesso considerate "di confine", quali sono non solo la materia penal–tributaria, ma anche la responsabilità amministrativa da reato *ex* d.lgs. 231 del 2001, nonché il campo delle "confische", dei procedimenti di prevenzione, dei procedimenti amministrativi e degli altri procedimenti in cui rilevino i diritti fondamentali qui esaminati.

fiscali, di per sé legittimo, sarebbe viziato da illegittimità derivata dall'illiceità della fonte, oggetto del c.d. "dossieraggio illecito". Peraltro la tesi dell'inutilizzabilità in campo tributario risulterebbe, in *subiecta materia*, l'unica in linea con l'art. 6 CEDU, per le ragioni diffusamente esposte nel commento.

47. Giova sottolineare che l'efficacia della sentenza della Corte EDU, ai sensi dell'art. 46 della stessa CEDU, è limitata allo Stato che sia parte in causa. Tuttavia, (nel solco di Corte cost. 348 e 349 del 2007, Id. 113 e 180 del 2011 e Corte Giust. eur., Grande sez., 24 aprile 2012 Kamberaj) la sentenza pronunciata dalla Corte EDU nei confronti di uno stato estero ha sempre un rilevante valore interpretativo per l'operatore del diritto italiano che deve osservare i principi della CEDU in conformità alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Pertanto, in tempi di giusto processo, è ragionevole aspettarsi che il conflitto insanabile di una norma italiana con il principio di non autoincriminazione in un caso analogo possa determinare una questione di costituzionalità per contrasto con l'art. 6 § 1 CEDU, poiché esso costituirebbe "obbligo internazionale" e perciò fonte di rango superiore alla legge ordinaria ai sensi dell'art. 117 cost. Per una sommaria descrizione del cammino comunitario sulla tutela dei diritti fondamentali della CEDU in materia penale, di cui si rinvia l'approfondimento, v. anche, in parziale contrasto: Corte Giust. eur., Grande sez., 26 febbraio 2013, Åklagaren, in *Cor. giur.*, 2013, IV, 565; Corte Giust. eur., 26 febbraio 2013, Melloni, ivi, 568.

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/978885485819027
pag. 733–748

Responsabilità degli enti

L'elusione fraudolenta dei Modelli di organizzazione

Pierluigi Cipolla

La decisione

Persona giuridica —Vertici apicali — Mancata adozione o attuazione dei modelli organizzativi — Responsabilità — Condizioni (d. lgs 8 giugno 2001, n. 231, art. 6).

In tema di responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, conseguente alla perpetrazione del reato di aggiotaggio da parte dei vertici della società, la frode cui fa riferimento l'art. 6 d. lgs n. 231 del 2001 deve riguardare non già gli operatori del mercato cui le informazioni sono dirette, bensì gli altri protagonisti della procedura interna prevista dal modello organizzativo, in quanto la frode deve essere strumentale rispetto alla elusione del modello di organizzazione e delle sue procedure (nel caso di specie è stata ravvisata la elusione fraudolenta di cui all'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001, in quanto i vertici della società non avevano rispettato il corretto iter di formazione dei comunicati stampa quale era previsto dal modello organizzativo, manipolando i dati forniti dai competenti organi della società per convenienza di immagine e inserendoli nei comunicati stampa, così da ingannare gli altri protagonisti della procedura prevista dal modello).

Corte d'appello di Milano, 18 giugno 2012 (ud. 21 marzo 2012) — Paparella, *Presidente* — De Petris, *Relatore* — P.m. (*diff.*) — X, imputato.

La motivazione della decisione annotata è consultabile sul sito *web archiviopenale.it*.

Il commento

1. La sentenza annotata ha escluso la responsabilità dell'Ente in ordine ai reati di aggiotaggio posti in essere dai vertici, commessi in un breve arco di tempo, a causa della ravvisata elusione fraudolenta del Modello di organizzazione, mediante manipolazioni di dati forniti dagli uffici competenti.

Si tratta di una pronuncia che pone l'accento sulla più misteriosa causa di esonero di responsabilità prevista dall'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001 dato

che sul punto vi è finora penuria di contributi dottrinari e chiarificazioni giurisprudenziali e come tale induce a riflessioni di ampio respiro.

Come è noto in base all'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001 se il reato presupposto è stato commesso dai soggetti in posizione apicale, l'Ente non risponde se ha adottato e efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi, se il compito di vigilare è stato affidato a un organismo caratterizzato da autonomia, se non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di controllo e se le persone fisiche hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione.

La norma dà luogo a problemi di inquadramento giuridico, compatibilità costituzionale e interpretazione; qui ci si soffermerà soprattutto sul significato del sintagma: « *elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione e di gestione* ».

2. A detta di uno dei più noti dizionari della lingua italiana, il verbo "eludere", originato da espressione latina indicativa, da ultimo, dell'atto di "schivare un colpo", ha il significato di « *sfuggire, evitare scaltramente* »[1]. Non dissimile il significato palesato da altri dizionari.

Nell'ambito del codice penale la locuzione in esame si rinviene negli artt. 378 c.p. (favoreggiamento) e art. 388 c.p. (mancata esecuzione dolosa di un provvedimento del giudice). Nel primo caso si sanziona la condotta consistente nell'aiutare taluno ad eludere le investigazioni dell'autorità: a prima vista il significato etimologico dello "schivare" appare molto pertinente. Nel secondo caso la legge contempla l'inottemperanza di un provvedimento giudiziario, laddove è stato a lungo discusso se fosse sufficiente una qualsiasi inosservanza[2] oppure se fosse necessario un *quid pluris* diretto a frustrare o quanto meno a rendere difficile l'esecuzione del provvedimento giudiziale[3]. Le Sezioni Unite nel 2007 sono giunte ad una soluzione compromissoria: occorre qualcosa in più quando il provvedimento giudiziario può essere ottemperato senza la collaborazione del debitore[4]; su questo esito è attestata

1. Zingarelli, *Dizionario della lingua italiana*, Bologna, 1983, p. 641

2. Cass., sez. III, 14 febbraio 1969, Soricelli, in *Mass. Uff.*, 111040; Id., sez. I, 20 gennaio 1978, Righi, *ivi*, 139625; Id., sez. III, 4 giugno 1980, Guidi, *ivi*, 146139; Id., sez. VI, 4 giugno 1990, Piraino, *ivi*, n. 185810; Id., sez. VI, 8 maggio 1996, Sapienza, *ivi*, n. 205078; Id., sez. VI, 6 ottobre 1998, De Leo, *ivi*, n. 211739; Id., sez. VI, 1 luglio 1997, Perri, *ivi*, n. 209279; Id., sez. VI, 16 marzo 1982, D'Introno, *ivi*, n. 154215.

3. Cass., sez. VI, 19 marzo 1991, Modesto, in *Mass. Uff.*, 187420; Id., sez. VI, 23 marzo 2000, Valente, *ivi*, 220561; Id., sez. III, 17 ottobre 1968, Di Florio, *ivi*, 109706; Id., sez. III, 16 maggio 1974, Tedeschi, *ivi*, 129207; Id., sez. III, 31 ottobre 1979, Girola, *ivi*, 143826; Id., sez. VI, 8 aprile 1981, Saracini, *ivi*, 090008.

