2/2012

Diritto Penale Contemporaneo

CODICE ISSN 2240-7618

Rivista trimestrale

MASSIMO DONINI — L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali.

PIERO GAETA — La prescrizione del reato come compensazione del processo irragionevolmente lungo: ovvero del criterio del "pregiudizio importante" nella giurisprudenza di Strasburgo.

EDITORE
Luca Santa Maria

COMITATO SCIENTIFICO
Giorgio Marinucci, Emilio Dolcini, Novella Galantini

DIRETTORE RESPONSABILE
Francesco Viganò

VICE DIRETTORI
Gian Luigi Gatta, Guglielmo Leo

COMITATO DI DIREZIONE
Roberto Bartoli, Fabio Basile, Silvia Buzzelli, Elena Maria Catalano, Massimo Ceresa Gastaldo, Fabrizio D'Arcangelo, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Antonio Gullo, Luca Luparia, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Luca Pistorelli, Gioacchino Romeo, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Rosaria Sicurella, Carlo Sotis, Antonio Vallini, Alfio Valsecchi, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi

SEGRETERIA DI REDAZIONE
Anna Liscidini, Alberto Aimi

REDAZIONE
Giorgio Abbadessa, Susanna Arcieri, Alexander Bell, Lodovica Beduschi, Marta Borghi, Carlos Cabezas Cabezas, Ignacio Castillo Val, Angela Colella, Patrizia Di Fulvio, Chiara Gaio, Gianni Giacomelli, Elio Giannangeli, Alex Ingrassia, Vasco Jann, Marco Panzarasa, Marta Pelazza, Verena Pusateri, Luigi Santangelo, Sara Turchetti, Stefano Zirulia

Diritto Penale Contemporaneo

DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO - RIVISTA TRIMESTRALE è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, espressione di una partnership tra lo Studio legale dell'avvocato Luca Santa Maria di Milano, che ha ideato l'iniziativa, ne ha finanziato la realizzazione tecnica e ne è l'editore, e la Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, cui afferiscono i componenti del Comitato scientifico che supervisiona i contenuti della Rivista. La Rivista è diretta da un Comitato di direzione composto da un gruppo di magistrati, di avvocati e di giovani docenti di diritto e procedura penale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito.

PEER REVIEW

La qualità scientifica dei lavori di più ampio respiro pubblicati sulla Rivista è assicurata da una procedura di peer review, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, professori ordinari italiani e stranieri di diritto e procedura penale, che la Rivista vivamente ringrazia per avere accettato questo compito.

Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da due revisori, i quali esprimono il loro parere in forma parimenti anonima sulla conformità del lavoro agli standard qualitativi delle migliori Riviste di settore. La pubblicazione del lavoro presuppone il parere favorevole di entrambi i revisori. La designazione dei revisori per ciascun lavoro di diritto o di procedura penale è effettuata automaticamente seguendo l'ordine alfabetico dei revisori di ciascuna disciplina pubblicato in calce, in ragione della data e dell'ora in cui ciascun lavoro è pervenuto all'indirizzo e-mail della redazione. Nel caso di impedimento da parte del revisore designato subentra il revisore successivo nell'elenco alfabetico. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di peer review è conservata idonea documentazione presso la redazione.

ELENCO DEI REVISORI

Prof. Alberto Alessandri, Prof. Ennio Amodio, Prof. Francesco Angioni, Prof. Alessandro Bernardi, Prof. David Brunelli, Prof. Alberto Cadoppi, Prof. Stefano Canestrari, Prof. Francesco Caprioli, Prof. Mauro Catenacci, Prof. Mario Chiavario, Prof.ssa Ombretta Di Giovine, Prof. Massimo Donini, Prof. Giovanni Fiandaca, Prof. Luigi Foffani, Prof. Gabriele Fornasari, Prof. Glauco Giostra, Prof. Giovanni Grasso, Prof. Giulio Illuminati, Prof. Sergio Lorusso, Prof. Luca Marafioti, Prof. Enrico Marzaduri, Prof. Jean Pierre Matus, Prof. Adan Nieto Martin, Prof. Renzo Orlandi, Prof. Francesco Palazzo, Prof. Lorenzo Picotti, Prof. Paolo Pisa, Prof. Domenico Pulitanò, Prof. Mario Romano, Prof. Sergio Seminara, Prof. Placido Siracusano, Prof. Giulio Ubertis, Prof. Paolo Veneziani.

ANNO 2012, CODICE ISSN 2240-7618
Registrazione presso il Tribunale di Milano, al n. 554 del 18 novembre 2011.
Sede legale: Via Serbelloni, 1, 20122 Milano
Impaginazione automatica: www.t-page.it

Telefono: 02 8928 3000 | Fax: 02 8928 3026 | redazione@penalecontemporaneo.it

SOMMARIO

EDITORIALE

In questo numero
DI FRANCESCO VIGANÒ — 01

L'OBIETTIVO SU...

Der Umfang der Vermögensabschöpfung beim Unternehmen in Deutschland und Italien
DI MARKUS RÜBENSTAHL — 06

Il procedimento per i reati ministeriali: i conflitti di attribuzione per "usurpazione" e per"menomazione" fra giudici ordinari e assemblee parlamentari
DI ROBERTA APRATI — 36

L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali
DI MASSIMO DONINI — 51

La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto 'correttivo'
DI VINCENZO MONGILLO — 75

Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro
DI ANDREA PERIN — 105

La "rilevanza" delle questioni di legittimità costituzionale *in malam partem*: il caso della prescrizione del reato
DI MARCO SCOLETTA — 117

Verso una rivalutazione dell'art. 615 *ter* c.p.? 126
DI ROBERTO FLOR

Verso un nuovo "volto" del *ne bis in idem* internazionale nell'Unione europea? 143
DI DONATO VOZZA

EUROPA E SISTEMA PENALE

La prescrizione del reato come compensazione del processo irragionevolmente lungo: ovvero del criterio del "pregiudizio importante" nella giurisprudenza di Strasburgo 154
DI PIERO GAETA

Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE 167
DI VICO VALENTINI

La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni 180
DI ANNA MARIA MAUGERI

Francesco Viganò

In questo numero

Editoriale

1 Come avevamo preannunciato, il n. 2/2012 della *Rivista trimestrale* di *Diritto penale contemporaneo* esce con un numero cospicuo di articoli (8 su 11) sottoposti **alla procedura di *peer review*** meglio descritta nello *statement* pubblicato *on line* e riprodotto sulla seconda pagina di copertina. Si tratta di lavori originariamente pensati, in ragione del loro ampio respiro, per la *Rivista trimestrale*, e che sono stati pubblicati in anteprima sulle pagine quotidiane di *Diritto penale contemporaneo* soltanto dopo il loro vaglio positivo da parte di due dei prestigiosi revisori che hanno accettato di collaborare con noi, e che qui vogliamo ancora una volta ringraziare per la loro disponibilità, che ci onora.

Tutto ciò a conferma della sostanziale *unitarietà* del progetto di *Diritto penale contemporaneo*, di cui la rivista quotidiana e questa *trimestrale* sono un po' i due versanti (il primo più attento all'attualità, il secondo pensato per le riflessioni destinate a rimanere *oltre* l'attualità): unica la direzione e il comitato scientifico, unica l'ispirazione di fondo, che è quella – lo abbiamo scritto ormai molte volte – di stimolare un più proficuo dialogo tra tutti gli attori che 'fanno' il diritto penale italiano (la prassi, la dottrina, ma anche, oggi, un legislatore finalmente un po' più attento ai problemi *reali* che affliggono la nostra giustizia); con uno sguardo che non si arresta ai confini nazionali, ma aspira a confrontarsi sempre più con ciò che accade altrove.

2 Ed allora, anche in questo numero il lettore troverà un importante contributo in lingua straniera, a firma di Markus Rübenstahl, giovane ma già autorevole studioso e avvocato tedesco, e al tempo stesso attento osservatore del sistema penale italiano. Il suo lavoro – scritto in una lingua in verità non facile, ma per fortuna familiare a molti penalisti italiani – ha per oggetto la *vexata quaestio* della **determinazione del profitto da reato assoggettabile a confisca** (diretta o per equivalente): tema sul quale nello stesso ordinamento tedesco, che pure ha compiuto agli inizi degli anni novanta una scelta normativa a favore del *Bruttoprinzip*, o «principio del lordo», continuano a manifestarsi oscillazioni interpretative da parte dello stesso supremo organo di giustizia federale. Alcuni recenti arresti della nostra Cassazione – apparentemente del tutto distonici rispetto alla *ratio decidendi* delle Sezioni Unite nella nota sentenza *Impregilo* – sulla determinazione del *quantum* confiscabile a carico dell'ente *ex* art. 19 d.lgs. 231/2001 in relazione ad appalti conseguiti mediante truffe o corruzioni mostrano, del resto, come sia urgente riprendere pure da noi una riflessione scientifica sul tema, avvalendosi anche del prezioso apporto del diritto comparato, per contribuire ad orientare anche la prassi nello scioglimento dei nodi rimasti aperti dopo la sentenza delle Sezioni Unite. A cominciare dalla problematica concretizzazione del principio secondo cui, nei cd. «reati in contratto», il profitto dovrebbe essere confiscato *al netto dell'utilità conseguita dall'altro contraente*: formula ambigua, dal significato e dalla *ratio* oscura, che non a caso ha dato luogo, e verosimilmente darà ancora luogo, a seri contrasti interpretativi, con buona pace del principio della certezza giuridica e della prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

Il lavoro di Rübenstahl ha d'altra parte un valore particolare anche dal punto di vista *metodologico*, impostando una comparazione tra i due ordinamenti (tedesco e italiano) *a partire da uno specifico problema applicativo*, e non già lavorando soltanto sulle norme in astratto, o sui principi ad esse sottostanti. Non che la comparazione tra norme e principi sia inutile, intendiamoci; ma essa sarà tanto più utile in quanto sia pensata

come funzionale alla comprensione di singoli *problemi* che si pongono, in termini possibilmente identici, nei due ordinamenti.

Il metodo utilizzato oggi dalle grandi istituzioni che si occupano di diritto comparato (penso ad es. al Max Planck Institut di Friburgo, ben noto agli accademici italiani) è, per l'appunto, sempre più quello di sollecitare gli studiosi di ogni paese a rispondere a quesiti del tipo «come sarebbe risolto nel vostro ordinamento il caso di un gioielliere che, per difendersi da un tentativo di furto, uccida con un colpo di pistola l'aggressore, palesemente non armato?», piuttosto che a quesiti astratti del tipo «come è regolata la legittima difesa nel vostro ordinamento?». Il quesito che guarda alla *verosimile* soluzione del caso concreto sollecita, infatti, lo studioso a dar conto puntuale non solo delle norme pertinenti, ma anche degli orientamenti giurisprudenziali relativi, e della concreta prassi degli organi investigativi e giudiziari di merito, compresi i criteri di commisurazione della pena, la possibilità di ricorso a riti processuali alternativi e/o a forme di *diversion*, i meccanismi di estinzione della pretesa punitiva statale (a cominciare dalla prescrizione), le regole che presiedono all'esecuzione della pena, etc. Il buon comparatista è oggi, insomma, chi riesce a possedere un tale sguardo di insieme sull'ordinamento da essere in grado di ragionevolmente prevedere, sulla base della *giurisprudenza* pertinente e delle *prassi* applicative, *che accadrà in concreto* a quel gioielliere: non solo se sarà assolto o condannato, ma anche – prima ancora – se gli sarà verosimilmente applicata una misura cautelare, di natura custodiale o non, e poi *a quale titolo* potrebbe essere condannato (omicidio volontario o colposo *ex* art. 55 c.p.?), se potrà beneficiare dell'attenuante della provocazione, a quale pena potrebbe essere effettivamente condannato nel caso di rito ordinario o abbreviato, e magari quanti anni di reclusione dovrà effettivamente scontare prima di poter essere ammesso a beneficiare di misure alternative alla detenzione, e così via. *Tutte* queste informazioni, del resto, sono e sempre più saranno di cruciale importanza in sede europea, allorché si tratti di valutare l'*effettività* della tutela penale offerta dai singoli ordinamenti degli Stati membri: una valutazione, questa, che non può certo accontentarsi di un superficiale confronto tra le norme incriminatrici e i relativi quadri sanzionatori, come quella ai quali i comparatisti di un tempo solevano limitarsi.

Il lavoro sulla confisca che qui pubblichiamo costituisce dunque un ottimo esempio di quanto sia utile *pensare per problemi*, e confrontarsi su *singole questioni applicative* («come si determina il *quantum* del profitto confiscabile nell'ipotesi in cui un'impresa si aggiudichi un appalto corrompendo i funzionari preposti alla gara?») con chi, operando nell'ambito di un diverso ordinamento sulla base di norme non del tutto coincidenti, si trovi tuttavia ad affrontare questioni di fatto *identiche*, e non risolte univocamente dal dato normativo. Questioni che esigono, certo, di essere affrontate in modo coerente con i principi propri di ciascun ordinamento; ma che al tempo stesso reclamano soluzioni intrinsecamente *ragionevoli*, spesso suscettibili di essere *esportate* senza difficoltà da un sistema all'altro: tanto più quando, come accade tipicamente in materia di criminalità d'impresa, i fenomeni criminosi da contrastare abbiano una dimensione *transnazionale* (come nel caso in cui l'impresa corruttrice sia *tedesca* e il funzionario corrotto sia *italiano*, o viceversa), con conseguente opportunità di risposte il più possibili uniformi, anche a prescindere dall'esistenza di obblighi di armonizzazione di fonte UE immediatamente rilevanti.

3

Molto altro troverà però il lettore in questo numero della nostra *Rivista*, a partire da un denso saggio di Massimo Donini sull'**eredità di Bricola per la dottrina penalistica italiana ed europea,** costruito attorno alla parola chiave «costituzionalismo come metodo». Si tratta dell'introduzione alla traduzione in spagnolo, di imminente pubblicazione, della monumentale voce *Teoria generale del reato*, che costituisce forse l'opera più significativa del penalista bolognese troppo presto scomparso, nella quale egli pose le basi del moderno approccio "costituzionale" al diritto penale, oggi trasfuso nelle pagine

di tutti i principali manuali su cui si sono formati i nostri avvocati e magistrati: un lascito prezioso, ad avviso di Donini, anche nella prospettiva di una più ampia integrazione dei sistemi penali nella dimensione europea.

Ai temi 'europei', di sempre maggiore rilievo per il penalista italiano, sono del resto dedicati anche numerosi altri contributi che compaiono su questo numero. Mi piace anzitutto segnalare la perspicua nota a una sentenza della Corte di Strasburgo in materia di **prescrizione e ragionevole durata del processo penale**, a firma di Piero Gaeta, magistrato di grande raffinatezza intellettuale e profonda cultura giuridica, anche sul versante del diritto europeo, che ringrazio così per avere iniziato la propria collaborazione con la nostra *Rivista*. Una collaborazione che, sono certo, proseguirà nel prossimo futuro, e che potrà risultare di grande significato nell'ottica di un dialogo sempre più serrato tra 'accademia' e magistratura.

Ancora sul versante europeo, ricordo qui il – come sempre – documentatissimo studio di Anna Maria Maugeri sulla recente **proposta di direttiva in materia di confisca** presentata dalla Commissione UE: una proposta destinata a incidere profondamente sulla frammentaria normativa italiana, e il cui *iter* legislativo *Diritto penale contemporaneo* cercherà dunque di monitorare da vicino. Ancora, il lettore troverà un perspicuo studio di Vico Valentini sulla **legalità convenzionale e l'obbligo di interpretazione conforme** per il giudice italiano (tema, quest'ultimo, sul quale la nostra rivista quotidiana ha avuto recentemente l'onore di ospitare due autorevoli contributi a firma rispettivamente di Vittorio Manes e, ancora, di Piero Gaeta), nonché una corposa nota di Donato Vozza a una sentenza del GIP di Milano su una difficile questione in materia di ***ne bis in idem* europeo**, che poneva in causa direttamente il rango e la diretta applicabilità della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nell'ordinamento italiano.

Per quanto riguarda invece i profili maggiormente attinenti alla dimensione nazionale, merita anzitutto menzione il contributo di Roberta Aprati sul tema, sempre scottante, dei **reati ministeriali** e della giurisprudenza della Corte costituzionale sui conflitti di attribuzione connessi ai medesimi, culminata con le recenti sentenze nn. 87 e 88/2012, mediante le quali sono stati risolti i conflitti relativi all'ex Presidente del Consiglio Berlusconi e all'ex ministro della giustizia Mastella. Sempre a profili concernenti la giustizia costituzionale è dedicato un articolo di Marco Scoletta, che affronta in particolare il problema del possibile **sindacato *in malam partem* della Corte sulle norme in materia di prescrizione.** Un sindacato cui la Consulta ha sinora sempre opposto un fermo sbarramento, sulla base della riserva di legge di cui all'art. 25 co. 2 Cost., con argomenti che tuttavia – come giustamente rileva l'Autore – meriterebbero di essere ripensati *funditus*, anche a fronte di una situazione di sempre più clamorosa violazione da parte del nostro paese dei propri obblighi internazionale di tutela penale effettiva di interessi, o addirittura di *diritti* fondamentali (e sul punto tornerò brevissimamente in chiusura), per effetto di una disciplina della prescrizione che obiettivamente incoraggia tattiche processuali dilatorie da parte della difesa, aggravando così l'endemico problema della lentezza del nostro processo penale: col risultato di vanificare sistematicamente le attività di accertamento di colpevolezza già svolte, sprecando inutilmente le già scarse risorse del sistema penale e frustrando le sacrosante istanze di giustizia delle vittime.

Un lavoro di Vincenzo Mongillo (già pubblicato in forma di, più esteso, *working paper* sulla rivista quotidiana lo scorso 9 gennaio 2012, e qui ripubblicato in una versione originale più sintetica) ricostruisce poi l'attuale (e complesso) quadro normativo sulla **delega di funzioni in materia di sicurezza sul lavoro** alla luce del d.lgs. 81/2008, evidenziando limpidamente punti fermi e problemi aperti, con approccio sempre attento alle prospettive della prassi. Su temi affini si assesta anche il contributo di un altro giovane studioso, Andrea Perin, che esplora i profili della c.d. **"colpa relazionale" in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro**, sempre al centro dell'attenzione della giurisprudenza; mentre un'articolata nota a sentenza di Roberto Flor, giovane ma ormai autentico esperto del tema, è dedicata alla recente presa di posizione delle Sezioni Unite

in materia di **accesso abusivo a sistema informatico**, della quale si fornisce un giudizio complessivamente positivo, in controtendenza rispetto ad altre posizioni nel frattempo espresse dalla dottrina penalistica.

4

Numerose sono le questioni, peraltro, sulle quali converrà riflettere dopo l'imminente pausa estiva, e sulle quali la nostra *Rivista* – nella sua versione 'quotidiana' e dalle pagine di questa *trimestrale* – continuerà a tener puntati i riflettori.

Una tra queste, certamente, è la **riforma della corruzione**, che sembra finalmente avviata alla fase conclusiva: una riforma ancora incompleta rispetto all'estensione degli obblighi internazionali e alle necessità di contrasto a fenomeni criminosi che producono ingenti danni all'economia italiana, ma che costituisce per lo meno – come Emilio Dolcini ed io abbiamo scritto nello scorso numero di questa *Rivista* – un passo importante nella giusta direzione, in un contesto istituzionale e politico tutt'altro che semplice.

In secondo luogo, la necessità di introdurre finalmente nel codice penale italiano **norme incriminatrici della tortura e dei trattamenti inumani e degradanti**. Il processo per i fatti della scuola Diaz del 2001, conclusosi nei giorni scorsi con la conferma della sentenza di secondo grado, ma con ulteriori dichiarazioni di prescrizione per tutte le imputazioni diverse dai falsi, ha accertato gravissime violazioni dei diritti fondamentali delle persone che si trovavano inermi in quella scuola ad opera di centinaia di agenti di polizia e dei loro capi: i quali però in larga misura sfuggiranno a ogni punizione, per effetto della falcidia dei termini prescrizionali che hanno colpito tutti i fatti qualificati dai pubblici ministeri come lesioni, minacce, violenze private, abusi d'ufficio. Fatti, in realtà, che dal punto di vista del diritto europeo sono qualificabili come torture o, almeno, come trattamenti inumani e degradanti; e che avrebbero dovuto essere abbracciati da *apposite norme incriminatrici*, la cui introduzione è reclamata invano da quasi trent'anni dagli strumenti internazionali, in modo – tra l'altro – da porre al sicuro i relativi processi dal rischio prescrizione. Giacché – è il caso di ripeterlo ancora una volta – secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di Strasburgo uno Stato può violare il proprio dovere di rispettare i propri obblighi convenzionali, e segnatamente l'art. 3 CEDU, non soltanto torturando e brutalizzando a mezzo dei propri agenti, ma anche *omettendo di punire* i responsabili, e in particolare *omettendo di punirli in tempo* prima che si consumino i termini di prescrizione.

Della questione – v'è da scommetterlo – si dovrà parlare ancora a Strasburgo: non soltanto per effetto dei ricorsi già preannunciati dai difensori degli imputati, i quali lamentano la violazione del loro diritto al giusto processo da parte dei magistrati italiani; ma anche in seguito ai ricorsi che verosimilmente saranno presentati dalle *vittime* della Diaz e di Bolzaneto, che lamenteranno per l'appunto la violazione dell'obbligo, a carico dello Stato italiano, di *punire* con una pena adeguata i responsabili di questa pagina buia della nostra storia.

Ma, soprattutto, un tema dovrà continuare a essere posto al centro dell'attenzione degli addetti ai lavori e, il più possibile, dell'opinione pubblica: quello della sempre più intollerabile situazione di **sovraffollamento delle nostre carceri**, che comporta una violazione questa volta *sistemica* del diritto dei detenuti a non essere sottoposti a pene *inumane e degradanti*. Da molti accademici si invoca, proprio in questi giorni, l'approvazione urgente da parte del Parlamento di un nuovo provvedimento di grazia e/o di indulto, quale rimedio di emergenza per una situazione ormai esplosiva. Comunque si valuti questa prospettiva, un dato è però sicuro: sino a che non si porrà mano ad interventi *strutturali*, in grado di ridurre in maniera significativa il numero di accessi al carcere, il problema sarà comunque destinato a riproporsi, rendendo tra pochi anni inevitabile il ricorso a *nuove* misure clemenziali che, a lungo andare, *indeboliscono* la credibilità complessiva del sistema, e la sua capacità di tutelare i beni giuridici più essenziali dei singoli e della collettività, costringendo per di più i magistrati (nel caso dell'indulto) a

lavorare a vuoto: e cioè ad accertare responsabilità ed a pronunciare condanne destinate a non essere eseguite, in una situazione di drammatica carenza di risorse complessive a disposizione del sistema giustizia.

La ministra Severino aveva, all'inizio del suo mandato, indicato proprio l'emergenza carceraria come una delle principali priorità per la giustizia penale italiana, e proprio in quella direzione si erano mossi i suoi primissimi interventi. Quel cammino deve essere ora ripreso con decisione, promuovendo almeno quelle innovazioni normative – sollecitate un po' da tutti i professori le cui interviste abbiamo ripubblicato nello scorso numero della *trimestrale* – che promettono maggiore risultati nella direzione di una deflazione degli ingressi negli istituti penitenziari: *in primis*, proscioglimento per irrilevanza e/o scarsa offensività del fatto; e uso più generoso della detenzione domiciliare come alternativa alla pena detentiva nonché, soprattutto, come autonoma pena principale.

5

Prima di chiudere, una nota personale, e assieme una ragione di orgoglio per tutta la *Rivista*: le più affettuose felicitazioni al professor Antonio Gullo, collega e amico fraterno da molti anni oltre che membro del nostro Comitato di direzione, per la sua recentissima nomina quale Sottosegretario alla Giustizia. Un incarico difficile, ma che certamente saprà svolgere con grande impegno e intelligenza, in ciò agevolato anche alla sua innata cortesia e signorilità – doti, ahimè, sempre più rare di questi tempi. Auguri, Antonio.

Markus Rübenstahl

Der Umfang der Vermögensabschöpfung beim Unternehmen in Deutschland und Italien

Ein Vergleich zwischen Verfall (§§ 73 ff. StGB) sowie Unternehmensgeldbuße (§ 30 OWiG) einerseits und "confisca" (Art. 19 d.lgs. 231/2001) andererseits

Qual è la *misura* del *profitto* confiscabile, e con quali criteri deve essere effettuata la relativa valutazione da parte del giudice penale?

Questa la domanda centrale oggetto del presente contributo, che offre un prezioso quadro comparato delle soluzioni – tutt'altro che univoche e definitive – cui sono pervenute sinora le massime giurisdizioni tedesca e italiana, in particolare con riguardo alla determinazione del profitto confiscabile a carico delle *imprese* i cui dirigenti abbiano ottenuto la *stipulazione di un contratto* tramite un'attività delittuosa (ad es. mediante corruzione dei pubblici funzionari preposti all'aggiudicazione di un appalto).

Con riguardo alla situazione tedesca, l'autore ricostruisce nel dettaglio, a beneficio del lettore italiano, la normativa codicistica in materia di confisca (*Verfall*) di cui ai §§ 73 e ss. StGB, che si estende, secondo la normativa vigente, a *tutto ciò* (letteralmente, a "qualsiasi cosa che") che *l'autore o il partecipe abbia ricavato* per la, *ovvero* dalla *commissione di un fatto antigiuridico*: formula generica, questa, con la quale il legislatore del 1992 intendeva chiaramente orientare l'interprete verso l'adozione del c.d. "*Bruttoprinzip*", o "principio del lordo", in contrapposizione alla situazione normativa preesistente che imponeva la confisca del "profitto patrimoniale" ricavato dal reato. Nell'ipotesi in cui l'autore abbia agito (anche senza formale investitura) per conto di *un terzo*, e in particolare di *un'impresa*, la confisca dovrà essere disposta nei confronti di quest'ultima, che potrà esercitare il proprio diritto di difesa nell'ambito del medesimo processo penale celebrato contro l'imputato-persona fisica (in un sistema, si rammenti, che *non* prevede una formale responsabilità penale della persona giuridica).

Così fissate le coordinate normative, l'autore evidenzia come la definizione dell'*oggetto* della confisca (ossia del *quantum* confiscabile) sia tuttora oggetto di interpretazioni contrastanti in seno alla stessa giurisprudenza tedesca di legittimità.

Vengono qui analizzate, in particolare, due recenti sentenze, rispettivamente della quinta e della prima sezione della Cassazione federale tedesca (*Bundesgerichtshof*).

Nella prima, relativa a un caso di corruzione che aveva consentito a un'impresa di aggiudicarsi un appalto con la pubblica amministrazione relativo alla costruzione di un impianto inceneritore di rifiuti del valore di circa 792 milioni di euro, il *Bundesgerichtshof* statuì il principio secondo cui in casi siffatti ciò che l'impresa "ricava dal" fatto antigiuridico (la corruzione) è lo stesso *ottenimento dell'appalto*, e non già il *prezzo concordato per la sua esecuzione*. Oggetto della confisca è, allora, il *valore economico complessivo dell'appalto al momento della conclusione del contratto*; valore che deve essere stimato principalmente in relazione al *profitto che l'impresa si attendeva in quel momento*, secondo i propri calcoli di guadagno. Nel caso di specie, l'impresa aveva calcolato di ricavare dal contratto un profitto di 8-9 milioni di euro, profitto che venne

in effetti conseguito in via provvisoria dall'impresa; essendo tuttavia stata costretta a prestare una serie di garanzie supplementari nel corso dei lavori, l'impresa finì in concreto per sopportare *costi addirittura superiori, seppur di poco, ai 792 milioni di euro complessivamente percepiti* quale corrispettivo dell'appalto. In queste condizioni, il *Bundesgerichtshof* ritenne che non vi fossero i presupposti per procedere ad alcuna confisca ex §§ 73 ss. StGB, se non già per mancanza di un *quantum* confiscabile, almeno per evitare un´iniqua asprezza della confisca nel caso concreto (§ 73c StGB) nei confronti di un'impresa che nel frattempo era addirittura fallita.

Nella seconda pronuncia, relativa a un caso di pubblicità ingannevole tramite cataloghi inviati via posta a clienti anziani, i quali avevano poi effettivamente ordinato merci contro bonifici per un valore complessivo di circa 54 milioni di euro - di cui rispettivamente 32 milioni, 1,7 milioni e 670.000 euro circa confluiti sui conti delle tre società coinvolte nel processo penale celebratosi in Germania contro le persone fisiche che avevano commesso il fatto -, il *Bundesgerichtshof* affermò il principio secondo cui ciò che le società in questione avevano "ricavato dal fatto antigiuridico" non era stata semplicemente la *conclusione dei contratti*, ma anche le *somme effettivamente corrisposte dai clienti in esecuzione degli stessi*, somme che pertanto – nella misura in cui effettivamente erano pervenute alle varie società coinvolte – furono *integralmente sottoposte a confisca*.

Nonostante i tentativi compiuti dalla prima sezione per negare l'esistenza di un contrasto con la precedente pronuncia della quinta sezione e per sottrarsi, conseguentemente, all'obbligo di sottoporre la questione alle sezioni unite del *Bundesgerichtshof* , le due sentenze appaiono ad avviso dell'autore difficilmente conciliabili, ed evidenziano pertanto lo stato di incertezza in cui versa il diritto d'oltralpe su questo delicatissimo tema.

Una simile situazione di incertezza, ad avviso dell'autore, caratterizza d'altronde anche il diritto italiano, nonostante la nota sentenza *Impregilo* della Sezioni unite della nostra Cassazione (2008). Come si ricorderà, in quella pronuncia le Sezioni unite rigettarono espressamente il principio del "netto", ma affermarono che – quanto meno con riferimento alle ipotesi in cui per effetto dell'attività delittuosa l'autore del reato, ovvero la persona giuridica nell'interesse della quale quegli agisca, abbia ottenuto la stipula di un contratto, poi regolarmente eseguito – il profitto confiscabile è costituito dal "vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale [...] concretamente determinato al *netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente*". Richiamando le perplessità espresse in proposito anche da una parte della dottrina italiana, l'autore evidenzia qui i dubbi applicativi che tuttora circondano la determinazione di tale "effettiva utilità" conseguita dal contraente "danneggiato" dal reato, alternativamente identificata nel valore delle prestazioni così come stabilite nel contratto, ovvero nel valore di mercato delle stesse.

Zusammenfassung

1. Einleitung. – 2. Deutschland: Rechtslage zur Abschöpfung beim Unternehmen. – 2.1. Einführung zum Rechtsinstitut des Verfalls (§§ 73 ff. StGB). – 2.2. Das erlangte Etwas beim Verfall (§§ 73 ff. StGB). – 2.3. Verfall des Erlangten beim Unternehmen (§ 73 Abs. 3 StGB). – 2.4. Ausschluss durch Ansprüche Dritter (§ 73 Abs. 1 S. 2 StGB) - typischerweise nicht bei Amtsträgerkorruptionsdelikten. – 2.5. Entwicklung der deutschen Rechtsprechung zum Abschöpfungsbetrag im Sinne des § 73 Abs. 1 S. 1 StGB. – 2.5.1. Müllverbrennungs-Entscheidung (5. Strafsenat). – 2.5.2. Werbepost-Entscheidung (1. Strafsenat). – 2.6. Stellungnahme in der Literatur. – 2.6.1. "Für die Tat" einschlägige Tatbestandsvariante mit der Folge des Synallagmas zwischen gewährtem Vorteil und Sondervorteil aus der (pflichtwidrigen oder wettbewerbswidrigen) Handlung. – 2.6.2. Analogie zum zivilrechtlichen Bereicherungsrecht

(§§ 812, 818, 819 BGB). – 2.7. Kritik. – 2.8. Exkurs: Alternative Abschöpfung des Gewinns aus Straftaten bei Unternehmen durch eine Unternehmensgeldbusse gem. §§ 30, 17 Abs. 4 OWiG. – 3. Italien: Rechtslage zur Abschöpfung beim Unternehmen. – 3.1. Allgemeines zur "confisca" gem. Art. 19 des Legislativdekrets Nr. 231 vom 8. Juni 2001. – 3.2. Bestimmung der Höhe des Abschöpfungsbetrags ("profitto"). – 3.2.1. Nettoprinzip. – 3.2.2. Bruttoprinzip. – 3.2.3. Vermittelnde Auffassung der Vereinigten Strafsenate der Corte Suprema di Cassazione seit der Impregilo-Entscheidung (2008). – 3.2.4. Kritik in der Literatur. – 4. Deutschland und Italien: Erste rechtvergleichende Anmerkungen zur Vermögensabschöpfung beim Unternehmen aus deutscher Perspektive.

1 Einleitung

Der Verfall von Vermögen beim Unternehmen wegen Straftaten zum Beispiel gem. §§ 263 ff., 299, 333 ff. StGB nach den §§ 73 ff. StGB bzw. die Abschöpfung von wirtschaftlichen Vorteilen beim Unternehmen im Bußgeldverfahren (§§ 30, 17 Abs. 4 OWiG) ist in Deutschland eine gleichermaßen brisante wie höchstrichterlich teilweise ungeklärte Materie[1] , genau wie lange Zeit das – sinngemäß entsprechende – Rechtsinstitut der "confisca" gem. Art. 19 d.lgs. 231/2001 nach italienischem Recht[2] . Von besonderer Bedeutung und in beiden Rechtsordnungen umstritten ist der Umfang des abzuschöpfenden Vermögens bei durch Wirtschaftsstraftaten erlangten synallagmatischen Verträgen bzw. die wirtschaftlichen und rechtlichen Maßstäbe, nach denen dieses zu ermitteln ist[3] .

Die Streitigkeit der Bestimmung des beim Unternehmen "abzuschöpfenden Etwas" (im Weiteren: "Abschöpfungsbetrag") beruht zum Einen – in Deutschland – formal darauf, dass diese Rechtsfolge jedenfalls gem. § 73 StGB unter der Herrschaft des "Brutto-Prinzips" einen strafähnlichen Charakter erlangen kann, obwohl der Verfall nach h. M. nur ausgleichend-kondiktionsrechtliche Natur hat[4].

Substantiell sind die Maßstäbe zur Ermittlung des Abschöpfungsbetrags von entscheidender Bedeutung, weil deren strenge Ausgestaltung und Anwendung vielfach zur wirtschaftlichen Existenzvernichtung des gem. § 73 StGB als Dritten betroffenen Unternehmens führen kann[5] . Daraus dass sich zwei grundsätzlich verschiedene Bewertungsmethoden mit wirtschaftlich ganz unterschiedlichen Folgen für das Unternehmen gegenüber stehen, leitet sich die große praktische Bedeutung des bislang nicht entschiedenen Meinungsunterschieds zwischen dem *5. Strafsenat* und dem *1. Strafsenat* über die Bestimmung des "erlangten Etwas" im Sinne des § 73 StGB bei in Folge von Straftaten abgeschlossenen gegenseitigen Verträgen ab[6] .

Im Folgenden soll zunächst – insbesondere für den italienischen Leser eingehend – die derzeitige Rechtslage in Deutschland (2) sodann kurz die Rechtslage in Italien (3) hinsichtlich der Abschöpfung bei Unternehmen dargestellt werden. Anschließend erfolgt eine vergleichende Würdigung, in deren Verlauf zum angemessenen Umfang der Abschöpfung bei Unternehmern Stellung genommen wird (4). Überwiegend erfolgen die Erläuterungen am Beispiel der Korruptionsdelikte.

1. Vgl. einerseits BGH (5. und 3. Strafsenat) BGHSt 47, 260, 269 f.; BGHSt 50, 299, 310 ff.; BGH, Urt. v. 29.6.2006 – 5 StR 482/05 –, juris, NVwZ-RR 2006, 338 (nur LS); BGH, Urt, v. 19.1.2012 – 3 StR 343/11, NJW 2012, 1159 und andererseits (1.Strafsenat) BGHSt 52, 227, 248 f.; BGH NJW 2010, 882, 884; BGH, Urt. v. 29.6.2010 – 1 StR 245/09, in: NStZ 2011, 83.
2. Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. V 1-8 mit weiteren Nachweisen zur Rspr. und Lit.
3. Vgl. für Deutschland etwa die aktuellen Aufsätze von Schlösser NStZ 2011, 121 ff.; Burghart wistra 2011, 241 ff.; vgl. für Italien u.a. Alessandri, La confisca, in: AA.VV., Il nuovo diritto penale della società, Milano 2002, S. 104 ff.; ders. Criminalità economica e confisca del profitto, in: Scritti, Milano 2006, S. 2103 ff.; sowie Mongillo, rivista italiana di diritto e procedura penale ("RIDPP") 2008, Nr. 4, S. 1758 ff. zur Entscheidung der Vereinigten Strafsenate der Corte Suprema di Cassazione, Urt. v. 27.03.2008, Nr. 26654, mit dem die italienische Rspr. eine gewisse Einheitlichkeit der Rechtsprechung zur "confisca" des "profitto" herstellte.
4. So etwa Schlösser NStZ 2011, 121.
5. Vgl. zutreffend Schlösser NStZ 2011, 121.
6. Vgl. Nachweise Fn. 1.

2 Deutschland: Rechtslage zur Abschöpfung beim Unternehmen

2.1 Einführung zum Rechtsinstitut des Verfalls (§§ 73 ff. StGB)

Das Rechtsinstitut des Verfalls bezweckt die Abschöpfung unrechtmäßig erlangten Vermögenszuwachses und ist deshalb nach h. Rspr. keine Nebenstrafe, sondern eine Maßnahme zur Wiederherstellung des verletzten Rechts in dem Sinne, dass ein dem Täter anders bzw. durch Andere nicht entziehbarer unrechtmäßiger Gewinn abgeschöpft werden soll[7] . § 73 Abs. 1 S. 1 StGB schreibt daher vor, dass (immer) dann, wenn eine rechtswidrige Tat – z. B. ein aktiver Bestechungstatbestand gem. §§ 299 Abs. 2, 333-335 StGB – begangen worden ist und der Täter oder Teilnehmer für die Tat oder aus dieser Tat "etwas" erlangt hat, das Gericht dessen "Verfall" – im Regelfall im ordentlichen gerichtlichen Hauptverfahren gegen verfolgbare Täter oder Teilnehmer des Korruptionsdelikts (§ 76 StGB), andernfalls im selbständigen Strafverfahren gegen das Unternehmen (§ 76a StGB; §§ 442 i. V. m. 440, 441 StPO) – *"anordnet"*, d.h. an sich zwingend anordnen muss[8] . Laut § 73e Abs. 1 S. 1 StGB ist "Wirkung des Verfalls", dass dann, wenn der Verfall eines Gegenstandes (rechtskräftig) angeordnet wird, das Eigentum an der Sache oder das verfallene Recht mit der Rechtskraft der Entscheidung auf den Staat übergeht, wenn es dem von der Anordnung Betroffenen zu dieser Zeit zusteht.