4. Cass., Sez. Un., 27 settembre 2007, Vuocolo, in *Mass. Uff.*, 236937: « *Il mero rifiuto di ottemperare*

la giurisprudenza più recente.

Nella pronuncia a Sezioni Unite viene attribuito rilievo preminente al fatto che il primo co. dell'art. 388 c.p. richiede il compimento di atti simulati o fraudolenti, intesi a sottrarre l'obbligato all'adempimento e seguiti dall'effettiva inottemperanza all'ingiunzione di eseguire la sentenza, così da orientare l'interpretazione anche del delitto previsto dal secondo comma, in un'ottica di unitarietà dell'oggetto giuridico: garantire l'effettività della tutela giurisdizionale. Si rinviene anche un *argumentum a contrario:* la condotta in termini di "inosservanza", è espressamente menzionata come nell'art. 389 c.p., che punisce la « *inosservanza di pene accessorie* », nell'art. 509 c.p., che punisce la « *inosservanza delle norme disciplinanti i rapporti di lavoro* », o nell'art. 650 c.p., che punisce la « *inosservanza dei provvedimenti dell'autorità* ». In generale, dunque, e salvo quanto specificato con riguardo ai casi in cui la natura personale delle prestazioni imposte ovvero la natura interdittiva dello stesso provvedimento giudiziale escludano che l'esecuzione possa prescindere dal contributo dell'obbligato, l'elusione (dell'esecuzione di provvedimenti civili) è identificata nei comportamenti che ostacolino dall'esterno un'attività esecutiva integralmente affidata ad altri.

In effetti in entrambe le ipotesi criminose citate qualcun altro, diverso dal reo, può e/o deve conseguire uno scopo (investigativo, nell'art. 378 c.p.; patrimoniale o di altra natura, nell'art. 388 c.p.) e tramite la condotta incriminata tale scopo viene impedito ovvero reso difficile. L'elusione, in linea di massima, è quindi ricondotta ad un comportamento fuorviante, tipico proprio di colui che schiva i colpi altrui, idoneo a ostacolare gli intenti e rendere inefficaci gli sforzi altrui. Non a caso vi è una evidente affinità tra « *l'aggiramento* » che sintetizza l'elusione e il "raggiro" in cui consiste la frode.

Quanto detto trova conferma in un'altra disposizione normativa in cui si rinviene il sostantivo *de quo*: l'art. 171–*ter* lett. *f*)–*bis* Legge n. 633 del 1941, introdotto dall'art. 26 d.lgs. n. 68 del 2003, che riguarda attrezzature, prodotti o componenti ovvero servizi che abbiano la prevalente finalità o l'uso commerciale di eludere efficaci misure tecnologiche a protezione del diritto di autore ovvero che siano principalmente progettati, prodotti, adattati o realizzati con la finalità di rendere possibile o facilitare l'elusione di predette misure. In questo caso, attesa la staticità dell'ostacolo costituito

ai provvedimenti giudiziali previsti dall'articolo 388, co. secondo, c.p. non costituisce comportamento elusivo penalmente rilevante, a meno che l'obbligo imposto non sia coattivamente ineseguibile, richiedendo la sua attuazione la necessaria collaborazione dell'obbligato, poiché l'interesse tutelato dall'art. 388 c.p. non è l'autorità in sé delle decisioni giurisdizionali, bensì l'esigenza costituzionale di effettività della giurisdizione. (In applicazione del principio, le Sez. Un. hanno ritenuto che il mero rifiuto del soggetto passivo di adempiere un'ordinanza di reintegrazione del possesso, eseguibile coattivamente, non integri gli estremi della "elusione" penalmente rilevante) ».

dalle misure poste a protezione del diritto di autore, oggetto della tutela, il movimento "aggirante" che si pone alla base dell'atto elusivo appare quasi visivamente identificabile. Si legge a questo proposito nella sentenza della sez. III, 2 luglio 2004, Campana, che per prima si è occupata *ex professo* della disposizione di nuovo conio che l'art. 171–*ter*, lett. *f*)–*bis*, cit. punisce (riferimento da inserire in nota) « *la condotta di aggiramento fraudolento dei sistemi di protezione* », da distinguere rispetto a quella di « *palese violazione dei sistemi di accesso condizionato al sistema televisivo* »[5].

Dunque, più in generale, « *l'elusione* » di una regola consiste nell'aggiramento della stessa, mediante l'impiego di stratagemmi, *ergo* mediante il ricorso all'intelligenza, in contrapposizione alla violazione *tout court*. Tanto la condotta "elusiva" quanto la condotta "lesiva" (la violazione diretta o frontale) puntano ad uno scopo antigiuridico, quello stesso che la norma vuole che non si realizzi, e tuttavia la prima vi tende mediante una manovra a forma semicircolare (giro/aggiramento/raggiro), obliqua, caratterizzata da artifici e astuzie, mentre la seconda ha la forma del movimento diretto–frontale.

Di qui una prima conclusione:

a) il concetto di "elusione", in relazione ad una regola, si contrappone in modo netto, alla "violazione diretta";
b) il concetto di "elusione", per il fatto di denotare una epifania di intelligenza/astuzia/scaltrezza, implica — nel suo fondo — un contenuto artificioso *ergo* fraudolento.

3. Come accennato, l'elusione fraudolenta dei modelli organizzativi è concepita dal d.lgs. n. 231 del 2001 come una sorta di scusante positivizzata[6], ovvero, secondo altra lettura, come una causa di non punibilità[7]. Non è sufficiente, affinché si pervenga all'esclusione della responsabilità da reato, che l'Ente si sia dotato di Modelli organizzativi efficienti e di organi di vigilanza autonomi; occorre che il reato sia stato reso possibile dalla "elusione fraudolenta" dei Modelli medesimi.

5. In, *Mass.Uff.* n.229417.

6. Paliero *La responsabilità penale della persona giuridica nell'ordinamento italiano: profili sistematici*, in *Societas puniri potest*, in *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, a cura di Palazzo, Padova, 2003 p. 29; Desimone, *I profili sostanziali della responsabilità c.d. amministrativa degli enti. La parte generale e la parte speciale del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231,* in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di Garuti, Padova, 2002, p. 107; Piergallini, *La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *I nuovi reati societari: diritto e processo*, a cura di Giarda e Seminara, Padova, 2002, p. 76.

7. Pulitanò , *La responsabilità da reato degli enti: i criteri di imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, 429 ss.; Cocco, *L'illecito degli enti dipendente da reato e il ruolo dei modelli di prevenzione*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.,* 2004, 97 ss.

È intuibile quanta importanza presenti una corretta esegesi del sintagma "eludere fraudolentemente": a dieci anni dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 231 del 2011, essendo ormai entrata nella cultura di impresa la necessità di dotarsi di Modelli organizzativi e di gestione validi oltre che di organi di vigilanza autonomi, nella maggior parte dei casi l'esito assolutorio o di condanna è destinato a discendere proprio dalla natura fraudolenta o meno della condotta posta in essere dal soggetto in posizione verticistica, allorché sia provato da parte del Magistrato di Accusa il criterio di collegamento soggettivo rappresentato dall'interesse o vantaggio per l'Ente.

La soluzione più ovvia, quella secondo cui l'avverbio "fraudolentemente" indichi una specifica modalità di elusione, quella estrinsecantesi "mediante frode", trae fondamento dalla funzione comune degli avverbi con suffisso "mente", che è quella di specificare le modalità dell'agire descritto da un verbo.

Il problema scaturisce non tanto dall'esatto significato del termine "frode" (appartiene alla cultura giuridica millenaria l'idea per cui sia frode l'artificio, l'alterazione della realtà, l'inganno[8]), quanto dall'accostamento tra il verbo "eludere" e l'avverbio "fraudolentemente", laddove, come si è visto, il concetto di "elusione" presenta al suo fondo un contenuto di frode. Si può ipotizzare, in altre parole, che si verta in un rafforzamento della frode insita nell'elusione. A questo proposito, la dottrina parla di condotta di "eccezionale scaltrezza"[9], oppure di atto esclusivo, continente, abnorme qualificato « *da totale discontinuità rispetto ai modelli comportamentali invalsi nella realtà aziendale . . . attuato con tale astuzia da essersi sottratto dalla vigilanza dell'organo preposto* »[10]. Oppure, ancora, di « *situazioni limite nelle quali il soggetto apicale. . . abbia chiaramente agito. . . non semplicemente in contrasto, ma in modo da frustrare, con l'inganno, il diligente rispetto delle regole da parte dell'Ente nel suo complesso* »[11]. Oppure, di « *imprevedibile e incontenibile manifestarsi della condotta criminosa al di là delle maglie dei controlli* »[12]. Conformemente, nelle linee guida per la costruzione di modelli di organizzazione, gestione e con-

8. È notissimo il passo del *De Officiis*, I, 13, 41, in cui Cicerone distingueva le modalità di offesa affermando: « *cum autem duobus modis, id est aut vi aut fraude, fiat iniuria, fraus quasi vulpeculae, vis leonis videtur* », così da ricollegare la frode all'inganno. Più esplicita la definizione di frode contenuta nel codice penale del Regno delle Due Sicilie, del 1819: « *la frode si commette. . . quando siasi fatto un lucro qualunque a danno altrui, mediante artificio contrario a regolamenti, o facendosi l'uso di falsi nomi o di false qualità, o impiegando altro inganno, rigiro o simulazione per persuadere l'esistenza di false intraprese, di facoltà o crediti immaginari, o per suscitare speranze o timori di un buon successo di un* accident *o qualunque altro avvenimento chimerico* ».

9. Vinciguerra, Ceresa Gastaldo, Rossi, *La responsabilità dell'ente per il reato commesso nel suo interesse (d.lgs. n. 231 del 2001),* Padova, 2004, p. 24.

10. De Vero, *La responsabilità penale delle persone giuridiche,* Milano, 2008, p. 185.

11. Pulitanò, *La responsabilità "da reato" degli enti nell'ordinamento italiano*, in *Cass. pen*., 2003, 23.

12. Amodio, *Prevenzione del rischio penale di impresa e modelli integrati di responsabilità degli enti*, in *Cass. pen*., 2005, 320.

trollo della Associazione bancaria italiana, del 2004, si legge che « *l'elusione fraudolenta . . . presuppone la messa in opera di un artificio, di una forzatura precipuamente e artatamente volta alla elusione del precetto* ».

Vi è la possibilità, peraltro, che il significato del sintagma vada ricercato altrove. Nella Relazione della commissione Lattanzi, ad es., si evoca *apertis verbis* la figura « *dell'amministratore infedele* ». Potrebbe ipotizzarsi poi una interpretazione in chiave soggettiva, fondata sulla esegesi dell'avverbio "fraudolentemente", elaborata per altre norme e sotto altri cieli.

È intuitiva la diversità degli effetti pratici della prima o della seconda o della terza esegesi: i vertici aziendali dovrebbero essere esonerati dalla responsabilità da reato al cospetto di condotte artificiose o ingannevoli elusive dei regole e delle procedure insite nei modelli organizzativi ovvero in caso di condotte caratterizzate da infedeltà ovvero, più semplicemente, in presenza di condotte intenzionalmente elusive delle medesime regole e procedure.

4. Nella Relazione ministeriale si legge solo che al fine di ottenere l'impunità l'ente dovrà dimostrare che il comportamento integrante il reato sia stato posto in essere dal vertice eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione; qualche indicazione ulteriore può trarsi dalla specificazione successiva, in cui si evoca la figura dell'"amministratore infedele", inteso come colui che agisce contro l'interesse al corretto funzionamento dell'impresa.

Il collegamento tra l'amministratore infedele e il concetto di elusione fraudolenta dei modelli di organizzazione consiste in ciò: nella prassi societaria è ricondotto al concetto di "frode aziendale" sia il comportamento illecito dell'amministratore o del dipendente per ottenere vantaggi personali, a danno dell'ente di appartenenza, sia la condotta del soggetto interno all'impresa a favore dell'ente comunque irrispettosa di regole e procedure[13]. Non a caso si ricorre all'espressione anglosassone *corporate fraud* per denotare proprio le frodi riferibili ai vertici aziendali.

Si può ipotizzare dunque che il riferimento della relazione ministeriale all'amministratore infedele, al fine di chiarire « *l'eludere fraudolentemente* », sia stato introdotto per evocare proprio qualcuna delle condotte che nel linguaggio aziendalistico è descritta con la locuzione "frode aziendale".

Purtroppo l'indeterminatezza della citata espressione « *contrarietà all'interesse al corretto funzionamento dell'impresa* » non aiuta a chiarire il significato del sintagma "elusione fraudolenta"; in ogni caso, qualora la norma riguardasse condotte egoistiche del vertice *contra societatem,* sarebbe del tutto inutile, dato che il presupposto della responsabilità dell'ente è l'agire

13. Allegrini, D'Onza, Mancini, *Le frodi aziendali*, Milano, 2003, *passim*.

nell'interesse o a vantaggio dell'ente; qualora, al contrario, facesse riferimento ad una *corporate fraud* volta a favorire l'ente, si darebbe luogo ad una disposizione irragionevole e antinomica:

— irragionevole, dato che un Modello organizzativo efficiente dovrebbe prevedere e impedire proprio siffatto comportamento e sarebbe quindi incomprensibile un esonero di responsabilità dipendente da una condotta — per definizione — riprovevole;
— antinomica, dato che per un verso il fine di favorire l'Ente sarebbe criterio di imputazione del fatto, per altro verso la legge individuerebbe la medesima finalità come presupposto di esclusione della responsabilità.

Occorre giocoforza supporre che l'elusione fraudolenta costituisca un tipo "qualificato" di frode aziendale, caratterizzato da una particolare modalità di azione del vertice aziendale, essendo comunque implicito il criterio di imputazione soggettivo rappresentato dall'interesse o vantaggio dell'ente.

5. L'avverbio è stato utilizzato nell'ordinamento penale italiano con un significato peculiare, peraltro conforme sia al citato suffisso — mente, sia al significato originario, di matrice psicologica del termine "frode" come "mala fede", "dolo". Si fa riferimento al testo dell'art. 2621 c.c. *ante* riforma 2002, in cui l'avverbio "fraudolentemente" fu interpretato da parte della Suprema Corte nel senso di denotare un dolo specifico, l'intenzione fraudolenta. Applicando tale significato al sintagma in esame, « *l'eludere fraudolentemente* » dovrebbe denotare l'aggiramento intenzionale del modello di organizzazione e controllo[14].