2.2 Das erlangte Etwas beim Verfall (§§ 73 ff. StGB)

Erlangtes "Etwas" im Sinne des § 73 StGB ist jede Erhöhung des wirtschaftlichen Wertes eines Vermögens, die dem Täter oder Teilnehmer aufgrund der Tat zugeflossen ist (Vermögenszuwachs). Es ist daher nicht notwendig eine Sache oder ein Recht, sondern kann auch in einer tatsächlichen, wirtschaftlich begünstigenden Besitzposition, in Gebrauchsvorteilen, Kapitalnutzung und ersparten Aufwendungen bestehen[9] . Alles, was im Sinne des deutschen Zivilrechts gem. § 812 Abs. 1 BGB Gegenstand einer Bereicherung sein kann, kommt auch als Gegenstand des Verfalls in Frage[10] . Die zur Erlangung des Vermögenszuwachses gemachten Aufwendungen bzw. entstandenen Kosten sind – abweichend vom früheren Recht[11] – nicht mehr von dem Verfallsbetrag abziehbar ("Netto-Prinzip"). Es gilt vielmehr seit 1992 das sog "Brutto-Prinzip"[12] . Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Änderung des AWG, des StGB und anderer Gesetze vom 28.2.1992[13] zielgerichtet in § 73 Abs. 1 S. 1 StGB den zuvor verwandten Begriff "Vermögensvorteil" durch den unbestimmteren und weitergehenden Begriff des "etwas" ersetzt. Wille des Gesetzgebers war erklärtermaßen mit dem neuen Gesetzeswortlaut, vom "Netto-Prinzip" zum "Brutto-Prinzip" überzugehen[14] . Letzteres bedeutet, dass der Vermögenszuwachs als solcher, d. h. der jeweilige Gesamterlös, dem Verfall unterliegt. Was der Täter für seine Erlangung aufgewendet hat, ist unerheblich[15] . Das gilt nicht nur für Kosten im engeren Sinne (z. B. Reisekosten usw.), sondern auch für das, was zur Erlangung des Zuwachses als Ausgleich hingegeben wurde (z. B. der Kaufpreis, Aufwendungen oder Herstellungskosten)[16] . § 73 Abs. 2 StGB erstreckt den Verfall zwingend (§ 73 Abs. 2 S. 1 StGB, Nutzungen i.S.d. § 100 BGB) oder fakultativ (§ 73 Abs. 2 S. 2 StGB, rechtsgeschäftliche u. a. Surrogate) auf bestimmte mittelbar erlangte Vermögenszuwächse[17] . Der Umfang des erlangten Etwas und dessen Surrogate können grundsätzlich geschätzt werden (§ 73b StGB).

7. Gesetzesbegründung in: BT-Drs. V/4095, S 39; BGHSt 31, 145 ff.; NJW 2002, 2257; BGH NJW 2002, 3339; ständige Rechtsprechung.
8. BGH NStZ 1989, 436.
9. BGHSt 36, 251 ff.; Lackner/Kühl § 73 Rn. 3; AG Köln NStZ 1988, 274; Franzheim wistra 1986, 253 und 1989, 87.
10. BGH NStZ-RR 2001, 82; Brenner DRiZ 1977, 203.
11. Zur früheren Rechtslage ("Netto-Prinzip"): BGHSt 28, 369 ff.; BGHSt 31, 145 ff.
12. Zur Reichweite des "Brutto-Prinzips" u.a. BGH NStZ 2004, 440; BGH NStZ 2007, 150. Die Verfassungsmäßigkeit des "Brutto-Prinzips" wurde durch BVerfG StV 2004, 409, 410 bestätigt.
13. BGBl. 1992, I, 372.
14. BT-Drs. XII/1134, S. 12, BGH NStZ 1994, 123; BGH NStZ 1996, 539; BayObLG wistra 1997, 317.
15. BGH NStZ-RR 2000, 57.
16. BT-Drs. 12/1134, S. 12; Lackner/Kühl § 73 Rn. 4b.
17. BGH NStZ 1996, 332.

2.3 Verfall des Erlangten beim Unternehmen (§ 73 Abs. 3 StGB)

Hat der Täter für einen Dritten gehandelt, ohne selbst etwas erlangt zu haben, ist nur eine Verfallsanordnung nach § 73 Abs. 3 StGB gegen den Dritten, nicht aber gegen den Täter möglich[18] . Für die Abschöpfung beim Unternehmen zentral ist mithin die Norm des § 73 Abs. 3 StGB, wonach dann, wenn der Täter oder Teilnehmer der Straftat *"für einen anderen"* gehandelt hat und dadurch dieser etwas erlangt, sich die Anordnung des Verfalls gegen diesen anderen richtet. Ein solcher "anderer" – entsprechend der üblichen Diktion: "Dritter" – kann unstrittig auch eine juristische Person oder ein sonstiger Personenverband sein. Tauglicher Dritter im Sinne des § 73 Abs. 3 StGB ist daher grundsätzlich ein Unternehmen jeder Rechtsform[19] . Da es nach h. M. auf den Rechtscharakter der Beziehung des Täters zu dem Dritten (Unternehmen) – z. B. Handeln als offener oder verdeckter Stellvertreter, als Organ einer Gesellschaft, als Mitarbeiter eines Unternehmens – nicht ankommt, ist ganz unstrittig, dass ein Mitarbeiter eines Unternehmens, der zu dessen wirtschaftlichem Vorteil Straftaten begeht, den Verfall bei diesem Unternehmen auslösen kann (sogenannter "Vertreterfall" des § 73 Abs. 3 StGB)[20] . Insbesondere einer Organstellung des Täters oder einer formalen Vertretungsberechtigung für das Unternehmen bedarf es nach h. M. nicht. Eine Anstellung bei dem Unternehmen reicht regelmäßig aus, wenn der Angestellte in Ausübung seiner betrieblichen Tätigkeit und mit dem Handlungsziel der Förderung der Interessen des Unternehmens handelt ("für einen Dritten")[21] . Der Bereicherungszusammenhang zwischen Täter und Unternehmen wird von der Rspr. aus einem so genannten "betrieblichen Zurechnungsverhältnis" abgeleitet, d.h, aus der Betriebszugehörigkeit und der Begehung der Straftat in Ausübung der betrieblichen Aufgaben. Eine Bösgläubigkeit des Dritten – oder der Unternehmensführung bzw. der Unternehmensorgane – und ein Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen der Handlung und dem durch das Unternehmen erlangten Etwas ist laut dem *BGH* zur Zurechnung nicht erforderlich[22] . Auch ist eine bestimmte innere Einstellung des Mitarbeiters betreffend seines Unternehmens – etwa dass er die strafbare Handlung mit der Finalität beging, dessen Interesse oder dessen (wirtschaftlichen) Vorteil zu dienen –nach h. Rspr. aus dem Merkmal "für einen anderen" des § 73 Abs. 3 StGB wohl nicht abzuleiten[23] . Es soll vielmehr ausreichen, wenn der Täter bei Begehung der Straftat rein faktisch – gemeint ist wohl: allgemein – auch im Interesse des Unternehmens handelte[24] . Für einen Dritten im Sinne des § 73 Abs. 3 StGB kann zudem grundsätzlich auch ein Täter handeln, der primär im eigenen Interesse tätig wird[25] . Die Auslegung der Rspr. führt in der Praxis außerdem zu dem Ergebnis, der Täter handele bei der Straftat im Sinne des § 73 Abs. 3 StGB "für" seine gutgläubigen Gläubiger (so genannte Erfüllungsfälle)[26] . Generell scheint das Merkmal

18. LG Bonn StraFo 2001, 283.
19. BGHSt 45, 235, 245 f.; BGHSt 47, 260, 269 f.; BGHSt 47, 369, 377; BGHSt 50, 299, 310 ff.; BGH wistra 2004, 465, 466; BGH, Urt. v. 29.6.2006 – 5 StR 482/05 –, juris, NVwZ-RR 2006, 338 (LS); BGHSt 52, 227, 248 f.; BGH NJW 2010, 882, 884; BGH NStZ 2011, 83.
20. BT-Drs. 5/4095, S. 40; BGHSt 45, 235, 245 f.
21. Vgl. BGHSt 45, 235, 245.
22. Zentral ist BGHSt 45, 235, 245 f. = BGH NJW 2000, 297, 299 f.: *"Zu den Vertretungsfällen (im engeren Sinne) gehört zunächst das Handeln als Organ, Vertreter oder Beauftragter i.S. des § 14 StGB. Vertretungsfälle im weiteren Sinne kann man bei sonstigen Angehörigen einer Organisation annehmen, die im Organisationsinteresse tätig werden. Das können bei betrieblichen Organisationen etwa die Angestellten sein, …. Gerade die Vertretungsfälle im weiteren Sinne in Betrieben hatte der Sonderausschuss für die Strafrechtsreform im Auge, so den Angestellten … den Buchhalter, der eine Steuerhinterziehung zugunsten des Betriebsinhabers begeht, ohne dass dieser davon weiß … und den Contergan-Fall, bei dem der Chemiker Täter, die Unternehmensleitung jedoch gutgläubig ist …. Fließt in solchen Fällen dem Dritten der Vorteil zu, so hat der Täter oder Teilnehmer für den Dritten gehandelt und dieser dadurch den Vorteil erlangt. Er hat zumindest faktisch auch in dessen Interesse gehandelt. Der Bereicherungszusammenhang ist durch das (betriebliche) Zurechnungsverhältnis gegeben. Auf eine Unmittelbarkeit im Sinne von "durch ein- und dieselbe Handlung" kann es im Regelfall schon deshalb nicht mehr ankommen, weil - insbesondere bei Warentermingeschäften, Scheckreitereien, Steuer- oder Umweltdelikten - nicht selten ein komplexer Geldkreislauf in Gang gesetzt wird. Auch bei dem Contergan-Fall trat die Vermögensmehrung erst durch zahlreiche zwischengeschaltete Handlungen ein. Zudem werden in der Regel - oft auch zur Verschleierung - mehrere Geschäfte dazwischengeschaltet sein. Selbst auf eine Kenntnis des Dritten kann es nicht ankommen …; er muss sich die bei ihm zu Unrecht eingetretene Bereicherung zurechnen lassen."*
23. Vgl. BGHSt 45, 235, 245 f. = BGH NJW 2000, 297, 299 f.
24. BGH NJW 1991, 267, 371; BGH NStZ 2001, 257, 258; "im Organisationsinteresse", BGHSt 45, 235, 245 f. = BGH NJW 2000, 297, 299 f.
25. BGH wistra 2010, 406.
26. BGHSt 45, 235, 247 f.

wenig trennkräftig und – zur Einschränkung des Anwendungsbereichs von § 73 Abs. 3 StGB auf Unternehmen – von äußerst geringer praktischer Bedeutung.

2.4 Ausschluss durch Ansprüche Dritter (§ 73 Abs. 1 S. 2 StGB) – typischerweise nicht bei Amtsträgerkorruptionsdelikten

Die Anwendung der Verfallsvorschrift ist allerdings ausgeschlossen, soweit dem Verletzten – bei aktiven und passiven Korruptionsdelikten könnte man intuitiv an die Anstellungsbehörde bzw. -körperschaft des Amtsträgers oder das Unternehmen des Angestellten oder Beauftragten, in gewissen Konstellationen (wirtschaftlich fehlgeschlagene aktive Bestechung) auch das Unternehmen des Gebers denken – aus dieser Straftat ein Anspruch erwachsen ist, dessen Erfüllung dem Täter oder Teilnehmer den Wert des "aus der Tat" Erlangten entziehen würde (§ 73 Abs. 1 S. 2 StGB). In der Regel begrenzt diese Klausel eine Verfallanordnung auf Vermögenswerte, die aus Straftaten stammen, welche vorrangig Kollektivrechtsgüter verletzen, wie z. B. Betäubungsmittel-, Rechtspflege-, Staatsschutz-, Wirtschafts- und Umweltdelikte. Hingegen scheidet der Verfall regelmäßig aus, sofern durch Straftaten konkrete Individualinteressen von natürlichen oder juristischen Personen betroffen sind, so insbesondere bei den Eigentums- und Vermögensdelikten[27] .

Nach unstrittiger Rechtsprechung ist der Dienstherr des bestechlichen Amtsträgers grundsätzlich nicht Verletzter der passiven Korruptionsdelikte gem. §§ 331, 332 StGB[28] und daher auch nicht im Sinne des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB. Anders ist dies – grundsätzlich – bzgl. des Geschäftsherren im Sinne § 299 Abs. 1 StGB, der nach h. M. durch die Vorschrift gegen passive Bestechungsdelikte seiner Angestellten und Beauftragten mit geschützt und somit Geschädigter ist, da das Vermögen des Geschäftsherren vom sekundären Schutzzweck bzw. einem Schutzreflex des § 299 StGB geschützt werde[29] .

Bei passiven Korruptionsdelikten ist zudem anerkannt, dass § 73 Abs. 1 S. 2 StGB nicht eingreift, da der Vorteilsgeber seinen Vorteil nicht aus der (passiven) Korruptionsstraftat erlangt, sondern "für" diese; letztere Variante des § 73 Abs. 1 S. 1 StGB erfasst aber § 73 Abs. 1 S. 2 StGB nach seinem eindeutigen Wortlaut gerade nicht[30] . "Für die Tat" wird etwas nach herrschender Rechtsprechung erlangt, wenn Vermögenswerte, die nicht auf der Tatbestandsverwirklichung selbst beruhen, als Gegenleistung für ein rechtswidriges Handeln gewährt werden[31] . Vor diesem Hintergrund ist § 73 Abs. 1 S. 2 StGB nach h. M. nicht auf das durch passive Bestechungsdelikte seitens des Nehmers Erlangte – das Bestechungsgeld – anwendbar. Diese Vorschrift steht somit einer Abschöpfung nicht entgegen.

Die h. Rspr. ist der Auffassung, dass ein "etwas" – zu dessen genauer Bestimmung siehe weiter unten – das der Täter eines aktiven Bestechungsdelikts nach §§ 299 Abs. 2, 333, 334 StGB erlangt, allerdings "aus der Tat" und nicht "für die Tat" gewonnen wird[32] , so dass § 73 Abs. 1 S. 2 StGB grundsätzlich einschlägig sein kann. Voraussetzung dieses Verfallausschlusses ist aber, dass dem durch die Tat *Verletzten* aus dieser Ansprüche erwachsen sind und Verletzter nur derjenige sein kann, dessen Individualinteressen durch das vom Täter übertretene Strafgesetz geschützt werden sollen[33] . Anerkanntermaßen schützen aber auch die Amtsträgerdelikte der §§ 333, 334, 335 StGB, 1 ff. EU-BestG, 1 ff. IntBestG ausschließlich Kollektivrechtsgüter, so dass eine Verletztenstellung gem. § 73 Abs. 1 S. 2 StGB des Staates, von Behörden oder öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Rechtspersönlichkeiten bzgl. der Tatbestände der aktiven Amtsträgerbestechung

27. NK/Herzog § 73 Rn. 23; Schönke/Schröder/Eser § 73 Rn. 26; Lackner/Kühl § 73 Rn. 6.
28. BGHSt 33, 38 ff.; BGHSt 47, 22, 31; BGH NStZ 1999, 560; 2000, 589; 2003, 423, stdg. Rspr.; vgl. Hohn wistra 2003, 321 und Wohlers JR 2003, 160.
29. BGHSt 31, 207, 209 ff; MK-Diemer/Krick § 299 Rn. 2; Fischer § 299 Rn. 2; Lackner/Kühl § 299 Rn. 1; SK-Rudolphi § 299 Rn. 1; Dölling ZStW 112 (2000), 334, 351; Wolters JuS 1998, 1100, 1103; vgl. Pragal ZIS 2006, 62, 67 ff.
30. Fischer § 73 Rn. 17; anders, wenn in der Tat zugleich eine Untreue (§ 266 StGB) zu Lasten des Dienstherren liegt, BGH NStZ 1999, 559 f.
31. BGHSt 30, 46, 47; BGHSt 50, 299, 309 f.; BGHR StGB § 73 – Erlangtes 4; BGH NStZ-RR 2002, 366.
32. BGHSt 50, 299, 310; vgl. auch BGHSt 52, 227, 247f. Rn 99ff.; krit. Schlösser NStZ 2011, 121, 125.
33. BGH JR 2002, 296, 297 (Verletzteneigenschaft des Staates bei Steuerstraftaten); OLG Karlsruhe wistra 2004, 478.

ausgeschlossen ist[34] . Vor diesem Hintergrund steht der Abschöpfung des Erlangten beim Dritten (Unternehmen) gerade beim aktiven Amtsträgerbestechungsdelikt typischerweise kein rechtliches Hindernis entgegen.

In Fällen der aktiven Bestechung unter Privaten gem. § 299 Abs. 2 StGB kommt der höchstrichterliche Rspr. zufolge der Ausschluss gemäß § 73 Abs. 1 S. 2 StGB durch Schadensersatzansprüche der Geschädigten hingegen in Betracht[35] , jedoch ist in der Praxis festzustellen, dass auf instanzgerichtlicher Ebene der Verfall beim Unternehmen auch im Fall des § 299 Abs. 2 StGB praktiziert bzw. zur Herbeiführung einer einvernehmlichen Lösung über eine Unternehmensgeldbuße gemäß § 30 OWiG (s.u.) umgangen wird.

Der Ausschluss gemäß § 73 Abs. 1 S. 2 StGB kann laut *BGH* auch bei der passiven Bestechung unter Privaten gem. § 299 Abs. 1 StGB hinsichtlich des Bestechungsgeldes in Betracht kommen[36] . Jedenfalls dann, wenn ein Bestechungslohn quasi spiegelbildlich den Mindestschaden oder Nachteil des Geschäftsherren im Rahmen eines Betrugs (§ 263 StGB) oder einer Untreue (§ 266 StGB) des Bestochenen darstellt, muss eine Verfallsanordnung bei diesem zur Vermeidung doppelter Inanspruchnahme zwingend unterbleiben[37] ; dies gilt jedoch nicht für den Verfall beim Unternehmen der Geberseite.

Am Rande sei darauf hingewiesen, dass das Verfallsrecht in Gestalt des § 73c Abs. 1 StGB eine nach Billigkeitskriterien zu handhabende "Härtevorschrift" enthält, die zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit vorsieht, dass der Verfall nicht angeordnet *wird* – d. h. nicht angeordnet werden *darf* – soweit er für den Betroffenen eine unbillige Härte wäre; die Verfallsanordnung *kann* – aber muss nicht – unterbleiben, soweit der Wert des Erlangten zur Zeit der Anordnung in dem Vermögen des Betroffenen nicht mehr vorhanden ist oder wenn das Erlangte nur einen geringen Wert hat[38] . Aus letzterem ist nach h. M. zu schließen, dass bei Entreicherung nicht zwingend eine unbillige Härte vorliegt[39] . § 73c StGB schränkt nach der bisherigen Praxiserfahrung die Abschöpfung beim Unternehmen kaum effektiv ein.

2.5 Entwicklung der deutschen Rechtsprechung zum Abschöpfungsbetrag im Sinne des § 73 Abs. 1 S. 1 StGB

Die eingangs erwähnten Entscheidungen des *5. Strafsenats* und des *1. Strafsenats* des BGH zum Abschöpfungsbetrag lassen sich folgendermaßen zusammenfassen:

2.5.1 Müllverbrennungs-Entscheidung (5. Strafsenat)

Sachverhalt: Eine von einer Kommune beherrschte Abfallentsorgungsgesellschaft (eine GmbH, A) verfolgte das Ziel der Errichtung einer Restmüllverbrennungsanlage. Die Aufträge zur Planung und zum Bau der Anlage wurden ausgeschrieben. Auf die Ausschreibung hin gaben mehrere Firmen, wie auch das Unternehmen L, eine GmbH, Angebote ab. Daraufhin wurde unter anderem zwischen dem Geschäftsführer der A und dem Geschäftsführer der L vereinbart, dass im Falle der Auftragsvergabe an die L von dieser ein Schmiergeld in Höhe von 3% des Auftragsvolumens unter anderem an den Geschäftsführer der A bezahlt werde, und zwar ein Drittel nach Vertragsschluss, ein Drittel nach Baubeginn und das letzte Drittel nach Abschluss der Bauarbeiten. Der

34. BGHSt 30, 46, 47; BGHSt 33, 37, 38; BGH NStZ 2000, 589; BGH NStZ-RR 2004, 242; vgl. auch BGH wistra 2001, 295; SK-Horn § 73 Rn 17; Fischer § 73 Rn 22. Anderes gilt hier wiederum für § 299 Abs. 2 StGB.

35. Vgl. zu § 299 StGB etwa BGH NJW 2006, 925, 930 = BGHSt 50, 299, 310 ff. *("Schadensersatzansprüche der … stehen nach § 73 Abs. 1 S. 2 StGB einer Verfallsentscheidung zu Lasten der Verfallsbeteiligten zumindest in der Höhe entgegen, in denen diese Ansprüche noch nicht durch Zahlungen der Angekl. erfüllt worden sind."*); a.A. offenbar Fischer § 73 Rn. 22; LK/Schmidt § 73 Rn. 38.

36. BGH: Beschluss vom 31.03.2008 - 5 StR 631/07, in: BeckRS 2008, 07838: *"Dem Verfall stehen …auch Ansprüche der Arbeitgeberin der Angeklagten…, auf Herausgabe der erlangten Bestechungsgelder nach § 687 Abs. 2, § 681 Satz 2, § 667 BGB entgegen. Verletzter der gewerblichen Bestechung ist jedenfalls der Geschäftsherr des Bestochenen …. Der Anspruch auf Herausgabe der Schmiergelder dient letztlich der Kompensation der Interessen des Geschäftsherrn. Solche Sondervorteile lassen regelmäßig eine Willensbeeinflussung zum Nachteil des Geschäftsherrn besorgen …"*

37. BGHSt 47, 22, 31 f.; BGH NStZ 2003, 423; BGHR StGB § 73 Verletzter 4.

38. BGHSt 47, 369, 377; BGH NJW 2009, 2755; BGH NStZ 1995, 495; BGH NStZ-RR 2000, 367.

39. BGH NJW 2009, 2755; BGH wistra 2003, 424; BGH StraFo 2009, 295; BGH NStZ-RR 2009, 234.

Auftrag wurde an die L vergeben und es wurde vereinbart, dass die Restmüllverbrennungsanlage zu einem Festpreis von 792 Mio. EUR zu errichten sei. In diesem Preis war durch verschiedene Aufschläge auf einzelne Bau-Lose eine schmiergeldbedingte Erhöhung des Werklohns von rund 24 Mio. DM (= ca. 12 Mio. EUR) enthalten. Da sich dieser Betrag aus Sicht der L lediglich als Durchlaufposten darstellte, wäre der Geschäftsführer der L auch bereit gewesen, für die L zu einem um den Schmiergeldbetrag verminderten Preis den Vertrag abzuschließen. Die A zahlte den vereinbarten Werklohn einschließlich des darin enthaltenen Schmiergeldanteils fast vollständig an die L. Die L rechnete das Projekt Restmüllverbrennungsanlage – trotz der Erhöhung des Festpreises um den Betrag des Schmiergelds –im Ergebnis nach einem zwischenzeitlichen vorläufigen Gewinn in Höhe von ca. 8 bis 9 Mio. EUR – wegen verschiedener Gewährleistungsarbeiten mit einem *Verlust* von 688.000 EUR ab[40] .

Entscheidungsgründe: Nach der Rechtsprechung des *5. Strafsenats* erfüllte das Verhalten der Geschäftsführer der A und der L hier den Tatbestand der Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr in einem besonders schweren Fall (§§ 299 Abs. 1 bzw. 2, 300 Nr. 1 StGB)[41] . In Folge dieser bereits mit der Absprache über die zukünftigen Provisionszahlungen an den Geschäftsführer von A eingetretenen Tatbestandsverwirklichung ("sich versprechen lässt", "verspricht") kam es zum Vertragsabschluss zwischen der A und der L über den Bau der Restmüllverbrennungsanlage. Durch diesen Vertragsabschluss realisierte die L dann Einnahmen in Höhe von gut 792 Mio. EUR und im Endergebnis (größere) Ausgaben von ca. 792,688 Mio. EUR, d.h. einen Verlust von 688.000 EUR. Aus Sicht des *5. Strafsenats* ist "*durch Bestechung (im geschäftlichen Verkehr) erlangt i.S.v. § 73 Absatz 1 S. 1 StGB ... bei der korruptiven Manipulation einer Auftragsvergabe nicht der vereinbarte Preis, sondern der gesamte wirtschaftliche Wert des Auftrags im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. ... Der wirtschaftliche Wert des Auftrags im Zeitpunkt der Auftragserlangung bemisst sich vorrangig nach dem zu erwartenden Gewinn. Aussagekräftiges Indiz hierfür wird regelmäßig die Gewinnspanne sein, die der Auftragnehmer in die Kalkulation des Werklohns hat einfließen lassen.*"[42] . Maßgeblich zur Bestimmung des Wertes ist danach die Gewinnprognose bzw. -kalkulation ex ante bzw. zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Der *5. Strafsenat* begründet dies mit einem – ungeschriebenen, vgl. § 73 Abs. 1 S. 1 StGB – Unmittelbarkeitsprinzip und dem Begriff des Erlangens. Unmittelbar aus einer (aktiven) Bestechung – im geschäftlichen Verkehr oder auch gegenüber Amtsträgern – erlange ein Werkunternehmer im Rahmen korruptiver Manipulationen bei der Auftragsvergabe nämlich lediglich die Auftragserteilung – also den Vertragsabschluss – selbst, nicht hingegen den vereinbarten Werklohn[43] . Die Tat als solche führe unmittelbar nur zu dem Vorteil des schuldrechtlichen Vertragsschlusses, nicht aber auch zu dessen Erfüllung, durch den der Werklohn tatsächlich erst erlangt wird[44] . Die Vorteile aus der Ausführung des Auftrags wären nicht mehr unmittelbar aus der "Tat" erlangt; strafrechtlich bemakelt sei lediglich die Art und Weise, wie der Auftrag erlangt ist, nicht dass der Auftrag ausgeführt wird [45].Daher unterlagen laut dem *5. Strafsenat* in der "Müllverbrennungs-Entscheidung" die von der L vereinnahmten gut 792 Mio. EUR (Umsatz) nicht dem Verfall, sondern nur der zum Zeitpunkt der Auftragserlangung zu erwartende Gewinn – d.h. regelmäßig der kalkulierte Gewinn – und etwaige weitergehende durch den Vertragsschluss als solchen

40. Zum Sachverhalt: BGH NJW 2006, 925 = BGHSt 50, 299 ff.
41. BGHSt 50, 299 ff. Aus hier nicht interessierenden Gründen ordnete der BGH die A als eine nicht durch die öffentliche Hand beherrschte GmbH ein, weshalb eine Amtsträgerstellung des Geschäftsführers gem. § 11 Abs. 1 Nr. 2 c StGB ausschied und die §§ 331 ff. StGB nicht zur Anwendung kamen.
42. BGHSt 50, 299, 309; vgl. auch BGH NStZ-RR 2006, 338.
43. BGHSt 50, 299, 310; vgl. auch BGH NStZ-RR 2006, 338.
44. BGHSt 50, 299, 310; vgl. auch BGH NStZ-RR 2006, 338.
45. BGHSt 50, 299, 310; vgl. auch BGH NStZ-RR 2006, 338.

erlangte Vorteile[46] . Dieser belief sich hier wohl auf 8-9 Mio. EUR, da ein Gewinn in dieser Höhe nach den Feststellungen zwischenzeitlich auch realisiert worden war. Im konkreten Fall konnte nach Auffassung des *5. Strafsenates* jedoch ausnahmsweise nach § 73c Abs. 1 StGB überhaupt von einer Verfallsanordnung abgesehen werden, weil das Projekt nach Erbringung von Gewährleistung mit einem Verlust von ca. 0,7 Mio. EUR abgeschlossen werden musste und gegenüber dem Vermögen der L das Insolvenzverfahren eröffnet wurde[47] . Andernfalls wäre wohl von der Abschöpfbarkeit der zwischenzeitlich realisierten 8-9 Mio. EUR auszugehen gewesen.

Bemerkung: Auch wenn der *5. Strafsenat* die Bemakelung der Auftragsdurchführung nur für den Fall einer Korruptionstat verneint hat, wird die Entscheidung in der Literatur so interpretiert, dass die obigen Grundsätze nicht auf die Abschöpfung bei Bestechungsdelikten beschränkt bleiben, sondern – außer bei Betäubungsmitteldelikten und Embargoverstößen – generell gelten sollen[48] . Jedenfalls ist dies m. E. für den Fall von durch deliktisches Verhalten erlangten synallagmatischen Verträgen anzunehmen, wenn nur deren Zustandekommen, nicht aber deren Durchführung strafrechtlich bemakelt ist. Die Bezugnahme des *5. Strafsenats* auf die fehlende Bemakelung der Auftragsdurchführung zeigt, dass aus seiner Sicht Voraussetzung für eine Bemakelung auch des erhaltenen Tatentgelts offensichtlich die Strafbarkeit der Vertragsdurchführung ist und damit diese nicht über eine Ausgangsstraftat abgeleitet werden kann, denn die Durchführung von verbotenen Betäubungsmittelgeschäften und Embargoverstößen – zumindest hinsichtlich der "verbotenen Güter" – ist für sich strafbar nach den § 29 BtMG und § 34 AWG[49] . Mit einer entsprechenden Entscheidung zum Verfallsbetrag beim "Insidertrading" – beschränkt auf den bemakelten Gewinn – bestätigte der *5. Strafsenat* kürzlich seine Rechtsauffassung[50] . Auch der *3. Strafsenat* äußerte sich in ähnlicher Weise, indem er für den Fall, dass entgegen § 34 Abs. 1 Nr. 1 AWG *genehmigungsfähige* Güter ohne die erforderliche Genehmigung exportiert werden, nicht den Kaufpreis, sondern lediglich die durch das Unterbleiben des Genehmigungsverfahrens ersparten Aufwendungen als abschöpfbar ansieht[51] .

Ergänzend ist zu erläutern, dass die Anwendung des Bruttoprinzips in der oben beschriebenen Weise bei strafrechtlich bemakelten synallagmatischen Verträgen paradoxer Weise zu Ergebnissen führt, die im Wesentlichen der Anwendung des Nettoprinzips entsprechen. Darin liegt jedoch keine Umgehung der gesetzlichen Vorgabe des Bruttoprinzips. Logisch und nach der Vorgabe des § 73 Abs. 1 StGB ist zunächst das durch die Straftat erlangte Etwas zu ermitteln, nachrangig stellt sich die Frage der Abschöpfung eines Brutto- oder Nettobetrags. Nur das erlangte Erwas – hier der Vertragswert und damit der prognostizierte Gewinn aus dem Vertrag – kann brutto, d. h. ohne Abzüge, abgeschöpft werden. Die in den kalkulierten Gewinn bereits eingeflossenen Abzugsposten können auf dieser Stufe nicht heraus gerechnet werden, denn brutto abzuschöpfen ist nur der Wert, der erlangt wurde – der Vertragswert, der dem kalkulierten Gewinn entspricht.

2.5.2 Werbepost-Entscheidung (1. Strafsenat)

Sachverhalt: Über ausländische Marketinggesellschaften wurden in Deutschland zahlreiche Werbepostsendungen verschickt, die nach § 16 UWG strafbare irreführende Werbung enthielten. Bei den Auslandsgesellschaften gingen aufgrund dessen

46. BGHSt 50, 299, 310 f.
47. BGHSt 50, 299, 311 f.
48. Schlösser NStZ 2011, 121, 124 m.w.N.
49. Schlösser NStZ 2011, 121, 124 m.w.N.
50. BGH NStZ 2010, 339, 341 Rn. 29 ff.
51. BGH, Urt. v. 19.1.2012, in: NJW 2012, 1159 ff.

Warenbestellungen mit einem Umsatzerlös von ca. 54 Mio. EUR ein. Hieraus wurden dann gut 32 Mio. EUR an die deutsche Gesellschaft O weitergeleitet, die den erforderlichen Warenversand abwickelte und die Werbepost vorbereitete. Die O gehörte der I, einer Domizilgesellschaft in der Schweiz, die auch die o. g. Auslandsgesellschaften eingesetzt hatte. Der von O aus den Warenbestellungen letztendlich gezogene Gewinn belief sich auf ca. 1,7 Mio. EUR, der dann in vollem Umfang an die Muttergesellschaft I ausgezahlt wurde. Die Adressdaten der Kunden wurden über P, eine zu diesem Zweck und im Interesse der I. gegründete Gesellschaft, an externe Unternehmen "vermietet". Hieraus erzielte die P Einnahmen in Höhe von 671.136 EUR[52] .

Entscheidungsgründe: Der *1. Strafsenat* ging hier davon aus, dass durch das Verschicken der Werbepost zusammen mit den Warenkatalogen der Tatbestand der strafbaren Werbung nach § 16 Abs. 1 UWG erfüllt worden ist und diese Straftaten ursächlich für die Warenbestellungen waren[53] . Nach der Auffassung des *1. Strafsenats* seien daher "aus" der strafbaren Werbung i.S.v. § 16 Abs. 1 UWG[54] unmittelbar Warenbestellungen erlangt worden. Insofern knüpft der *1. Strafsenat* an die Überlegungen des *5. Strafsenats* aus der Müllverbrennungs-Entscheidung an und lehnt die Auffassung der Vorinstanz ab, wonach aus den Taten nur die Chance auf Warenbestellungen erlangt worden sei [55]. Der *1. Strafsenat* nimmt jedoch – anders als im deutschen Zivilrecht grundsätzlich üblich und vom *5. Strafsenat* praktiziert (s.o.) hier keine Differenzierung zwischen dem Verpflichtungsgeschäft – dem Vertragsabschluss über die Waren – und dem Erfüllungsgeschäft – der Übergabe der Waren auf der einen und des Geldes auf der anderen Seite – vor. Jedenfalls tatbezogen bewertet er beide Vorgänge einheitlich: "*Aus den Taten erlangt wurden hier nicht nur die Warenbestellungen, also die Vertragsabschlüsse, die durch das Verschicken der Werbesendungen zusammen mit den Warenkatalogen kausal hervorgerufen wurden, sondern auch die von den Kunden in Erfüllung der Kaufverträge geleisteten Zahlungen ... Insoweit besteht nach Auffassung des Senats hier kein sachlicher Grund, zwischen schuldrechtlichem Verpflichtungsgeschäft und ‚dinglichem' Verfügungsgeschäft zu differenzieren*"[56] . Er begründet dies damit, dass auch die Durchführung der Kaufverträge strafrechtlich bemakelt sei, da es Schutzzweck von § 16 UWG sei, den Verbraucher vor zweckverfehltem und vermögensschädigendem Mitteleinsatz zu bewahren, weshalb der Mitteleinsatz selbst nicht als strafrechtlich neutral beurteilt werden könne[57] . Eine strafrechtliche Bemakelung setze aber nicht voraus, dass die Handlung – hier das Erfüllungsgeschäft – strafbar sein müsse. Es sei mithin für eine Abschöpfung gem. § 73 StGB nicht erforderlich, dass das bei Alltagsgeschäften regelmäßig nicht strafrechtlich verbotene Erfüllungsgeschäft strafbar sei[58] . Die anscheinend entgegengesetzte Auffassung des *5. Strafsenats* und dessen enges Verständnis des Unmittelbarkeitskriteriums sei laut dem *1. Strafsenat* nicht ohne weiteres mit der gesetzlichen Systematik von § 73 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 StGB vereinbar. Jedenfalls gehe die Annahme zu weit, dass sich aus § 73 Abs. 2 StGB ergeben solle, das vom Anwendungsbereich des § 73 Abs. 1 S. 1 StGB stets nur

52. Sachverhalt: BGHSt 52, 227, 228 ff. (Rn 9 ff.).
53. BGHSt 52, 227, 234 ff. (Rn. 42ff.).
54. UWG (Unlauterer Wettbewerb-Gesetz), Verkündungsstand: 12.04.2012, in Kraft ab: 31.10.2009:

"§ 16 Strafbare Werbung

(1) Wer in der Absicht, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, in öffentlichen Bekanntmachungen oder in Mitteilungen, die für einen größeren Kreis von Personen bestimmt sind, durch unwahre Angaben irreführend wirbt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Wer es im geschäftlichen Verkehr unternimmt, Verbraucher zur Abnahme von Waren, Dienstleistungen oder Rechten durch das Versprechen zu veranlassen, sie würden entweder vom Veranstalter selbst oder von einem Dritten besondere Vorteile erlangen, wenn sie andere zum Abschluss gleichartiger Geschäfte veranlassen, die ihrerseits nach der Art dieser Werbung derartige Vorteile für eine entsprechende Werbung weiterer Abnehmer erlangen sollen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft."