La tesi è suggestiva, ma non convince. Non rileva tanto l'incompatibilità tra il dolo specifico e i reati presupposto a base colposa, ovvero la circostanza per cui è difficile immaginare una elusione non dolosa di regole cautelari, quanto piuttosto l'aporia connessa alla differenza delle conseguenze del medesimo comportamento elusivo, a seconda che sia connotato da dolo intenzionale o dolo non intenzionale: l'ente sarebbe esonerato da responsabilità in caso di dolo intenzionale, ma non al cospetto di un dolo meno grave.

D'altra parte se l'avverbio "fraudolentemente" avesse una coloritura soggettivistica e denotasse la mera intenzione di violare il Modello, la connessa esclusione di responsabilità sarebbe irragionevole, scaturendo da una condotta perfettamente prevedibile (gli abusi del *management* sono ritenuti,

14. In tal senso, sostanzialmente, Malavasi, *L'onere della prova nella responsabilità ex d.lgs. 231/2001, alla luce della sentenza della Corte di cassazione n. 27735 del 16 luglio 2010,* in *www.rivista231.it*.

dal C.O.S.O. *Report*, un limite intrinseco alla tenuta del sistema di controllo interno[15]). In altre parole, da quando esistono, i *white collars crimes* sono caratterizzati da un forte proposito di aggiramento dei precetti e l'intero sistema della responsabilità parapenale delle persone giuridiche si incentra proprio sulla volontà di contenere siffatta intenzionalità criminale; sarebbe dunque irragionevole ricollegare una causa liberatoria di responsabilità al primo e più rilevante fattore di devianza manageriale.

6. Più che le insoddisfacenti esegesi terminologiche, o le dubbie evocazioni di norme sorpassate, è utile il contesto in cui il sintagma in esame si inserisce: l'elusione fraudolenta deve avere ad oggetto i Modelli di organizzazione e di gestione, di cui peraltro deve essere stata già accertata l'idoneità, dunque soltanto una analisi approfondita (nelle finalità e nella struttura) dei modelli può essere di aiuto per comprendere in cosa debba consistere quell'"eludere fraudolentemente", da cui la legge fa scaturire, per l'ente, l'esonero da sanzione.

Il sistema della responsabilità da reato trova il suo centro vitale nel Modello organizzativo e di gestione. Trattasi del meccanismo mediante il sistema intende perseguire il suo scopo primario: la moralizzazione *ab interno* dell'impresa, *id est* la creazione di anticorpi contro la mala pianta — sempre riemergente — della tendenza delle strutture capitalistiche a perseguire il profitto oltre, contro, e nonostante i vincoli della legge.

Per comprendere quanto si afferma basterà constatare come la disciplina in parola abbia la sua radice non soltanto nella difficoltà di ricondurre i fatti di reato ai centri decisionali, a causa della crescente complessità aziendale, in orizzontale e in verticale, e della recente *iper*–automazione, ma soprattutto nella scoperta del nesso tra i comportamenti devianti dei singoli e una diffusa subcultura criminale favorita dal difetto di regole, procedure e controlli. In una parola, nella scoperta del collegamento tra il delitto (all'interno e a favore dell'impresa) e una (mala)organizzazione, fatta di precetti inadatti a contrastare la mentalità antisociale, e inefficienti meccanismi di controllo e vigilanza.

Se la causa del delitto connesso all'attività di impresa –non motivato da finalità egoistiche dell'autore — deve rinvenirsi in una inadeguatezza funzionale dell'organizzazione, *ergo* in un *deficit* organizzativo dell'impresa stessa, perché incapace di contenere le pulsioni criminali dei suoi esponenti, il rimedio è rinvenuto in una organizzazione di senso opposto, in una struttura virtuosa perché fondata sulla conoscenza dei profili di rischio di reato e sull'attivazione di opportune barriere e contromisure.

15. Arena, *Assoluzione dell'ente per responsabilità ex 231: commento di prima lettura. Nota a Tribunale di Milano, Sentenza 17 novembre 2009* in *www.filodiritto* 13 gennaio 10.

A ben vedere se il nucleo della responsabilità parapenale delle persone giuridiche consiste proprio in una colpa di organizzazione, giocoforza la responsabilità deve escludersi non solo allorché l'ente si sia dotato di un modello di organizzazione idoneo a contenerne il rischio reato, ossia di un complesso di principi, regole, procedure e sistemi di controllo funzionali allo scopo di moralizzazione —dall'interno — dell'impresa, ma anche quando tale Modello sia realmente efficiente, così da contemplare misure/controlli/interventi idonei a prevenire e impedire condotte di violazione e aggiramento delle regole da parte di coloro che hanno maggiore interesse a commettere reati nell'interesse e a vantaggio dell'ente. In breve, costituisce "colpa" dell'ente anche il mancato impedimento (possibile) della condotta illecita di coloro che al massimo grado esprimono la *voluntas societatis* ossia esprimono e rappresentano la politica dell'ente medesimo e che quindi, possono, meglio di altri, aggirarne le regole.

In altri termini, se il reato presupposto è stato perpetrato nonostante l'adozione di un modello e l'attivazione di un sistema di vigilanza, si deve dedurre — o che il sistema regolamentare e di controlli non ha funzionato a causa della inadeguatezza originaria del *Compliance program* e del sistema di vigilanza, quindi l'ente dispone di una difettosa organizzazione (le prescrizioni vi sono, l'individuo le ha violate, *ergo* il modello è inefficiente ovvero non è stato effettivamente attuato), — oppure che il sistema regolamentare e di controlli è stato reso in concreto non efficiente dalla abilità e dalla pervicacia del singolo nel perseguire l'intento criminoso, e di ciò l'ente non può e non deve rispondere a meno di ammettere una *culpa* per fatto altrui: l'individuo ha posto in essere in essere un *novum*, come tale sottratto alla ordinaria capacità dell'ente di previsione e impedimento (e, *ad impossibilia nemo tenetur*).

Questo è il motivo per cui la legge richiede, quale presupposto ultimo dell'esonero di responsabilità, che il vertice abbia eluso fraudolentemente il Modello di organizzazione e gestione.

Da queste brevi notazioni si comprende come la condotta consistente nell'« *eludere fraudolentemente il modello di organizzazione e gestione* » di cui all'art. 6, co. 1, lett. *c*) d.lgs. n. 231 del 2001, in quanto comportamento non previsto e non impedito dal modello (pur valido secondo giudizio *ex ante*), deve consistere in una condotta atipica, tale da fuoriuscire dalla capacità dell'ente di previsione e prevenzione. Diversamente, sarebbe legittimato l'effetto liberatorio da responsabilità pur in presenza di una carenza originaria del sistema, ossia in caso di una persistente colpa di organizzazione che, invece, è la leva su cui tutta l'impalcatura si fonda.

D'altra parte, la frode in quanto artificio e raggiro non può essere fine a se stessa, bensì deve indirizzarsi verso qualcuno o qualcosa. Dato che l'elusione riguarda le prescrizioni del modello, all'interno di un minisistema

dove il "custode" si identifica nell'organo di vigilanza e di controllo, si suppone che la frode debba indirizzarsi verso quest'ultimo. Dunque la locuzione "eludere fraudolentemente" non costituisce affatto una endiadi, e l'avverbio è necessitato, al fine di indicare la direzione della condotta *lato sensu* fraudolenta già insita nel concetto di "elusione". L'analisi del sintagma in parola alla luce del sistema normativo consente di pervenire a un risultato interpretativo diverso rispetto a quello che scaturisce dalla mera constatazione dell'accostamento di termini di significato analogo. Ossia che ai fini dell'applicazione dell'art. 6 d.lgs. n. 231 del 2001 occorrano manovre di aggiramento di precetti inerenti il modello di organizzazione (ciò in cui — in vari modi — l'elusione di per sé consiste) mediante inganno nei confronti dell'organo di vigilanza e controllo.

E permette altresì di smentire la tesi di quella dottrina che ravvisa nella disposizione in esame la prova che la responsabilità dell'ente per fatti riconducibili agli apici ha natura oggettiva[16]. Infatti proprio la derivazione dell'esonero da un fatto che fuoriesce dalla capacità di prevenzione dell'ente dimostra *a contrario* che la relativa responsabilità scaturisce da un fatto *lato sensu* colposo. Esattamente come il fortuito, nel sistema penale, costituisce prova della assenza di colpa.

7. Il collegamento tra esito liberatorio da responsabilità e prova della elusione fraudolenta dei Modelli ingenera dubbi che eccedono il (pur non semplice) problema definitorio, per lambire il tema della ragionevolezza della disciplina, nelle sue varie sfaccettature (si tralascia invece la questione dell'inversione dell'onere probatorio, di nulla rilevanza una volta esclusa la natura penale della responsabilità).

Sul problema del perché l'Ente sia onerato a dimostrare la condotta ingannatoria altrui, oltre al difetto della colpa propria, si è già detto: la condotta fraudolenta di altrui costituisce prova dell'assenza della colpa propria.

Se il legislatore al fine di escludere la responsabilità dell'ente ha richiesto manovre di aggiramento di regole, si pone il tema della applicabilità dell'esimente al cospetto di reati colposi[17].

A parere di chi scrive non esiste un problema di compatibilità tra la causa di esonero *de qua* e i reati presupposto di natura colposa in quanto la prima riguarda il nucleo dell'illecito parapenale, la colpa di organizzazione, e non i reati–presupposto. Dovrebbe essere chiaro, dopo tanti anni dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 231 del 2001 che l'ente risponde per non aver impedito i reati–presupposto a causa di un difetto di organizzazione, estrinsecantesi

16. Amodio, *Prevenzione*, cit. 320.)

17. Sul punto già Galletti, *I modelli organizzativi nel d.lgs. n. 231 del 2001: le implicazioni per la* corporate governance, Atti del convegno, Trento 11 febbraio 2005, in *www.jus.unitn.it*, con riferimento a Melchionda.

nella mancata o inefficace adozione di modelli di organizzazione o nella mancata attivazione di un idoneo sistema di vigilanza. Nessuna rilevanza presenta, pertanto, la circostanza che il *deficit* organizzativo abbia favorito un reato posto in essere da un apice o da un sottoposto a base dolosa o colposa. Né sembra fuori dell'immaginazione la condotta del vertice che volontariamente adotta artifici per eludere le contromisure introdotte dal modello per impedire reati di natura colposa (si consideri, ad es. l'amministratore che falsifichi atti e corrompa funzionari per consentire a macchinari obsoleti di funzionare, disinteressandosi della possibilità che si verifichino infortuni sul lavoro). Piuttosto potrebbe ipotizzarsi un problema di compatibilità tra la natura dell'illecito parapenale dell'ente, a base colposa, e la condotta elusiva fraudolenta dell'apice, di natura necessariamente dolosa[18]. E tuttavia anche a tale obiezione è possibile replicare: se è vero che il legislatore, nel forgiare la responsabilità degli enti ha avuto in mente il caso dell'impresa fondamentalmente sana che per un difetto di organizzazione agevole la commissione di reati da parte dei suoi componenti, tuttavia vi sono indici da cui desumere che fu presa in considerazione anche l'ipotesi dell'impresa volontariamente disattenta. In particolare l'art. 16 d.lgs. n. 231 del 2001 dispone che « *può essere disposta l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività se l'ente ha tratto dal reato un profitto di rilevante entità ed è già stato condannato, almeno tre volte negli ultimi sette anni, alla interdizione temporanea dall'esercizio dell'attività* ». In tale norma si fa riferimento, sia pure in modo *soft*, all'ipotesi dell'ente refrattario ad adeguarsi al sistema. Dunque è possibile che la colpa di organizzazione possa tramutarsi in volontario difetto di organizzazione; proprio la natura fondamentalmente colposa della responsabilità dell'ente spiega la causa di esonero *de qua* la quale consiste in un comportamento individuale che fuoriesce dalla possibilità di previsione e prevenzione dell'ente e che quindi sarebbe irragionevole ricondurre alla persona giuridica.

Residuano tuttavia ulteriori questioni, che attengono alla ragionevolezza della disciplina, nel senso individuato dalla Corte costituzionale allorché dichiarò l'illegittimità dell'art. 603 c.p. a causa della impossibilità di attribuire un significato oggettivo, coerente e razionale alla norma sottoposta al giudizio, in quanto priva di un sostrato empirico di riferimento. In altri termini, potrebbe sostenersi che l'"eludere fraudolentemente", quand'anche ben interpretato come atto di "eccezionale scaltrezza", di aggiramento delle prescrizioni del Modello mediante particolari artifizi e raggiri, di frustrazione delle regole mediante callido inganno potrebbe essere riscontrato in casi talmente rari da rappresentare una ipotesi di scuola, un fatto di così difficile verificazione da apparire irrealistico, *contra naturam rerum,* in breve l'oggetto di una *probatio diabolica,* così come evidenziato fin dai primissi-

18. Alessandri, *Diritto penale e attività economiche*, Bologna, 2010, p. 229.

mi commentatori della legge[19] e come adombrato perfino nella Relazione ministeriale[20].

È tuttavia possibile che la situazione in esame si verifichi, solo che si consideri la realtà dei *white collars crimes*.

Se il *top management* crea soltanto l'apparenza di un sistema di controllo, ma in fondo fomenta le iniziative illecite proprie e dei sottovertici, non può neppure parlarsi di elusione dei modelli di organizzazione, tantomeno di elusione fraudolenta perché i modelli *de jure* non esistono. Poco difforme il caso dell'ente che adotta misure grossolanamente inidonee oppure non attua un sistema autonomo ed efficace di vigilanza: l'elusione sussiste, ma non potrà definirsi mai fraudolenta, consistendo l'aggiramento —per così dire — in un gioco da ragazzi.

Opposto il caso (invero di ardua verificazione) in cui l'Ente impegna risorse ingenti per prevenire il rischio reato codificando regole di comportamento, procedure minuziose di controllo, condotte vietate: l'aggiramento dei modelli può verificarsi soltanto mettendo in campo una *calliditas* fuori del comune. Trattasi di una ipotesi di difficile concretizzazione dato il suo presupposto, l'organizzazione ineccepibile è fuori della natura delle cose (tanto più in tempi di crisi economica strutturale).