55. BGHSt 52, 227, 247 f. (Rn. 99ff.).
56. BGHSt 52, 227, 248f. (Rn. 102).
57. BGHSt 52, 227, 249 (Rn. 105).
58. BGHSt 52, 227, 250 (Rn. 107).

ein vertraglicher Anspruch, nicht aber das zu seiner Erfüllung Geleistete (Erfüllungsgeschäft, Zahlung etwa des Kaufpreises) erfasst sei[59] . Für den konkreten Fall bedeutete dies, dass der Verfall jeweils die vollen Beträge erfasste, die die auf Täterseite beteiligten Gesellschaften erhielten. Gegenüber O wurde der Verfall in Höhe der Umsatzerlöse von ca. 32 Mio. EUR, gegenüber I in Höhe von 1,7 Mio. EUR und gegenüber P im Umfang von 671.136 EUR angeordnet[60] . Der *1. Strafsenat* sah in dieser Rechtsprechung trotz der anklingenden rechtsdogmatischen Meinungsunterschiede keine die Entscheidung tragende Abweichung von der Rechtsprechung des *5. Strafsenats* und wich so (vorerst) einer Entscheidung des *Großen Senats für Strafsachen* (§ 132 GVG, sog. Divergenzvorlage) aus[61] . Er begründet dies damit, dass § 299 Abs. 2 StGB nicht den Vertragsabschluss und seine Durchführung strafrechtlich bemakele, sondern nur den Umstand, dass dies wettbewerbswidrig geschieht, was sich aus dem Schutzzweck des § 299 StGB ergebe[62] . Dieser Unterschied zwischen § 299 StGB und § 16 UWG könnte laut dem *1. Strafsenat* fallbezogen die im Ergebnis unterschiedliche Rechtsprechung der beiden Strafsenate rechtfertigen. Obiter dictum hält der *1. Strafsenat* allerdings allgemein fest – und darin dürfte seine eigentliche Rechtsauffassung zum Ausdruck kommen – dass auch bei einer Straftat, die zu einem bemakelten schuldrechtlichen und einem unbemakelten dinglichen Vertrag führe, die Bestimmung dessen, was erlangt wurde, nach dem Bruttoprinzip es nahe lege, *"auch beim schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäft den Anspruch auf Leistung ... so zu bewerten, dass die Verpflichtung zur Gegenleistung ... unberücksichtigt bliebe"*[63] .

Bemerkung: Der Sache nach dürfte der *1. Strafsenat* damit zum Ausdruck bringen, dass er zwar für Fälle der aktiven Bestechung (§§ 299 Abs. 2, 333, 334 StGB) den durch den schuldrechtlichen Vertrag erlangten Wert als das Erlangte im Sinne des § 73 StGB ansieht, die durch den Vorteilsgeber zu erbringende Gegenleistung jedoch eigentlich gerade nicht wertmindernd berücksichtigen möchte. Es erscheint nicht fernliegend, dass sich der *1. Strafsenat* zu § 299 StGB der Sichtweise des *5. Strafsenats* nur anschloss, um ohne Divergenzvorlage über den Fall zu § 16 UWG entscheiden zu können. Entgegen des ersten Eindrucks – und den anscheinend prozesstaktisch motivierten Ausführungen des Urteils – dürfte der *1. Strafsenat* mithin an sich zur Abschöpfung des gesamten Umsatzes aus einem durch aktive Korruption erlangten Vertrag (bzw. Auftrag) tendieren. Jedenfalls läge dies in der Konsequenz seiner allgemeinen Ausführungen. Vor dem Hintergrund der abweichenden Auffassung des *5. Strafsenats* ist daher jedenfalls hinsichtlich des Abschöpfungsbetrags bei aktiven Korruptionsdelikten derzeit von einem – verdeckten – Dissens zwischen diesen beiden Strafsenaten des BGH auszugehen, der früher oder später zu einer Entscheidung des Großen Senats in Strafsachen des BGH führen könnte, insbesondere, wenn der *1. Strafsenat* über den Verfall bei aktiven Bestechungsstraftaten oder auch bei Betrugsstraftaten zu entscheiden hat. Derzeit kann nicht prognostiziert werden, welche Auffassung sich in der Rechtsprechung des BGH durchsetzen wird. Die anderen Strafsenate haben bislang von einer veröffentlichten Stellungnahme zu dieser Rechtsfrage abgesehen, wobei der *3. Strafsenat* der Sichtweise des *5. Strafsenats* zuzuneigen scheint[64] .

59. BGHSt 52, 227, 251 f. (Rn 108).
60. BGHSt 52, 227, 246 Rn. 91, Rn 98 und Rn 117. Auffällig ist hier die Abschöpfung des Betrages ggü. I, da dieser bereits in dem bei O abgeschöpften Betrag enthalten war. Der *1. Strafsenat* behandelt die Beträge offenbar wie in einer Handelskette weitergegeben, vgl. BGH NStZ-RR 2007, 121; StrFo 2008, 336, und schöpft nach dem Bruttoprinzip bei allen Beteiligten den vollen Betrag ab. Die Grundsätze der gesamtschuldnerischen Haftung sind offenbar insoweit gewahrt, als insgesamt mehr als der abgeschöpfte Betrag aus den Straftaten erlangt wurde (54 Mio. EUR bei den Auslandsgesellschaften), so dass nicht insgesamt zuviel abgeschöpft wurde. Es stellt sich aber die Frage, ob O und I nicht als Gesamtschuldner des durch O erlangten Betrags von 32 Mio. EUR anzusehen sind, und max. nur dieser gesamtschuldnerisch bei beiden hätte abgeschöpft werden dürfen, vgl. BVerfG StV 2004, 409; BGH NStZ 2004, 440; Fischer § 73 Rn. 16.
61. Vgl. Ausführungen BGHSt 52, 227, 249 Rn. 105.
62. BGHSt 52, 227, 249 Rn. 105.
63. BGHSt 52, 227, 251 Rn. 108.
64. BGH NJW 2012, 1159, 1160.

2.6 Stellungnahmen in der Literatur

2.6.1 "Für die Tat" einschlägige Tatbestandsvariante mit der Folge des Synallagmas zwischen gewährtem Vorteil und Sondervorteil aus der (pflichtwidrigen oder wettbewerbswidrigen) Handlung

In der Literatur wird dem *5. Strafsenat* bzgl. der Müllverbrennungs-Entscheidung im Ergebnis bzgl. des Abschöpfungsbetrags vielfach zugestimmt. Jedoch wird darauf verwiesen, dass der Vorteilsgeber entgegen der Annahme des *BGH* nicht aus der aktiven Bestechungstat etwas erlange. Der rechtliche Anknüpfungspunkt für die Verfallsanordnung gegen den Vorteilsgeber sei hier vielmehr § 73 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB ("für die Tat")[65] .

Da sich das Unmittelbarkeitsprinzip auch auf diese Tatvariante beziehe, erstrecke sich die Bemakelung hier allein auf die unmittelbar durch die Korruptionstat erlangte Gegenleistung mit der Folge, dass der durch den schuldrechtlichen Vertrag erlangte Wert im Sinne des § 73 StGB maßgeblich ist[66] . Der Wert dieses Erlangten sei anhand einer Gegenüberstellung von Leistungspflicht und Forderungsrecht zu ermitteln, so dass der Verfallsumfang sich nach dem Gewinn und etwaigen weiteren wirtschaftlichen Vorteilen richtet[67]. Diese Auffassung hätte – anders als die des *5. Strafsenats* – zur Folge, dass Ansprüche des Geschädigten gem. § 73 Abs. 1 S. 2 StGB einer Abschöpfung nicht entgegenstehen, da diese Vorschrift nach ihrem eindeutigen Wortlaut nur aus der Tat, nicht aber für die Tat erlangte Vermögenswerte erfasst. Sie dürfte also in der Praxis den Anwendungsbereich des Verfalls für aktive Korruptionsdelikte – entsprechendes dürfte für Betrugsdelikte gelten – erweitern.

2.6.2 Analogie zum zivilrechtlichen Bereicherungsrecht (§§ 812, 818, 819 BGB)

Nach einer anderen Auffassung ist das "aus einer Straftat" – in Fallkonstellationen strafbarer Vertragsanbahnung u. a. durch aktive Korruption (§§ 299 Abs. 2, 333 ff. StGB) aber auch durch strafbare Werbung (§ 16 UWG) oder Betrug (§ 263 StGB) – erlangte "Etwas" im Sinne des § 73 Abs. 1 S. 1 StGB nach dem Vorbild der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zu bestimmen[68] .

Der Zugang zum Vertrag als Zwischenziel des Täters beschreibt in dieser Fallgruppe die Abgrenzung zu anderen Tatmustern etwa der Eigentums- und Vermögensdelikte[69] . Mit der dort geläufigen Unterscheidung von Bereicherungsgegenstand (§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB) und dem Gegenstand des Bereicherungsanspruchs (§§ 818, 819 BGB) sei eine entscheidende Auslegungshilfe gegeben. Der Verfall erweise sich nach dieser Auffassung unter Heranziehung zivilrechtlicher Terminologie als Einnahmeabschöpfung ohne Entreicherungseinwand[70] . Die analoge Heranziehung bereicherungsrechtlicher Grundsätze wird vorwiegend darauf gestützt, dass die Vorschriften der §§ 73 ff. StGB zahlreiche Begrifflichkeiten des bürgerlichen Rechts verwendeten und implizit deren zivilrechtliche Bedeutung zugrunde legen würden. Zudem enthalte § 73 Abs. 1 S. 1 StGB mit dem Begriff des Erlangten eine sinntragende Verweisung auf die Zentralnorm des zivilrechtlichen Bereicherungsrechts (§ 812 Abs. 1 S. 1 BGB) nach deren Maßstäben im Wesentlichen das erlangte Etwas gem. § 73 StGB zu bestimmen sei, sowie auf die Begrifflichkeiten der §§ 818, 819 BGB[71] . Auch der Entstehungsgeschichte und

65. Eingehend Schlösser NStZ 2011, 121, 125-130 m.w.N.
66. Schlösser NStZ 2011, 121, 131 unter Verweis auf BGHSt 47, 260, 268 f.; LK/Schmidt § 73 Rn 17 sowie Rn. 28.
67. Schlösser NStZ 2011, 121, 131.
68. Burghart wistra 2011, 241 ff.
69. Burghart wistra 2011, 241, 242 f.: *"Dem Betrüger und dem Bestechenden kommt es hingegen darauf an, eine gegenseitige Bindung einzugehen, deren Bedingungen und Inhalt sie unerkannt (Betrug, verbotenes Insidergeschäft, strafbare Werbung) oder gemeinsam zu Lasten eines Dritten (Bestechung) diktieren. Sie wollen sich die vom Recht vorgehaltenen Formen und Verfahren nutzbar machen. Wenn es dem Täter gelingt, die Geschäftsgegner zum Verzicht auf Rechtsschutz zu veranlassen oder sie über die Voraussetzungen zu täuschen, gelangt er zu dem angestrebten, unlauteren Gewinn nicht durch eine Überwindung und Durchbrechung des Rechts, sondern durch seine Anwendung (verkürzt um die Beachtung der Nichtigkeitsfolgen: §§ 123, 142 I, 134, 138 BGB). Die vom Täter übernommene Verpflichtung und der Aufwand zur Pflichterfüllung durch Leistung an den Geschäftspartner sind die gemeinsamen Eigenarten aller Varianten der strafbaren Vertragsanbahnung, die die Verfallsbeurteilung in den Streit geraten läßt…. Die Fälle der strafbaren Vertragsanbahnung gleichen sich in den für die Verfallbeurteilung wesentlichen Merkmalen der Art undWeise der Vermögensverschiebung. Daß der betrügerische Verkäufer den Kaufgegenstand leistet, den er zuvor als unzutreffend wertvoll beschrieben hat, kennzeichnet keinen maßgeblichen Unterschied zu anderen Fällen, etwa der Bestechung zur Auftragserlangung."*
70. Burghart wistra 2011, 241 f.
71. Burghart wistra 2011, 241, 244.

dem Sinn und Zweck der §§ 73 ff. StGB sei zu entnehmen, dass der Gesetzgeber eine sinngemäße Übertragung des Bereicherungsrechts in das Strafrecht gewollt habe[72] . Das strafrechtliche Verfallsrecht sei somit analog dem zivilrechtlichen Bereicherungsrecht auszulegen, soweit der Gesetzgeber nicht ersichtlich gerade abweichende Regelungen treffen wollte. Letzteres sei insofern der Fall, als der Gesetzgeber bewusst in den §§ 73 ff. StGB – auch in § 73c StGB – nicht den Einwand der Entreicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) als Ausschlussgrund des Verfalls vorgesehen hat[73] . Bei Straftaten im Vertragsanbahnungsbereich lasse sich der Ausschluss des Entreicherungseinwands auch aus dem bereicherungsrechtlichen Vorbild der verschärften Haftung bei Kenntnis der Mangelhaftigkeit der empfangenen Leistung ableiten (§§ 819, 818 Abs. 4 BGB)[74] . Wer – wie der unter Verstoß gegen (z. B. Korruptions-)Strafrecht einen Vertrag Anbahnende – schon zur Zeit der Vereinnahmung des Vermögensvorteils wisse, dass er rechtsgrundlos (§ 819 Abs. 1 BGB) oder gar verboten (§ 819 Abs. 2 BGB) die Gegenleistung empfange hafte daher sofort nach den allgemeinen Vorschriften (§ 818 Abs. 4 BGB), d.h. unter Ausschluss der Entreicherungseinrede[75] . Unter Heranziehung der Rechtsgedanken des § 812 Abs. 1 S. 1 BGB sei Erlangtes die aus dem (nichtigen) strafbar angebahnten Vertrag (§§ 134, 138, 142 Abs. 1 BGB) erlangte scheinbare Forderung, die wirtschaftlich wertvoll sei, denn solange der (Schein-)Schuldner den Mangel nicht kennt, werde er sich auf Erfüllung in Anspruch nehmen lassen (müssen). Der Täter erlange also wenigstens eine sichere Erfüllungsaussicht[76] . Er habe seine auf dem Vertrag beruhende einredebehaftete Zahlungsforderung, die dem Verfall unterliegt. Die gegen ihn gerichtete – eventuell ebenfalls einredebehaftete – Forderung auf Lieferung oder Leistung, bleibe für den Verfall wegen des Brutto-Prinzips (und analog §§ 818 Abs. 3, Abs. 4, 819 BGB, s.o.) rechtlich irrelevant, so dass ein Abzug von deren Wert beim Verfall entgegen dem *5. Strafsenat* nicht in Betracht komme[77] .

Diese Auffassung erreicht mithin für strafrechtlich bemakelte synallagmatische Verträge dasselbe Ergebnis, das der *1. Strafsenat* bisher nur zu § 16 UWG vertrat und dehnt dessen Ergebnis auf eine deutlich größere Fallgruppe aus. Danach ist – z. B. auch etwa in Fällen des Eingehungsbetrugs – stets der gesamte Umsatz bzw. der Nominalwert der Forderung abzuschöpfen, der aus einer strafbaren Vertragsanbahnung gewonnen wird [78]. Dies gelte insbesondere auch für aktive Korruptionsdelikte, denn bei dieser Konstellation könne man nicht ausschließen, dass ohne die strafbare Manipulation nicht der Täter, sondern ein Mitbewerber den Vertrag geschlossen hätte und dass der Werklohn dann nicht an den Täter, sondern in geringerer Höhe an den Mitbewerber gezahlt worden wäre[79] . Das zumindest durch den *5. Strafsenat* in § 73 Abs. 1 S. 1 StGB "hineingelesene" ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der "Unmittelbarkeit" sei für die Bestimmung des Erlangten bei Korruptionsdelikten gänzlich untauglich, da letztlich unbestritten ist, dass durch die mit dem Vorteil erkaufte Dienst- oder Wettbewerbshandlung nie oder fast nie unmittelbar der Vermögenszufluss beim Geber oder Dritten eintritt, weil sich die Bestechungshandlungen häufig auf Akte im Vorfeld des Vertragsabschlusses oder gar der Auszahlung der Umsatzerlöse beziehen[80] .

72. Burghart wistra 2011, 241, 244 f.
73. Burghart wistra 2011, 241, 245.
74. Burghart wistra 2011, 241, 245.
75. Burghart wistra 2011, 241, 245: *"Die eigene Leistung des Bereicherungsschuldners, das Kernstück der anspruchsmindernden Saldierung, kann während der Zeit verschärfter Haftung dem Anspruch nur entgegengehalten werden, wenn sie im Vertrauen auf die Beständigkeit des eigenen Rechtserwerbs erbracht wurde. Dieses Vertrauen genießt der Täter nicht, der die Leistung des Gegenübers durch eine Straftat veranlaßt. Das Bruttoprinzip, das jeden Entreicherungseinwand ausschließt, entspricht damit so weitgehend der verschärften Haftung des Bereicherungsschuldners, daß auch hier zivilrechtliche Auslegungshilfen in Anspruch genommen werden können."*
76. Burghart wistra 2011, 241, 247 m.w.N.
77. Burghart wistra 2011, 241, 247-248.
78. Burghart wistra 2011, 241.
79. Burghart wistra 2011, 241, 243.
80. Burghart wistra 2011, 241, 244 mit Beispielen aus der Rspr.

Nach dieser Auffassung führt eine Straftat bei der Anbahnung von synallagmatischen Verträgen zur Abschöpfbarkeit der gesamten – auch durch Dritte, d.h. Unternehmen – erzielten Umsatzerlöse aus dem Vertrag ohne Abzüge für Aufwendungen oder den Wert der Gegenleistung. Dies gilt jedenfalls vorbehaltlich des Eingreifens der Reduzierung des Verfallsbetrags aus Billigkeitsgründen, § 73c StGB[81] .

2.7 Kritik

Zunächst einmal ist im Anschluss an die Auffassung *Schlössers* darauf hinzuweisen, dass die Auffassung des *1. Strafsenats* und des *5. Strafsenats*, die unhinterfragt zu Grunde legen, dass bei aktiven Korruptionssachverhalten bzgl. der seitens des Bestochenen erlangten Gegenleistung die Alternative "aus der Tat" einschlägig sei, bei näherer Betrachtung nicht überzeugt[82] . Dies folgt aus einer sinnvollen Abgrenzung mit der einzigen weiteren Tatbestandsvariante ("für die Tat"), die nach gewöhnlichem Verständnis solche Vermögenswerte erfasst, die nicht auf der Tatbestandsverwirklichung selbst beruhen, sondern als Gegenleistung für ein rechtswidriges Handeln gewährt werden[83] .

"Aus der Tat" erlangt sollen hingegen die Vermögenswerte sein, die dem Tatbeteiligten *unmittelbar* aus der Verwirklichung des Tatbestandes zufließen[84] . Werk- oder Kaufverträge und die daraufhin erfolgten Zahlungen – wie in der Kölner Müllverbrennungs-Entscheidung – sind m. E. nie unmittelbare Folge der Bestechungszahlung im Sinne der §§ 333, 334, 299 Abs. 2 StGB. Für deren Zustandekommen müssen zunächst vielmehr die (Tat-)Handlungen des bestochenen Amtsträgers bzw. Angestellten oder Beauftragten insbesondere die Annahme des Vorteils und das Zustandekommen einer bilateralen Unrechtsvereinbarung erfolgen. Durch die Bestechungstat an sich sind die Verträge und die mit diesen verbundenen Vermögensvorteile noch nicht "in der Welt", d. h. erlangt. Zum Erlangen der Verträge bedarf es vielmehr einer weiteren (nicht mehr tatbestandsmäßigen) Handlung, nämlich des Vertragsabschlusses. Der Vermögensvorteil stammt "aus" dem Vertrag respektive der Vertragsabschlusshandlung und nicht schon aus einer dieser vorausgehenden aktiven Bestechung. Die Vertragsabschlusshandlung wird aber (als Gegenleistung) "für" die Bestechung gewährt[85] . Dass dies dem vom Gesetzgeber Gewollten entspricht, ergibt sich auch aus § 73 Abs. 2 StGB, in dem es um den Verfall von Nutzungen und Surrogaten und damit von mittelbaren Vorteilen geht. Aus dieser Vorschrift geht laut der Gesetzesbegründung und laut dem BGH für § 73 Abs. 1 S. 1 StGB hervor, dass der Vermögensvorteil "unmittelbar" aus der Tat erlangt sein muss, auch wenn sich dies nicht aus dessen Wortlaut ergibt[86] . Vor diesem Hintergrund kann bzgl. des durch Bestechung bemakelten Vertragsabschlusses argumentiert werden, dass ein solcher, da er – ganz oder hinsichtlich bestimmter Klauseln – nicht unmittelbar "aus" der Schmiergeldzahlung stammt, nur eine Gegenleistung "für" die zuvor versprochenen Schmiergeldzahlungen darstellen kann, d.h. als Gegenleistung für rechtswidriges Handeln und damit "für die Tat" des aktiven Bestechungsdelikts gewährt wird[87] . Dafür spricht, dass in der Literatur der Bestechungslohn – der Vorteil gem. §§ 299 Abs. 1, 331, 332 StGB – als ein Vermögensvorteil angesehen wird, der "für die Tat", nämlich richtigerweise als Gegenleistung für die geäußerte Bereitschaft zur

81. Burghart wistra 2011, 241, 248 f.
82. Schlösser NStZ 2011, 121, 125 f.
83. Zur Definition von "für die Tat" vgl. BGHSt 30, 46, 47; BGHR StGB § 73 – Erlangtes 4; BGH NStZ-RR 2002, 366; BGHSt 50, 299, 309f.; Schönke/Schröder/Eser § 73 Rn. 8.
84. OLG Zweibrücken StV 2003, 160, 161; BGH JZ 2002, 296, 297; Schönke/Schröder/Eser § 73 Rn. 25; LK/Schmidt § 73 Rn. 26, 40 m. w. N.
85. Schlösser NStZ 2011, 121, 125 f.
86. BT-Drs. 5/4095, S. 39; BGHSt 47, 260, 268 f., h. Rspr., vgl. BGHSt 36, 251, 252; BGHSt 51, 65, 68; BGH NStZ 2001, 155, 156; BGH NStZ-RR 2002, 366; BGHR StGB § 73 – Erlangtes 4; BGHR StGB § 73 – Erlangtes 5; Rn 14; BGH wistra 2009, 23; ebenfalls h. M. in der Lit.: MK-StGB/Joecks § 73 Rn. 30, 32f.; ; NK-StGB/Herzog § 73 Rn. 9; Schönke/Schröder/Eser § 73 Rn. 16, 22; LK/Schmidt § 73 Rn. 17, 26; Fischer § 73 Rn. 10; Lackner/Kühl § 73 Rn 5; Odenthal wistra 2002, 338; Nack GA 2003, 879, 881; Hohn wistra 2006, 321, 322; Saliger NJW 2006, 3377, 3380 f.; Kudlich/Noltensmeier wistra 2007, 121, 122; Lohse JR 2009, 188, 189.
87. Schlösser NStZ 2011, 121, 125 f.

Vornahme einer Diensthandlung bzw. wettbewerbswidrigen Handlung (Unrechtsvereinbarung seitens des Nehmers) erlangt wird[88] . Der Einwand der Rspr., dass der Vorteil als Gegenleistung für die vielfach per se nicht strafbare Diensthandlung gegeben werde, und damit nicht für die (Straf-)Tat der §§ 299 Abs. 1, 331, 332 StGB[89] , greift im Ergebnis nicht durch. Bei natürlicher Betrachtung wird der Vorteil zwar mit der Finalität der (Dienst- bzw. Wettbewerbs-)Handlung, jedoch regelmäßig dann gewährt, wenn seitens des Nehmers eine (schriftliche, verbale oder konkludente) Selbstverpflichtung zur Vornahme der Handlung erfolgt (Unrechtsvereinbarung). Es erscheint daher nicht verfehlt, davon zu sprechen, dass der Vorteil zu deren Erlangung und damit "für" den Abschluss einer Unrechtsvereinbarung gewährt wird. Selbst wenn der tatbestandsmäßige Zusammenhang ein anderer ist, darf hier ("für die Tat") wie bzgl. der Variante "aus der Tat"[90] nicht nur auf die Tat im materiell-rechtlichen Sinn (§ 52 StGB), sondern auf die Tat im prozessualen Sinn (§ 264 StPO) und damit auf den Lebenssachverhalt abgestellt werden. Sogar wenn der Einwand griffe, würde er für die hier relevante, umgekehrte Konstellation nicht gelten. Es ist nicht ersichtlich, warum nicht auch die spiegelbildliche Bereicherung, also der Vorteil, der in der nicht strafbaren Diensthandlung bzw. Wettbewerbshandlung liegt, nach § 73 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 StGB ("für die Tat") dem Verfall unterliegen soll, lässt sich doch die nicht strafbare Dienst- oder Wettbewerbshandlung, also vorliegend der Vertragsabschluss, regelmäßig als Gegenleistung für die aktive (Korruptions-) Tat beschreiben, da sie empirisch als Gegenleistung für den Bestechungsvorteil bzw. dessen Versprechung gewährt wird[91] , auch wenn die Korruptionstatbestände eine solche Finalität normativ nicht vorsehen. Richtigerweise ist das durch aktive Korruption erlangte Etwas faktisch als ein solcher für die Straftat – strafbares Angebot, Versprechen oder Gewährung des Vorteils – anzusehen. Hierzu muss nicht auf § 264 StPO rekurriert werden; eine tatbestandsbezogene Betrachtung reicht bei §§ 299 Abs. 2, 333, 334 StGB anders als bei den passiven Korruptionsdelikten aus. Dementsprechend muss auch das erlangte Etwas vor diesem Hintergrund bestimmt werden – als synallagmatische Gegenleistung des Korruptionsvorteils[92] , und damit als Wert des durch diesen Vorteil erlangten Vertrages, wie es der *5. Strafsenat* tut.

Hinsichtlich der die Abschöpfung des Umsatzerlöses bejahenden Auffassung *Burgharts* ist ergänzend anzumerken, dass die pauschale Übertragung der Maßstäbe des Bereicherungsrechts (insbesondere der §§ 818, 819 BGB) auf §§ 73 ff. StGB schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil der Gesetzgeber bei Einführung des Bruttoprinzips in Kenntnis der bereicherungsrechtlichen Normen - und unter Berücksichtigung der Unterschiede von Zivil- und Strafrecht - von einem Verweis auf die §§ 812 ff. BGB abgesehen hat, sondern lediglich punktuell die im Bereicherungsrecht verwandten Begrifflichkeiten genutzt hat. Es fehlt jeder Hinweis in den Gesetzesmaterialien, dass auch im Übrigen bzw. allgemein oder auch nur subsidiär eine entsprechende Geltung der §§ 812 ff. BGB gewollt sei. Es ist methodisch nicht überzeugend, im Recht des Verfalls gem. §§ 73 ff. StGB lediglich diejenigen Grundsätze des Bereicherungsrechts als ausgeschlossen anzusehen, bzgl. derer der Gesetzgeber explizit die Nichtgeltung konstatierte. Das die Auffassung *Burgharts* auch ergebnisorientiert nicht sinnvoll ist, ergibt sich daraus, dass diese gerade bei Bestechungszahlungen für wenig gewinnträchtige oder sogar verlustträchtige Aufträge mit großem Volumen (z. B. im Rüstungswesen, im Anlagen- oder Großmaschinenbau) – die bei hartem Wettbewerb durchaus gebräuchlich sind (s.o.) – vielfach zur Insolvenz des Unternehmens führen würde und daher in der Sache einen eindeutig punitiven Charakter erlangen würde, da die Wirkung der Abschöpfung weit

88. Rönnau, Die Vermögensabschöpfung in der Praxis (2003), Rn. 176; LK-Schmidt § 73 Rn. 28 Schönke/Schröder/Eser § 73 Rn 8; Lohse JR 2009, 188, 189.
89. BGHSt 30, 46, 47; unklar BGHSt 33, 37 ff.
90. OLG Zweibrücken StV 2003, 160, 161; BGH JZ 2002, 296, 297; Schönke/Schröder/Eser § 73 Rn. 25; LK/Schmidt § 73 Rn. 26, 40 m. w. N.
91. Schlösser NStZ 2011, 121, 125 f.
92. Vgl. Schlösser NStZ 2011, 121, 125 ff.

über den Zweck der Ausgleichung von aus Straftaten resultierenden Vorteilen hinausginge. Man könnte sogar argumentieren, dass hierdurch eine Art "Todesstrafe" für Unternehmen durch die Hintertür eingeführt würde, obwohl dem deutschen Strafrecht Unternehmenssanktionen dieser Art – sowie überhaupt Unternehmensstrafen – fremd sind. Der Verweis des Autors auf die Milderungsmöglichkeiten des § 73c StGB ist angesichts der sehr zurückhaltenden Anwendungspraxis der Rspr. untauglich. Das Beispiel der Entscheidung des *5. Strafsenats* legt nahe, dass die Vorschrift regelmäßig wohl nur bereits insolventen Unternehmen "helfen" dürfte. Insbesondere soll § 73c StGB nach dem Willen des Gesetzgebers nämlich gerade nicht die durch Einführung des "Brutto-Prinzips" entstandenen Härten ausgleichen[93] . Dies wäre aber, folgt man dem hier kritisierten Auslegungsvorschlag, regelmäßig erforderlich. Anerkannt ist zudem, dass dann, wenn sich der Verfall gegen einen Dritten i.S.d. § 73 Abs. 3 StGB richtet, die Gutgläubigkeit des Dritten einen ganz zentralen Ermessengesichtspunkt bei der Feststellung der unbilligen Härte nach § 73 c Abs. 1 S. 1 StGB darstellt. Vielfach werden aber Korruptionsdelikte unter Beteiligung des Managements oder sogar der Geschäftsführungsorgane begangen, so dass eine Privilegierung gemäß § 73c StGB nach jetziger Rspr. schwer begründbar wäre[94] . Insgesamt sind die Beurteilungs- und Ermessensspielräume der für besonders gelagerte Einzelfälle[95] bestimmten Vorschrift nicht geeignet, die erforderliche Rechtssicherheit für die überwiegende Zahl der Fälle des Verfalls bei Unternehmen zu bieten. Die Auffassung *Burgharts* ist daher de lege lata und de lege ferenda abzulehnen.

2.8

Exkurs: Alternative Abschöpfung des Gewinns aus Straftaten bei Unternehmen durch eine Unternehmensgeldbusse gem. §§ 30, 17 Abs. 4 OWiG

Vor dem Hintergrund, dass in der Verfahrenspraxis bei Unternehmen gerade in Korruptionsverfahren – aus verfahrensökonomischen und beweisrechtlichen Gründen - des Öfteren nicht die an sich zwingende Abschöpfung durch Verfall bei Dritten gem. § 73 Abs. 1, 3 StGB zur Anwendung kommt, sondern die den Gewinn aus Straftaten abschöpfende Unternehmensgeldbuße gem. §§ 30 Abs. 1, Abs. 3 i. V. m. 17 Abs. 4 OWiG[96] , kann von deren Vorstellung hier sinnhafterweise nicht abgesehen werden. § 30 OWiG – überschrieben *"Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen"* – sieht in Abs. 1 vor, dass dann, wenn jemand als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs (Nr. 1), als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes (Nr. 2), als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft (Nr. 3), als Generalbevollmächtigter oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer in Nr. 2 oder 3 genannten Personenvereinigung (Nr. 4) oder als sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer in Nr. 2 oder Nr. 3 genannten Personenvereinigung verantwortlich handelt, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört (Nr. 5), eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen hat, durch die

93. BGH NStZ 2004, 457 f.

94. BGH wistra 2004, 465; BGH wistra 2006, 384 f.

95. Als hier nicht einschlägige, praktisch relevant sind Fälle zu nennen (NK/Herzog § 73c Rn. 3), in denen der Täter die dem Verfall unterliegende Sache unentgeltlich weitergibt, die Sache einer gemeinnützigen Einrichtung zuwendet (OLG Hamm NJW 1973, 719), sich unverhältnismäßig lange Zeit in U-Haft befand oder eine Gewinnabschöpfung bereits im Ausland vollstreckt wurde (BGH NStZ 2005, 455).

96. Zusammenfassend zur Unternehmensgeldbuße Trüg ZWH 2012, 6 ff. m.w.N. Vgl. Pressemitteilung der StA München I vom 10.12.2009 - 11/09 zum Bußgeldbescheid gegen die Firma MAN Nutzfahrzeuge AG, http://www.justiz.bayern.de/sta/sta/m1/presse/archiv/2009/02346/: *"Die Staatsanwaltschaft München I hat heute in dem Ermittlungskomplex MAN einen Bußgeldbescheid in Höhe von 75.300.000,-- Euro gegen die Firma MAN Nutzfahrzeuge AG erlassen. Der Bescheid ahndet die Verletzung der Aufsichtspflicht des Vorstandes der MAN Nutzfahrzeuge AG, einer 100%igen Tochtergesellschaft der MAN SE, durch mangelhafte Compliancestruktur der Aktiengesellschaft. Dadurch kam es in den Geschäftsbereichen der MAN Nutzfahrzeuge AG zur Zahlung von Bestechungsgeldern in einer Vielzahl von Fällen. Die hiermit erzielten Gewinne werden durch den heute erlassenen Bescheid abgeschöpft. Die Verletzung der Aufsichtspflicht stellt nach § 130 OWiG eine Ordnungswidrigkeit dar, für deren Verfolgung die Staatsanwaltschaft zuständig ist. …Mit dem Erlass dieses Bußgeldbescheides sind die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft München I gegen die MAN Nutzfahrzeuge AG als juristische Person abgeschlossen. …"*

Pflichten, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind oder die juristische Person oder die Personenvereinigung bereichert worden ist oder werden sollte, gegen diese (d. h. das Unternehmen) eine Geldbuße festgesetzt werden kann. Naturgemäß kommen Straftaten im Sinne der §§ 263 ff., 299, 331 ff. StGB als Straftaten im Sinn des § 30 Abs. 1 OWiG in Betracht.

Gemäß § 30 Abs. 2 S. 1 OWiG beträgt die Geldbuße im Falle einer vorsätzlichen Straftat bis zu einer Million Euro (Nr. 1), im Falle einer fahrlässigen Straftat bis zu fünfhunderttausend Euro (Nr. 2). Im Falle einer Ordnungswidrigkeit – etwa der (vorsätzlichen oder fahrlässigen) Verletzung der Aufsichtspflicht gem. § 130 OWiG[97] , die sich ebenfalls auf die Nichtverhinderung von Korruptionsdelikten durch die Aufsichtspflichtigen beziehen kann – beläuft sich das Höchstmaß der Geldbuße auf das für die Ordnungswidrigkeit angedrohten Höchstmaß der Geldbuße, wenn sich die Verletzung der Aufsichtspflicht hingegen auf eine Straftat bezieht, auf eine Million Euro.

Entscheidend für die absolute Höhe des Unternehmensbußgelds und wirtschaftliche Belastung des Unternehmens ist aber nicht diese sogenannte "Ahndungskompenente" des Bußgelds, sondern die Abschöpfung des Gewinns gem. § 30 Abs. 3 OWiG, der anordnet, dass u.a. § 17 Abs. 4 OWiG entsprechend zu gelten hat ("Abschöpfungskomponente"). Die Vorschrift sieht vor, dass die Geldbuße *"den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat"*, übersteigen soll (S. 1), selbst dann, wenn das gesetzliche Höchstmaß von 1 Mio. EUR hierzu nicht ausreicht. In diesem Fall kann das gesetzliche Höchstmaß – bis zur vollen Abschöpfung des aus der Ordnungswidrigkeit (bzw. Straftat) erlangten Vorteils überschritten werden (S. 2). Aus diesen Vorgaben folgt, dass der wirtschaftliche Vorteil, der dem Unternehmen aus der Tat zugeflossen ist (d.h. die "Abschöpfungskomponente"), rechnerisch die untere Grenze der Geldbuße darstellen soll, zu der eine "Ahndungskomponente" von bis zum gesetzlichen Höchstmaß hinzukommt[98] .

Der Begriff des "wirtschaftlichen Vorteils" im Sinne des § 17 Abs. 4 OWiG bezeichnet nach h. M. im Wesentlichen den erzielten Habensaldo, der sich aus dem Vergleich der wirtschaftlichen Position vor und nach Begehung der Tat ("Saldierung") ergibt, wobei tatunabhängige Besserstellungen des Unternehmens abzuziehen sind[99] . Hingegen gehören zum "wirtschaftlichen Vorteil" ersparte Aufwendungen und Gebrauchsvorteile sowie Tatentgelte[100] . Bei der Berechnung des wirtschaftlichen Vorteils ist nach h. M. – anders als beim erlangten Etwas gem. § 73 StGB – grundsätzlich vom "Nettoprinzip" auszugehen[101] . Wie bei jeder echten Saldierung sind die zur Erlangung des Vermögenszuwachses vom Betroffenen tatsächlich getätigten eigenen Aufwendungen finanzieller Art mindernd zu berücksichtigen[102] . Das folgt nicht nur aus dem Begriff des "Vorteils", sondern auch daraus, dass der Gesetzgeber den Wortlaut des § 17 Abs. 4 OWiG bei der Einführung des Bruttoprinzips in den Verfallsvorschriften § 29a

97. § 130 Abs. 1 OWiG: *"Wer als Inhaber eines Betriebes oder Unternehmens vorsätzlich oder fahrlässig die Aufsichtsmaßnahmen unterlässt, die erforderlich sind, um in dem Betrieb oder Unternehmen Zuwiderhandlungen gegen Pflichten zu verhindern, die den Inhaber treffen und deren Verletzung mit Strafe oder Geldbuße bedroht ist, handelt ordnungswidrig, wenn eine solche Zuwiderhandlung begangen wird, die durch gehörige Aufsicht verhindert oder wesentlich erschwert worden wäre. Zu den erforderlichen Aufsichtsmaßnahmen gehören auch die Bestellung, sorgfältige Auswahl und Überwachung von Aufsichtspersonen."* Gemäß § 130 Abs. 3 S. 1 OWiG kann die Ordnungswidrigkeit, wenn die Pflichtverletzung mit Strafe – nicht nur mit Bußgeld – bedroht ist, mit einer Geldbuße bis zu einer Million Euro geahndet werden, d.h. in den Fällen, dass es sich bei den Zuwiderhandlungen etwa um Korruptionsdelikte gem. §§ 299, 331 ff. StGB handelt.

98. BGH NJW 1975, 269, 270; OLG Karlsruhe NJW 1975, 793 f.; NJW 1974, 1883; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 121; OLG Hamm MDR 1979, 870; Brenner NStZ 1998, 557.

99. KK-OWiG/Mitsch § 17 Rn. 117; mit Verweis auf BayObLG NJW 1998, 2461, 2462; KG Grundeigentum 1998, 1022; Göhler OWiG § 17 Rn. 44; Brenner NStZ 1998, 537.

100. KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 122 m.w.N.; Göhler OWiG § 17 Rn. 41; Rebmann/Roth/Herrmann OWiG § 17 Rn. 47 f.; Brenner NStZ 1998, 557 f.

101. KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 122; Bohnert OWiG § 30 Rn. 42; Göhler OWiG § 17 Rn. 42; Rebmann/Roth/Herrmann OWiG § 17 Rn. 48, 50; Schmitz/Taschke WiB 1997, 1175; Wegner NJW 2001, 1982; Wegner PStR 2003, 182; a. A. Brenner NStZ 2004, 256, 259; Brenner ZfZ 2003, 185, 186.