Quid juris nel caso (frequente, se non comune) in cui l'ente adotta iniziative *secundum id quod plerumque accidit* efficaci, ma non del tutto idonee a contenere ogni rischio astrattamente prevedibile di reato, alla luce delle conoscenze al massimo disponibili, a causa dell'estesa dimensione dell'azienda, dell'ampio novero dei settori a rischio–reato, dei costi in concreto praticabili, del livello di tecnologia al momento a disposizione ecc.? In tale stato di fatto sono le stesse inevitabili maglie della rete a consentirne la penetrazione. Qui l'aggiramento (con astuzia di grado medio o superiore) dei Modelli di organizzazione e controllo è un fatto in astratto prevedibile, ma in concreto non impedibile (a meno di pretendere un dispendio abnorme di risorse, un aggiornamento continuo della tecnologia ecc.). Forse è questo il caso preso in considerazione dalla legge, un caso che impone l'applicazione del principio generale *ad impossibilia nemo tenetur.*

Dalla breve disamina si comprende come il significato della locuzione in esame è destinato a variare a seconda del livello di prevenzione esigibile ossia del grado pretendibile di previsione e di impedimento del rischio–reato posto alla base del Modello organizzativo: l'aggiramento fraudolento

19. Ferrua, *Procedimento di accertamento e di applicazione delle sanzioni*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 80; Pulitanò, *La responsabilità*, cit., p. 23; Alessandri, *Diritto penale, cit.,* p. 229. In giurisprudenza, in termini analoghi, Trib. Milano, 27 aprile 2004, cit. in Arena, Cassano, *La responsabilità da reato degli enti collettivi*, Milano, 2007, p. 92.

20. Ivi si legge: «*è ragionevole prevedere che questa prova non sarà mai agevole; si rivelerà poi praticamente impossibile nel caso di ente a base manageriale ristretta*».

è (quasi) impossibile a ravvisarsi, se si pretende che i Modelli prevedano tutto il prevedibile sulla base delle conoscenze astrattamente acquisibili ed effettivamente siano strutturati in modo così minuzioso da descrivere ogni possibile contromisura al rischio di reato; è verosimile, se i Modelli si strutturano su uno *standard* ragionevole di esigibilità alla luce delle conoscenze disponibili.

Dunque, contrariamente a quanto sostenuto dalla dottrina pessimista sul realismo della menzionata esimente, è possibile ravvisare margini di operatività della prova liberatoria, sol che si individui il corretto presupposto nell'esistenza di un Modello serio ed aggiornato, in una parola "ragionevole", corroborato da un efficiente organo di vigilanza. Qualora, invece, si pretendesse un *Compliance program* inespugnabile, l'elusione fraudolenta rappresenterebbe realmente una pia illusione (ma anche un modello del genere costituirebbe una realtà iperurania). D'altra parte, un livello di esigibilità eccessivamente elevato, in quanto causa di appesantimento burocratico e di abnorme dispendio di risorse potrebbe avere —alla lunga— effetti indesiderati, in termini di efficienza produttiva dell'azienda (e quindi disincentivazione delle iniziative necessarie per ridurre il rischio–reato), ma anche di controllo orwelliano dell'impresa.

8. Ciò detto, dagli sporadici pronunciamenti giurisprudenziali sul tema, sembra dedursi un incipiente contrasto tra il diritto vivente *in itinere* e l'Accademia. Già il Tribunale di Milano, Sentenza 17 novembre 2009[21], assolse l'ente imputato del mancato impedimento del reato di aggiotaggio — consistente nello specifico nella diffusione di notizie false e idonee ad alterare il valore delle azioni e delle obbligazioni emesse, mediante la manipolazione della bozza di alcuni comunicati stampa elaborati (utilizzando dati corretti) dalle funzioni interne della società–, ponendo in evidenza per un verso la tempestiva adozione da parte di un Modello impositivo sia del dovere di rispettare la più rigorosa deontologia professionale nel diffondere notizie destinate al pubblico degli investitori e agli altri operatori del mercato, sia di una specifica procedura di redazione e approvazione finale dei comunicati, per altro verso il fatto che nel caso di specie il presidente del consiglio di amministrazione aveva chiesto di reperire un dato migliore per l'indice di bilancio già predisposto, così da forzare gli elementi di valutazione e quindi migliorare, con operazione cosmetica, l'andamento della società. Il tribunale ritenne che tale procedura di formazione delle informazioni fosse del tutto contraria ai principi stabiliti nel Modello organizzativo e quindi ne rappresentasse una palese elusione, dettata proprio dalle finalità che si volevano evitare, ossia la creazione di notizie false. Il giudice concluse affer-

21. In *www.rivista.231* , e in Alessandri, *Diritto penale*, cit., p. 230.

mando che la elusione fosse evidente nella scelta di non seguire il corretto *iter* di formazione delle valutazioni *bypassando* l'attività e gli studi degli uffici e che, quindi, i comportamenti illeciti oggetto di imputazione fossero da addebitare al comportamento dei vertici della società in contrasto con le regole interne.

I commentatori evidenziarono la discutibilità del ragionamento adottato, nella parte in cui l'elusione delle regole del modello era identificata, in sostanza, nella violazione frontale delle stesse[22], in contrasto con la lettera e la *ratio* della norma. Analoga *interpretatio abrogans* si rinviene nella sentenza in commento, laddove di nuovo si conferma l'idoneità e correttezza del modello di organizzativo adottato[23] e si afferma l'elusione della procedura ivi prevista per l'emissione dei comunicati stampa essendo stata volutamente rappresentata in maniera falsa la situazione economica della società, manipolando i dati interni per ragioni di convenienza di immagine, omettendo di seguire il *compliance program* e la procedura di formazione delle valutazioni. *Expressis verbis* si identifica l'elusione fraudolenta nel mancato adeguamento al corretto *iter* di formazione dei comunicati stampa, nella violazione delle procedure interne e nella violazione degli obblighi di comunicazione in modo veritiero e completo.

Si aggiunge, *in cauda,* qualcosa in più a proposito della frode: « *la frode cui si fa riferimento nel predetto d.lgs. n. 231 del 2001 deve riguardare non già gli operatori del mercato cui l'informazione è diretta ma gli altri protagonisti della procedura in quanto la frode deve avere funzione strumentale rispetto alla elusione del modello di organizzazione e delle sue procedure: nel caso di specie vi è stata un manipolazione dei dati forniti dagli uffici competenti della società e tale comportamento non può non qualificarsi come frode ai danni degli altri protagonisti della procedura prevista dal modello organizzativo* ». Se una morale deve essere tratta dalle due pronunce evidenziate, essa consiste in ciò: sembra che la giurisprudenza di merito (quantomeno quella meneghina) sia propensa a una assimilazione tra "elusione" e "violazione" delle regole, procedure, doveri imposti dal modelli e ad una inedita identificazione della "frode" in una

22. Arena, *Assoluzione dell'ente per responsabilità ex 231: commento di prima lettura. Nota a Tribunale di Milano, Sentenza 17 novembre 2009*, in *www.filodiritto.it*(13 gennaio 2010), cit.