102. BFH DStR 1999, 1518; OLG Hamburg NJW 1971, 1000, 1003; KK-OWiG/Mitsch § 17 Rn. 118; Rebmann/Roth/Herrmann OWiG § 17 Rn. 48, 50 f.; Göhler OWiG § 17 Rn. 42.

OWiG (und des § 73 StGB) unangetastet gelassen hat[103] . Dies führt zu einer im Ergebnis schwer nachvollziehbaren Diskrepanz zwischen den Verfallsvorschriften des StGB und des OWiG, bei denen nunmehr das "Brutto-Prinzip" gilt, und der nach dem "Netto-Prinzip" berechneten Unternehmensgeldbuße gem. §§ 17 Abs. 4, 30 Abs. 3 OWiG, die grundsätzlich auf dieselben Anknüpfungsstraftaten (direkt oder indirekt über § 130 OWiG) anwendbar sind[104] .

Der Vorteil im Sinne des § 17 Abs. 4 OWiG umfasst neben dem reinen Gewinn auch weitere Vorteile hinsichtlich der Situation des Unternehmens am Markt – etwa die Verbesserung der eigenen Marktposition durch Zurückdrängen eines Mitbewerbers oder durch die Übernahme eines bisherigen Konkurrenzunternehmens mit der Folge des Erwerbs wirtschaftlich bedeutsamer Marktanteile[105] . Bei der Berücksichtigung von Gewinnen ist die faktische Besserstellung entscheidend, die nach der wirtschaftlich ausgerichteten tatsächlichen Betrachtungsweise ermittelt wird. Die zivilrechtliche Unterscheidung zwischen "unmittelbarem" und nur "mittelbarem" Gewinn spielt aus diesem Grunde bei § 17 Abs. 4 OWiG keine Rolle. Nutzungen und Surrogate sind einzubeziehen[106] . Rein hypothetisch erzielbaren – nicht realisierten – Gewinnen ist allerdings naturgemäß keine Relevanz beizumessen[107] . Der Vorteil muss zudem einen Bezug zu den wirtschaftlichen Verhältnissen des Täters aufweisen. Rein persönliche Vorteile, wie Ansehensmehrung u. ä., die sich auf die wirtschaftlichen Verhältnisse nicht auswirken, bleiben außer Betracht[108] .

Bei der Bestimmung des wirtschaftlichen Vorteils im Rahmen des "Netto-Prinzips" ist – wie gesagt – eine (bußgeldmindernde) Berücksichtigung von Aufwendungen des Unternehmens geboten, wenn sie durch den Erwerbsvorgang veranlasst sind. Notwendig ist daher eine Saldierung von Einnahmen und Kosten[109]. Bei dem (z. B. betrügerischen) Verkauf geldwerter Sachen ist z. B. deren Geldwert vom Verkaufserlös abzuziehen[110] . Der Täter bzw. das Unternehmen kann aucherbrachte Arbeitsleistungen (Arbeitskraft, Einsatz von Produktionsmitteln etc.) in Anrechnung stellen[111] . Es soll nach h. M. nicht zwischen proportionalen und (abgrenzbaren) Fixkosten unterschieden werden[112] .

Abzugsfähig sind auch die sog. Verkehrssteuern wie etwa die Mehrwertsteuer[113] . Nach überwiegender Auffassung ist sogar durch das Unternehmen auf den Gewinn noch zu zahlende Einkommen-, Körperschaft- oder Gewerbesteuer bußgeldmindernd anzurechnen, wenn eine Berechnung möglich ist[114] .

Zweifelhaft ist, ob heute noch von der Rechtsordnung missbilligte Aufwendungen – wie etwa die zur Auftragserlangung gezahlten Schmiergelder – den gezogenen Gewinn mindern dürfen[115] . Nach überwiegender Ansicht sollen jedenfalls zivilrechtliche Ersatzansprüche des Geschädigten im Rahmen des § 17 Abs. 4 OWiG nicht mindernd zu berücksichtigen sein, da es an einer § 73 Abs. 1 S. 2 StGB entsprechenden Vorschrift fehlt[116] . Auch ein späterer Wegfall des erlangten Vorteils führt regelmäßig

103. KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 122.
104. Kritisch Brenner NStZ 2004, 256 ff.; zustimmend aber Bohnert OWiG § 30 Rn. 42.
105. OLG Karlsruhe NJW 1975, 793.
106. BT-Drs. V/2600 S. 3 f.; KK-OWiG/Mitsch § 17 Rn. 119; ähnlich Göhler OWiG § 17 Rn. 44.
107. OLG Hamburg NJW 1971, 1000, 1002; Rebmann/Roth/Herrmann OWiG § 17 Rn. 49.
108. KK-OWiG/Mitsch § 17 Rn. 118.
109. OLG Oldenburg wistra 2009, 328; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 124; Schmitz/Taschke WiB 1997, 1172; vgl. neuerdings zum Verfall auch OLG Celle, Beschluss vom 30.08.2011 - 322 SsBs 175/11, in: BeckRS 2011, 23747.
110. BGH v. 7. 2. 1986 - 2 StR 697/87 (unveröffentlicht).
111. KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 125.
112. KK-OWiG/Mitsch § 17 Rn. 119.
113. BGH wistra 1991, 268; Göhler OWiG § 17 Rn. 42a; KK-OWiG § 30 Rn. 124.
114. BGH wistra 1991, 268, 269; BayObLG wistra 1995, 360, 361 m. Anm. Cramer wistra 1996, 248; Odenthal wistra 2002, 246.
115. Göhler OWiG § 17 Rn. 39, 42; Lemke OWiG § 17 Rn. 33 ("sittenwidrig"), a.A. KK-OWiG/Mitsch § 17 Rn. 119 m.w.N. zur älteren Lit. u. Rspr.
116. BGHSt 23, 23 = NJW 1969, 1725 f.; BGH MDR 1953, 146; OLG Celle MDR 1954, 54 f.; BGH MDR 1957, 140; Rebmann/Roth/Herrmann OWiG § 17 Rn. 47; mit Einschränkungen KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 126 f.

nicht zum Unterbleiben der Abschöpfung[117] . Bloße - nicht erfüllte - schuldrechtliche Verbindlichkeiten schmälern den gezogenen Gewinn nicht[118] .

Der Umfang des Erlangten sowie dessen Wert müssen und dürfen nach h. M. letztlich vielfach geschätzt werden, § 29a Abs. 3 OWiG analog, was allerdings nicht von der verfahrensrechtlich korrekten Feststellung der Schätzungsgrundlagen – in dubio pro reo – befreit[119] . Dabei hat sich die (zumindest grobe) Schätzung darauf zu beziehen, welche Situation bestanden hätte, wenn das Unternehmen nicht zu dem inkriminierten Verhalten – etwa Schmiergeldzahlungen – gegriffen hätte. Dieser hypothetische Sachverhalt ist wirtschaftlich mit der nach der Tat tatsächlich eingetretenen Situation zu vergleichen[120] . Der durch die Straftat oder die Ordnungswidrigkeit erzielte wirtschaftliche Vorteil darf daher nicht mit hypothetischen Gewinnen verrechnet werden, die im Falle eines ordnungsgemäßen Verhaltens voraussichtlich eingetreten wären[121] . Insoweit kommt es allein auf die Feststellung an, dass das Unternehmen den Vorteil tatsächlich erhalten hat. Hinweg zu denken ist das rechtswidrige Verhalten, nicht jedoch ist ein legales Verhalten hinzuzudenken, das tatsächlich nicht stattgefunden hat. Hypothetische legale Gewinne haben daher außer Betracht zu bleiben und können den Bußgeldbetrag nicht mindern[122] .

In der Verfahrenspraxis ist für die Strafverfolgungsbehörden beim Unternehmensbußgeld (im Verhältnis zum Verfall) von Vorteil, dass gem. § 30 Abs. 4 S. 1 OWiG, dann wenn wegen der Straftat oder Ordnungswidrigkeit ein Straf- oder Bußgeldverfahren – gegen Individuen – nicht eingeleitet wird, oder es eingestellt wird oder von Strafe abgesehen wird, die Geldbuße durch die zuständige Behörde selbständig – direkt gegen das Unternehmen – festgesetzt werden kann. Ein gerichtliches Hauptverfahren ist dann nicht erforderlich. Das Bußgeld wird durch die zuständige Behörde – im Strafverfahren die Staatsanwaltschaft (§§ 35, 40, 41, 88 OWiG) – per schriftlichem Verwaltungsakt (Bußgeldbescheid, §§ 88 i. V. m. 65, 66 OWiG) festgesetzt und – falls durch das Unternehmen kein Einspruch (§ 67 OWiG) eingelegt wird – innerhalb von 2 Wochen (oder bei Rechtsmittelverzicht sofort) rechtskräftig. Gemäß § 30 Abs. 4 S. 3 OWiG ist die selbständige Festsetzung einer Geldbuße gegen die juristische Person oder Personenvereinigung nur dann ausgeschlossen, wenn die Straftat oder Ordnungswidrigkeit aus rechtlichen Gründen nicht verfolgt werden kann[123] . Das selbständige Bußgeldverfahren gegen das Unternehmen kann mithin eine erhebliche Arbeitserleichterung für die Justiz darstellen, da eine Beweisaufnahme in mündlicher Hauptverhandlung und überhaupt die Befassung eines (zumeist: Kollegial-)Gerichts entfällt.

Wird – alternativ – über das Bußgeld gegen das Unternehmen wegen Korruptionsdelikten der Mitarbeiter nicht in einem (selbständigen) Bußgeldverfahren gegen das Unternehmen (s.o.) entschieden, sondern im Rahmen des Strafprozesses gegen die individuellen Angeklagten, richtet sich das Verfahren gegen das Unternehmen nach § 444 StPO und erfordert grundsätzlich eine öffentliche Hauptverhandlung. Das Unternehmen wird als Verfahrensbeteiligter (§§ 432 ff. StPO) zur Hauptverhandlung beigeladen (§ 444 Abs. 1 StPO). Das für das Strafverfahren zuständige Gericht erster Instanz entscheidet im Rahmen des Urteils auch über die Unternehmensgeldbuße[124] . Auch im Strafverfahren ist ein selbständiges Verfahren gegen das Unternehmen allein möglich, dieses richtet sich nach den §§ 444 Abs. 3 i. V. m. 440, 441 StPO.

117. KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 128 m.w.N.
118. BGHSt 23, 23, 24.
119. Bohnert OWiG § 30 Rn. 43 i.V.m. § 17 Rn. 18.
120. BGH NStZ-RR 2008, 13, 15; eine betriebswirtschaftliche Berechnung ist nicht zwingend erforderlich, Krumm NJW 2011, 196, 197.
121. OLG Düsseldorf NStZ-RR 1996, 368 = wistra 1996, 354; OLG Hamburg NJW 1971, 1000, 1002; Rebmann/Roth/Herrmann OWiG § 17 Rn. 49; Göhler OWiG § 17 Rn. 40, Sannwald GewArch. 1986, 84, 85.
122. OLG Düsseldorf NStZ-RR 1996, 368; OLG Hamburg NJW 1971, 1000, 1002; OLG Stuttgart VRS 46, 144, 145 f.
123. Insbesondere auch im Fall der Verjährung bzgl. der natürlichen Person, BGH NJW 2001, 1436.
124. Meyer-Goßner, StPO § 444 Rn. 15, 18.

Aus der Sicht des Unternehmens dürfte sich ein Vorgehen nach § 30 OWiG (vorzugsweise in der Variante des selbständigen Verfahrens) unter Zugrundelegung des "Netto-Prinzips" anbieten, weil dies nach h. M. eine – u. U. weitergehende, jedenfalls in Fällen, in denen die Rspr. des *1. Strafsenats* Anwendung fände – Abschöpfung im Wege des Verfalls sowohl nach OWiG als auch besonders nach § 73 StGB sperrt, die nach dem "Brutto-Prinzip" zu erfolgen hätte[125] . Gemäß der expliziten Vorgabe des § 30 Abs. 5 OWiG schließt nämlich die Festsetzung einer Geldbuße gegen die juristische Person oder Personenvereinigung aus, gegen diese wegen derselben Tat den Verfall nach den §§ 73, 73a StGB oder nach § 29a OWiG anzuordnen[126] . Es darf deshalb hinsichtlich derselben Tat Verfall auch nicht etwa insoweit angeordnet werden, als eine Gewinnabschöpfung *nicht* durch das festgesetzte Bußgeld erfolgt ist[127] . Dem liegt die – möglicherweise irrige – Annahme des Gesetzgebers zugrunde, dass die Geldbuße die weitergehende Maßnahme sei, weil sie den wirtschaftlichen Vorteil, den der Betroffene aus der Tat gezogen hat, übersteigen soll, indem sie zusätzlich die "Ahndungskomponente" zum Tragen bringt (§§ 30 Abs. 3, 17 Abs. 4 OWiG). Der Zweck des § 30 Abs. 5 OWiG liege also darin, der Gefahr einer unzulässigen doppelten Sanktionierung zu begegnen[128] .

Letztlich wird man – jedenfalls unter Zugrundelegung der Rspr. des *5. Strafsenats*, die beim erlangten Etwas aus Korruptionsstraftaten trotz "Brutto-Prinzip" beim Verfall zur Abschöpfung des Gewinns kommt (s.u.) – zu einem recht weitgehenden Gleichlauf der Abschöpfung gemäß § 73 StGB und gem. §§ 30 Abs. 1 und 3, 17 Abs. 4 OWiG gelangen. Sehr viel günstiger wäre ein Unternehmensbußgeld für Unternehmen hingegen, wenn sich die Rechtsauffassung des *1. Strafsenats* zum Verfallsbetrag (Umsatzerlös) auch für Betrugs- und Korruptionsdelikte (s.o.) durchsetzen sollte bzw. bereits nach jetziger Rspr. gilt.

Ein gewisses Potential zur Besserstellung des Unternehmens bei der Bußgeldverhängung liegt zudem darin, dass § 17 Abs. 4 OWiG durch die Formulierung "kann" nach herrschender Meinung ein gebundenes, aber verbleibendes Ermessen der Behörde bzw. des Richters vorschreibt. Grundsätzlich ist mithin also der wirtschaftliche Vorteil zu entziehen, falls nicht ausnahmsweise sachliche Gründe hiergegen sprechen[129] . § 73 StGB sieht hingegen den Verfall des erlangten Etwas in voller Höhe zwingend vor. Grundsätzlich kann mithin die Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens zu einer Reduzierung der Geldbuße unter den Betrag des erlangten Vorteils führen[130] . Unter Umstände soll auch die Entreicherung gerade um den Teil des Vorteils etwa bei Weiterreichung an Dritte zur Reduzierung des Verfallsbetrags herangezogen werden können[131] . Auch bei Eintritt wirtschaftlicher Schäden aufgrund der Ordnungswidrigkeit bzw. der Straftat wird eine Reduzierung der (Unternehmens-)geldbuße als ermessensgerecht angesehen[132] . Gerade bei großen Korruptionsverfahren, die Unternehmen als Verfahrensbeteiligte involvieren, wird man auch den Eintritt mittelbarer wirtschaftlicher Schäden beim Unternehmen durch die Ordnungswidrigkeit bzw. Straftat zu erwarten haben (Verteidigungskosten, Kosten der internen Ermittlungen zur Aufklärung des Sachverhalts, steuerliche Folgen etc.), bzgl. derer Billigkeitserwägungen zu einer bußgeldmindernden Wirkung führen sollten, die bei den §§ 73 ff. StGB nur sehr eingeschränkt möglich sind (§ 73c StGB). Weiter werden in der Praxis der durch das (gebundene) Ermessen gegebene rechtliche Spielraum einerseits und die vielfach gegebenen tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Ermittlung des wirtschaftlichen Vorteils

125. KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 135.
126. BGH NStZ-RR 2008, 13, 15.
127. BGH NStZ-RR 2008, 13, 15.
128. EEGStGB, BT-Drs. 7/550, S. 344; KK-OWiG/Rogall § 30 Rn. 135.
129. OLG Karlsruhe, NJW 1974, 1883; Krumm NJW 2011, 196, 197.
130. OLG Celle NJW 2004, 2396; Krumm NJW 2011, 196, 197.
131. Krumm NJW 2011, 196, 197; Fromm, VRR 2009, 408, 409.
132. Krumm NJW 2011, 196, 197; weitergehend KK-OWiG/Bohnert, § 47 Rn 113.

nicht selten dazu führen, dass die Behörde den zusätzlichen Aufwand umständlicher Beweiserhebungen zur Höhe des Vorteils – unter Wahrung der Amtsermittlungspflicht – vermeidet und ggf. ihre Vorstellung von der festzusetzenden Geldbuße reduziert (und reduzieren kann) [133].

Aus den oben genannten verfahrensökonomischen und wirtschaftlichen Gründen, aber auch, weil die Unternehmensgeldbuße im schriftlichen Verfahren unter Ausschluss der Öffentlichkeit und damit unter Vermeidung zusätzlicher Imageschäden verhängt werden kann, wird ein Unternehmen in Deutschland bei drohendem Verfall nach Möglichkeit regelmäßig ein einvernehmliches Vorgehen nach den §§ 30, 17 Abs. 4 OWiG anstreben und versuchen, die Verhängung des Verfalls gem. § 73 Abs. 3 StGB zu vermeiden. Aus verfahrensökonomischen Gründen sind die Strafverfolgungsbehörden zu diesem Vorgehen vielfach bereit.

3 Italien: Rechtslage zur Abschöpfung beim Unternehmen

In Italien ist mit Art. 19 des Legislativdekrets ("decreto legislativo") Nr. 231 vom 8. Juni 2001 ("Dekret") – das allgemein eine strafrechtsähnliche Unternehmenshaftung für Straftaten[134] einführte – Anfang des Jahrtausends eine spezielle Vorschrift zur Abschöpfung ("confisca") des Gewinns ("profitto") und Preises ("prezzo") unternehmensbezogener Straftaten von Mitarbeitern in Kraft getreten. Die Vorschrift lautet auf Deutsch sinngemäß wie folgt:

"Gegenüber dem Unternehmen[135] *wird im Falle einer Verurteilung*[136] *stets die Abschöpfung des Preises oder Profits der Straftat angeordnet, mit Ausnahme desjenigen Anteils, der dem Verletzten der Straftat herausgegeben werden kann.*

Wenn eine Abschöpfung gemäß Absatz 1 nicht möglich ist, kann die Abschöpfung statt dessen Geld, Güter oder andere Vorteile im Wert des Preises oder Profits der Straftat zum Gegenstand haben".

3.1 Allgemeines zur "confisca" gem. Art. 19 des Legislativdekrets Nr. 231 vom 8. Juni 2001

Im Rahmen des Dekrets ist die Abschöpfung nach h. Lit. nicht allein als präventive Maßnahme, sondern als primäre und vor allem – anders als gem. Art. 240 Codice Penale (CP) – obligatorische Sanktion bei allen Katalogstraftaten gem. den Art. 24 ff. des Dekrets – darunter die italienischen Amtsträgerkorruptionsdelikte (Art. 25 des Dekrets i. V. m. Art. 318 ff. CP) sowie Betrugsdelikte zu Lasten des Staates (Art. 24 des Dekrets) - zu verstehen[137] . Ungeachtet dieser Rechtsnatur ist Ziel der "confisca" gem. Art. 19 (nur) die Entziehung jedes wirtschaftlichen Vorteils des Unternehmens aus der Straftat zwecks Widerherstellung des durch die Tat gestörten wirtschaftlichen Gleichgewichts[138] . Die gesetzlich vorgesehene Einschränkung der "confisca" durch Rückerstattungs- bzw. Herausgabeansprüche des Verletzten ("pretesa restitutoria"; typischerweise dinglicher Natur[139]) scheint – anders als § 73 Abs. 1 S. 2 StGB in Deutschland – einen recht engen Anwendungsbereich zu haben. Deliktische und vertragliche Schadensersatzansprüche ("pretesa risarcitoria") des Verletzten gegen das Unternehmen stehen der staatlichen Abschöpfung nach Art. 19 des Dekrets nach h. Rspr. gerade nicht entgegen[140] .

133. Minoggio, Unternehmensstrafrecht, Rn. 1119; Krumm NJW 2011, 196, 197.
134. Formal ist von einer verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit des Unternehmens für Straftaten die Rede.
135. Genauer: "ente" = Verband o.ä., der Sache nach handelt es sich in der Praxis aber fast ausschließlich um Untemehmen unterschiedlicher rechtlicher Struktur.
136. D. h. wenn die sonstigen Voraussetzungen einer Unternehmenssanktion nach dem Legislativdekrets Nr. 231 vom 8. Juni 2001 gegeben sind, vgl. Art. 1 ff. und insbesondere Art. 5, 6 des Legislativdekrets; vgl. dazu im Einzelnen Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. III 1 f.
137. Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. I 1.
138. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 02.07.2008, DPP 2008, Nr. 10, S. 1263; Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. I 2.
139. Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. IV 1.
140. Cassazione, Urt. v. 28.04.2010, Nr. 16526; Urt. v. 13.01.2010, Nr. 1116 (unveröffentlicht, zit. nach Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3.

Gegenstand der Abschöpfung sind Güter, deren Herkunft bzw. Entstehung kausal auf die Verwirklichung des Straftatbestandes zurückzuführen sind[141] , bezeichnet als "prezzo" und "profitto".

Als Preis ("prezzo") der Straftat – nach deutschem Verständnis wohl eher: Gegenleistung – ist nach h. Rspr. die Kompensation anzusehen, die gewährt oder versprochen wird, um eine andere Person zur Begehung der Katalogstraftat zu veranlassen, also das, was (motivatorisch) verursacht hat, dass der andere die Straftat begangen hat[142] . Bei Korruptionstatbeständen wird als Preis der Straftat in der Rspr. insbesondere der gewährte Vorteil angesehen[143] .

Der – hier primär interessierende – Begriff des Profits ("profitto") ist demgegenüber seinem Inhalt und seinen Grenzen nach weniger klar bestimmt. Insbesondere stellt sich bei Unternehmen die Frage, ob und inwieweit wirtschaftswissenschaftlich-buchhalterische Maßstäbe anzuwenden sind[144] . Die h. M. versteht unter Profit das "empirische Resultat des Unrechts" ("risultato empirico dell´illecito"), den wirtschaftlichen Vorteil, den das Unternehmen durch die Begehung der Straftat erlangt bzw. dasjenige Etwas, das als Verdienst bzw. Gewinn aus der rechtswidrigen Tat resultiert[145].

3.2 Bestimmung der Höhe des Abschöpfungsbetrags ("profitto")

Ähnlich wie in Deutschland wurde in Italien nach Einführung der "confisca" gem. Art. 19 des Dekrets im Hinblick auf die Höhe des Abschöpfungsbetrags zunächst diskutiert, ob das Bruttoprinzip ("profitto lordo") oder das Nettoprinzip ("profitto netto") zur Anwendung kommen müsse.

3.2.1 Nettoprinzip

In der Literatur wurde überwiegend die Auffassung vertreten, das Nettoprinzip sei anzuwenden. Schon im Hinblick auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip sei der Begriff des "profitto" im Sinne eines Reingewinns ("guadagno netto") des Unternehmens zu verstehen. Nur dieser dürfte abgeschöpft werden[146] . Die Abschöpfung des Umsatzes bzw. der Bruttoeinnahmen (im Sinne des Bruttoprinzips) gehe über die Absicht des Gesetzgebers hinaus, denn es sei nicht der Gesamtumsatz per se, der zu (Korruptions-) Straftaten anrege, sondern die Erwartung, hierdurch höhere Einnahmen zu erzielen, als sonst möglich wären[147] . Der vom Gesetzgeber gewählte Begriff des Profits schließe zudem aus, dass auch im Falle eines negativen Geschäftsergebnisses eine Abschöpfung nach Art. 19 des Dekrets erfolgen solle. Zudem habe der Gesetzgeber offenbar bewusst die zur Begehung der Straftat eingesetzten Mittel von der Abschöpfung gem. Art. 19 ausgenommen[148] . Auch in der instanzgerichtlichen Rspr. wurde teilweise eine Art "Netto-Profit" ("profitto netto") als abzuschöpfendes Etwas bestimmt, d.h. wohl ebenfalls der Gewinn[149] .

Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. IV 1).

141. Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. V 1.

142. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 02.07.2008, DPP 2008, Nr. 10, S. 1263 und Urt. v. 03.07.1996, in. Cassazione Penale (CP) 1997, S. 971; Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. V 2.

143. Tribunale di Milano, Urt. v. 07.07.1998, in: FA 1999, 1 ff.

144. Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. V 2.

145. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 02.07.2008, DPP 2008, Nr. 10, S. 1263 und Urt. v. 03.07.1996, in. Cassazione Penale (CP) 1997, S. 971.

146. Manna, Corso di Diritto Penale del Impresa, 1. Aufl. (2010), S. 64; Fornari, La confisca del profitto nei confronti dell´ente responsabile di corruzione: profili problematici, RTPDE 2005, 63, 83.

147. Alessandri Criminalità economica e confisca del profitto, in: Scritti, Milano 2006, S. 2103, 2104.

148. Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. V 6.

149. Vgl. etwa Tribunale di Milano, Urt. v. 31.07.2007, in: CM 2007, Nr. 12, S. 1439, das auch diese Begrifflichkeit verwendet (Schätzung auf 10% des Umsatzes/Auftragswertes).

3.2.2 Bruttoprinzip

Die insbesondere untergerichtliche Rspr. gerade zur vorläufigen Vermögensbeschlagnahme ("sequestro preventivo", Art. 53 des Dekrets) in Höhe der späteren "confisca" ging – auch ohne explizite dahingehende Aussage – eher vom Bruttoprinzip bzw. von einer Abschöpfbarkeit aller Bruttoeinnahmen aus einem strafrechtlich bemakelten Geschäft aus. Zunächst wurden zudem auch Tatvorteile, die mittelbar aus der Straftat resultierten, als Gegenstand der "confisca" akzeptiert. Z. B. wurden der Gesamtwert der Lieferungen des (korrumpierenden) Werkunternehmers, der Wert zukünftiger Service-Verträge, das wirtschaftliche Interesse des Unternehmens am Markeintritt und eine durch die Korruptionsstraftat erreichte Monopolstellung als abschöpfbarer Profit im Sinne des Art. 19 des Dekrets behandelt[150] . Insbesondere wurde eine Abziehbarkeit von Kosten bzw. Investitionen bei synallagmatischen Verträgen zur Bestimmung des Profits gem. Art. 19 des Dekrets verneint [151]. In der Lit., besonders aber in der Rspr. wurde auch vertreten, dass bei aktiven Korruptionsdelikten oder Betrugstaten der "Gesamtwert des Vertrages" ("intero valore del contratto") – offenbar verstanden als Umsatz bzw. Preis, da er begrifflich vom Gewinn bzw. Verdienst ("guadagno") unterschieden wird – abzuschöpfen sei, ohne Abzug von Kosten[152] .

3.2.3 Vermittelnde Auffassung der Vereinigten Strafsenate der Corte Suprema di Cassazione seit der Impregilo-Entscheidung (2008)

Beide Auffassungen setzten sich in der Rspr. letztlich nicht durch und wurden 2008 durch eine Grundsatzentscheidung der Vereinigten Strafsenate der Corte Suprema di Cassazione korrigiert (Impregilo-Entscheidung)[153] . Die höchstrichterliche Rspr. betont seither, dass nicht auf betriebswirtschaftliche Größen wie Bruttoergebnis oder Nettoergebnis zurückzugreifen sei, die Abschöpfung aber jedenfalls nicht von vornherein auf das Nettoergebnis beschränkt sei[154] . Auch einem im Sinne des Bruttoprinzips ausufernden Verständnis trat die jüngere Rspr. sowohl im Hinblick auf schwer quantifizierbare Vorteile der Tat, als auch im Hinblick auf mittelbare Vorteile aus der Tat zunehmend entgegen. Abgeschöpft werden sollte bei Betrug oder Korruption die objektive Bereicherung des Unternehmens unmittelbar aus der Sphäre des Geschädigten (bei Korruptionsdelikten und Betrugsdelikten zu Lasten des Staates)[155] .

Im Hinblick auf Straftaten, die zum Abschluss strafrechtlich bemakelter synallagmatischer Verträge führen, stellte die höchstrichterliche Rechtsprechung schließlich 2008 grundsätzlich klar, dass nicht das gesamte Volumen (bzw. der gesamte Umsatz) des durch Bestechung erlangten Vertrags abzuschöpfen ist, sondern zur Ermittlung des Profits des Unternehmens der wirtschaftliche Wert der Leistung des Unternehmens vom Umsatz abzuziehen ist[156] . 2008 hielten die Vereinigten Strafsenate der *Corte Suprema di Cassazione* ("Cassazione")[157] fest, dass Profit allein derjenige wirtschaftliche Vorteil ist, der direkt und unmittelbar ursächlich aus der Straftat (als solcher) stammt. Dieser sei (u.a.) unter Abzug des Wertes der durch den Geschädigten im konkreten Fall aufgrund des synallagmatischen Vertrags effektiv erlangten Gegenleistung zu bestimmen[158] . Im konkreten, durch die *Cassazione* zu entscheidenden Fall standen Mitarbeiter eines Bauunternehmens (Impregilo S.p.A.) im Verdacht, durch eine Betrugsstraftat von der öffentlichen Hand den Auftrag zur entgeltlichen Betreibung einer noch

150. Tribunale di Milano, Urt. v. 14.12.2004, in: FI 2005, 2, S. 527 (Siemens/ENEL), vgl. aber auch Cassazione, Urt. v. 02.10.2006, in: Rivista Penale (RP) 2007, Nr. 10, S. 1074.
151. Zusammenfassend Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. V 5.
152. Cassazione, Urt. v. 19.10.2005, in: CED Nr. 232623; Urt. v. 20.12.2005, in: GD 2006, Nr. 15, S. 59; Urt. v. 16.02.2006, in: RP 2007, Nr. 1, 110; Tribunale di Milano, Urt. v. 22.10.2007, in: CM 2008, Nr. 1, S. 84.
153. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 02.07.2008, DPP 2008, Nr. 10, S. 1263; in der Lit. zu Korruptionsdelikten etwa Fornari RTDPE 2005, 1 ff.; Alessandri Criminalità economica e confisca del profitto, in: Scritti, Milano 2006, S. 2103 ff.
154. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 27.03.2008, in: RTDPE 2008, Nr. 4, S. 1082; Cassazione, Urt. v. 29.01.2010, Nr. 4064 (unveröffentlicht).
155. Cassazione, Urt. v. 20.12.2005, in: GD 2006, Nr. 15, S. 59.
156. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 02.07.2008, DPP 2008, Nr. 10, S. 1263; vgl. auch Cassazione, Urt. v. 26.06.2008, in: RTDPE 2008, Nr. 4, S. 1082.
157. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 02.07.2008, DPP 2008, Nr. 10, S. 1263; vgl. auch Cassazione, Urt. v. 26.06.2008, in: RTDPE 2008, Nr. 4, S. 1082.
158. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 02.07.2008, DPP 2008, Nr. 10, S. 1263.

zu erbauenden Abfallentsorgungsanlage erlangt zu haben. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft hatten die im Ermittlungsverfahren zuständigen Richter im Vermögen des Unternehmens folgenden Posten entsprechende Werte vorläufig – im Hinblick auf eine "confisca" gem. Art. 19 des Dekrets – sichergestellt (Art. 53 des Dekrets): Die der ausschreibenden Behörde aufgrund unzureichender Vertragserfüllung des Unternehmens entstandenen Kosten, eine durch das Unternehmen nicht geleistete Kaution, den Wert der auf Kosten des Unternehmens erstellten Gewerke zur Erbauung des Kraftwerks und die Mehrwertsteuer (IVA) auf Zahlungen der Behörde sowie der Bruttobetrag der Zahlungen der Behörde (ohne Mehrwertsteuer (IVA)) für die Entsorgung der Abfälle. Über den hiergegen erhobenen Rechtsbehelf des Unternehmens hatte die *Cassazione* zu entscheiden. Die Vereinigten Strafsenate der *Cassazione* haben dazu am 27. März 2008 festgehalten, dass die Kosten der Behörde aufgrund unzureichender Vertragserfüllung, die durch das Unternehmen nicht geleistete Kaution, der Wert der auf Kosten des Unternehmens erstellten Gewerke zur Erbauung des Kraftwerks und die Mehrwertsteuer (IVA) auf Zahlungen der Behörde nicht zum abschöpfbaren Profit gem. Art. 19 des Dekrets gehören[159] . Hingegen sei – jedenfalls grundsätzlich bzw. teilweise – der Bruttobetrag der Zahlungen der Behörde (ohne Mehrwertsteuer) für die Entsorgung der Abfälle abschöpfbarer Profit im Sinne des Art. 19 des Dekrets. Hiervon ist jedoch nach der *Cassazione* der Wert der durch das Unternehmen im Rahmen der synallagmatischen Verpflichtung korrekt erbrachten Gegenleistung (hier wohl: der Wert der Bau- bzw. Entsorgungsleistungen) abzuziehen[160] . Die *Cassazione* hob daher die Entscheidung des Instanzgerichts ganz überwiegend auf.

Zunächst hält die *Cassazione* zur Begründung fest, dass der Begriff des Profits gem. Art. 19 nach italienischem Verständnis die effektive Erlangung des Abzuschöpfenden voraussetzt. Ausgeschlossen von der Abschöpfung sind daher nach h. Rspr. wirtschaftliche Werte, die zu erwarten, aber noch nicht effektiv erlangt sind, wie noch nicht ausgezahlte Darlehen (s.o.)[161] , sowie solche Profite, die nicht bei dem Unternehmen des Mitarbeiters eintreten, der die Katalogstraftat im Sinne des Dekrets begangen hat[162] . In diesem Zusammenhang ist fallbezogen zu berücksichtigen, dass durch das Unternehmen auf eigene Kosten errichtete Gewerke naturgemäß nicht durch die Betrugsstraftat erlangt sind bzw. überhaupt keinen Vermögenszuwachs des Unternehmens darstellen. Dasselbe gilt für die Kosten der ausschreibenden Behörde wegen unzureichender Vertragserfüllung (s.o.). Diese hat das Unternehmen als solche nicht bzw. nicht als Profit erlangt. Abschöpfbar könnten allenfalls hieraus mittelbar entstehende Vermögenszuwächse auf der Seite des Unternehmens sein, falls es sich nicht bloß um ersparte Aufwendungen handelt. Ersparte Aufwendungen ("risparmi di spesa") sind nämlich aus Sicht der *Cassazione* ebenfalls nicht als effektiv erlangt anzusehen und daher auch nicht vom Begriff des Profits erfasst[163] . Ersparte Aufwendung ist zudem die durch das Unternehmen nicht geleistete Kaution, die nach der *Cassazione* ebenfalls nicht als Profit abschöpfbar war. Dass im Bereich der Betrugs- und (aktiven) Korruptionsstraftaten zur Auftragserlangung im Ergebnis nicht der Gesamtwert des synallagmatischen Kauf- und Werksvertrages als Profit angesehen wird, sondern vielmehr der Werklohn bzw. der Kaufpreis, der für die effektive und korrekte Leistung des Unternehmens geschuldet sei, abzuziehen sei, begründet die *Cassazione* damit, dass die öffentliche Hand sich nicht am Unternehmen bereichern dürfe. Dies geschähe aber, wenn die öffentliche Hand (als

159. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 27.03.2008, in: RTDPE 2008, Nr. 4, S. 1082.
160. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 27.03.2008, in: RTDPE 2008, Nr. 4, S. 1082. Wie dieser Wert zu ermitteln ist, wird nicht mitgeteilt.
161. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 27.03.2008, in: RTDPE 2008, Nr. 4, S. 1082; Cassazione, Urt. v. 13.01.2009, in: CED Nr. 242568; Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. V 6 m.w.N.
162. Cassazione, Urt. v. 10.01.2007, in: RP 2008, Nr. 3, 293; Urt. v. 12.02.2010, Nr. 5822 (unveröffentlicht); vgl. bereits Alessandri Criminalità economica e confisca del profitto, in: Scritti, Milano 2006, S. 2103, 2152; so sind etwa die Anteile an einer Gesellschaft nicht bei diesem Unternehmen abzuschöpfen, sondern nur, wenn die Voraussetzungen der Abschöpfung auch bei den Gesellschaftern vorliegt.
163. So verstehen Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 die Entscheidung Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 27.03.2008, in: RTDPE 2008, Nr. 4, S. 1082.

Vertragspartner) zum einen die vertraglichen Leistungen erhalte, zum anderen (als Strafjustiz) den Betrag des Gegenwertes mit abschöpfe. Die durch werthaltige Gegenleistungen abgedeckten Beträge seien nicht als unrechtmäßig erlangt anzusehen nur weil das Zustandekommen des Vertrags durch Betrug oder Korruption bemakelt sei. Der (abzuschöpfende illegale) Profit müsse einen direkten und unmittelbaren Effekt der Straftat darstellen, was bei den genannten, leistungsgerechten Beträgen (als Kaufpreis bzw. Werklohn) nicht der Fall sei [164]. Die Auffassung der *Casssazione*, dass ein – dem Dekret nicht direkt zu entnehmender – Unmittelbarkeitszusammenhang zwischen dem Erlangten und der rechtswidrigen Tat bestehen müsse, könne sich auf den Willen des Gesetzgebers stützen, der in der Begründung des Dekrets als Leitkriterium die unmittelbare Verbindung zur Straftat hervorgehoben hat[165] .

Für andere Sachverhaltskonstellationen ist diese Rspr. zwischenzeitlich weiter präzisiert worden: Hinsichtlich eines korruptionsbemakelten Immobilienverkaufs bezeichnete die aktuelle Rspr. als abschöpfbaren Profit denjenigen Teil des erzielten Kaufpreises, der den wirtschaftlichen Wert der Immobilie übersteigt[166] . Auch z. B. Zinsgewinne aufgrund eines strafrechtlich bemakelten Finanzierungsvertrags – etwa bei einer Erlangung durch Korruption – seien Teil des abschöpfbaren Profits[167] . Bei der Erlangung von Aufträgen durch Straftaten sind der Rspr. zufolge insbesondere Kosten für die Abwicklung sowie Steuern und Abgaben vom Abschöpfungsbetrag abzuziehen[168] .