23. Consistente in un sistema di controllo interno coerente con i principi del codice di autodisciplina promosso da Borsa Italiana s.p.a. e costruito attraverso una puntuale individuazione delle aree a rischio; in un organo di vigilanza regolato in conformità con le linee guida emesse da Confindustria; in procedure atte a regolamentare i flussi informativi verso l'organismo di vigilanza, con la previsione di specifici obblighi di informazione; in un sistema disciplinare calibrato sulla violazione delle regole previste dal modello di organizzazione; in controlli annuali volti a vagliare la validità delle procedure di controllo e protocolli diretti ad assicurare l'adeguata formazione del personale; nella previsione della partecipazione di almeno due soggetti per il compimento di attività a rischio; nella previsione di un complesso iter formativo delle notizie destinate al pubblico, con la predisposizione di una prima bozza ad opera della funzione aziendale coinvolta ed il coinvolgimento dell'ufficio relazioni esterne.

condotta fraudolenta nei confronti degli altri protagonisti della procedura prevista dal sistema organizzativo interno.

Il tutto in contrasto sia con gli orientamenti della dottrina, sia con il significato letterale e sistematico della locuzione in esame.

Se è vero infatti, come si legge in sentenza che al cospetto di un reato non può automaticamente escludersi l'idoneità e validità del modello organizzativo, ma occorre verificare la causa dell'elusione che ha agevolato la consumazione del reato, in quanto « *se l'elusione sia stata fraudolenta, la prevenzione del reato con esso attuata dovrà essere considerata efficace e la società non dovrà rispondere amministrativamente del reato* », e che un modello non può ritenersi « *inefficace per il solo fatto che da parte dei responsabili della persona giuridica siano stati commessi degli illeciti . . . perché altrimenti l'esimente non avrebbe mai pratica applicazione* », tuttavia una cosa è la violazione diretta delle regole/procedure/misure, altra cosa è l'elusione

a) in quanto, come si è detto, la legge, quando ha voluto ha utilizzato l'espressione "violazione" o "inottemperanza" e in altre occasioni ha impiegato il sostantivo "elusione" (o il verbo "eludere"),
b) in quanto se la mera violazione costituisse causa di esonero da responsabilità, tanto varrebbe accettare una grave aporia sistemica all'interno del d.lgs n. 231 del 2001: infatti la riforma per un verso imporrebbe una moralizzazione *ab interno* dell'ente mediante l'imposizione di sistemi regolamentari idonei ed efficienti e per altro verso escluderebbe la responsabilità al cospetto di modelli violati dagli stessi soggetti, gli apicali, che esprimono la politica aziendale.

Né vale affermare, come si legge, che « *il comportamento fraudolento in quanto tale non può essere impedito da nessun modello organizzativo e in particolare nemmeno dal più diligente organismo di vigilanza* ». A prescindere dalla persistente validità del canone interpretativo espresso dal brocardo *adducere inconvenientem non est argumentum,* si è tentato di dimostrare che lungi dal costituire una ipotesi di scuola l'esimente *de qua* è applicabile, purché siano ritenuti idonei ed efficaci i modelli caratterizzati dalla codificazione delle condotte prevedibili e delle procedure idonee a impedirle, sulla base delle conoscenze e delle risorse disponibili e purché si ravvisi la frode in manifestazioni di mala intelligenza (ad es. falsificazione/simulazione/corruzione) non impedibili da nessun *compliance program* di ragionevole fattura.

9. In conclusione a dieci anni — e oltre — dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 231 del 2001 il significato del sintagma "eludere fraudolentemente" è lungi dall'essere chiarito. Si affrontano due tendenze opposte: quella — di fatto — *abrogans*, abbracciata dalla dottrina, che identifica la causa di esenzione

della responsabilità in una condotta del tutto imprevedibile, di difficile realizzazione; quella — sostanzialmente — *contra legem,* palesata dalla sentenza in commento, che identifica la causa di esenzione della responsabilità in una condotta volontariamente e proditoriamente contraria ai Modelli di organizzazione.

Una *concordia oppositorum* può essere ottenuta, sia pure a fatica, valutando lo scopo della legge: escludere la responsabilità in presenza di una condotta imprevedibile e inevitabile, come tale non riconducibile alla colpa dell'ente e quindi all'ente stesso. Soltanto una modulazione ragionevole del canone di prevedibilità e evitabilità, in adesione alla nozione di colpa elaborata per il diritto penale "degli umani", può pervenire all'esito agognato: se infatti il modello di organizzazione codifica le contromisure alle modalità più frequenti di realizzazione del reato–presupposto elaborate dall'esperienza, l'elusione fraudolenta può ricondursi ad ogni condotta di effettivo aggiramento di quelle contromisure, ingannevole anche nei confronti dell'organo di vigilanza, tale da sfuggire alla ordinaria previsione e modalità "umana" di intervento.

LE IDEE DEGLI ALTRI

Sandro Fùrfaro

***on line*:**
Eleonora Fonseca

Archivio Penale
maggio–agosto 2013 fascicolo 2 anno LXV
ISBN 978-88-548-5819-0
DOI 10.4399/978885485819028
pag. 751–753

Recensione a

La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione di Francesco Mauro Iacoviello

(Milano, 2013, pp. 940)

Sandro Fùrfaro

L'opera dice molto più di quanto il titolo non proponga. La Cassazione penale, e, quindi, il fatto, il diritto e la motivazione in relazione al giudizio di legittimità sono, infatti, un'occasione per spaziare a tutto campo sul processo, le antinomie che lo caratterizzano e che condizionano la stessa possibilità di definirlo accusatorio, le iperboli di alcune norme, le stravaganze di altre e la disarmante semplicità di altre ancora che si complica nel rapporto col resto. Più che un lavoro *a tema*, sembra di leggere un trattato breve di procedura che muovendo da solide basi logiche sviluppa argomenti, sollecita approfondimenti, propone soluzioni. Il tutto, accompagnato da un periodare semplice e avvincente che, come i famosi *Quid juris*? di Vannini, fa si che, a tutta prima, il volume si legga come un romanzo, salvo poi ritornarci su, com'è naturale una volta sollecitata la riflessione.

Vengono fuori, così, trattando di vizi deducibili in sede di legittimità e dell'equivoco che ancora incombe sulla cassazione come giudice del diritto ma non del fatto, interessanti percorsi interpretativi e rilevanti proposte innovative che, semmai qualcuno raccoglierà (almeno nell'interpretazione stante l'ormai impensabile produzione normativa), risulteranno di gran lunga utili, tanto alla realizzazione di un sistema che compiutamente realizzi il giudizio accusatorio, quanto, soprattutto, alla soddisfazione di quell'esigenza di prevedibilità delle conseguenze giuridiche alle quali si espone chi nel processo compie attività rilevanti.

Qualche *assaggio* tra le tante tematiche che maggiormente colpiscono si impone. Soprattutto per mettere in luce, in una all'approccio critico–costruttivo della materia trattata, la chiara proposizione di soluzioni che risultano oggettivamente condivisibili se, in verità e non per finzione, si ha davvero a cuore di razionalizzare e rendere efficiente la macchina della giustizia e così migliorare la qualità del giudizio.