Die Grundsätze der Entscheidung von 2008 sind jedoch laut der höchstrichterlichen Rspr. nicht auf alle Sachverhaltskonstellationen anwendbar. Zur Bestimmung des konkret erlangten Profits nach diesen Maßstäben ist entscheidend, dass die per se nicht rechtswidrige Erfüllung – durch Korruption oder Betrug – bemakelter Verträge und deren Wert von "vollständig rechtswidrigen Handlungen" ("condotte pienamente illecite") abgegrenzt werden müssen[169] . Die beschriebenen Einschränkungen der Abschöpfung gelten laut der Rspr. nur für Erlangtes aus Straftaten im Zusammenhang mit grundsätzlich legaler unternehmerischer Tätigkeit im Rahmen synallagmatischer Verträge ("reati in contratto").

Bei uneingeschränkt illegalen Aktivitäten ("condotte pienamente illecite") und für sich genommen strafrechtswidrigen Vertragsverhältnissen ("reati contrato") seien hingegen die Bruttoeinnahmen bzw. der Umsatz abzuschöpfen [170]. Voll abzuschöpfen sei vor diesem Hintergrund etwa eine seitens des Unternehmens durch Betrug oder Korruption erlangte Finanzierungsleistung (Subvention)[171] .

3.2.4 Kritik in der Literatur

In der Lit. wird die (neue) Linie der Rspr. – die erstaunlicherweise offenbar als eine Anwendung des "Brutto-Prinzips" unter Berücksichtigung diverser Ausschlussregeln verstanden wird[172] - nicht uneingeschränkt begrüßt. Dies hängt zum Einen damit zusammen, dass de lege lata das Nettoprinzip als in Art. 19 des Dekrets verankert angesehen wird (s.o.)[173] . Ein Ausgehen von den Bruttoeinnahmen sei mit verfassungsrechtlichen Vorgaben unvereinbar, widerspreche dem Wortlaut des Art. 19 und der Systematik

164. Cassazione, Urt. v. 26.03.2009, in: CED Nr. 243319.
165. Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. V 4.
166. Cassazione, Urt. v. 16.04.2009, in: CED Nr. 243198.
167. Cassazione, Urt. v. 29.01.2010, Nr. 4064 (unveröffentlicht).
168. Giarda/Spangher, Codice di Procedura Penale, 3. Aufl. (2011), D.Lgs. 8. Giugno 2011 n. 231, Art. 19 Rn. V 6.
169. Cassazione, Urt. v. 15.05.2009, in: CED Nr. 243198.
170. Cassazione, Sezioni Unite, Urt. v. 27.03.2008, in: RTDPE 2008, Nr. 4, S. 1082; vgl. im Einzelnen Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.
171. Cassazione, Urt. v. 06.05.2003, in: FiR 2003, 903.
172. So Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.
173. Manna, Corso di Diritto Penale del Impresa, 1. Aufl. (2010), S. 64; Fornari, La confisca del profitto nei con-fronti dell´ente responsabile di corruzione: profili problematici, RTPDE 2005, 63, 83; Alessandri Criminalità economica e confisca del profitto, in: Scritti, Milano 2006, S. 2103, 2104; Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.

der anderen Normen zur Abschöpfung. Richtigerweise sei das "Netto-Prinzip" anzuwenden, indem Einnahmen und Kosten vollumfänglich nach betriebswirtschaftlichen Kriterien saldiert werden, mit der Ausnahme, dass Aufwendungen für illegale Handlungen nicht zur Saldierung zuzulassen seien[174] . Zudem wird in der Lit. durchaus kritisch gesehen, dass die Kriterien für die Bestimmung des abzuziehenden Wertes der Gegenleistung des Unternehmens nicht hinreichend bestimmt sind[175] . Im Ergebnis wird zumindest verhalten kritisiert, dass die Rspr. der *Cassazione* – je nach Bestimmung des Wertes der Gegenleistung des korrumpierenden bzw. betrügerischen Unternehmens – u. U. dazu führen kann, dass kein relevanter Abschöpfungsbetrag verbleibt bzw. unüberwindliche Nachweisprobleme auftreten könnten, da die Justiz für die Abschöpfung beweisen muss, dass der (Markt-)Wert der Gegenleistungen hinter dem Vertragsvolumen bzw. dem Nominalwert der Forderung des Unternehmens zurück bleibt. Nicht zuletzt werden die Grundsätze der Rspr. insofern als paradox angesehen, als der grundsätzlich ausgehend vom Bruttoumsatzbetrag zu ermittelnde Abschöpfungsbetrag aufgrund der genannten Unwägbarkeiten durchaus hinter einem nach dem Nettoprinzip ermittelten Gewinn zurückbleiben könnte[176] .

4 Deutschland und Italien: Erste rechtsvergleichende Anmerkungen zur Vermögensabschöpfung beim Unternehmen aus deutscher Perspektive

Wie oben ausgeführt ist – sowohl nach §§ 30, 17 OWiG ("Netto-Prinzip") als auch nach §§ 73 StGB ("Brutto-Prinzip") – in Deutschland bei aktiven Korruptions- oder Betrugsdelikten nach zutreffender bisheriger h. Rspr. (*5. Strafsenat*) im Wesentlichen der Betrag des (kalkulierten) positiven Ergebnisses aus dem durch Straftaten erlangten Auftrag beim Unternehmens abzuschöpfen.

Nach neuer italienischer Rspr. ist gem. Art. 19 des Dekrets Abschöpfungsgegenstand das unmittelbar aus der strafrechtlichen Bemakelung des durch Betrug oder Korruption erlangten Geschäfts Erlangte, was – verkürzt – zum einen dazu führt, dass nur realisierte Erträge des Geschäfts – Zuflüsse – abschöpfbar sind, zum anderen dazu, dass dieser Betrag um den Wert der dem Geschädigten durch das Unternehmen effektiv gewährten synallagmatischen Gegenleistung zu vermindern ist. Das "Netto-Prinzip" soll hingegen jedenfalls nicht direkt und uneingeschränkt Anwendung finden. Stimmen in der italienischen Lit. sehen hierin – wie gesagt –eine Anwendung des "Brutto-Prinzips" unter Berücksichtigung von sehr weit reichenden Ausschlussregeln[177].

Aus deutscher Perspektive ist hierzu zunächst zu bemerken, dass angesichts des italienischen Wortlauts ("profitto" = Profit, Nutzen, Vorteil, Gewinn) intuitiv nicht leicht nachvollziehbar ist, weshalb die italienische Rspr. nicht generell mit dem "Netto-Prinzip" operiert. Weiter ist festzuhalten, dass hier hinsichtlich des Abschöpfungsbetrags bei Korruptionsdelikten offenbar große Schnittmengen zwischen dem deutschen und dem italienischen Konfiskationsgut bestehen, aber – mutmaßlich – keine Deckungsgleichheit. Die (ungewisse) Einschränkung knüpft insbesondere an den (in Italien) abzuziehenden Betrag des Wertes der Gegenleistung des Unternehmens an. Wie in der italienischen Lit. überzeugend ausgeführt wird, ist dieser Begriff – jenseits der nur umrisshaften Ausführungen im von der *Cassazione* entschiedenen Fall Impregilo und der dort gegebenen Beispiele – äußerst unbestimmt[178] . Zugrunde gelegt werden könnten wahlweise – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – etwa (1.) der vertraglich vereinbarte Wert der Leistung, d.h. der vereinbarte Preis bzw. Umsatzerlös, ggf. anteilig gemindert um nicht erbrachte oder minderwertige Teilleistungen; (2.) der Marktwert der effektiv erbrachten Leistung, der ggf. durch vergleichende Schätzung zu ermitteln ist;

174. Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.
175. Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.
176. Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.
177. Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.
178. Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.

(3.) die Kosten für die Erbringung dieser Leistung, erhöht um eine mittlere statistische Gewinnquote[179] . Hinsichtlich der letztgenannten Variante lässt sich allerdings in Frage stellen, ob sie mit der Rspr. der *Cassazione* im Übrigen vereinbar wäre. Jedenfalls weckt bereits diese begriffliche Unbestimmtheit gewisse Zweifel an der rechtsdogmatischen und praktischen Eignung der durch die *Cassazione* vorgegeben "Abzugsregel".

Demgegenüber lässt sich das in Deutschland als maßgeblich angesehene Kriterium des Gewinns bzw. Ergebnisses eines Geschäfts im Grundsatz unter Heranziehung der Kalkulation des Unternehmens und unter Verwendung anerkannter betriebswirtschaftlicher Kriterien ermitteln[180] . Schwierigkeiten können sich hier in tatsächlicher Hinsicht[181] und insoweit ergeben, als die Rspr. wohl noch nicht abschließend geklärt hat, welcher der betriebswirtschaftlich anerkannten Gewinn- bzw. Ergebnisbegriffe für die Abschöpfung zugrundezulegen ist.

Folgt man den Ausführungen des *5. Strafsenats* zu § 73 StGB, liegt nahe, dass der sogenannte "Deckungsbeitrag[182] 1" ("DB1"[183]), d. h. das Ergebnis nach Abzug von variablen Kosten und *vor* Abzug von Fix- und Gemeinkosten sowie Schmiergeldern – in der Kalkulation ex ante – gemeint sein dürfte[184] . Da es sich projektbezogen um die wesentliche betriebswirtschaftliche Messgröße des wirtschaftlichen Erfolgs handelt, liegt dieser Gedanke nicht fern.

Hinsichtlich der §§ 30, 17 OWiG hingegen scheint die Rspr. eher den (regelmäßig geringeren und damit unternehmensgünstigeren) "Deckungsbeitrag 2" ("DB2") heranzuziehen, der zusätzlich den Abzug von (anteiligen) Fixkosten[185] (nicht aber von Gemeinkosten[186]) erlaubt[187] .

Der bloße Reingewinn[188] nach Abzug von Vollkosten (und vor Steuern) wird hingegen in der aktuellen Rspr. soweit ersichtlich nicht (mehr) für maßgeblich gehalten, jedoch in Teilen der Lit. sowie der früheren Rspr.[189] . Vor dem Hintergrund der Maßstäbe der Vollkostenrechnung, die einen Zusammenhang zwischen fixen Kosten und der Menge der Produkte bejaht, ist m.E. ein Fixkostenanteil projektbezogen zurechenbar.

179. Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.

180. Vgl. BGH NJW 2006, 925, 929 ff.; BGH, BGHR StGB § 73 Erlangtes 4; Janssen, Gewinnabschöpfung im Strafverfahren, Rn. 268 m.w.N.; Wehnert/Mosiek StV 2005, 568 ff.

181. NK/Herzog § 73 Rn. 17; Saliger NJW 2006, 3377, 3381.

182. Der Deckungsbeitrag (engl. contribution margin) ist in der Kosten- und Leistungsrechnung die Differenz zwischen den erzielten Erlösen (Umsatz) und den variablen Kosten. Es handelt sich also um den Betrag, der zur Deckung der Fixkosten zur Verfügung steht. Anders formuliert, der Betrag, der zur Deckung aller anderen Kosten und als Gewinn verbleibt. Zieht man von den Umsätzen eines Produkts die variablen Kosten ab, erhält man den Deckungsbeitrag 1. Es gibt Fixkosten, die den Produkten verursachungsgerecht zugeordnet werden können. Diese bezeichnet man als erzeugnisfixe Kosten. Zieht man sie vom Deckungsbeitrag 1 ab, so erhält man den Deckungsbeitrag 2. Kann man Fixkostenanteile nicht mehr dem einzelnen Erzeugnis, sondern nur noch bestimmten Erzeugnisgruppen zuordnen, so handelt es sich um erzeugnisgruppenfixe Kosten. Zieht man diese vom Deckungsbeitrag 2 ab, so erhält man den Deckungsbeitrag 3. Schließlich bleiben Fixkosten übrig, die das Unternehmen betreffen und nicht mehr verursachungsgerecht zugeordnet werden können, die unternehmensfixen Kosten. Erst wenn man sie abzieht, zeigt die Summe den Gewinn an, den man mit dem jeweiligen Produkt erwirtschaftet hat, http://www.wirtschaftslexikon24.net/d/deckungsbeitrag/deckungsbeitrag.htm

(engl. contribution margin; profit contribution; contribution to fixed cost and profit combined).

183. Der Deckungsbeitrag 1, auch DB I genannt, zeigt an, was der einzelne Artikel, das Produkt usw., zur Deckung der Strukturkosten eines Unternehmens beitragen. Er ist die maßgebliche Größe für die Produktbeurteilung, http://www.wirtschaftslexikon24.net/d/deckungsbeitrag/deckungsbeitrag.htm

Im Handel entspricht der Deckungsbeitrag I der Differenz zwischen dem Verkaufspreis netto und dem Einstandspreis eines Gutes und wird als Handelsspanne bezeichnet, http://www.wirtschaftslexikon24.net/d/deckungsbeitrag/deckungsbeitrag.htm.

184. Vgl. BGH NJW 2006, 925, 929 ff.; BGH, BGHR StGB § 73 Erlangtes 4.

185. Fixkosten sind Kosten, die in konstanter Höhe anfallen, unabhängig davon, welche Menge von einem Produkt erbracht wird. … Anders gesagt sind Fixkosten Kosten, die zur Aufrechterhaltung der Unternehmenstätigkeit im allgemeinen während eines Betrachtungszeitraumes - unabhängig vom jeweiligen Beschäftigungsgrad (jedoch im Rahmen einer Kapazitätsstufe) - erforderlich sind. … Die traditionellen Vollkostenrechnungen bejahen jedoch den Zusammenhang zwischen fixen Kosten und Menge der erstellten Produkte und belasten mit Hilfe einer künstlichen Proportionalisierung die Kostenträger mit einem Fixkostenanteil. Hilfsinstrument ist dabei die Verwendung von Bezugsgrößen (z.B. der Fertigungszeit).

186. Kosten, die sich keinen bestimmten Produkten bzw. Leistungseinheiten (Kostenträger, Kostenstelle) zurechnen lassen, z. B. Mietkosten, Geschäftsführergehalt. …Gemeinkosten sind Kosten, die einer Bezugsgröße nicht direkt zurechenbar sind. http://www.wirtschaftslexikon24.net/d/gemeinkosten/gemeinkosten.htm.

187. Vgl. BayObLG, Beschl. v. 13.06.2003 - 3 ObOWi 50/03, in: BeckRS 2003 30320736.

188. http://www.wirtschaftslexikon24.net/d/deckungsbeitrag/deckungsbeitrag.htm.

189. So aber noch zum Verfall alter Fassung: BGH v. 3. 8. 1988 - 2 StR 357/88 (unveröffentlicht); und zu § 17 OWiG: OLG Saarbrücken VRS 38, 471, 474; OLG Celle DRZ 1949, 262; Peltzer DB 1977, 1445; Rebmann/Roth/Herrmann OWiG § 17 Rn. 48, 50; KK-OWiG/Mitsch § 17 Rn. 119.

Bei der Ermittlung des wirtschaftlichen Wertes eines durch Korruption erlangten Auftrags ist daher m. E. der Abzug des dazugehörigen Fixkostenanteils zur korrekten betriebswirtschaftlichen Bestimmung des darin liegenden Vorteils nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen möglich und nötig. Da auch bei § 73 StGB gerade der Wert des Vertrages bzw. Auftrags abgeschöpft werden soll, muss nach zutreffender Auffassung – entgegen der Tendenz in der Rspr. des *1. Strafsenats* – auch in diesem Rahmen auf den DB2 und nicht auf den DB1 als Abschöpfungsbetrag zurückgegriffen werden.

Es lässt sich auf den ersten Blick auch nicht erkennen, weshalb nicht auch in Italien in entsprechender Weise – und unter Vermeidung der oben genannten Unbestimmtheit – der "profitto" im Sinne des Art. 19 des Dekrets so bestimmt wird. Im Hinblick auf die mit dem nach den Grundsätzen der *Cassazione* ermittelten Profit denkbaren Varianten (1.-3., s.o.), ist zudem festzustellen, dass deren erste (1.) Gefahr läuft, den Abschöpfungsgedanken bei Korruptionsdelikten ad absurdum zu führen, da der Preis des korruptionsbemakelten Auftrags typischerweise kein unmanipulierter Marktpreis ist, sondern dieser regelmäßig um das Bestechungsgeld, vielfach um einen weiteren, erheblich höheren Betrag überhöht ist [190]. Hinsichtlich der anderen beiden in der italienischen Lit. vorgeschlagenen Varianten ergeben sich mangels klarer Bestimmbarkeit des Marktwertes (2.) und eines statistischen mittleren Gewinnaufschlags (3.) zusätzliche Bestimmtheitsbedenken. Jedoch ist festzuhalten, dass abgesehen von Variante (1.) davon auszugehen ist, dass die Ergebnisse der Theorie der *Cassazione* vielfach in der Nähe der Ergebnisse des "Netto-Prinzips" liegenkönnten. Bezüglich der Varianten (2.) und (3.) besteht allerdings potentiell die Gefahr oder Chance – je nach Sichtweise – dass der Abschöpfungsbetrag sogar deutlich niedriger liegt als nach dem "Netto-Prinzip" bzw. den deutschen Verfallskriterien. Jedenfalls wirft das Erfordernis der Ermittlung eines Markwerts der Gegenleistungen bzw. das der Ermittlung eines mittleren Gewinns wohl erhebliche zusätzliche Beweisschwierigkeiten auf. Da diese Zweifel letztlich nach dem Prinzip "in dubio pro reo" zugunsten des Unternehmens wirken, muss man befürchten, dass die Effektivität der Vermögensabschöpfung in Italien hierunter leiden könnte.

Insbesondere wäre es wohl bedenklich, wenn in der Variante (3.) ein "Normalgewinn" auch bei korruptionsbemakelten Geschäften von der Abschöpfung auszuschließen sein sollte. Hier werden hypothetische Handlungsverläufe unterstellt, d.h. hypothetische Handlungen hinzugedacht – insbesondere der Vertragsabschluss trotz Wegfall der Bestechung, die hinweg gedacht wird – was nach deutschem Verständnis zur Ermittlung des Vorteils systematisch unzulässig wäre. Die inhaltliche Angemessenheit der italienischen Lösung – auch unter Berücksichtigung des aus Sicht der *Cassazione* zu berücksichtigenden Unmittelbarkeitsgedankens – würde zudem wohl davon abhängen, ob das Unternehmen ohne Korruption überhaupt in den Genuss des Auftrags gekommen wäre bzw. eine (gleichhohe) Gewinnspanne erzielt hätte. In der Praxis wird dies vielfach nicht der Fall oder jedenfalls nicht leicht zu ermitteln sein. Der Normalgewinn könnte ersterenfalls wohl nur bei 0 liegen.

Variante (2.) käme der deutschen Lösung (und dem Netto-Prinzip) wohl dann am Nächsten, wenn man den Marktwert als Einkaufspreis für das Unternehmen zu ermitteln hätte und nicht den Marktwert im Verkauf berücksichtigen würde. Da die *Cassazione* auf den Wert der Leistung, die beim Geschädigten "ankommt" abzustellen scheint, meint sie aber wohl Letzteres. Unterstellt man dies, müsste man davon ausgehen, dass die *Cassazione* annimmt, zum Marktwert im Verkauf hätte das Unternehmen seine Leistungen auch ohne Korruptionsstraftaten verkaufen können. Dies ist aber in der Praxis nicht zwingend oder durchgehend der Fall. Hinzu kommt, dass sich der wahre Marktwert wohl nur ermitteln ließe, wenn das Unternehmen sein Angebot von Korruptionsabsprachen unbeeinflusst – und daher u. U. niedriger - abgegeben hätte.

190. BGH NJW 2006, 925, LS.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass der dem Abzugsprinzip in allen drei Varianten zugrundeliegende Gedanke der *Cassazione*, dass der Staat sich den Abschöpfungsbetrag nicht zweifach aneignen dürfe, nur bei synallagmatischen Verträgen mit der öffentlichen Hand nachvollziehbar ist, da andernfalls der Vertragspartner eben nicht mit dem Staat identisch ist. Selbst wenn es sich bei dem Vertragspartner um eine italienische Körperschaft des öffentlichen Rechts handelt (Gemeinde, Provinz, Region) ist diese rechtlich nicht mit dem Justizfiskus – der der Republik Italien zuzuordnen ist – identisch.

Diese kritischen Betrachtungen führen zu der – angesichts der Unklarheit der Kritierien und der fortdauernden Diskussion in Literatur und Rspr. in Deutschland notwendigerweise vorläufigen – Einschätzung, dass eine Abschöpfung nach den nicht völlig transparenten und nachvollziehbaren Maßstäben der italienischen Rspr. für Unternehmen vielfach günstiger sein dürfte als nach deutschem Recht, auch wenn ein Unternehmensbußgeld nach §§ 17, 30 OWiG unter Berücksichtigung des "Netto-Prinzips" zur Anwendung kommt. Weitere Diskrepanzen verstärken diesen Eindruck:

Nach italienischem Recht sind ersparte Aufwendungen anscheinend nicht vom Begriff des Profits gem. Art. 19 des Dekrets umfasst. Sie sind hingegen sowohl gem. § 17 OWiG als auch gem. § 73 StGB in Deutschland abzuschöpfen (s.o.)[191] . Die italienische Rechtsordnung verbindet den Begriff des Profits offenbar mit realen geldwerten Zuflüssen beim Unternehmen. Die Rede ist auch von (Wirtschafts-)Gütern und Vorteilen ("beni e utilità"). Vor dem Hintergrund, dass Bestechungstaten gegenüber Amtsträgern z. B. gerade auch zur Vermeidung der Feststellung, Geltendmachung oder Durchsetzung von Steuerforderungen oder zur Vermeidung jeder anderen Art von Abgaben, Beiträgen, Rückerstattungen oder sonstigen vertraglichen Zahlungsansprüchen etc. denkbar sind, stellt sich die Frage nach der kriminalpolitischen und wirtschaftlichen Rechtfertigung eines Ausschlusses zumindest des anfallenden Verzinsungsbetrags (falls die Zahlung durch die Tat nicht endgültig vereitelt wird). Insbesondere kann in den einschlägigen Fällen – man denke etwa an eine Zahlung an einen Finanzbeamten als Gegenleistung für den Verzicht auf die Feststellung von (tatsächlich anfallender) Mehrsteuer – kaum das Argument herangezogen werden, die Ersparnis resultiere nicht unmittelbar aus dem Makel der Korruptionsstraftat.

Generell stellt sich die Frage, ob es kriminalpolitisch und bei wirtschaftlicher Betrachtung angemessen ist, eine faktische Besserstellung – etwa durch Marktvorteile – aus dem Bereich des Profits auszugliedern. Hierfür mag aus italienischer Perspektive sprechen, dass "profitto" unter den Begrifflichkeiten, die das abzuschöpfende Etwas benennen, wie etwa auch der wohl weitergehende Begriff des "prodotto", erkennbar nur eine bestimmte Teilmenge des Gesamtergebnisses einer Straftat (provento") erfassen sollte (vgl. auch Art. 240, 322ter CP)[192] . Soweit man als gemeinsamen Grundsatz gelten lässt, dass durch die Unternehmensabschöpfung geldwerte Vorteile erfasst werden sollten, die gerade aus der strafrechtlichen Bemakelung einer Handlung resultieren, könnte es angemessen, wenn auch in tatsächlicher Hinsicht schwierig erscheinen, jedenfalls (durch Schätzung) bezifferbare faktische Besserstellungen zu erfassen, und nicht allein Barzuflüsse und greifbare.

Begrüßenswerte Einigkeit besteht in Deutschland und Italien vor dem Hintergrund der Wiederherstellungsfunktion der Abschöpfung hingegen dahingehend, dass hypothetisch zu erlangende Vorteile nicht abgeschöpft werden können (s.o.).

Grundsätzlich nachvollziehbar erscheinen zwar die Bedenken gegen das "Netto-Prinzip", soweit dieses auch Aufwendungen für intrinsisch rechtswidrige Ausgaben (Schmiergeldzahlungen, Zahlungen für den Drogeneinkauf usw.) für abziehbar erklärt

191. OLG Düsseldorf wistra 1995, 75 f.
192. Eingehend Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.

[193]. Nach deutschem Recht würde selbst ein solches Verständnis kaum zu dramatischen Folgen führen, als der Betrag gem. § 74 StGB – im Wege der Einziehung der Tatmittel ("instrumenta sceleris") – beim Geber oder Unternehmen abschöpfbar wäre[194] , andernfalls gem. § 73 StGB beim Empfänger[195] , womit jedenfalls die betragsmäßige Erfassung gesichert ist. Zudem geht die deutsche h. M. auch im Bereich des § 17 Abs. 4 OWiG unter Berücksichtigung allgemeiner Rechtsgrundsätze nicht davon aus, dass ein Abzug der Schmiergeldzahlung zulässig ist (s.o.).

Abschließend ist festzuhalten, dass ein fundamentaler Unterschied hinsichtlich des Abschöpfungsumfangs hypothetisch dann bestünde, falls die Auffassung des *1. Strafsenats* des BGH – Abschöpfung des Gesamtumsatzes aus dem bemakelten Geschäft – wie tw. in der Literatur vorgeschlagen zukünftig auch auf ein durch Betrug oder Korruption angebahntes Vertragsverhältnis anzuwenden wäre. Zugleich ist zu konstatieren, dass ein entsprechender Schritt in Italien aufgrund der vor kurzem erst in die entgegengesetzte Richtung erfolgten Änderung der Rspr. wohl b.a.w. auszuschließen ist, insbesondere auch deshalb, weil die *Cassazione* Unternehmen mit legalem Geschäftsmodell offenbar hierdurch gerade insoweit privilegieren wollte, als durch Wirtschaftsstraftaten wie Betrug und Korruption angebahnte Geschäfte betroffen sind.

Hinsichtlich in sich strafrechtlich bemakelter Geschäfte ("reati contratto") – bei denen der *1. Strafsenat* des BGH (wie bei illegaler Werbung, § 16 UWG, oder BtM-Geschäften) den gesamten Umsatzerlös als abschöpfungsfähig bezeichnet hat – besteht soweit ersichtlich ebenfalls im Wesentlichen Übereinstimmung, denn auch die *Cassazione* geht insoweit offenbar von der Geltung des "Brutto-Prinzips" und der Abschöpfung des gesamten Umsatzerlöses als Profit aus. Insofern kann für beide Rechtsordnungen – in denen jeweils seitens der Rspr. die nicht punitive Funktion der Abschöpfung betont wird (s.o.) – die Frage aufgeworfen werden, ob die Umsatzabschöpfung bei rein kriminellen Geschäften – faktisch wohl insbesondere im Bereich der gewerbsmäßigen oder sogar organisierten Kriminalität – in legitimer Weise eine verstärkte Pönalisierung bestimmter unternehmensnütziger Straftaten anstrebt, nämlich solcher, von denen zumindest typischerweise gewerbsmäßig kriminell agierende Unternehmen begünstigt werden. Eine solche offenbar kriminalpolitisch veranlasste Differenzierung erscheint aus den gesetzlichen Grundlagen des deutschen und italienischen Abschöpfungsrechts nicht ohne Weiteres ablesbar.

193. Vgl. auch Mongillo RIDPP 2008, Nr. 4, S. 1758 ff.
194. BGH NJW 1985, 752.
195. Fischer § 73 Rn. 22 m.N. zur Rspr.

Roberta Aprati

ARTICOLO SOTTOPOSTO A PEER REVIEW

Il procedimento per i reati ministeriali: i conflitti di attribuzione per "usurpazione" e per "menomazione" fra giudici ordinari e assemblee parlamentari

Sommario

1. Premessa: il procedimento per i reati ministeriali. – 2. Giudice ordinario e Camere: alla ricerca delle reciproche attribuzioni. – 3. Intermezzo: il conflitto di attribuzione fra i poteri dello Stato. – 4. Il conflitto di attribuzione per "usurpazione" e per "menomazione procedurale": alla ricerca del corretto funzionamento del procedimento per i reati ministeriali. – 5. Tre tesi a confronto sulla competenza a qualificare come ministeriale il reato. – 5.1. La posizione della Corte di Cassazione. – 5.2. La posizione del Senato della Repubblica. – 5.3. La posizione della Camera dei Deputati (e originariamente anche del Senato della Repubblica). – 6. Intermezzo: l'interpretazione delle disposizioni costituzionali organizzative. – 6.1. Una prima bussola per risolvere l'opzione: separazione dei poteri/divisione del potere. – 6.2. Un seconda bussola per risolvere l'opzione: la derogabilità/inderogabilità del principio di uguaglianza. – 7. La Corte costituzionale scioglie i nodi interpretativi. – 8. I futuri conflitti di attribuzione per "menomazione sostanziale": il sindacato sulla ministerialità del reato e sulla autorizzazione a procedere.

1 Premessa: il procedimento per i reati ministeriali

"La L. Cost. 16 gennaio 1989, n. 1, ha riformato il precedente sistema di "giustizia penale costituzionale" facente capo alla giurisdizione della Corte costituzionale prevista dagli originari artt. 96, 134 e 135 della Costituzione[1], nel dichiarato intento di ricondurre all'ambito dell'ordinario diritto processuale penale il processo a carico del Presidente del Consiglio dei ministri e dei Ministri per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni.

Il nuovo art. 96 della Costituzione dispone che "il Presidente del Consiglio dei ministri e i Ministri, anche se cessati dalla carica, sono sottoposti, per i reati commessi nell'esercizio delle loro funzioni, alla giurisdizione ordinaria". L'assimilazione di quella che un tempo si denominava *giustizia politica* alla *giustizia comune* è peraltro avvenuta con due particolarità. Lo stesso nuovo art. 96 della Cost. prevede la previa autorizzazione del Senato della Repubblica o della Camera dei Deputati, secondo le norme stabilite con legge costituzionale e gli artt. 7 e 8 della legge costituzionale n. 1 del 1989 istituiscono, presso il tribunale del capoluogo del distretto di corte d'appello competente per territorio, un collegio di tre magistrati – il c.d. tribunale dei ministri – per il compimento di indagini preliminari al quale, nell'ipotesi che non si debba disporre l'archiviazione della notizia di reato, spetta richiedere la predetta autorizzazione parlamentare"[2].

La riforma del 1989 si è dunque fatta portavoce – sebbene con un certo ritardo

1. Sulla quale v. G. Zagrebelsky, *Procedimenti d'accusa*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1988, p. 898 ss.
2. Corte cost., 24 aprile 2002, n. 134.

– della volontà popolare espressa dal *referendum* del 1978: era ormai necessario "il superamento degli aspetti di specialità che erano stati percepiti dal corpo elettorale come un privilegio, da risolvere attraverso l'equiparazione dei Ministri agli altri cittadini ed il ripristino del controllo effettivo delle loro condotte"[3].

Tuttavia appare di immediata evidenza che il procedimento penale a carico dei Ministri non poteva essere del tutto assimilato al procedimento penale ordinario: il principio di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge e di fronte alla giurisdizione doveva continuare a essere bilanciato con il principio costituzionale di garanzia della funzione di Governo. Sicché il nuovo assetto normativo si è dato carico delle ragioni di protezione della funzione di Governo, nel duplice versante della valutazione del ricorrere di motivi di opportunità politica o di ragion di Stato tali da rendere sconsigliabile la persecuzione penale (tipizzato nelle due cause di giustificazione *extra ordinem* che fanno sì che dalla *giurisdizione politica* si passi alla *giustificazione politica*); nonché della predisposizione di cautele contro un uso politicamente mirato di accuse contro Ministri (c.d. *fumus persecutionis* scongiurato dalla composizione e dalle attribuzioni del tribunale dei ministri)[4].

Sul primo versante è stata dunque introdotta una nuova condizione di procedibilità: l'autorizzazione a procedere di una delle due Camere. L'assemblea parlamentare competente, infatti, svolge le sue valutazioni e prende le sue determinazioni secondo le disposizioni dell'art. 9, commi 1, 2 e 3, L. Cost. n. 1 del 1989 e, ove conceda l'autorizzazione, rimette gli atti al collegio perché continui il procedimento secondo le norme vigenti (art. 9, comma 4). In particolare la Camera competente nega l'autorizzazione a procedere ove reputi, con decisione insindacabile, che l'inquisito abbia agito per la tutela di un interesse dello Stato costituzionalmente rilevante ovvero per il perseguimento di un preminente interesse pubblico nell'esercizio della funzione di Governo (art. 9, comma 3).

Sul secondo versante il tribunale dei ministri è istituito con criteri di mera casualità (l'estrazione a sorte) e di estrema professionalità (magistrati in servizio da almeno cinque anni con qualifica almeno di magistrato del tribunale), così che si possa escludere il rischio del *fumus persecutionis*. A tale organo spetta (*ex* artt. 8 L. Cost. 1/1989 e 1 L. 5 giugno 1989 n. 219) la conduzione delle indagini preliminari a carico di un Ministro o del Presidente del Consiglio per i reati commessi nell'esercizio delle funzioni di Governo; la determinazione di formulare o meno l'imputazione; la funzione di giudice delle indagini preliminari.

2

Giudice ordinario e Camere: alla ricerca delle reciproche attribuzioni

Ora il quesito che è emerso concerne il modo in cui vanno esercitati i poteri che fanno capo al giudice ordinario e alle Camere là dove vengono – anche indirettamente – in contatto l'uno con l'altro.

A tal proposito la disciplina positiva (artt. 96 Cost., 4–14 L. Cost. 1/1989, 1-4 L. 219/1989) appare regolare in maniera esaustiva tali rapporti. E' previsto infatti (art. 6 L. Cost. 1/1989) che il Procuratore della Repubblica competente, al quale vanno inviate tutte le notizie di reato concernenti i reati di cui all'art. 96 Cost., trasmetta entro quindici giorni tali notizie al tribunale dei ministri. Quest'ultimo (*ex* artt. 8 L. Cost. 1/1989 e 1 L. 219/1989), conclusa l'indagine entro novanta giorni, qualora si determini per esercitare l'azione penale, deve far sì che gli atti siano rimessi alla Camera competente a decidere sull'autorizzazione a procedere, deve cioè formulare la richiesta di autorizzazione a procedere. Ma anche nel caso in cui si pronunci per l'archiviazione del procedimento, il tribunale dei ministri deve informare l'assemblea parlamentare. E ciò vale in tutti i casi

3. G. Cernuto, *Il procedimento per i reati ministeriali*, in *Modelli differenziati di accertamento*, a cura di G. Garuti, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Spangher, vol. 7, II, Torino, 2011, p. 1391.

4. A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2004, p. 416 ss. Vedremo che tale aspetto non è stato più considerato attuale dalla Corte costituzionale, *infra*, par. 6.

di archiviazione (art. 2 L. 219/1989): sia nel caso in cui vi sia un'archiviazione "ordinaria", vale a dire per i motivi che normalmente legittimano l'inazione (infondatezza della notizia di reato, improcedibilità, reato estinto, fatto non previsto dalla legge come reato, fatto non commesso dall'indagato); sia nel caso di c.d. "archiviazione asistematica", vale a dire perché ritiene, in difformità da quanto originariamente sostenuto dal p.m., che il reato non sia ministeriale e dunque non sia stato commesso nell'esercizio delle funzioni di Governo[5].

Sebbene, come già anticipato, a prima vista la disciplina appaia completa e articolata nei passaggi fondamentali che coinvolgono giudice ordinario e Camere, ciò nonostante si sono posti una serie di problemi interpretativi dovuti al diverso modo di leggere le disposizioni da parte delle Camere e dei giudici.

Il primo dubbio interpretativo, che poi ne genera molti altri, è quello relativo alla identificazione dell'organo competente a qualificare il reato come ministeriale: spetta al p.m., al tribunale dei ministri, o alla Camera competente a concedere l'autorizzazione a procedere?

La risposta al quesito non è banale, perché implica molto di più di quello che potrebbe apparire: dall'individuazione dell'organo competente dipende l'estensione del procedimento ministeriale. Se titolari di tale attribuzione fossero il tribunale dei ministri o una delle due Camere, ciò vorrebbe dire che il procedimento speciale si dovrebbe avviare solo sul presupposto che la notizia di reato sia "soggettivamente qualificata", vale a dire attribuibile a un Ministro o al Presidente del Consiglio. Se titolare di tale attribuzione fosse invece il p.m., ciò comporterebbe che il rito speciale dovrebbe celebrarsi solo quando la *notitia criminis* risulti anche "funzionalmente qualificata", vale a dire che il fatto risulti essere commesso nell'esercizio delle funzioni di Governo. Nel primo caso dunque il procedimento speciale si aprirebbe di fronte a ogni reato commesso dai titolari della funzione governativa durante la pendenza del ruolo istituzionale; nel secondo caso invece solo nel caso in cui il reato sia anche funzionalmente ricollegabile ai compiti istituzionali.

L'opzione interpretativa apre lo sguardo su due mondi contrapposti: sia dal punto di vista dei principi che si vogliono realizzare, del bilanciamento che si è voluto operare; sia dal punto di vista più strettamente procedurale. Ma non solo: l'uno o l'altro modo di procedere sollevano a loro volta una serie di ulteriori quesiti interpretativi di non facile soluzione.

1) Se infatti si opta per la necessità di distinguere i casi in cui si apra il procedimento speciale dai casi in cui si apra il procedimento ordinario, così da ritenere che la qualifica ministeriale del reato spetti al p.m., quest'ultimo deve informare le Camere che intende procedere nei confronti del Ministro secondo l'*iter* ordinario?

Se si risponde positivamente all'interrogativo, ne emerge subito un altro: le Camere in tal caso possono deliberare comunque sulla natura ministeriale del reato e pronunciarsi nel contempo sull'autorizzazione a procedere (in pratica esercitare tale potere d'ufficio)?

Se invece si risponde negativamente alla domanda, la successiva che va formulata è se le Camere possano comunque intervenire per sindacare la scelta di avviare il procedimento ordinario.

2) Se invece si opta per la specialità in ogni caso dei procedimenti penali a carico dei Ministri – cioè se si spogliasse il pubblico ministero della prima qualificazione del reato come ministeriale – si porrebbero una serie di ulteriori problemi. Aperto il procedimento speciale a chi spetterebbe di decidere se il reato è ministeriale? Se al tribunale dei ministri, potrebbe poi l'assemblea competente sindacare tale scelta? Se ad un ramo del parlamento, potrebbe poi la magistratura sindacare tale scelta?

5. Così Corte cost., 24 luglio 2009, n. 242.

In ogni caso poi (vale a dire a prescindere dalla scelta di fondo fra rito speciale in ogni caso o alternativa fra rito ordinario e rito speciale), come andrebbero regolati i flussi informativi? Può configurarsi, ed eventualmente come deve configurarsi, un eventuale sindacato di uno dei due organi sulle prerogative dell'altro?

Su questa *complessità* nell'ultimo anno le Camere e la magistratura sono state impegnate, e il conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato è stato lo strumento che per lo più è stato invocato per le risoluzioni definitive.

3 Intermezzo: il conflitto di attribuzione fra i poteri dello Stato

Se si fosse in presenza di un procedimento penale che non vedesse coinvolte come protagoniste anche le assemblee parlamentari, tutti i problemi interpretativi di cui si è fatto cenno sarebbero risolvibili attraverso l'interpretazione giurisdizionale. Ma così non è: il ruolo processuale che le Camere ricoprono fa sì che si istauri un rapporto fra queste e il giudice ordinario – cioè fra organi costituzionali – potenzialmente idoneo a creare attriti sul modo di intendere la disciplina di riferimento, così che ciascuno si senta legittimato a rivendicare prerogative che si assumono lese dall'altro.

Si pone allora la necessità di cercare lo strumento giuridico capace di risolvere siffatte situazioni: ebbene esso è stato trovato nel conflitto di attribuzione fra i poteri dello Stato.

"L'articolazione delle strutture costituzionali è assai ricca e perciò potenzialmente idonea a determinare frizioni e conflitti. Questa è in prima approssimazione la ragione che presiede all'istituzione presso la Corte costituzionale di un sistema di garanzie giuridiche della ripartizione dei poteri fra i diversi organi e soggetti costituzionali. Al fondo di tutto ciò c'è la speranza o l'illusione di poter predeterminare con precisione giuridica i ruoli fra i protagonisti reali della vita politica, attraverso la regolamentazione giuridica degli organi e delle sedi, nonché dei reciproci rapporti, in cui tali soggetti concretamente operano. [...] Predeterminato il sistema dei rapporti, ecco l'esigenza di rendere giustiziabili presso un organo come la Corte i conflitti che vi si possano determinare. [...] Naturalmente, nell'idea di *giuridicizzare* e *giurisdizionalizzare* i conflitti costituzionali c'è molto in astratto, come è provato dal fatto che, per buona parte, i conflitti fra gli organi e i soggetti costituzionali continuano a essere affrontati e risolti, come si usa dire, in via politica, attraverso mediazioni informali e aggiustamenti taciti che non chiamano in causa il quadro costituzionale formale e dai quali l'organo di giustizia costituzionale è per lo più tagliato fuori. [...] Le conclusioni che precedono spiegano perché finora i conflitti fra i poteri dello Stato hanno raramente coinvolto organi entrambi politici, essendo promossi per lo più da o contro organi giurisdizionali, organi la cui possibilità di accomodamento politico in senso stretto sono (si può presumere e sperare) assai scarse"[6].

In particolare, il conflitto di attribuzione è strumento esperibile sia per rivendicare la spettanza di una certa attribuzione (*an possit* e *uter possit*), sia per rivendicare il modo di esercizio, "sostanziale" (*quantum possit*) e "procedurale" (*quomodo possit*), di una prerogativa, che non si dubita appartenga a chi l'ha esercitata. Viene qui in gioco la nota distinzione fra conflitto per *usurpazione* e conflitto per *lesione* o *menomazione* (anche detto da *interferenza*). In pratica nel primo caso si fa valere una mancanza di potere, una carenza di potere in astratto; nel secondo caso si fa valere un cattivo uso del potere, che si traduce però in una carenza di potere in concreto[7].

6. G. Zagrebelsky, *Processo costituzionale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 674 ss.

7. In argomento v. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, vol. II, Padova, 1984, p. 434; A. Cerri, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., p. 377; G. Zagrebelsky, *Processo costituzionale*, cit., p. 703 ss.

4 Il conflitto di attribuzione per "usurpazione" e per "menomazione procedurale": alla ricerca del corretto funzionamento del procedimento per i reati ministeriali

Alla luce delle considerazioni svolte, il conflitto di attribuzione deve ritenersi la sede elettiva della soluzione delle controversie concernenti l'applicazione dell'art. 96 Cost. e della L. Cost. n. 1 del 1989, posto che in tale sede il *thema decidendum* investe le attribuzioni costituzionali dei poteri dello Stato: un oggetto quindi che postula la messa in opera di quell'attività di interpretazione della Costituzione e delle leggi costituzionali che, ai sensi dell'art. 134, secondo capoverso, Cost., non può che spettare alla Corte costituzionale.

Proprio le complesse formalità del procedimento ministeriale hanno fatto sì che per ricostruirlo si sia fatto ricorso tanto all'una che all'altra tipologia di conflitto. Infatti è apparso necessario sia capire a chi appartenga una certa competenza, sia individuare le modalità del suo esercizio, quali adempimenti cioè essa contenga.

Per tale ragione, invece, non risultano ancora sollevati conflitti di attribuzioni in cui si fa valere la menomazione sotto però l'esclusivo profilo sostanziale. Ma non solo, lo scontro che presuppone l'elevazione del conflitto, ha fatto sì che tanto le Camere quanto i giudici ordinari abbiano sempre preferito sollevare il conflitto al fine di regolare il procedimento, piuttosto che al fine di sindacare il contenuto delle decisioni prese dall'organo costituzionale contrapposto. In tal modo è stata contenuta la conflittualità istituzionale: perché un conto è contestare il "modo" in cui è stata esercitata una prerogativa; un conto è contestare il "come" è stata esercitata, vale a dire verificarne il contenuto e la sostanza.

Tuttavia va anche segnalato che una volta che la Corte costituzionale definitivamente individuerà tutti gli snodi procedimentali, il conflitto per usurpazione e quello da menomazione procedurale (sul *quomodo possit*) saranno naturalmente destinati ad esaurirsi e ad essere sostituiti nella prassi dall'avvio di conflitti da menomazione aventi ad oggetto solo il contenuto di decisioni, ritualmente adottate (sul *quantum possit*).

5 Tre tesi a confronto sulla competenza a qualificare come ministeriale il reato

Prima di analizzare come la Corte costituzionale ha risolto gli snodi procedimentali di cui si discute, appare necessario analizzare le diverse opzioni interpretative di cui si sono fatte portatrici le Camere e la magistratura.

A ben vedere la questione di fondo è quella relativa alla competenza a qualificare come ministeriale il reato. Risolta tale questione, infatti, a catena possono risolversi anche le altre relative alla sindacabilità della relativa decisione e ai flussi informativi.

Sul punto sono state prospettate fondamentalmente tre diverse tesi, tuttavia va subito chiarito che i tre possibili modelli potrebbero poi combinarsi fra loro ulteriormente, sì da profilarsi un numero pressoché indefinibile di soluzioni interpretative.

Ebbene: secondo alcuni tale competenza spetta al p.m.; secondo altri al tribunale dei ministri; secondo altri ancora spetta ad una delle due Camere da identificarsi secondo quanto stabilisce l'art. 5 L. Cost. 1/1989.

5.1 La posizione della Corte di Cassazione

"La competenza a qualificare come ministeriale il reato spetta in via esclusiva al giudice ordinario"[8]. Questa è dunque la soluzione interpretativa privilegiata dai giudici di legittimità.

Secondo tale tesi, l'*iter* procedimentale si articola allora nel seguente modo.

1) Se il p.m. in prima battuta qualifica il reato come non ministeriale, avvia l'*iter* ordinario senza che sia necessario alcun adempimento peculiare. Si apre così un ordinario processo penale, durante il quale la qualifica di non ministerialità è sindacabile secondo le regole ordinarie dei difetti di competenza. Tuttavia una delle due Camere (a seconda della competenza), *aliunde* informata della pendenza del procedimento,

8. In tal senso Cass. Sez. VI, 3 marzo 2011, n. 10130, Mastella, e Cass. Sez. V, 5 maggio 2011, n. 1888, Castelli.

qualora si ritenga spodestata della decisione sulla autorizzazione a procedere – in virtù della scorretta qualificazione del reato come non ministeriale – potrà proporre conflitto di attribuzione per sviamento delle proprie prerogative.

2) Se invece il p.m. in prima battuta qualifica il reato come ministeriale, trasmette gli atti al tribunale dei ministri, affinché prenda avvio il procedimento ministeriale. Il tribunale dei ministri, a sua volta, vaglia nel corso delle indagini, oltre che la fondatezza della notizia di reato, anche la bontà dell'inquadramento della fattispecie concreta all'interno della categoria dei reati ministeriali;

2.1) qualora il tribunale ritenga la notizia di reato fondata e qualificata, invia gli atti all'assemblea parlamentare competente al fine dell'autorizzazione a esercitare l'azione penale;

2.2) qualora il tribunale ritenga la notizia di reato non fondata, dispone l'archiviazione e ne dà comunicazione all'assemblea parlamentare competente;

2.3) qualora il tribunale ritenga che non ricorra l'ipotesi di reato ministeriale, trasmette gli atti all'autorità giudiziaria competente a trattare il procedimento ordinario, e dà comunicazione di tale esito alla Camera competente. Quest'ultima, informata ufficialmente del proseguimento del procedimento a carico del Ministro nella sede ordinaria, può proporre conflitto di attribuzione se ritenga la decisione scorretta, nel presupposto che essa leda le sue attribuzioni sul versante dell'autorizzazione a procedere.

5.2 La posizione del Senato della Repubblica

"La competenza alla qualificazione del reato come ministeriale appartiene al tribunale dei ministri e non già al pubblico ministero"[9]. Questa è, invece, l'interpretazione sostenuta dal Senato della Repubblica.

Secondo tale tesi, l'*iter* procedimentale si articola allora nel seguente modo:

1) il p.m., ricevuta o presa d'iniziativa una notizia di reato soggettivamente attribuibile al Ministro, trasmette obbligatoriamente gli atti al tribunale dei ministri;

2) il collegio, in virtù delle sue speciali attribuzioni, si determina sulla natura ministeriale del reato e sulla sua fondatezza;

3.1) se ritiene che il reato sia commesso nell'esercizio delle funzioni governative, e la notizia sia fondata, richiede l'autorizzazione a procedere;

3.2) se ritiene il reato infondato dispone l'archiviazione e ne dà notizia alla Camera competente;

3.3) se ritiene il reato non configurabile come ministeriale, trasmette gli atti all'autorità giudiziaria competente, affinché il procedimento prosegua nelle forme ordinarie, e nel contempo ne informa la Camera competente;

3.3.1) quest'ultima è chiamata a effettuare una sua autonoma valutazione, che se non coincidente con quella effettuata dal tribunale ministeriale, la legittima a sollevare un conflitto di attribuzione.

Secondo i fautori di questa tesi, vi sarebbe una compartecipazione degli organi: la competenza spetta sì al tribunale dei ministri, ma la pronuncia sulla natura ministeriale del reato deve poi essere implicitamente approvata dall'assemblea parlamentare competente: in caso di dissenso infatti, la stessa può invocare l'intervento della Corte costituzionale. Siffatta impostazione avrebbe la finalità di garantire l'indipendenza del potere politico contro ogni indebita ingerenza suscettibile di alterare le reciproche parità e la necessaria distinzione tra i poteri dello Stato; in particolare tale soluzione sconfinerebbe l'ipotesi dell'incondizionata soggezione dei titolari delle attività di Governo all'esercizio delle funzioni proprie del potere giurisdizionale. Poiché in definitiva tutta la disciplina del procedimento ministeriale ruota intorno al fulcro della qualifica ministeriale del reato, quest'ultima deve vedere una compartecipazione istituzionale di tutti

9. Senato della Repubblica, Ricorso per conflitto di attribuzioni fra i poteri dello stato (merito) n. 12 del 2010, si tratta del c.d. "conflitto Mastella".

gli organi coinvolti, secondo un *iter* prestabilito, che gerarchizzi gli interventi. In pratica in tal modo la vecchia disciplina dei conflitti di giurisdizione-attribuzione di fronte alla Corte costituzionale[10], viene di fatto sostituita da una nuova disciplina, articolata dalla delibera del tribunale dei ministri sulla natura ministeriale, dal vaglio successivo del Parlamento e, in caso di dissenso, dall'intervento della Corte costituzionale.

5.3 La posizione sostenuta dalla Camera dei Deputati (e originariamente anche dal Senato della Repubblica)

"La competenza alla qualificazione del reato come ministeriale spetta in via esclusiva alla Camera competente"[11]. Questa, infine, è l'interpretazione sostenuta dalla Camera dei Deputati e, ma solo inizialmente, anche dal Senato della Repubblica.

Secondo tale tesi, l'*iter* procedimentale allora si articola nel seguente modo:

1) il p.m., investito di una notizia di reato soggettivamente qualificata, perché attribuibile a un Ministro o al Presidente del Consiglio – e a prescindere dal profilo della funzionalità in quanto al momento irrilevante – trasmette necessariamente gli atti al tribunale dei ministri;

2) il tribunale dei ministri, ricevuta l'investitura, svolge le indagini preliminari: sia per valutare la fondatezza della notizia di reato, sia per mettere successivamente la Camera competente nella possibilità di esercitare le sue prerogative sul doppio versante della qualifica del reato come ministeriale e dei presupposti relativi all'autorizzazione a procedere;

3.1) se il tribunale dei ministri, ritenuta la notizia di reato fondata, opta preliminarmente per la ministerialità, presenta all'assemblea legislativa competente richiesta di autorizzazione a procedere; l'assemblea poi o dichiara procedibile in ogni caso il reato sul presupposto che esso non sia ministeriale, o si pronuncia sulla autorizzazione a seconda dell'esito dell'accertamento sulle due cause di antigiuridicità *extra ordinem*;

3.2) al contrario, se il collegio, ritenuta sempre la notizia fondata, opta per la non ministerialità, ne informa necessariamente l'assemblea; questa, a sua volta, è chiamata sia a valutare la natura ministeriale, sia – se inquadra il reato all'interno dell'art. 96 Cost. – a pronunciarsi "d'ufficio" sull'autorizzazione a procedere[12].

3.3) se invece il tribunale ritiene la notizia infondata, dispone l'archiviazione dandone comunicazione alla Camera competente: si tratta di un adempimento meramente formale, serve solo a comunicare l'esito abortivo del procedimento a carico del Ministro.

In pratica la qualificazione del reato come ministeriale o meno da parte del tribunale dei ministri altro non sarebbe che una proposta, una mera ipotesi, da sottoporre all'assemblea. A questa infatti spetterà la vera e propria decisione. Al tribunale dei ministri, di conseguenza, non competerebbe altro che la possibilità di sollevare il conflitto di attribuzione, sul presupposto che sia stato spogliato delle sue prerogative in virtù della scorretta qualificazione operata dall'assemblea o dell'erroneo diniego dell'autorizzazione.

La ricostruzione proposta viene basata sul presupposto fondamentale che il procedimento ministeriale è volto a garantire che l'azione di Governo non sia più frenata da accuse a lei rivolte dal Parlamento, come invece poteva accadere secondo la previgente

10. Su tale conflitto di attribuzione v. G. Zagrebelsky, *Procedimento d'accusa*, cit., p. 913 ss.

11. Camera dei Deputati, Ricorso per conflitto di attribuzioni fra i poteri dello Stato (merito) n. 7 del 2011, si tratta del c.d. "conflitto Berlusconi"; Camera dei Deputati, Deliberazione 28 ottobre 2009, e Relazione della Giunta per le autorizzazioni Doc. XVI n. 1, si tratta del così detto "conflitto Matteoli due"; Senato della Repubblica, Deliberazione del 22 luglio 2009 e Relazione della Giunta delle Elezioni e delle Immunità Parlamentari Doc. XVI n. 2, si tratta del c.d. "conflitto Castelli".

12. Una variante di tale snodo procedimentale è quella sostenuta – nel così detto "conflitto Matteoli uno" – dalla Camera dei Deputati, Ricorso per conflitto di attribuzione fra i poteri dello Stato (merito) n. 9 del 2007, ma poi smentita, se pur non formalmente, da Corte cost. 24 luglio 2009, n. 241, cit. Si riteneva infatti che il tribunale dei ministri, ritenuta la fondatezza della notizia di reato, dovesse richiedere l'autorizzazione a procedere sia nel caso in cui ritenesse il reato ministeriale, sia nel caso in cui lo ritenesse comune. In sede di delibera sull'autorizzazione, l'assemblea parlamentare competente doveva prima sciogliere il nodo sulla ministerialità, e dopo, in virtù della determinazione sul punto passare al secondo nodo relativo alla presenza della giustificazione. Nel caso in cui optasse invece per la infondatezza della notizia di reato, disposta l'archiviazione doveva solo darne comunicazione alla Camera competente, solo al fine che quest'ultima prendesse atto della conclusione del procedimento.

disciplina. Il nuovo assetto, attribuendo alla giurisdizione ordinaria – seppur attraverso un organo specializzato – lo svolgimento delle indagini e la decisione di sollevare l'accusa, garantirebbe che il Parlamento non possa di fatto sfiduciare il Governo attraverso la messa in stato d'accusa dei sui componenti. L'istituto sarebbe quindi posto a protezione del corretto sistema democratico-parlamentare e della integrità delle funzioni dell'organo esecutivo e dei suoi componenti.

Proprio in base a tale ricostruzione, la Camera dei Deputati[13] ha negato "d'ufficio" l'autorizzazione a procedere nei confronti di un Ministro, pur essendo stato qualificato come non ministeriale il reato da parte del tribunale dei ministri e del giudice ordinario. Di conseguenza il giudice di merito ha sollevato lui il conflitto di attribuzioni[14]. Tuttavia nel ricorso non si sostiene la scorrettezza della valutazione operata d'ufficio dalla Camera, quanto piuttosto si nega a monte l'esistenza del potere di qualificazione.

Anche il Senato ha negato l'autorizzazione a procedere "d'ufficio", rispetto a un procedimento pendente di fronte al giudice ordinario[15]. In tale caso, però, il giudice di merito in prima battuta ha prosciolto l'imputato ai sensi dell'art. 96 Cost., sul presupposto della plausibilità dell'*iter* procedimentale seguito dal Senato. E' stata poi la Corte di cassazione, investita del ricorso contro la decisione di proscioglimento, a deliberare di sollevare il conflitto[16], sempre al fine di far dichiarare la non spettanza del potere di qualifica.

In dottrina si è osservato che in casi di questo genere sarebbe legittimo per il giudice ordinario considerare la negata autorizzazione come atto inesistente e procedere oltre nell'*iter* processuale, mettendo così le Camere nelle condizioni di dover sollevare loro il conflitto[17]. Tuttavia la "leale collaborazione" ha fatto in modo che si preferisse invocare l'intervento della Corte costituzionale da subito, piuttosto che innescare una conflittualità ulteriore, di cui si sarebbe poi dovuta far carico l'assemblea parlamentare: e in questo risiede la ragione dei conflitti di attribuzione in cui sia parte il potere giudiziario; evitare frizioni istituzionali non risolvibili politicamente e quindi destinate a non cessare spontaneamente[18].

6
Intermezzo: l'interpretazione delle disposizioni costituzionali organizzative

In via generale, l'interpretazione delle disposizioni costituzionali non diverge, quanto a metodologia, dall'interpretazione di un qualunque altro documento normativo[19].

Qualche peculiarità esiste, certo, ma non riguarda le tecniche interpretative.

Sicuramente un dato differenziale risiede nell'individuazione dei soggetti che possano essere qualificati come interpreti "privilegiati" o "qualificati", vale a dire "gli organi competenti a dare applicazione alla Costituzione, e più precisamente competenti a decidere in ultima istanza il significato del testo costituzionale"[20].

Per come è strutturato il nostro sistema, tale interprete privilegiato è la Corte costituzionale.

In particolare essa è organo competente in via definitiva a interpretare le disposizioni costituzionali che contengono dichiarazioni di diritti e che esprimono principi[21].

Più complessa, invece è la situazione rispetto alle disposizione costituzionali di tipo organizzativo.

"La controversia che può nascere dalla violazione – o dalle pretesa violazione – delle

13. Camera dei Deputati, Deliberazione 28 ottobre 2009, cit.
14. Tribunale di Livorno, Sez. distaccata di Cecina, Ricorso per conflitto di attribuzione tra poteri dello Stato (merito) n. 2 del 2010.
15. Senato della Repubblica, Deliberazione del 22 luglio 2009, cit.
16. Cass. Sez. V, 5 maggio 2011, n. 1888, Castelli, cit.
17. O. Mazza, *La separazione dei poteri va garantita anche nei processi per reati commessi dagli esponenti del Governo*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3412.
18. Sul punto v. *amplius*, par. 1.2.
19. Cfr. G. Pino, *Diritti e interpretazione*, Bologna, 2010, p. 116 ss.; R. Guastini, *L'interpretazione di documenti normativi*, Milano, 2004, p. 270.
20. R. Guastini, *L'interpretazione di documenti normativi*, cit., p. 271 ss.
21. R. Guastini, *L'interpretazione di documenti normativi*, cit., p. 273.

disposizioni che distribuiscono il potere e organizzano i rapporti tra i diversi organi dello Stato è un conflitto di poteri tra organi costituzionali. Solitamente, i conflitti di questo genere si risolvono per via politica, non in sede giurisdizionale. Nella maggior parte delle costituzioni moderne i conflitti non sono giustiziabili. Sicché i soli interpreti "privilegiati" delle disposizioni costituzionali in questione sono gli stessi organi dello Stato cui esse sono rivolte: la loro interpretazione non è soggetta ad alcun controllo giurisdizionale. Vi sono tuttavia alcune (rare) costituzioni (garantite) in cui anche i conflitti di poteri tra gli organi costituzionali sono giustiziabili, giacché la costituzione conferisce ad un organo giurisdizionale – in particolare al tribunale costituzionale – anche la competenza a risolvere tali conflitti. Ebbene in ordinamenti siffatti l'intera costituzione è soggetta ad applicazione giurisdizionale. Quando i conflitti di potere sono suscettibili di soluzione giurisdizionale da parte del tribunale costituzionale – come accade, ad esempio, in Italia e Germania (e limitatamente alla distribuzione delle competenze normative tra Parlamento e Governo anche in Francia) – il tribunale costituzionale è l'interprete "privilegiato", o "ultimo", anche delle disposizioni costituzionali che distribuiscono i poteri, o di almeno alcune di esse"[22].

L'interpretazione che la Corte costituzionale è chiamata ad eseguire in sede di conflitto di attribuzione quindi, non presenta alcuna diversità con l'interpretazione che essa svolge in sede di controlli di costituzionalità delle leggi: ciò che muta è solo la tipologia delle disposizioni costituzionali di riferimento (dichiarazioni di diritti e principi / previsioni organizzative).

In ambedue le sedi, poi, non si profila alcuna specificità rispetto all'interpretazione di qualunque altro documento normativo effettuata da altri organi in contesti diversi.

Di conseguenza, la Corte costituzionale sarà chiamata a decidere sui conflitti di attribuzione relativi al procedimento ministeriale attraverso le normali tecniche interpretative, fra cui spicca l'interpretazione per principi.

6.1 Una prima bussola per risolvere l'opzione: separazione dei poteri / divisione del potere

Al fine di individuare quale sia l'organo competente a qualificare come ministeriale il reato, e dunque scegliere fra le tre opzioni già illustrate, potrebbe essere utile richiamare la distinzione fra due principi organizzativi: il principio della "separazione dei poteri" e il principio della "divisione del potere"[23].

"Per separazione dei poteri si intende indicare il principio organizzativo in forza del quale "funzioni diverse" si specializzano in capo a "istituzioni diverse" fra loro indipendenti. Si tratta della classica separazione formulata da Montesquieu tra potere legislativo, potere esecutivo e potere giudiziario. Il potere frena il potere.

Per divisione del potere si designa, invece, l'articolazione del potere in forza del quale, grazie a reciproci controlli e bilanciamenti, la competenza in ordine a una medesima funzione è divisa fra istituzioni (o organi o funzionari) diverse onde il potere dell'uno delimiti quello dell'altro. Si tratta della formula organizzativa dei *checks and balances*.

Mentre la separazione dei poteri implica reciproca indipendenza tra le istituzioni che dei poteri sono gli esclusivi titolari; la divisione del potere implica la reciproca interdipendenza degli organi e dei soggetti fra cui il potere è diviso; nella forma, ad esempio, dell'attribuzione a taluno della partecipazione o del controllo di taluno di essi sul merito del suo esercizio"[24].

Ora, solo applicando il modello della "separazione dei poteri", si potrebbe giustificare l'attribuzione della valutazione sulla ministerialità del reato a una delle due Camere: l'attività svolta dai Ministri sarebbe allora controllabile soltanto con l'assenso

22. R. Guastini, *L'interpretazione di documenti normativi*, cit., p. 274.
23. L. Ferrajoli, Principia iuris. *Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, Roma-Bari, 2007, p. 863 ss.; R. Guastini, *La sintassi del diritto*, Torino, 2011, p. 345 ss.
24. L. Ferrajoli, Principia iuris., cit., p. 863 ss.

dalla maggioranza parlamentare, quale organo che si identifica con il Governo, essendo quest'ultimo espressione della prima per il tramite del rapporto fiduciario e trovando ambedue la loro legittimazione nella medesima rappresentatività politica. In tal modo sarebbe il potere giudiziario ad essere frenato: a esso non andrebbero attribuite funzioni autonome di controllo dell'attività governativa.

Applicando invece il modello della "divisione del potere", si può giustificare l'attribuzione al giudice ordinario in via esclusiva della competenza a qualificare come ministeriale il reato: l'attività politica non va accentrata in capo ai Ministri ma va condivisa: anche il potere giudiziario dunque "partecipa" della funzione politica nella forma di un suo possibile controllo (ovviamente sotto il solo profilo della legalità dell'azione e non già della sua politicità). Sebbene in tal caso vi sia un bilanciamento costituito da una divisione del potere opposta: la possibilità per il Parlamento di partecipare a sua volta alla funzione giudiziaria; quest'ultima infatti può essere paralizzata se ricorra la c.d. "ragion di Stato", codificata nelle due cause di giustificazione *extra ordinem*.

Uscirebbe invece da un possibile inquadramento dogmatico organizzativo l'attribuzione in via esclusiva al tribunale dei ministri della competenza a valutare la natura ministeriale del reato. Perché per il modo in cui si strutturerebbe il procedimento, i due modelli organizzativi si combinerebbero, quando essi invece risultano incompatibili: una medesima funzione o è concentrata o è diffusa. La qualificazione del reato come ministeriale da parte del tribunale dei ministri, sarebbe una divisione del potere; ma la divisione sarebbe fittizia se fosse poi definitivamente vagliata dal soggetto controllato, che potrebbe sempre opporsi alla valutazione, in definitiva qui si profilerebbe una separazione dei poteri che vanificherebbe l'originaria divisione del potere.

6.2 Un seconda bussola per risolvere l'opzione: la derogabilità/inderogabilità del principio di uguaglianza

Un altro parametro utile al fine di sciogliere l'alternativa di cui si discute, potrebbe essere il richiamo al principio di uguaglianza.

In particolare, la giustificazione costituzionale della competenza "esclusiva del giudice ordinario" a qualificare come ministeriale il reato potrebbe rinvenirsi nel principio di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla giurisdizione *ex* art. 3 Cost.: solo se viene in rilievo la funzione ministeriale si può aprire il procedimento speciale, non invece nel caso in cui venga in rilievo solo la qualifica soggettiva.

E' infatti il profilo funzionale del reato secondo quanto dispone l'art. 96 Cost. che giustifica la deroga al principio di uguaglianza, e dunque legittima l'avvio del procedimento speciale, la cui finalità è quella di regolare le modalità attraverso cui deve essere formulata e deliberata la richiesta di autorizzazione a procedere. L'interpretazione dell'art. 2 L. Cost. 1/1989, nel senso di imporre in ogni caso il procedimento ministeriale, appare illegittima costituzionalmente per violazione di uno dei principi supremi dell'ordinamento (nonostante si tratti di una disposizione costituzionale): l'art. 3 Cost. in tema di uguaglianza non è derogabile ulteriormente nemmeno da una legge di rango costituzionale[25]; esiste una "gerarchia fissa"[26], infatti, fra i principi costituzionali e quello di uguaglianza sta al vertice[27].

Di contro, la giustificazione costituzionale della "competenza esclusiva delle Camere" a qualificare come ministeriale il reato, andrebbe ricercata nel bilanciamento fra il principio di uguaglianza e quello di garanzia di funzionamento della funzione di Governo[28]. Si dovrebbe allora ritenere (forzando però l'attuale assetto interpretativo dei

25. Cfr. Corte cost., 29 dicembre 1988 n. 1146; nonché R. Bin-G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2011, p. 336 s.; A. Cerri, *Istituzioni di diritto pubblico*, Milano, 2009, p. 376 ss.

26. Cfr. R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p. 295.

27. Cfr. F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 421; Id, *Il brodo delle undici*, Torino, 2010, p. 79.

28. "Si badi: in questo contesto "bilanciare" non significa contemperare, conciliare, o alcunché del genere: non significa cioè trovare un punto di equilibrio, una soluzione "mediana", che tenga conto di entrambi i principi in conflitto, e che – in qualche modo – li applichi e li sacrifichi entrambi. Il bilanciamento consiste piuttosto nel sacrificare o scartare senz'altro un principio, applicando l'altro", R. Guastini, *L'interpretazione dei documenti normativi*, cit., p.

principi costituzionali) che si tratti di due principi di pari livello, i quali, venendo in contrasto l'uno con l'altro, devono essere bilanciati attraverso l'individuazione di una gerarchia assiologica, di tipo mobile, valevole solo nel caso di specie e, di conseguenza, risolvibile diversamente in un'altra situazione. La previsione di un procedimento speciale attivabile di fronte ad ogni soggetto titolare della funzione di Governo, risulterebbe conforme all'art. 96 Cost., ma in contrasto con l'art. 3 Cost.: quindi solo se si ritenesse che la tutela della funzione di Governo sia interesse prevalente in ogni caso, senza distinzione, sull'uguaglianza legale dei cittadini, si potrebbe giustificare tale interpretazione. Si tratterebbe quindi di una scelta di valore, che spetterebbe alla Corte costituzionale sancire e (soprattutto) giustificare.

7 La Corte costituzionale scioglie i nodi interpretativi

Ebbene, la Corte costituzionale – con due sentenze coeve e di identico contenuto – ha sciolto i nodi interpretativi in discussione: "spetta all'autorità giudiziaria giudicare della natura ministeriale di un reato ascritto ad un soggetto che riveste la carica di Ministro al momento dei fatti per cui si procede. L'art. 6 della legge costituzionale n. 1 del 1989 impone la trasmissione degli atti al Collegio per i reati ministeriali solo in presenza di un fatto che – *prima facie* – risulti commesso da un Ministro nell'esercizio della sua funzione"[29]. Si è così aderito alla tesi della competenza alla qualificazione del reato come ministeriale in capo al p.m. (v. par. 4.1).

Secondo la Corte, il principio di uguaglianza impone di ritenere che tutte le notizie di reato, attribuibili ad un Ministro o al Presidente del Consiglio, devono dar vita a un procedimento ordinario. Solo nel momento in cui dalla notizia di reato emerge il profilo funzionale è possibile aprire il procedimento speciale, che vede come protagonisti (ciascuno per le sue competenze) il tribunale dei ministri e la Camera competente. É proprio la natura oggettivamente ministeriale del reato che legittima costituzionalmente il rito speciale: in assenza del profilo funzionale il normale svolgimento dell'ordinario *iter* processuale non può essere derogato.

Dall'art. 96 Cost. e dalla L. Cost. n. 1 del 1989 dunque emerge un chiaro disegno legislativo di distribuzione di competenze:

i) il giudice ordinario ha la competenza esclusiva a qualificare come ministeriale il reato. In particolare, titolare di tale funzione è il p.m.; ed eventualmente (nel caso di iniziale diagnosi negativa dell'organo d'accusa) il giudice del procedimento ordinario attraverso i normali incidenti di competenza;

ii) il tribunale dei ministri ha la competenza esclusiva su un duplice versante. Spetta a tale organo sia indagare – al fine delle determinazioni inerenti l'esercizio dell'azione penale – sui reati già qualificati come ministeriali durante un ordinario procedimento; sia chiedere l'autorizzazione a procedere qualora ne ricorrano i presupposti (ovverosia quando ritenga la notizia fondata e il reato ministeriale e dunque non si determini per l'archiviazione ordinaria o per l'archiviazione asistematica);

iii) la Camera competente ha la competenza esclusiva a pronunciarsi sull'autorizzazione a procedere, qualora il Collegio per i reati ministeriali ne abbia fatto richiesta.

Ciascun potere dello Stato, quindi, non può autonomamente sindacare le valutazioni operate dall'altro, ma può solo sollecitarne un sindacato tramite il conflitto di attribuzione per menomazione sostanziale: come *la parola ultima*[30] sulla ministerialità spetta al giudice ordinario; così la *parola ultima* sulla ricorrenza dei presupposti dell'autorizzazione spetta alla Camera competente. Solo la Corte costituzionale può sovvertire tali

219 e nota 60. In senso contrario A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, p. 300 ss.; M. Barberis, *Legittima difesa e bilanciamento*, in *Legalità penale e crisi del diritto*, a cura di Bernardi-Pastore-Puggiotto, Milano, 2008, p. 86 ss., secondo i quali bilanciare vuol dire trovare un punto di equilibrio fra i principi in conflitto, al fine di applicarli, sebbene solo in parte, entrambi.

29. Corte cost., 12 aprile 2012, n. 87, si tratta del c.d. "conflitto Berlusconi" e Corte cost. 12 aprile 2012, n. 88, si tratta del c.d. "conflitto Mastella".

30. Punto 5.2 del considerato in diritto della sentenza 88 del 2012 e Punto 3.2 del considerato in diritto della sentenza 87 del 2012.

valutazioni allorché sia invocato il suo intervento attraverso lo strumento del conflitto di attribuzione. Pertanto la Camera competente può adire la Corte sia quando il tribunale dei ministri abbia qualificato il reato come non ministeriale (e in questo caso l'esperibilità del conflitto è agevolata dalla comunicazione che riceve sulla archiviazione asistematica), sia quando il p.m. o il giudice dell'*iter* ordinario non abbia qualificato come ministeriale il reato (in tal caso con un'autonoma iniziativa che non presuppone la previa comunicazione formale dell'esistenza del procedimento).

La ricostruzione offerta dalla Corte costituzionale si basa su una pluralità di argomenti, i quali possono essere così *gerarchizzati*:

a) L'argomento della gerarchia assiologica tra principi[31]*: il principio di uguaglianza*. Secondo la Corte al vertice dell'ordinamento sta il principio di parità di trattamento rispetto alla giurisdizione, esso può essere derogato, in virtù di una prerogativa costituzionale, unicamente per lo stretto necessario: e lo stretto necessario è la tutela della funzione; il principio di uguaglianza di fronte alla giurisdizione al di fuori di tale limite è *indefettibile*[32].

b) L'argomento a contrario *e l'interpretazione restrittiva*[33]*: principio di legalità e riserva di costituzione per la disciplina delle immunità e delle altre deroghe alle comuni regole di esercizio della giurisdizione*. Secondo la Corte, dal punto di vista delle fonti il principio di uguaglianza di fronte alla giurisdizione può essere derogato solo dalla Costituzione (riserva di Costituzione). Tale configurazione, forte del principio di legalità, fa sì che il principio di uguaglianza non può essere sovvertito da prassi costituzionali, dal legislatore ordinario e dalla Corte costituzionale[34]; né, *a fortiori*, può essere affievolito da interpretazioni estensive delle sue deroghe. Le immunità e le altre deroghe alle comuni regole di esercizio della giurisdizione sono soggette a stretta interpretazione[35].

c) L'argomento della interpretazione evolutiva[36]*: la* ratio legis *delle immunità e delle altre deroghe alle comuni regole di esercizio della giurisdizione dopo l'entrata in vigore della Costituzione*. Secondo la Corte l'avvento della Costituzione ha imposto una rilettura della *ratio* delle immunità; esse, derogando al principio di uguaglianza, non possono essere più inquadrate come un privilegio. E ciò accadrebbe se si fondassero su meri *status* personali (come la carica ricoperta), anziché sulle funzioni inerenti alle cariche: la prerogativa non è protezione della persona, ma è elemento costitutivo della funzione.

d) L'argomento sistematico: il combinato disposto[37]. Secondo la Corte costituzionale l'art. 6 L. Cost. 1/89 rinvia ai reati indicati dall'art. 96 Cost., il quale menziona i "reati commessi nell'esercizio della funzione".

31. "In generale, in sede di interpretazione, argomentare per principi consiste nel fare appello ad una norma (espressa o inespressa), di cui si assume la "superiorità – secondo i casi: materiale o meramente assiologica – rispetto alla disposizione da interpretare, onde adeguare a quella il significato di questa", R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 190 s.

32. "L'uguaglianza esige leggi tendenzialmente universali, da un punto di vista soggettivo: ciò significa che, appunto, esclude differenzazioni *ratione subiecti*, per qualità che non siano oggettive. La norma che distingue per ragioni puramente soggettive viola l'uguaglianza nel suo nucleo forte [...]. La norma può e deve distinguere, invece, in relazione ad elementi che appartengono alla sfera oggettiva: natura dell'atto, del fatto, della funzione, ecc.", A. Cerri, *Uguaglianza (principio costituzionale*), in *Enc. giur.*, XXXVI, Roma, 2005, p. 3 s. Cfr. anche A. Pace, *Cinque pezzi facili: l'incostituzionalità della legge Alfano,* in Pace, *I limiti del potere*, Napoli, 2008, p. 191.

33. "Dato un enunciato normativo che predica una qualificazione normativa di un termine dell'enunciato che sta per un soggetto o una classe di soggetti, si deve evitare di estendere il significato di quel termine fino a comprendervi soggetti o classi di soggetti non strettamente e letteralmente inclusi nel termine qualificato dal primo enunciato normativo", G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, 346.

34. C. Esposito, *La costituzione italiana*, Padova, 1954, p. 30 ss., nonché A. Pace, *Cinque pezzi*, cit., p. 192 s.

35. "In quanto atto a motivare o proporre interpretazioni secondo lettera, l'argomento *a contrario* è generalmente apprezzato e dotato di notevole forza persuasiva quando [...] si tende a irrigidire il vincolo di subordinazione degli organi dell'applicazione nei confronti dell'organo di produzione normativa", G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., 347.

36. "Diremo per conto evolutiva l'interpretazione che attribuisce ad un testo il suo significato attuale (se difforme da quello originario)", R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 100.