Il primo *assaggio*: in tema di preclusione, o, per dirla con l'A., di « *una categoria antica dal grande futuro* ». Muovendo da due notissime decisioni delle Sezioni Unite — la n. 18339 del 2004 e la n. 34655 del 2005 — e dal bel saggio del compianto Silvestri sulle preclusioni processuali e la ragionevole durata del processo, l'A. individua gli sviluppi possibili dell'istituto, tanto nell'ambito del medesimo procedimento, quanto tra questo e i procedimenti ad esso incidentali. Significativi i richiami all'incidentalità (che, nel riassestare il concetto, sono in linea con la tesi proposta da chi scrive a proposito della *complementarietà* come categoria fondamentale che caratterizza i procedimenti che hanno radice in quello c.d. principale), il discorso corre quindi alle questioni decise in tali procedimenti dalla Corte di cassazione e alla rilevanze che esse non possono che assumere nel procedimento principale. Accanto alle questioni di inutilizzabilità *et similia*, l'indagine spazia sulle questioni di merito e sulle decisioni relative alla prova. Soprattutto — e non è poco — sull'interferenza innegabile (ovvero negabile soltanto da chi premeditatamente non vuol proprio vedere)

tra il giudicato cautelare negativo della gravità indiziaria e la prosecuzione dell'azione in assenza di novità che sorreggano l'accusa. Il richiamo all'assunzione di responsabilità è, nel caso, un tutt'uno con l'esigenza di *ordinare* il procedere: che ogni parte sappia che, una volta proposta una questione in via incidentale, la decisione su di essa (in fatto o in diritto) ha ricadute sul giudizio principale e, quindi, responsabilmente *giochi le sue carte* senza contare sulla precarietà degli effetti.

Il secondo: in tema di giudicato e di retroattività del mutamento giurisprudenziale più favorevole. In senso critico rispetto alla nota decisione n. 230 del 2012 della Corte costituzionale, l'A., preso atto che il giudicato ormai non ha più nulla di ineluttabile e che la pretesa *stabilità della legge* è davvero *wishful thinking*, perviene alla conclusione che il vincolo del giudice sancito dall'art. 101 della Costituzione non costituisce un problema e che al cospetto di un mutamento giurisprudenziale più favorevole il giudice dell'esecuzione, come qualsiasi altro giudice, non potrà che essere libero di determinarsi come crede. Giudicato e forma del diritto — quanto dire un mito e il dogma della legge — mettono in luce, per altro, un problema più profondo, quello della storicità della certezza giuridica. E se ormai fermenta una concezione del diritto che, abbandonate le geometrie rigorose e le maglie della regolamentazione generale e astratta, tende verso la *regolazione* delle situazioni, l'approccio pragmatico alle questioni costituisce la *chiave di volta* che consente di superare dogmi e miti quando sono in gioco la libertà e la dignità delle persone.

Il terzo, in tema di inutilizzabilità, è un vero e proprio auspicio al migliore inquadramento organico dei vizi dell'atto e della prova. Spazzato il campo dagli equivoci sulle parole — e, in particolare, dall'incomprensibile *prova incostituzionale* — l'attenzione si appunta sull'infelice costrutto dell'art. 191 c.p.p. che col richiamo alle prove *acquisite* in violazione dei divieti stabiliti dalla legge confonde in sostanza prova e mezzo di acquisizione di essa, determinando non poche problematiche di vera e propria sovrapposizione dei vizi possibili e, quindi, sulle conseguenze che comporta la rilevazione di essi sugli atti successivi. È la prova come informazione vietata *in sé* a costituire l'essenza dell'inutilizzabilità. Laddove, invece, la prova non vietata è acquisita in maniera illegittima il vizio ricade sull'atto e l'ambito concettuale entro il quale il vizio rileva è eventualmente la nullità nel caso in cui questa sia tassativamente prevista o ricada nel catalogo delle nullità generali. Le conseguenze in tema di vizi derivati sono notevoli, in quanto se la *prova vietata* determina l'espunzione di essa (l'inutilizzabilità) dall'ambito del valutabile restando dubbia la sua utilizzabilità ad altri fini, il modo illegittimo di acquisizione determina, ove prevista, la nullità dell'atto acquisitivo cui evidentemente consegue l'invalidità di tutti quelli che da esso dipendono e, quindi, l'impossibilità che il contenuto dell'atto, salva eventuale rinnovazione, sia utilizzabile a sorreggere qualsiasi altra attività.

Un richiamo forte e deciso l'A. dedica alle *due cassazioni* e alla necessità che, nel continuo scontro tra fatto e diritto, il giudice di legittimità non dimentichi di essere *organo supremo di giustizia* e, quindi, irrinunciabilmente, giudice del controllo del giudizio di fatto. Giudizio di fatto e giudizio di diritto, dunque, sono scindibili soltanto in astratto, in quanto rappresentano le due componenti, inscindibili e complementari, della motivazione. Ciò vero, il contenuto del sindacato di legittimità è dato da tre elementi: correttezza dell'informazione probatoria, completezza dell'informazione probatoria, qualità della stessa informazione. Da qui all'auspicio della costruzione di un modello legale (un protocollo, per usare la stessa terminologia dell'A.) di ragionamento nella valutazione delle prove il passo è breve. Superata la teoria delle prove legali, in via di superamento il principio del libero convincimento del giudice, l'unico modo che può rendere il giudice libero ma non sovrano nel giudizio sul fatto è il rispetto di una "*procedura standard di operazioni concettuali*" che ha un suo abbozzo nel combinato disposto degli artt. 192 e 546 c.p.p. e che dall'introduzione della formula dell'oltre ogni ragionevole dubbio riceve ulteriore supporto. Attraverso la

dialettica del dubbio è infatti ripresa la presunzione di innocenza e le prove che l'accusa propone vanno valutate "*come se l'imputato fosse innocente*", cioè "*dubitando di esse e cercando di falsificarle*".

In conclusione, il testo va letto e meditato. Chi l'ha definita la *Bibbia* anticipatrice di come sarà la Cassazione penale a venire pare non abbia sbagliato che per difetto. Se l'interpretazione si propone sempre come base della successiva disciplina positiva può dirsi davvero che, nel caso, si tratti di una anticipazione del diritto processuale penale che verrà.

AREE SCIENTIFICO–DISCIPLINARI

AREA 01 – Scienze matematiche e informatiche

AREA 02 – Scienze fisiche

AREA 03 – Scienze chimiche

AREA 04 – Scienze della terra

AREA 05 – Scienze biologiche

AREA 06 – Scienze mediche

AREA 07 – Scienze agrarie e veterinarie

AREA 08 – Ingegneria civile e architettura

AREA 09 – Ingegneria industriale e dell'informazione

AREA 10 – Scienze dell'antichità, filologico–letterarie e storico–artistiche

AREA 11 – Scienze storiche, filosofiche, pedagogiche e psicologiche

AREA **12 – Scienze giuridiche**

AREA 13 – Scienze economiche e statistiche

AREA 14 – Scienze politiche e sociali

Il catalogo delle pubblicazioni di Aracne editrice è su

www.aracneeditrice.it

Compilato il 23 settembre 2013, ore 14:14
con il sistema tipografico LaTeX 2_ϵ

Finito di stampare nel mese di aprile del 2013
dalla «ERMES. Servizi Editoriali Integrati S.r.l.»
00040 Ariccia (RM) – via Quarto Negroni, 15
per conto della «Aracne editrice S.r.l.» di Roma