37. "Il tipo più semplice di interpretazione sistematica è probabilmente quello che consiste nel combinare tra loro diversi frammenti di disposizione, così da ricavarne una norma completa. [...] Va detto che il combinato disposto è una tecnica in qualche modo obbligata ogniqualvolta: [...] un enunciato normativo contenga un rinvio espresso ad altri enunciati normativi", così R. Gaustini, *Argomentare e interpretare*, cit., p. 297. "Taluni enunciati legislativi sono formulati in modo da rinviare l'interprete ad altri enunciati legislativi. In questi casi l'interprete, nell'attribuire un significato all'enunciato in cui vi è il rinvio, non può evitare di attribuire un significato all'enunciato oggetto del rinvio: l'interpretazione del primo enunciato presuppone l'interpretazione del secondo", così G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 137.

e) L'argomento autoritativo[38] *nella interpretazione della disposizione–presupposto: la definizione di "reati commessi nell'esercizio della funzione" (art. 96 Cost.).* Secondo la Corte costituzionale è necessario ribadire quanto essa stessa ha già affermato nel passato: nella definizione di reato commesso nell'esercizio della funzione prevale l'elemento oggettivo; reato ministeriale non è quello realizzato dal Ministro, bensì quello commesso dal Ministro e funzionalmente legato all'attività di Governo[39].

f) L'argomento della volontà della legge nella interpretazione della disciplina sui procedimenti ministeriali[40]. Secondo la Corte, il legislatore attuale, a differenza del precedente, considera il giudice ordinario come *adeguato* all'esercizio della giurisdizione per reati commessi dai titolari della funzione di Governo. Il rito speciale non è più volto ad evitare iniziative persecutorie contro l'uno o l'altro componente del Governo; è piuttosto finalizzato a tutelare un interesse qualificato – la c.d. ragion di Stato – a fronte del quale le esigenze di giustizia sono recessive. Ciò comporta che solo qualora emerga la funzionalità del reato nasce l'esigenza di una procedura differenziata: soltanto in tal caso è necessario un meccanismo processuale particolarmente incisivo al fine delle determinazioni relative all'esercizio dell'azione penale (realizzato con il cumulo di funzioni fra p.m. e giudice durante le indagini); solamente in tale ipotesi è opportuno regolamentare il raccordo fra i due poteri dello Stato (attraverso la creazione di un organo della giurisdizione particolarmente qualificato all'interlocuzione con le Camere). Da ciò si desume che il rito speciale ha uno spazio residuale di azione: è norma eccezionale rispetto alla generale applicabilità del rito ordinario.

g) L'argomento della natura eccezionale della legge sui procedimenti ministeriali. Secondo la Corte costituzionale la legge speciale che regola il procedimento ministeriale può operare solo quando siano integralmente realizzati tutti i suoi presupposti; la normativa speciale può determinare la cedevolezza della disciplina generale solo quando sia possibile cogliere la ministerialità del fatto di reato; se la disciplina generale cedesse di fronte alla natura comune dell'illecito penale, sarebbe sovvertito il rapporto fra regola generale e regola eccezionale[41].

h) L'argomento della incompatibilità della separazione dei poteri con la leale collaborazione. Il principio di leale collaborazione presuppone la presenza di un modello organizzativo di divisione del potere: solo se la medesima attribuzione è divisa fra diversi organi questi sono chiamati a coordinarsi fra loro, e il principio di leale collaborazione può diventare fonte di ulteriori regole comportamentali rispetto a quelle già codificate. Laddove invece esiste il modello della separazione dei poteri, la leale collaborazione non ha modo di porsi come fonte di oneri procedimentali, perché manca l'oggetto del raccordo: non esiste alcuna attività da armonizzare[42]. Secondo la Corte costituzionale solo il rito speciale è rapportabile al modello della divisione del potere: in tal caso il tribunale dei ministri e la Camera competente risultano titolari di competenze fra loro interferenti, sicché la comunicazione della pendenza del procedimento si pone come dovuta già a livello normativo. Al contrario, l'ordinario procedimento penale presuppone una piena separazione dei poteri, sicché va escluso qualsiasi raccordo istituzionale fra i due

38. "L'argomento autoritativo (o, tradizionalmente, *ab exemplo*) è quello per cui a un enunciato normativo va attribuito quel significato che gli è stato attribuito da qualcuno, e per questo solo fatto. Si tratta dell'argomento che invita ad attenersi a precedenti applicazioni-prodotto o interpretazioni-prodotto, cioè alla prassi applicativa consistente nel prodotto dell'interpretazione ufficiale o giudiziale, ovvero all'interpretazione della dottrina", G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 372.

39. Corte cost., 4 luglio 1977 n. 125.

40. "La volontà della legge, per contro, è – in una delle possibili accezioni di questa espressione – la "*ratio legis*", ossia la ragione, il motivo, lo scopo, il "risultato pratico", per cui una certa norma è stata emanata o, anche, se così si vuol dire, il principio o valore che la legge sottintende ed è rivolta a realizzare", R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, cit., p. 273.

41. G. Zagrebelsky, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2006, p. 78, secondo cui "la particolarità della *ratio* di queste regole [divieto di analogia e di applicazione retroattiva delle leggi speciali e eccezionali] non ne consente l'estensione fuori dei casi espressamente previsti. Ove avvenisse altrimenti, si avrebbe una violazione dell'implicita, ma chiaramente presumibile, volontà del legislatore, perché l'eventuale estensione a casi che rientrano invece nella regola generale o astratta farebbe sì che l'eccezione e la regola non sarebbero più le stesse".

42. Sul tema della separazione dei poteri e della divisione del potere v., *retro,* par. 6.1, in cui si è offerta una diversa prospettiva di analisi.

poteri: per tale ragione il legislatore ha escluso l'informativa alla Camera competente, né avrebbe senso codificare tale adempimento attraverso il supporto del principio di leale collaborazione.

8 I futuri conflitti di attribuzione per "menomazione sostanziale": il sindacato sulla ministerialità del reato e sulla autorizzazione a procedere

Se intorno al corretto *iter* procedimentale da seguire si sono profilate diverse e contrapposte tesi, nessuno invece ha mai contestato che in ogni caso le deliberazioni intorno alla ministerialità del reato e alla sua giustificabilità politica possono essere sindacate dall'autorità a cui non competevano sotto il profilo della "correttezza" della decisione. Certo, ormai la Corte costituzionale ha chiarito a quale soggetto spetta tale facoltà e secondo quali modalità: a questo punto è stato definitivamente individuato l'organo legittimato a sollevare conflitto di attribuzione da interferenza sotto il profilo sostanziale del *quantum possit*.

Sebbene allo stato non risultino mai sollevate questioni di tal genere, non sembra dubitabile – e lo abbiamo visto[43] – che questa forma del conflitto di attribuzione nel futuro diventerà lo strumento per lo più esclusivo di risoluzione dei conflitti in tema di procedimenti ministeriali.

In tal caso, allora, il conflitto di attribuzione assumerà un ruolo "ordinario", non dissimile dal vecchio conflitto di giurisdizione/attribuzione regolato dalla precedente disciplina[44]: esso infatti assumerà il ruolo di un normale procedimento incidentale, *sub specie* di regolamento di competenza funzionale. Certo, non si può tacere che tutto ciò comporti un rischio: "il conflitto si potrebbe trasformare in un ordinario giudizio di legittimità, con stridente stravolgimento del compito della Corte costituzionale. L'accettazione acritica da parte della Corte della categoria del conflitto da semplice "lesione o menomazione" può condurre troppo in là, fino a trasformare se stessa in organo di supervisione generale della legittimità di ogni funzione costituzionale, una sorta di suprema istanza di legittimità costituzionale su tutti gli atti degli organi costituzionali"[45].

Si porrà allora il complesso problema dei limiti di questa modalità di sindacato.

In tali ipotesi, infatti, non si discute più intorno alla titolarità di un potere, né si guardano le modalità in cui esso è stato esercitato: qui viene in rilievo solo il "come" l'autorità competente ha esercitato una prerogativa che sicuramente gli appartiene ed è stata adottata ritualmente. In pratica con tale conflitto si contesta il contenuto della decisione presa.

Problemi analoghi si sono già posti rispetto ai conflitti di attribuzione che esulano dalla materia dei reati ministeriali. Si è infatti sostenuto in via generale che il conflitto di attribuzione fra poteri dello Stato debba investire solo "i limiti esterni delle attribuzioni contestate e gli eventuali vizi di legittimità relativi all'esercizio di esse. Non include, di certo, le valutazioni di merito, che sono alla radice di certi modi di esercizio delle attribuzioni, perché queste valutazioni sono elemento fisiologico e non patologico di esercizio dei poteri contestati; è probabile, peraltro, che il sindacato della Corte debba

43. Cfr., *retro*, par. 3.

44. "Sotto la vigenza del precedente sistema di giustizia politica, a seguito della sentenza della Corte cost. 12 novembre 1974 n. 259 e la L. 10 marzo 1978 n. 170, il conflitto di giurisdizione era regolato dal conflitto di attribuzioni, sebbene secondo una disciplina in parte derogatoria rispetto ai normali conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato. In particolare risultava che qualora il giudice ordinario iniziasse un procedimento a carico di un Ministro, sul presupposto della natura non ministeriale del reato commesso, la commissione inquirente poteva chiedere preliminarmente in visione gli atti, e poi fare richiesta formale di trasmissione di tutto l'incartamento sul presupposto dell'affermata natura ministeriale del reato. Di contro il giudice ordinario o – aderendo alla richiesta della Camera competente – trasmetteva gli atti declinando la propria giurisdizione o sollevava conflitto di attribuzione rivendicando la natura non ministeriale del reato. Nell'ipotesi invece in cui il procedimento a carico del Ministro si apriva di fronte alla commissione inquirente, il giudice ordinario poteva sollevare il conflitto di attribuzione solo a condizione che per il medesimo fatto fosse nel contempo pendente un procedimento ordinario. Non poteva cioè il giudice ordinario chiedere in visione gli atti, come invece era concesso alla commissione inquirente. Le note caratterizzanti l'istituto erano dunque che esso era strutturato come un conflitto di competenza; che solo all'autorità giudiziaria spettava di sollevare il conflitto (sul presupposto che la qualifica di ministeriale deliberata dalla commissione inquirente dovesse di fatto essere prevalente). In pratica il giudice ordinario poteva reagire all'avvenuta qualifica ministeriale del reato solo con il conflitto di competenza", cfr. G. Zagrebelsky, *Procedimento d'accusa*, cit., p. 914 ss.

45. G. Zagrebelsky, *Processo costituzionale*, cit., p. 675 ss.

includere eventuali vizi di ragionevolezza od eccesso di potere (quante volte da questi possa esser derivato un detrimento per le attribuzioni difese)"[46]. Il conflitto può allora configurarsi come contestazione del potere in concreto esercitato, sia in caso di erronea valutazione dei presupposti richiesti per il suo valido esercizio, sia nel caso di vizi logici delle valutazioni e dei motivi che lo giustificano e legittimano[47].

Queste riflessioni non potranno che riproporsi nel momento in cui verranno sollevati conflitti per menomazione sostanziale sulla correttezza della qualifica ministeriale del reato e sulla ricorrenza dei presupposti per il diniego dell'autorizzazione a procedere.

Certo è che in tema di conflitto di attribuzioni si sta assistendo a quello che già è avvenuto in materia di controllo di legittimità costituzionale delle leggi. Dal sindacato sulla sola lesione diretta delle norme costituzionali (giudizio di diretta illegittimità di una norma), si è passati al sindacato sulla lesione indiretta della Costituzione (giudizio di eguaglianza-disparità *ex* art. 3 Cost.), fino ad arrivare ad un sindacato intrinseco[48] (giudizio di ragionevolezza in senso stretto)[49]. Tale percorso si sta riproponendo nella distinzione fra conflitto "per usurpazione" del potere, per "menomazione procedurale" e per "menomazione sostanziale": anche in tale ultimo caso, allora, si riproporranno tutti i problemi relativi ai limiti del sindacato della Corte costituzionale sulle prerogative attribuite ad altri organi costituzionali.

46. A. Cerri, *Corso di giustizia*, cit., p. 377 e 398 ss.
47. V. Crisafulli, *Lezioni di diritto costituzionale*, cit., p. 435.
48. Su tale ultima tipologia di controllo v. Scaccia, *Ragionevolezza*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano, 2006, p. 4805 ss.; F. Modugno, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007, *passim*; F. Modugno, *Ragione e ragionevolezza*, Napoli, 2009, *passim*.
49. Cfr. G. Zagrebelsky, *Intorno alla legge*, Torino, 2009, p. 350 ss.

Massimo Donini

L'eredità di Bricola e il costituzionalismo penale come metodo. Radici nazionali e sviluppi sovranazionali

Sommario

1. L'uomo e l'opera. Un brevissimo ritratto.– 2. Il volto costituzionale del reato e le sue apparenti basi giuslegalistiche. – 3. I momenti di frattura rispetto al tecnicismo giuridico. – 4. Aspetti non accademici del nuovo metodo. – 5. Il coinvolgimento istituzionale dell'orientamento costituzionalistico. Differenze rispetto alla dogmatica classica. – 6. *Habent sua fata libelli*: la fortuna dell'opera, e del suo metodo. – 7. Letture "forti" e letture "deboli" dell'approccio costituzionalistico in Italia. – 8. L'interesse che l'orientamento costituzionalistico italiano, oggi aggiornato in prospettiva europea, dovrebbe suscitare all'estero. – 9. Prove di costituzionalismo penale: i casi paradigmatici della "Bicamerale" italiana, del codice penale spagnolo e dell'*input* europeo a introdurre macrodelitti nel diritto penale dell'ambiente. – 10. Scenari europei di costituzionalizzazione di un diritto penale "dal volto protettivo": dalla sussidiarietà alla proporzione, dalla necessità della tutela al bene giuridico. – 11. Le «dottrine non scritte», tra formanti dell'ermeneutica penale nazionale e dialogo internazionale.

1 L'uomo e l'opera. Un brevissimo ritratto

È di grande soddisfazione presentare al pubblico di lingua spagnola la traduzione dell'opera più famosa di Franco Bricola[1], nata da una "voce di enciclopedia" – una tradizione italiana di raccolta di saggi a volte di grande impegno teorico, dove si trovano autentici classici del pensiero giuridico – pubblicata nel 1973 nel *Novissimo Digesto italiano* (vol. XIV, Torino, pp. 7-93)[2].

Quando Bricola (Novi Ligure, 19 settembre 1934-Parigi, 29 maggio 1994) pubblica questo saggio, non è ancora quarantenne e ha la cattedra di diritto penale presso l'Università di Bologna dal 1967. Formatosi presso l'Università di Pavia sotto la guida di Pietro Nuvolone, oltre che in Germania, presso il *Max Planck Institut* di Friburgo, già allora diretto dal Prof. Hans-Heinrich Jescheck, Bricola unisce a una grande padronanza tecnica delle fonti giuridiche anche extrapenali, che lo porteranno sempre a una visione "di ordinamento" del diritto penale, una conoscenza straordinaria della letteratura italiana e internazionale, che viene declinata al di là degli stili della dogmatica classica, attraverso una spiccata sensibilità politico-criminale. Ma non si tratta di un orientamento politico-criminale di impronta giusrazionalista, o cripto-giusnaturalista,

1. Il presente scritto costituisce il prologo alla traduzione spagnola della «Teoria generale del reato» di Franco Bricola, di prossima pubblicazione presso le edizioni BdeF di Montevideo-Buenos Aires. Nel presentare al lettore "*hispano hablante*" questa accurata e precisa traduzione della "Teoria" di Bricola, condotta da Diana Restrepo Rodríguez, dell'Università di Medellin, vorrei ringraziare, per avere sostenuto l'iniziativa, oltre la stessa Diana, il professor David Carpio Briz dell'Università centrale di Barcellona, e in modo particolare anche la professoressa Mirentxu Corcoy Bidasolo, che si è prodigata con determinazione affinché l'impresa giungesse al termine. È una convergenza di sforzi che non ho sollecitato all'origine. Sono davvero felice di questo. È stato il riconoscimento dell'importanza oggettiva, culturale, di un'iniziativa che ha il valore di un gesto donativo. È con questo spirito che la presentiamo al pubblico di lingua spagnola.

2. Di seguito abbreviata, nelle note, in "TGR". Essa è oggi reperibile anche nella raccolta dei suoi scritti in 4 tomi (più un quinto successivo che comprende le sole monografie): F. Bricola, *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, a cura di S. Canestrari e A. Melchionda, Milano, 1997, pp. 539-809.

come era stato per il suo Maestro Nuvolone, o come si stava sviluppando in area tedesca, spagnola e in minor misura italiana, dopo il finalismo. Infatti, le radici della sua elaborazione teorica su tutti i principali problemi del diritto penale, dalla parte generale a quella speciale, dal diritto penale economico al diritto penale comparato, al sistema sanzionatorio, affondano in un ripensamento del sistema penale su basi costituzionali e attraverso un'autentica sensibilità di comparatista, che lo ha portato a relativizzare le soluzioni e le culture nazionali, ciò che può consentire un dialogo internazionale più fruttuoso e di mutuo scambio, anziché tendere ad assolutizzare esperienze straniere quasi che fossero ordinamenti-modello, o tradizioni-modello[3].

Bricola non credeva nel diritto naturale, nell'argomentazione solo giusfilosofica o in una dogmatica sovratemporale, staccata da un ordinamento, ma nell'esigenza di trovare un aggancio e una base di diritto positivo alle conquiste del pensiero giuridico. Tuttavia, pur essendo un giuspositivista dichiarato anche nell'approccio costituzionalistico, le radici culturali delle sue opere fuoriescono dall'esperienza tecnica dello studioso del diritto. Accanto alla costruzione di questa *summa* del costituzionalismo penale dei primi anni Settanta, che qui andiamo a illustrare, Bricola avvia un'esperienza di fitto e intenso dialogo culturale e politico-criminale con Alessandro Baratta e la criminologia critica, fondando insieme a lui la rivista "*La questione criminale*" (1975-1981)[4].

Non è facile capire come potessero conciliarsi la rifondazione del diritto penale italiano su basi costituzionali attraverso un'opera di impegno giuridico così fine e attento, così ossequioso della lettera della Carta fondamentale, ma anche del diritto in genere, e un impegno critico "di sinistra" che conduceva Bricola, sulle pagine della rivista, a ipotizzare le linee di una "politica criminale del movimento operaio": come stessero insieme il rigore dogmatico dello studioso formatosi sui classici tedeschi e non solo italiani, il suo giuslegalismo applicato alla Costituzione, e un impegno di avanguardia nella critica alla politica criminale dei Governi e del Parlamento italiani degli anni Settanta. Questi mondi in apparenza paralleli, ma in realtà intersecati, rappresentano l'epoca d'oro, la stagione più formidabile dell'elaborazione teorica di Bricola: il momento più rivoluzionario della sua produzione. Rivoluzionario nel metodo della teoria del reato, sempre meno "dogmatica" e più "per principi" costituzionali, e rivoluzionario nella politica del diritto, orientata ora a una revisione critica dei fondamenti della legittimazione della pena alla luce di saperi extragiuridici, economici, criminologici, sociologici molto vicini alla critica marxiana al diritto positivo.

L'impegno civile e il senso di giustizia dello studioso sono ciò che unisce queste due prospettive così rivoluzionarie rispetto allo stile degli accademici precedenti e anche successivi a questa stagione[5]. Non lo ispirano certo l'esibizione della citazione dotta, il far mostra di letture inusitate e colte, la ricercatezza estetica della pagina, e neppure la dogmatica come sapere non dico in sé conchiuso, ma anche soltanto aristocratico. Il suo scrivere non è mai un gioco accademico: parla di questioni serie, di diritti fondamentali, di garanzie; forti, anzi, sono i momenti di polemica e di censura contro un tecnicismo diviso dalla politica, dalla criminologia, dalla cultura extragiuridica. Eppure, nell'Autore coesistono, anche in quest'opera come in altre precedenti e successive, grande tecnicismo, grande attenzione alla legge scritta, e consapevolezza della necessità di rileggere,

3. Ai suoi allievi ha sempre detto di formarsi anche in Germania ma, una volta rientrati nel loro Paese, di ricordarsi di "sdoganare" le teorie apprese, passando dal confine. L'età in cui ha operato non era ancora quella dell'europeismo dispiegato, anche se ne ha intravisto l'evoluzione, che vede oggi applicato a fonti superiori sovranazionali il 'metodo' dell'approccio ermeneutico applicato alla Costituzione. Mutato, semmai, è il clima di maggior interventismo delle magistrature superiori. Ciò che ci ha fatto parlare di "europeismo giudiziario" quale tappa successiva, in Europa, a quella dell'orientamento costituzionalistico.

4. L'esperienza si interromperà nel 1981 a seguito di divergenze politico-culturali (causa non unica, ma certo determinante). Bricola non poteva seguire Baratta nell'idea che il diritto penale fosse solo un diritto di classe; non condivideva l'abolizionismo sempre più marcato del collega criminologo, né l'idea di una scienza penale "integrata" dove (secondo Baratta) doveva essere il diritto penale ad "integrarsi" sempre più nella criminologia critica, fino a scomparire. Per una riflessione a posteriori su questa esperienza, v. lo stesso Bricola, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, 5 ss.

5. In argomento si v. pure A. Gamberini-G. Insolera, *Presentazione* a F. Bricola, *Politica criminale e scienza penale*, Bologna, 1997, 9 ss., 19 ss.

ma non di abbandonare, la divisione dei poteri. E, ancor più, un incrollabile senso delle garanzie, anzi del garantismo. Come in von Liszt, la politica del diritto, per quanto appassionata, e in realtà veramente *liberal* e depenalizzatrice in Bricola, non deve soppiantare la *Magna Charta*, ma la presuppone[6].

Fra l'altro, la serietà e il rigore intellettuale di questo impegno si distinguevano in Bricola grazie a un tratto umano mai autoritario, ma sempre autorevole, che abbinava leggerezza e finezza, ironia e umiltà, giovialità e prontezza di battuta, un'instancabile curiosità affiancata da grande tolleranza ideologica e teorica, e dalla disponibilità a ridiscutere le posizioni acquisite, fino al desiderio di comunicare all'ultimo laureato il valore della ricerca come il passaggio di un testimone, direi quasi di un *virus*, che ti accompagna per sempre.

Da questi ingredienti culturali, politici e umani, è uscito un classico assoluto della letteratura penalistica italiana, certo una delle opere più importanti, per il contenuto, ma anche per la fortuna che l'ha accompagnata, di tutto il Novecento penalistico.

2 Il volto costituzionale del reato e le sue apparenti basi giuslegalistiche

La novità principale di quest'opera, ciò che la rende ancora oggi attuale e paradigmatica, è che essa vede nella Costituzione, e comunque in fonti giuridiche sovraordinate alla legge ordinaria, non solo un *limite*, ma anche un *fondamento* al diritto penale[7]. Nella Costituzione non ci sono solo vincoli e divieti per il Parlamento, una sorta di ostacoli che esso dovrebbe sempre evitare, ma lì è scritto il "volto costituzionale" del reato, una specie di sinopia di un affresco che la legge ordinaria porterà a opera compiuta, vincolando con disposizioni tassative l'applicazione giudiziale. Ma non basta. Per Bricola sono penalmente tutelabili solo i beni giuridici di *significativa* rilevanza costituzionale, almeno implicita, e contro aggressioni di pericolo concreto[8]. L'analisi del reato, la concezione del fatto tipico, dell'illecito, della colpevolezza, la sistematica e la dogmatica classiche, appaiono *in parte* condizionate dal dettato costituzionale[9], ma ancor più importanti sono altre questioni di fondo: quali fini della pena, quali beni proteggere, contro quali forme di aggressione e livelli di lesività, quali fonti legittime, con quali tecniche costruire il reato e diversificarlo dall'illecito civile e da quello amministrativo, quale spazio per logiche d'autore o per illeciti a struttura contravvenzionale e di pericolo non concreto, quali margini lasciare ai decreti-legge, alle fonti subordinate alla legge. Nel dare una risposta a tutti questi interrogativi, la Costituzione, secondo Bricola, traccia una vera immagine positiva di come l'illecito penale deve distinguersi dagli altri illeciti. Questa teoria «generale» è dunque tale perché prescrittiva e giuridicamente vincolante: non ha la generalità razionalistica (astratta) o induttiva (dal basso del sistema)

6. V. soltanto, per la loro paradigmaticità rispetto ai tratti indicati nel testo, il § 2 f della TGR, dedicato al rapporto fra dogmatica del fatto e dogmatica d'autore e i §§ 9 g-i sui limiti del potere dell'interprete rispetto a una lettura conforme a Costituzione del principio di necessaria lesività.

7. *Amplius*, sul punto, M. Donini, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale. Il significato dell'esperienza italiana*, in *Foro it.*, 2001, parte V, pp. 29 ss., poi in Id., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, pp. 65 ss., nonché in *Revista penal*, 2001, 24 ss.; Id., *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, in *IUS17@unibo.it*, 2009, 421 ss., anche in trad. spagnola in Id., *El derecho penal frente a los desafios de la modernidad*, Lima, 2010, 335 ss. (consultabile pure, ma senza l'apparato delle note, in D.-M. Luzón Peña (dir), *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, Madrid, 2010, 85 ss.). Si parla oggi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo come fondamento, anziché mero limite del diritto penale (V. Manes, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) interno*, in V. Manes-V. Zagrebelsky, a cura di, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2010, 49 ss.): ma le radici di queste nuove trasposizioni sono tutte nell'approccio costituzionalistico, ora solo esteso quanto alle 'fonti' sovralegislative, e appunto applicato a quelle sovranazionali.

8. TGR, §§ 9 g-i.

9. Per Bricola, per es., separare la punibilità dal reato, per conferirle una dimensione autonoma, staccata e successiva rispetto a quella dell'illecito (ancora non punibile), significa costruire il reato a prescindere dalla pena, su sentieri potenzialmente giusnaturalistici. Una concezione orientata alla Costituzione, invece, suppone che la legalità della pena e quella del reato siano *pensate insieme fin dall'inizio*, in quanto sono proprio la specifica invasività e afflittività della pena criminale a condizionare la costruzione di tutta la teoria del reato in funzione garantista. Per la medesima ragione egli non riesce ad accettare un illecito penale che non sia colpevole: se non è ancora colpevole (o quanto meno se non contiene ancora dolo e colpa), non è un illecito penale, ma un suo segmento, un fatto non giustificato, un illecito extrapenale. Illiceità penale e antigiuridicità penale vengono così a coincidere, nel suo pensiero, con la possibilità di sanzionare il fatto con la pena. V. *infra*, nota 20.

della vecchia "*allgemeine Rechtslehre*", poi ereditata dalla "*allgemeine Verbrechenslehre*". Quando Luigi Ferrajoli, nel 1989, darà un fondamento filosofico generale all'approccio costituzionalistico in materia penale[10], avrà alle sue spalle un'opera giuridica come la *Teoria generale del reato* di Bricola che l'aveva già anticipato, nella realizzazione giuridica, di una quindicina di anni. Ferrajoli, però, scriveva con linguaggio filosofico, assai più facilmente traducibile ed esportabile. Bricola, invece, seguiva un'argomentazione meno immediatamente fruibile da giuristi stranieri o in contesto internazionale: il vincolo al diritto positivo, infatti, imponeva una teoria generale "fondata sull'esegesi" di un testo che, nel 1973, era ancora quello uscito dall'Assemblea costituente del 1947. Ma se si vuole una sintesi *giuridica* del modello giusrazionale che lo stesso Ferrajoli ha poi sistematizzato tre lustri più tardi, occorre tornare a Bricola[11].

All'obiezione, che anche chi scrive muoveva a Bricola, di mettere in quel testo significati nuovi, valori nuovi, idee fondate su basi giusrazionalistiche o politiche attuali e "non pensate nel 1947", Bricola rispondeva, con un sorriso che non significava ammissione dell'invalidità del metodo, lasciando intendere che tale esito era sì possibile come una sorta di astuzia della ragione, e tuttavia la sua legittimazione dipendeva pur sempre dalla possibilità e dalla riuscita del procedimento di ricostruzione esegetica del testo. Questo limite era per Bricola insuperabile, perché apparteneva alle regole del gioco e, ancor prima, alla legittimità dell'interpretazione. Era un metodo che si manteneva nel solco di un'ermeneutica del testo. Qualunque fossero i suoi esiti speculativi – anche molto innovativi –, essi dovevano ancorarsi a quella base "epistemologica", che non era vista come una mera convenzione, fino ad avvicinarsi a un'autentica fede nel giuspositivismo, nelle sue sorprendenti capacità interne di rinnovamento.

3
I momenti di frattura rispetto al tecnicismo giuridico

Nonostante le premesse ora descritte, l'impianto culturale che sorreggeva la ricostruzione della teoria "generale" del reato a base costituzionalistica era molto distante da quel tecnicismo giuridico che condivideva la medesima base epistemologica di una teoria giuspositivistica.

Le distanze erano di due tipi: storico-politico e normativo.

Dal punto di vista *storico-politico* l'opposizione al tecnicismo non poteva essere più netta: Bricola rimproverava a quel movimento l'apparente neutralità dell'interprete e rivendicava, invece, la doverosa adesione del penalista allo statuto costituzionale dei principi e delle regole che devono guidare legislatore e interprete[12]. Si profilava adesso un approccio deontologico diretto al Parlamento e al giudice, fondato peraltro su un *testo normativo vincolante*, non su mere basi razionali, filosofiche, ideologiche, etc. Di qui la "forza di legge", ma anche la valenza fortemente critica, rispetto alla legge ordinaria, contenuta nella fonte superiore alla quale attingeva il nuovo metodo.

Mutando l'*oggetto* della ricostruzione, rappresentato da regole e principi sovraordinati, si modificava anche il *metodo* di una teoria fondata sull'esegesi: non più l'orizzonte chiuso della legge ordinaria, immodificabile se non "dai partiti politici", ovvero amministrato in un clima di immobilismo o di conservatorismo durante vari governi dei primi lustri della Repubblica, ma piuttosto un patto costituzionale vincolante il Parlamento verso la costruzione di nuovi obiettivi sociali, nuovi progetti economico-politici, nuove tavole dei valori di immediata incidenza anche penale. I valori e i principi contenuti nella Costituzione del 1947-1948, o a quel testo comunque riconducibili,

10. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989.

11. Bricola è fondante, Ferrajoli è sistematizzante. Ciò può sembrare riduttivo rispetto all'opera di Ferrajoli, che contiene analisi filosofiche e storiche, anche processuali, di ampio respiro e originalità. L'assunto di cui al testo, peraltro, si concentra sugli aspetti essenziali di un orientamento costituzionalistico al diritto penale in funzione garantista e al metodo fondazionale dello stesso.

12. La critica al tecnicismo giuridico, da parte di Bricola, è ancora più forte nelle famose "Dispense" per il Corso di Istituzioni di diritto penale, pubblicate in dattiloscritto dai primi anni Settanta. V. in un'edizione successiva *Istituzioni di diritto penale*, a cura di F. Bricola-F. Sgubbi, Bologna, 1981-82, 54 ss.; Id., TGR, 11 s., e nota 10 (testo orig.).

imponevano una riscrittura completa del codice penale. Mutava pertanto, insieme al clima storico-politico, la base 'normativa', ma anche politica, del positivismo giuridico rispetto al tempo del tecnicismo. La fonte costituzionale prescriveva *nuovi contenuti* alla legge ordinaria, anche se non si trattava, secondo Bricola, di obblighi di incriminazione. Il suo programma era di forte riduzione, era il prodotto di una "scienza dei limiti dell'intervento penale"[13], pur mirando a obiettivi di rilegittimazione del diritto penale e non certo abolizionistici: erano contenuti relativi a "*beni*" tutelabili[14] e "*tecniche*" penalistiche di tutela (anch'esse nei limiti rinvenibili nella Carta fondamentale)[15] che miravano a una sostanziale attuazione del principio di *ultima ratio*, che negli anni Settanta guardava a un'opera di forte *depenalizzazione*, che contrastava il fenomeno, già allora chiarissimo, dell'*espansione* del diritto penale. Si trattava, anche, di introdurre nel sistema nuovi "*valori*", ma valori da tutelare (anche) penalmente[16]. La "generalità" di quella teoria era così vincolante da contenere una sorta di "sintesi a priori" del sistema penale[17]. L'approccio era pertanto prescrittivo e l'interprete della Carta fondamentale riuniva in sé uno stile giuspositivistico e una cultura democratica, pluralista, tanto debitrice all'illuminismo giuridico quanto critica verso la legge ordinaria. Tutto il contrario, perciò, di un tecnicismo che escludeva il momento critico dalla fase ricostruttiva del diritto *vigente*, che per definizione era già anche *valido*. Il diritto penale a base costituzionale ora immaginato, invece, anche se "valido", poteva non essere ancora "vigente", in quanto in attesa di venire tradotto in legge ordinaria, vuoi in forma direttamente parlamentare, vuoi nella forma (consentita nei limiti della riserva di legge) dell'interpretazione conforme alla Costituzione.

4 Aspetti non accademici del nuovo metodo

I principi affermati erano quelli di riserva assoluta di legge, di tassatività e di tipicità, di personalità della responsabilità penale e di colpevolezza, di offensività (o "necessaria lesività"), di finalità rieducativa della pena, oltre ai più tradizionali divieti di retroattività, di analogia etc., che producevano l'esigenza di superare il modello contravvenzionale di illecito minore in vista di forme delittuose più pregnanti, il disegno di una forte depenalizzazione, etc.: un'intera rifondazione argomentativa che veniva costruita su specifiche norme positive della Costituzione italiana. Non si contestavano certo altre possibili argomentazioni, ma storicamente, temporaneamente, si pensava di dovere prescindere dall'opportunità di un ancoraggio di quei principi a stili argomentativi, politici, giuridici diversi (non sempre "giuslegalistici") che potessero attecchire *in altri sistemi* che non disponevano di basi normative corrispondenti a quelle italiane. L'obiettivo, infatti,

13. Nel senso che una scienza che sia *solo* dei limiti dell'intervento penale (una "*Strafbegrenzungswissenschaft*", come intesa da Thomas Vormbaum o Wolfgang Naucke) può ambire a essere una teoria *de lege ferenda*, ma non una costruzione scientifica *de lege lata*, perché non si può solo limitare il diritto penale quando lo si applica, o scegliere solo le interpretazioni della difesa, dell'avvocato difensore dell'imputato, dovendo anche ammettersi un nucleo legislativo ed ermeneutico dei reati non ulteriormente riducibile rispetto a ogni applicazione concreta di norme legittime, che sarà un'applicazione punitiva, e non sempre e solo di assoluzione o di non punibilità, v. quanto osservato di recente in M. Donini, *La herencia de la dogmática clásica en el derecho penal contemporáneo. Desde el tecnicismo a la postdogmática*, in corso di pubblicazione, § 9 (anche in lingua it. in *Criminalia*, 2010, 127 ss., spec. 174 s.). Pertanto, una teoria generale del reato a base costituzionale, nella misura in cui anch'essa legittima il diritto penale – se ricostruito su basi costituzionali – non può essere intesa veramente solo come "limitatrice". Anche nella prospettiva originaria di Bricola (quella del 1973), una volta ridotto il diritto penale, depenalizzato quanto necessario secondo il principio di *ultima ratio*, abolite le contravvenzioni, eliminati i reati di pericolo presunto, riportato il contenuto dei reati a offensività e colpevolezza e la loro scrittura a riserva di legge e tassatività, quello che sarebbe rimasto avrebbe dovuto essere ritenuto legittimo e veniva per ciò stesso 'fondato', e non ... ulteriormente ridotto.

14. Molti vecchi 'beni' del codice Rocco (o per come interpretati dalla giurisprudenza sotto le regole del codice del 1930) non erano tutelabili, secondo Bricola, in quanto non legittimati dalla Costituzione: dalla "personalità" dello Stato al "prestigio" della pubblica amministrazione, dall'"integrità della stirpe" alla stessa "fede pubblica". Anche il vecchio "ordine pubblico" poteva essere ora solo un ordine pubblico (di matrice, o a base) costituzionale.

15. V. per tutti, in una fase già cruciale del dibattito in Italia, F. Bricola, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in AA.VV., *Funzioni e limiti del diritto penale*, Padova, 1984, 3 ss.; AA.VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1984; AA.VV., *Beni e tecniche della tutela penale*, Milano, 1987; F. Palazzo, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, in A. Pizzorusso, V. Varano, a cura di, *L'influenza dei valori costituzionali sui sistemi giuridici contemporanei*, tomo I, Milano, 1985, 531 ss. Per l'evoluzione successiva v. *infra*, nota 66.

16. V. sul punto, per un inciso, F. Bricola, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*,1988, 27, e *amplius* M. Donini, *Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991, 162-168.

17. TGR, orig. p. 24.

era di conferire *una base giuridica positiva* a quei principi. Da questo punto di vista, la costruzione originaria di Bricola risente ancora di un'attenzione o di un'esigenza nazionale (anche se non nazionalista) della costruzione del codice e del diritto penale. La spiccata sensibilità comparatistica, infatti, conduceva sempre a relativizzare le soluzioni apparentemente unificanti, di stampo giusnaturalistico, a storicizzarle, e ad escludere del tutto, invece, l'esistenza di ordinamenti-modello, di culture-modello, di tradizioni-modello.

L'espressione forse più paradigmatica di questa cultura, di questo spirito di risistemazione del diritto penale sul fondamento dei principi costituzionali, a livello di opere manualistiche, la possiamo trovare in primo luogo, cronologicamente e idealmente, nel "Diritto penale" di Ferrando Mantovani, pubblicato da Cedam in prima edizione nel 1979[18]. Esso contiene *una sistematica di principi*, e *non di categorie*: anziché analizzare *in primis* il reato secondo categorie sistematiche (per es., fatto, antigiuridicità, colpevolezza) quali contenitori o schemi attorno ai quali organizzare lo studio dei problemi penalistici generali e anche lo studio delle singole incriminazioni, o l'inquadramento dei casi pratici, l'attenzione veniva indirizzata ai grandi principi costituzionali, dalla legalità, alla materialità, all'offensività, alla colpevolezza. "Dentro" a questi principi deontologici superiori, poi, potevano trovare spazio altri principi e altre categorie: dal principio di oggettività e di soggettività (elemento oggettivo e soggettivo), alle categorie dell'azione, del fatto, dell'illiceità, dell'autore, delle forme di manifestazione del reato, etc.

In questo modo si realizzava un chiaro predominio della Costituzione, o dei principi costituzionali e sovra legali, rispetto alla tradizionale ripartizione sistematizzante di tipo meramente analitico, assai sviluppata, per es., in area tedesca, fondata su categorie "dogmatiche" classiche. Si può anzi dire che a una dogmatica classica di categorie si affiancava così (più che sostituirsi) una dogmatica costituzionale di principi, che assumeva però una chiara prevalenza[19]. Non la colpevolezza come categoria da incasellare "esattamente" *dopo* l'elemento oggettivo (concezione classica), o *dopo* il dolo e la colpa (concezione postfinalista o postwelzeliana), o *prima* della punibilità, quale momento centrale di discussione – ciò che al legislatore o al giudice interessava ben poco[20] – ma

18. F. Mantovani, *Diritto penale*, Parte gen., Padova, 1979, 2011.

19. Per l'evoluzione del passaggio dal tecnicismo giuridico all'approccio costituzionalistico e da una dogmatica di categorie a una di principi, v. quanto osservato in M. Donini, *La herencia de la dogmática clásica en el derecho penal contemporáneo. Desde el tecnicismo a la postdogmática*, cit. In italiano: M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, cap. I. Nella letteratura latinoamericana, un recente manuale di parte generale straordinariamente costruito sui principi, prima ancora che sulle categorie, è quello di J.F. Carrasquilla, *Derecho penal*, Parte gen., *Principios y categorías dogmáticas*, Bogotá, 2011. V. pure in chiave più metodologica G. J. Yacobucci, *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal*, Buenos Aires, 1998; O. Sánchez Mártinez, *Los principios en el Derecho penal y la dogmática penal*, Madrid, 2004. Ma cfr. già, per l'applicazione delle nozioni di principi, regole e categorie, alla teoria del reato, M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 25 ss. (cap. I), e gli AA. ivi cit., nonché il vol. I di AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera-N. Mazzacuva-M. Pavarini-M. Zanotti, Torino, 2012 (1997), e G. Fiandaca-G. Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003.

20. In realtà, Bricola seguiva una concezione bipartita del reato: elemento oggettivo ed elemento soggettivo (comprendente elemento psicologico e colpevolezza normativa), dove le scriminanti erano viste come elementi negativi del fatto e applicate già all'elemento oggettivo. L'illecito, il torto, era un elemento oggettivo non giustificato, ma prima dell'elemento soggettivo non poteva ancora definirsi punibile e dunque non era penalmente illecito. Una lettura vicina, per intenderci, a quella di Karl Engisch e Arthur Kaufmann in Germania, e P. Nuvolone, F. Antolisei e M. Gallo (prima di Bricola) in Italia, e poi a quella di F. Mantovani, C.F. Grosso, A. Fiorella, oltre a essere in linea con la tradizione italiana da Carrara a Manzini, ad Arturo Rocco. La stessa punibilità era vista come intrinseca al reato: non c'è reato senza punibilità (TGR: § 7 a; Id., voce *Punibilità* (condizioni obiettive di), in *Novissimo Dig. It.*, vol. XIV, 1967, 592 ss.). Bricola pensava, anzi, che staccare la punibilità dal reato servisse per "sganciare" elementi forse decisivi dallo statuto costituzionale di garanzie assegnato agli elementi del fatto-reato, e per tali ragioni osteggiava una simile prospettiva. Bricola non seguiva la teoria dell'imputazione oggettiva dell'evento (certo non nel 1973, ma neppure in seguito, pur manifestando curiosità intellettuale verso di essa). Peraltro, il tema del rischio consentito, nei suoi aspetti di collegamento col diritto penale del lavoro, il reato colposo e il consenso dei lavoratori (o dei terzi) all'autoesposizione al pericolo, era stato apprezzato in modo anticipatorio da un suo famoso scritto dei primi anni Sessanta (F. Bricola, *Aspetti problematici del c.d. rischio consentito nei reati colposi*, in *Boll. Ist. Dir. pen., Univ. di Pavia*, 1960-61, 89 ss., poi in Id. *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo I, cit., 70 ss.). Soprattutto, egli non accoglieva la colpevolezza normativa postfinalista staccata da dolo e colpa. Un dolo senza colpevolezza era ritenuto da B. una categoria monca, adatta solo al dolo del non imputabile, ma non a quello delle persone capaci di intendere e di volere (F. Bricola, *Fatto del non imputabile e pericolosità*, Milano, 1960). Più importanti di un concetto "unitario" o pregiuridico di azione apparivano i limiti alla condotta penalmente rilevante, valorizzati attraverso le categorie dell'adeguatezza sociale e del reato impossibile (cfr. TGR, § 9, b-f). Tuttavia – come ben si vede dalla lettura della "Teoria generale del reato" –, tutte le principali acquisizioni sostanziali sottostanti a quelle evoluzioni sistematiche d'oltralpe sono valorizzate sotto il profilo politico-criminale. Dalla "personalità" dell'illecito (in realtà, intesa come sinonimo di personalità del "reato", per B. vincolo costituzionale di un illecito modale e con almeno la colpa al suo interno: TGR, § 8, in quanto nel *personales Unrecht* di matrice tedesca egli ravvisava rischi di una sottovalutazione del disvalore d'evento e anche

l'esigenza di ripensare *tutte le categorie*, tutte le soluzioni, alla luce dei *principi superiori* di legalità, tassatività, offensività, colpevolezza, finalità rieducativa, etc.

Ovviamente, in questo modo, nessuno vietava a nessuno di continuare a studiare *anche* la dogmatica classica, di dedicarsi ai problemi di mera conoscenza degli istituti, di scoperta di categorie nuove, di dialogo internazionale basato anche su categorie, oltre che su principi. Però, è evidente che una dogmatica post-costituzionale di principi appariva ben più promettente, in termini di capacità di attrarre consensi e sviluppare dialogo politico-istituzionale, rispetto a una dogmatica classica di categorie sistematiche. Nessuno contestava, pertanto, la legittimità di scoperte o invenzioni "scientifiche" che potevano persino trascendere le forme di Stato e le ideologie giuridiche dominanti. Tuttavia, la vera indicazione proveniente da questo *nuovo metodo* era che molto più importante della mera *conoscenza* "scientifica", in quel momento storico, si profilava l'esigenza di *mutamento*: cambiare il diritto penale ordinario *vigente* per attuarne uno più *valido* di rango superiore. Per raggiungere quell'obiettivo, in una cultura a forte tradizione giuspositivistica, appariva più utile o adatto un approccio costituzionalistico a base esegetico-interpretativa, anziché di tipo giusrazionale, anche perché il testo della Carta fondamentale, in Italia, davvero consentiva e reclamava un'attuazione puntuale. Per "fare passare" alcuni principi, e attraverso di essi alcune riforme, era più importante o utile ancorarli a fonti normative, che non a radici di mero pensiero.

Si trattava, infatti, di dare *forza di legge* a principi vincolanti capaci di rivoluzionare la lettura di quasi tutte le categorie analitiche della tradizione. Un'operazione, dunque, parallela, ma ben più penetrante e ambiziosa, e assai più profonda nell'estensione dei suoi destinatari, non solo accademici, rispetto a quella che in quegli anni andava compiendo Claus Roxin con il suo programma berlinese costituito da *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*[21], i cui destinatari apparivano pur sempre i professori e gli studiosi accademici esperti di categorie dogmatiche[22]. Un'operazione, quella di Bricola, che non 'apriva' le categorie dogmatiche alle avventure della politica criminale dell'interprete e del giudice, come è dato registrare nell'impostazione roxiniana[23], ma serrava i limiti delle categorie nel quadro dei vincoli costituzionali. La manualistica italiana successiva, a sua volta, adotterà una sorta di composizione o di sintesi tra la dogmatica classica e quella a orientamento costituzionale. Non già inglobando e subordinando le categorie 'dentro' o 'sotto' i principi costituzionali (come invece nel manuale di F. Mantovani citato, o in pochi altri), ma anteponendo spesso un capitolo, o più capitoli, di soli principi a un'analisi del reato (affiancata ai principi) ancora condotta secondo schemi più vicini al dibattito internazionale e alla sistematica di matrice tedesca[24]. Emergerà così, in modo visibile, la precipua differenza, la cifra politico-criminale e normativa dei principi, quale contrassegno della penalistica italiana degli ultimi quarant'anni, ma anche la difficoltà,

di un'attrazione ancora pericolosa verso il *Gesinnungsstrafrecht*: TGR, §§ 8 c-f) alla possibilità di conoscere l'illiceità quale requisito della colpevolezza-responsabilità penale (TGR, § 8 b, vincolo costituzionale, non semplicemente "di ragione"), fino all'esigenza di sindacare costituzionalmente la gestione parlamentare delle vicende della punibilità (cause di non punibilità). Per non parlare dell'esigenza di ritagliare sempre nell'oggetto del dolo un contenuto lesivo, offensivo, antisociale, o al limite antigiuridico: una problematica presente in F. Bricola, *Dolus in re ipsa. Osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, secondo argomentazioni che riecheggiano quelle della *Vorsatztheorie* come deroga o limite alla *Schuldtheorie* nei reati (oggi diremmo) a condotta neutra, poi approfondite da chi scrive in M. Donini, *Il delitto contravvenzionale.* Culpa iuris *e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993. Però, tutte queste notazioni dogmatico-sistematiche, il loro linguaggio, appartengono più al Bricola degli anni Sessanta. Dagli anni Settanta in poi la "vecchia sistematica categoriale" viene declinata in un contesto argomentativo nuovo.

21. Berlin, 1970, 1973.

22. Il giudizio è di chi scrive. Bricola, in realtà, commentando più tardi l'impostazione di Roxin rispetto all'orientamento costituzionalistico italiano, offrirà in seguito una lettura assai più conciliante, che evidenziava i momenti di somiglianza e di continuità soprattutto sul piano politico-criminale, pur evidenziando che i principi, nella impostazione di Roxin, erano più legati alla politica criminale, mentre nell'orientamento da lui seguito, essi avevano una base giuridico-costituzionale: F. Bricola, *Rapporti tra dommatica e politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1988, 3 ss., 13. V. anche, al riguardo, la presentazione alla traduzione italiana di Roxin, ad opera di S. Moccia, *Presentazione*, in C. Roxin, *Politica criminale e sistema del diritto penale,* Napoli, 1991, 7 ss.

23. Per questa critica, ora, v. esattamente J.F. Carrasquilla, *Derecho penal*, Parte gen., *Principios y categorías dogmáticas*, cit., 53 s.

24. Per es., nell'ambito della stessa "scuola bolognese", v. la trattazione, esemplare rispetto a questa seconda opzione sistematica, da parte di S. Canestrari-L. Cornacchia-G. de Simone, *Diritto penale, parte gen*., Bologna, 2007.

talvolta, di fare dialogare dogmatica classica e dogmatica costituzionale.

Una *terza soluzione*, più vicina al tempo delle fonti sovranazionali odierne, e all'esigenza di non separare, ma di fondere insieme principi e categorie, potrebbe essere, dopo un capitolo introduttivo storico-metodologico, quella di integrare principi costituzionali e fonti sovranazionali, disseminandoli ormai in tutta la trattazione delle categorie e degli istituti, dove possono essere compresi e declinati al meglio: i principi *dentro* alle categorie e alle regole[25].

5
Il coinvolgimento istituzionale dell'orientamento costituzionalistico. Differenze rispetto alla dogmatica classica

L'approccio costituzionalistico, pur nato in un contesto di aristocrazia penale di studiosi dialoganti con la Corte costituzionale, allargava così la cerchia dei suoi utilizzatori a tutti gli attori del sistema giuridico: parlamentari, politici, avvocati, magistrati, giuristi in genere e ovviamente professori. Esso si presentava, pertanto, come *un metodo a forte connotazione istituzionale*, e non circoscritto alla classe accademica (a differenza della dogmatica classica), orientato a mutare i contenuti del diritto vigente, anziché a spiegarne semplicemente il funzionamento.

I principi costituzionali, infatti, hanno un duplice destinatario: il legislatore e il giudice, e possono *tutti* essere ricostruiti nelle due distinte dimensioni che riguardano il Parlamento e il potere giudiziario. Tuttavia, gli *attori* che li concretizzano appartengono a categorie professionali e istituzionali più complesse e varie.

La *dogmatica classica*, fatta di categorie ed elaborata nell'Università, appare qui declinata (non abbandonata, però, ma in qualche modo assorbita) nel solco di una dogmatica di principi, a orientamento costituzionalistico, che mette in gioco un'interpretazione conforme alla Costituzione elaborata nei Tribunali e persino nei pubblici dibattiti. Nella *dogmatica a orientamento costituzionale* (o dei principi) c'era *in nuce* un programma di *democrazia penale* più allargata[26], anche se non si intravvedeva il rischio di una politica criminale massmediatica che era certo al di là di quell'orizzonte. Di tutto quanto andiamo dicendo non vi era forse piena consapevolezza negli anni Settanta del secolo XX, ma riletta quest'esperienza alla luce del tempo trascorso, questo dato emerge in modo eclatante in contesto, oggi, europeo.

Non sono solo le grandi categorie sistematiche a restarne coinvolte, ma anche *tutti*

25. Le "introduzioni ai principi", infatti, presentano una complessità tale da rappresentare ormai un genere letterario a sé stante, mentre in una "sintesi manualistica" appare non meno importante saperli concretizzare *tecnicamente* dentro alle categorie a all'analisi dei singoli istituti. Nel senso che la *teoria del reato*, a orientamento costituzionalistico, non può definirsi in senso meramente *deduttivo*, ricavando dalla Costituzione categorie e regole come se queste fossero già contenute nella prima, ma deve operare *sia deduttivamente* da regole e principi sovraordinati, *e sia induttivamente* dal sistema, e da materiali di conoscenza storici e comparati, al fine di rileggere i principi attraverso un complesso normativo storicamente esistente o teoricamente ipotizzabile (per es., dalla lettura della Carta fondamentale neppure si capirebbe cosa è un reato di pericolo astratto, indiretto, potenziale, astratto-concreto etc.), e dunque anche attraverso le regole stesse che possono servire per la ricostruzione dei principi, o per la loro attualizzazione, cfr. M. Donini, voce *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen*., vol. XIV, Torino, 1999, 236.

Il discorso contiene implicazioni di qualche momento. Non è possibile capire cosa sono un principio o una regola *costituzionale* in materia *penale*, se non si conoscono le categorie e il materiale normativo ai quali essi trovano applicazione. Ma quel materiale normativo è "esterno" alla Carta costituzionale, o ai principi sovraordinati. Ciò implica che la Corte costituzionale non possa veramente adottare un'interpretazione compiuta della Costituzione (e lo stesso dicasi per le altre Corti europee rispettivamente) senza conoscere le discipline alle quali i principi vanno applicati. E' quindi necessario, ma anche problematico, demandare ai giudici di merito l'interpretazione conforme (a Costituzione): facendo ciò, infatti, la Corte abdica all'interpretazione stessa alla Costituzione, perché c'è una parte importante dell'interpretazione costituzionale stessa che è impossibile svolgere astraendo dalle 'regole' ordinarie. In effetti, compreso questo problema, si intende come la "migliore" interpretazione della Costituzione in materia penale, giuslavoristica, tributaristica, civilistica etc., possano darla spesso solo i giuristi di settore. Tuttavia, se la Corte abdicasse davvero al suo compito, favorendo soprattutto l'interpretazione conforme (da parte dei giudici ordinari), potrebbe venire a mancare una funzione ordinatrice e nomofilattica superiore. Importante è che l'obbligo d'interpretazione conforme non diventi in tal modo una lettura della Costituzione che, partendo troppo dalla legislazione ordinaria, sminuisca il ruolo regolatore superiore del testo fondamentale, che va ricostruito in un complesso di valori coordinati a livello sovralegislativo e non in contesti settoriali.

26. Per un quadro della "democrazia penale" a base costituzionale più vicino ai giorni nostri, scritto trent'anni dopo la voce "Teoria generale del reato" di Bricola, cfr. M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004; quindi, Id., *Democrazia e scienza penale nell'Italia di oggi: un rapporto possibile?*, in *Riv. it. dir proc. pen*., 2010, 1067 ss.; G. Fiandaca, *Legalità penale e democrazia*, in *Quaderni Fiorentini*, 2007, 1247 ss.; A. Merli, *Democrazia e diritto penale*, Napoli, 2008. V. pure, sul medesimo argomento, AA.VV., *Riserva di legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale*, a cura di G. Insolera, Bologna, 2005; gli Atti del Convegno di Ascoli Piceno svoltosi nei giorni 5-7 marzo 2010 su "Oggetto e limiti del potere coercitivo dello Stato nelle democrazie costituzionali" (Università di Camerino), in corso di pubblicazione, e gli scritti di G. Fiandaca e C.E. Paliero in AA.VV., *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 2011.

gli istituti della parte generale: dalla causalità al rischio, dalla condotta all'evento, dalla colpa al dolo (coscienza dell'illecito o dell'offesa), dalla successione di leggi al *bis in idem*, dal concorso di persone all'evento. Le stesse 'categorie', attraverso i 'principi', dovevano essere "rilette", reinterpretate in chiave costituzionalistica, esprimendosi così, nella loro ermeneutica, i valori della legalità, della determinatezza, della tipicità, della necessaria lesività, della "personalità" della responsabilità penale, della finalità rieducativa della pena, etc.

6 *Habent sua fata libelli*: la fortuna dell'opera, e del suo metodo

Habent sua fata libelli. Muovendo dalle basi culturali e politiche appena tratteggiate, l'approccio costituzionalistico ha conquistato una posizione del tutto dominante nella formazione e nello sviluppo del penalista dagli anni Settanta del secolo scorso fino all'inizio del XXI secolo. Esso costituisce ancora oggi, *insieme a una base tecnico-giuridica mai veramente abbandonata* (distinzione fra diritto positivo e saperi extragiuridici, fra diritto vigente e prospettive di riforma, fra politica e diritto, fra diritto e sociologia, etc.), la *grammatica comune* della cultura penalistica italiana, anche presso chi continua a dire che il costituzionalismo e la Costituzione sono in crisi[27], e anche presso chi tende ormai a cercare una funzione critica e legittimante, per il sistema penale, nelle fonti sovranazionali ed europee, le quali, infatti, suppongono un modello costituzionalistico di riferimento, senza il quale sarebbero legge ordinaria, sempre derogabile.

Alcune "storiche" sentenze della Corte costituzionale hanno recepito quasi testualmente alcuni profili centrali della teoria di Bricola. In particolare, ricordo C. cost. 23-24 marzo 1988, n. 364, sull'*ignorantia legis* e il principio di colpevolezza (*nullum crimen, nulla poena sine culpa*), dove la personalità della responsabilità penale e la tendenziale funzione rieducativa postulano la rimproverabilità soggettiva del fatto, e dunque un addebito quanto meno di colpa rispetto agli elementi più significativi dell'incriminazione: regola costituzionale costruita sul principio di riconoscibilità della legge penale, fondato a sua volta sull'esigenza di una tutela penale di beni di rilevanza costituzionale afferrabili e tassativamente definiti dalla legge[28]; e poi C. cost. 6 luglio 1989, n. 409, dove è affermato che "non sono legittime incriminazioni penali a tutela di beni non espressivi di valori costituzionalmente rilevanti" (§ 2), e che "il legislatore non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici, ma deve, oltre che ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale, circoscrivere per quanto possibile, tenuto conto della (con la pena sacrificata) libertà personale, l'ambito del penalmente rilevante" (§ 4).

Sotto il profilo dei risultati "ufficiali", le acquisizioni sono notevoli e di generale riconoscimento: è stato assicurato l'ancoraggio costituzionale, a livello di Corte e non solo di opere scientifiche, di *molti principi di rango costituzionale, come tali cogenti il Parlamento, anche se con diversa forza tra di loro* (v. § seg.): art. 25 cpv. Cost.: *extrema ratio*, legalità, riserva assoluta di legge, determinatezza e tassatività, tipicità dei reati, divieto di retroattività, divieto di analogia; art. 27, co. 1, Cost.: personalità della responsabilità penale – che si articola in un principio di responsabilità per fatto proprio e in un principio di colpevolezza (*nullum crimen, nulla poena sine culpa*) –; art. 27, co. 3, Cost.: funzione rieducativa della pena e limite della dignità umana al suo uso; art. 3, 25 cpv. Cost.: proporzione tra beni e sanzioni, offensività (costruzione di reati lesivi in astratto

27. Per es., da ultimo, G. Fiandaca, *La riforma codicistica tra mito accademico e realtà politico-culturale*, in AA.VV., *Gli ottant'anni del Codice Rocco*, a cura di L. Stortoni-G. Insolera, Bologna, 2012, spec. 249 ss., e qui il giudizio: "per quanto riguarda il contesto dottrinale italiano, il più significativo sforzo teorico di rilegittimazione in chiave ammodernatrice va sicuramente individuato nella teoria costituzionalmente orientata del reato, alla cui elaborazione ha dato un contributo fondamentale Franco Bricola (che un po' tutti – anche chi non è stato allievo diretto – considerano a tutt'oggi il nostro Maestro di riferimento)".

28. Su tale decisione v. una riflessione attualizzata in M. Donini, *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza n. 364/1988 sull'*ignorantia legis, in Liber amicorum *per Massimo Bione*, Milano, 2011, 175 ss. (anche in *JUS17@unibo.it*, 2011, 243 ss.), e qui opportuni riferimenti storici sulle fonti dottrinali della sentenza, nonché sui successivi sviluppi applicativi; nonché, in traduzione spagnola, Id., *El caso de la ignorantia invencible*, in P. Sánchez-Ostiz Gutierrez (Coord.), *Casos que hicieron docrina en derecho penal*, Madrid, 2011, 335 ss.

di bene di rango costituzionale o almeno comparabili col sacrificio della libertà, dovere per il giudice di interpretare le fattispecie in modo non formalistico, ma tale che i fatti in esse sussunti siano concretamente lesivi dei beni tutelati); art. 16 e 3 Cost.: laicità, uguaglianza e ragionevolezza[29]. Sul terreno processuale abbiamo nella Costituzione una delle normative più analitiche sul c.d. giusto processo (art. 111 Cost.).

Questo metodo, anche solo implicitamente, suggeriva la doverosa prospettiva che i medesimi principi trovassero adeguata espressione e riconoscimento nei principali testi costituzionali stranieri o sovranazionali: pur restando *italiana la base normativa* di partenza, la *cultura giuridica* di riferimento rimaneva *internazionale*. E anche oggi che molte questioni di principio (sui principi) vengono sollevate a livello *sovranazionale* (v. *infra*, § 10), potrebbero in gran parte essere impostate su basi ermeneutiche costituzionali (anziché su fonti europee o convenzionali). Che ciò non avvenga *non è dovuto a ostacoli di tipo esegetico*, ma dipende da un *trend* storico e sociologico che vede il depotenziamento dei centri decisionali dei singoli Stati, e dipende altresì dalla maggiore apertura che su determinati temi dimostrano le Corti europee a fronte del conservatorismo della Corte costituzionale.

Ci siamo espressi, in altra occasione, asserendo la più difficile esportabilità delle concrete argomentazioni giuslegalistiche dell'approccio costituzionalistico quale sviluppato nella Teoria generale del reato di Bricola[30]. Un'esportabilità più difficile rispetto alla formulazione di teorie generali costruite senza richiami specifici a qualche ordinamento, come usano fare solitamente, per es., i giuristi di lingua tedesca, che non dicono di essere giusnaturalisti, ma scrivono *come se* il diritto positivo fosse secondario, così assicurando ai loro prodotti una patente di esportabilità ben più immediata. Ciò, soprattutto, qualora chi li recepisce non sia orientato a storicizzare la cultura giuridica, e a partire dal proprio diritto positivo vigente (o almeno a collaudare i risultati teorici su quel diritto), perché lo ritiene (implicitamente) delegittimato a costituire la base di una riflessione "scientifica".

Tuttavia, dobbiamo ammettere che una dogmatica di principi è assai più capace di unificare le diverse tradizioni che non una dogmatica di categorie, perché ha spessore politico-criminale e valoriale, e questa direzione, in effetti, appare oggi chiaramente indicata dallo sviluppo del diritto europeo, e anche del diritto *penale* europeo[31]: negli sviluppi emergenti dalla Carta europea dei diritti, dalla giurisprudenza della Corte EDU[32], da quella della Corte di Giustizia dell'UE[33]. Ma la stessa continua esportazione argomentativa della giurisprudenza della Corte interamericana dei diritti umani nelle Corti nazionali dell'America latina svolge la medesima funzione[34].

Al di là, quindi, degli sviluppi argomentativi specifici dell'approccio costituzionalistico italiano al diritto penale, sul piano del *metodo* – ma in parte anche dei *contenuti* – esso ci appare, oggi, assai più longevo, più utile, più ricco di prospettive e di contenuti, rispetto a una tradizione che ossessivamente ripete o aggiorna analisi bipartite, tripartite, quadripartite o pentapartite del reato. Analisi che tante energie e biblioteche hanno occupato nel secolo passato e che costituiscono *solo una parte* (peraltro sempre

29. Per un'istruttiva rilettura critica, di pochi anni orsono, dei più importanti principi costituzionali riconosciuti attraverso le sentenze della Corte costituzionale italiana, cfr. AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006. V. pure, più di recente, *Principi costituzionali in materia penale*. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale delle Corti costituzionali, italiana, spagnola e portoghese, Madrid, 13-15 ottobre 2011, a cura di V. Manes, dattiloscritto.

30. M. Donini, *Un derecho penal fundado en la Carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana*, in *Revista penal*, 2001, 24 ss., anche in Id., *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, cit., 301 ss.

31. Cfr. M. Donini, *Prospettive europee del principio di offensività*, in AA.VV., *Offensività e colpevolezza*, a cura di A. Cadoppi, Padova, 2002 , 109 ss.

32. V. Manes, *La lunga marcia*, cit., 1 ss.

33. A. Bernardi, *L'approccio costituzionale al diritto penale di fonte sovranazionale. Note introduttive,* in corso di pubblicazione.

34. Cfr. A. Gil Gil, *La fertilización cruzada entre las jurisprudencias de derechos humanos y de derecho penal internacional y el uso defectuoso de la jurisprudencia ajena etc*., in *Revista de derecho penal y derecho penal internacional*, Buenos Aires, Número extraordinario 2011, in corso di stampa; E. Malarino, *Acerca la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales*, in AA.VV., *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, tomo II, Montevideo, 2010, 425 ss.

coltivata da chi scrive) del linguaggio, dell'oggetto e dei compiti della scienza penale. Infatti, tutte le principali categorie sistematiche e le discipline scientifiche penalistiche hanno conosciuto una mutazione genetica, o politico-criminale, proprio alla luce del garantismo dei principi: dalla tipicità, all'illecito, alla colpevolezza, dalla causalità al bene giuridico, alle scriminanti, dalla politica criminale alla sociologia criminale, alla scienza della legislazione. Tutta l'ermeneutica è cambiata da allora. Non c'è questione di legittimità costituzionale, oggi, che non esiga una previa *interpretazione conforme alla Costituzione* quale premessa di ammissibilità di un problema da sottoporre alla Corte: solo se sia impossibile o insufficiente la (doverosa, previa) interpretazione conforme è ammissibile sollevare la questione di legittimità di una norma. Persino la *riserva di legge* è mutata anch'essa in misura decisiva: se l'interprete è autorizzato a riscrivere la "norma" che risulta dall'interpretazione della "disposizione" di legge, per renderla conforme alla Costituzione, va da sé che lo spazio per un'ermeneutica capace di modificare il contenuto normativo del diritto (pur escludendo analogie *in malam partem*) appare rilevante. I risultati di questo 'stile' sono stati obiettivamente più importanti, per l'esperienza *collettiva* di tutti gli interpreti e operatori del diritto penale, delle acquisizioni della teoria finalistica dell'azione e della "costruzione separata delle fattispecie", di quelle del funzionalismo, delle teorie dell'imputazione oggettiva etc., che pure costituiscono anch'esse, per molti (ma non certo per tutti), una sorta di "grammatica comune" che, a un distinto livello di analisi e costruzione, serve alla conoscenza scientifica del diritto.

Si può affermare che sono persino nate *nuove categorie*, come il *nesso di rischio* e la *non punibilità*, in un'accezione contemporanea sconosciuta in passato[35]; ovvero che sono nati nuovi principi, come il *principio di effettività*[36], o il *principio di riserva di legge in senso sostanziale*[37]: ma non è certo facile per chi ha visto ed elaborato queste nozioni fare in modo che avvenga un loro riconoscimento generale in contesti culturali tradizionalisti, per non dire misoneisti. Ben più facile è fare vedere che si stanno attuando o declinando, attraverso quelle categorie o quei nuovi principi, i 'vecchi' principi di responsabilità per fatto proprio e di *ultima ratio*. Sarà allora più agevole, almeno in Italia – che è un'area culturale particolarmente conservatrice tra i Paesi di *civil law*, sul piano di una dogmatica delle categorie, oppure, rispetto ai principi, scettica in ordine a quelli che non esprimano una cultura idealistica, ma empirista e orientata alla misurazione degli effetti –, che mediante questi canoni ermeneutici si arrivi a soluzioni corrispondenti.

Vero è che la *dogmatica classica* ci ha divisi, mentre *quella dei principi* ci unisce di più: ciò che appare assai evidente oggi, a livello europeo. E quando pure le diverse letture di principi non sempre ci unissero – v. per es. il contrasto fra il garantismo dei principi "reocentrici", orientati all'autore e al diritto penale come *Magna Charta* del reo, e la declinazione dei principi "vittimocentrici", orientati espansivamente alla tutela della vittima e alla politica criminale come lotta contro il crimine[38] -, esse comunque rappresentano uno strumento di comunicazione assai meno aristocratico e come tale gestibile

35. Sul "nesso di rischio" quale vero contenuto tecnico (dogmatico) della categoria dell'imputazione oggettiva, v. la nostra voce *Imputazione oggettiva dell'evento* (dir. pen.), in *Annali Enc. Dir.*, III, Milano, 2010, 635 ss.; Id., *Imputazione oggettiva dell'evento. 'Nesso di rischio' e responsabilità per fatto proprio*, Torino, 2006. Sulla "non punibilità" quale nuova categoria moderna del diritto penale, oltre la teoria del reato, nel quadro dell'attuazione del principio di sussidiarietà, o di *ultima ratio*, cfr. ancora M. Donini, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Indice pen.*, 2001, 1035 ss.; Id., *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 259 ss.; Id., *La sintassi del rapporto fatto-autore nel Progetto Grosso*, in Id., *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, cit., 304-312; Id., *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale italiano vigente*, in *Scritti Coppi*, a cura di D. Brunelli, vol. II, Torino, 2011, 905 ss., 952 ss.

36. C.E. Paliero, *Il principio di effettività nel diritto penale: profili politico-criminali*, in *Studi Nuvolone*, vol. I, Milano, 1991, 395 ss.

37. Cioè il principio che esige non già una mera maggioranza parlamentare per legittimare la legalità penale (riserva di legge formale), ma che la maggioranza parlamentare abbia discusso e motivato le sue decisioni in modo controllabile, secondo i percorsi della ragione pubblica: con leggi controllabili contenutisticamente dalla minoranza in quanto motivate in ordine a fondamento, basi scientifiche, scopi e risultati attalla luce di una cultura orientata ad empiria e non solo a valori: M. Donini, *Il volto attuale*, cit., 82 ss.

38. Per una rilettura dell'europeismo penale oggi, alla luce della dicotomia fra approccio continentale "reocentrico" e approccio europeo "vittimocentrico", cfr. V. Valentini, *Diritto penale intertemporale*, Milano, 2012, 33 ss. (cap. II); Id., *European criminal Justice and continental Criminal law. A critical Overview*, in *EuCRL*, 2/2011, 188 ss. Beninteso, una declinazione vittimocentrica (orientata alla difesa sociale) dei principi è assai ben presente anche in tutte le versioni "continentali" e nazionali del diritto penale, e non solo nelle fonti e nelle giurisprudenze europee.

da una varietà di attori istituzionali secondo i percorsi di una democrazia discorsiva.

Per tale motivo, ritengo che il destino scientifico dell'opera che qui presentiamo sia particolarmente ricco di implicazioni per il tempo presente, anche se il discorso si è oggi spostato spesso a un livello sovranazionale di dibattito.

7 Letture "forti" e letture "deboli" dell'approccio costituzionalistico in Italia

Di tutti i principi costituzionalizzati è possibile adottare una lettura forte o una lettura debole, un'interpretazione massimalista o minimalista[39]. Molti di quei principi, anche se applicati in concreto poche volte al fine di dichiarare illegittima una norma di legge, hanno natura *dimostrativa* (possono essere impiegati da soli, senza ricorre ad altre norme costituzionali, per dichiarare l'illegittimità di una legge ordinaria che con essi sia in conflitto), mentre altri hanno natura più *argomentativa* o *di indirizzo politico* (non sono così 'tecnici' da consentire alla Corte un sindacato giuridico-costituzionale: è il caso del principio di *ultima ratio*, per es.)[40]. Il tratto più caratteristico di una *lettura forte, già bricoliana*, dell'approccio costituzionalistico *nel suo complesso* è stato quello di ravvisare nel patto costituzionale *il fondamento*, anziché il mero limite, dell'intervento penale: esso conterrebbe il "volto costituzionale" dell'illecito penale, il *know-how* del modello costituzionale di illecito penale e della relativa risposta sanzionatoria, capace di differenziarlo in termini essenziali dall'illecito amministrativo (per es. pericolo concreto o astratto concreto *vs.* mera inosservanza di cautele e autorizzazioni o pericolo presunto) e da quello civile (centralità del disvalore d'azione, della colpevolezza e della offesa di un bene nel primo, e del danno nel secondo). La *lettura tradizionale*, invece, vede nei principi costituzionali *solo un limite* alla libertà fondamentale del Parlamento nella costruzione della responsabilità penale, come se la Costituzione fosse una sorta di filo spinato che recinta piccoli spazi di indisponibilità legislativa, con una ben più forte relativizzazione e storicizzazione di confini tra i vari modelli di illecito giuridico: nulla è penale 'in sé', *tutto è politica*, salvi alcuni divieti. Teoria prescrittiva quella 'forte'; teoria assai più descrittiva e aperta alla gestione politica della materia penale la seconda lettura qui definita 'debole'. Se prescindiamo dalle prime stagioni di "esaltazione costituzionale"[41] stile anni Settanta, nessuno sosterrebbe che da un testo scritto nel 1947 sia possibile e doveroso dedurre, oggi, un intero codice penale, una sorta di Costituzione-codice, capace di contenere le scelte fondamentali in materia penale[42]. Piuttosto, è possibile sostenere che l'attuazione della Costituzione sia così storicizzata, da implicare che il codice penale attuale, e costituzionalmente conforme, sia l'espressione del diritto penale costituzionale vigente in un certo momento storico, una sorta di codice-Costituzione. Il codice, com'è stato detto nella tradizione costituzionalistica spagnola, sarebbe una "Costituzione in negativo", un negativo costituzionale[43], secondo un rapporto dialettico stringente, ma non unidirezionale (non di mera deduzione dal testo fondamentale) tra legge ordinaria "costituzionalizzante" il sistema, e fonte superiore. Affinché questa idea non si riduca però a costituzionalizzare ... l'esistente, decostruendo

39. Per una sorta di rassegna della manualistica e della penalistica italiana, secondo questa *summa divisio*, cfr. quanto esposto in *Principi costituzionali e sistema penale. Modello e programma*, cit., 421 ss., anche in trad. spagnola in Id., *El derecho penal frente a los desafios de la modernidad*, cit. 335 ss.

40. Per la distinzione, cfr. M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit. 25 ss.; Id., voce *Teoria del reato*, cit., 234 ss.

41. L'espressione è di F. Palazzo, *Valori costituzionali e diritto penale (un contributo comparatistico allo studio del tema)*, cit., p. 545.

42. Per la critica a questa idea v. anche quanto osservato in M. Donini, *La riforma del codice penale tra politica e cultura giuridica*, in *Questione giust.*, 2004, 492 ss.

43. La definizione è divenuta famosa perché recepita nella "Exposición de Motivos" del codice penale spagnolo del 1995, dove si dice: «Si se ha llegado a definir el Ordenamiento jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del Ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de Constitución negativa. El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar. En nuestro país, sin embargo, pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político, el texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del pasado siglo. La necesidad de su reforma no puede, pues, discutirse». Cfr. sul punto J. Terradillos Basoco, *La Constitución penal. Los derechos de la libertad*, in J. R. Capella, a cura di, *Las sombras del sistema constitucional español*, Madrid, 2003, pp. 355 ss.

continuamente il testo fondamentale al mutare delle esigenze storiche, e al fine di conservare alla Carta fondamentale, invece, un vincolo pre-legislativo permanente, è possibile attualizzare alcune acquisizioni generali che contrassegnano il modello forte, che è oggi comunque assai più relativo e storicistico rispetto alle ideazioni originarie degli anni Settanta. Tale compito, che abbiamo affrontato in altre occasioni, non può essere ora nuovamente reiterato in questa sede. Più importante, invece, è evidenziare, nelle ultime riflessioni introduttive all'opera di Bricola, il valore e l'importanza che può avere l'esperienza italiana dell'approccio costituzionalistico.

8

L'interesse che l'orientamento costituzionalistico italiano, oggi aggiornato in prospettiva europea, dovrebbe suscitare all'estero

L'esperienza italiana è stata e rimane paradigmatica. Oltre alla costruzione dei principi (fondati sia sull'esegesi e sia su una logica normativa di garanzie), già evidenziata, non c'è questione di diritto penale che non abbia avuto una rilettura (ora riuscita, ora meno, non importa adesso) costituzionalizzante, una nuova fondazione: dai fini della pena[44], alla causalità[45], alla tipicità[46], alla responsabilità per fatto proprio[47], al bene giuridico[48], all'intera sistematica[49], all'illecito, alla colpevolezza[50],

44. V. per tutti, oltre a Bricola, F. Stella, *Il problema della prevenzione della criminalità*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano, F. Stella, Bologna, 1980, 13 ss., 22 ss.; M. Romano, *Prevenzione generale e prospettive di riforma del codice penale italiano*, in *Teoria e prassi*, cit., spec. 156 ss.; Id., *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, Art. 1-84, Milano, 2004, sub *Pre-Art. 1/37-39*; L. Monaco, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, 1985; S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore*, Napoli, 1992; E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, 153 ss., 219 ss.; Id., *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 1073 ss.; E. Gallo, *L'evoluzione del pensiero della Corte costituzionale in tema di funzione della pena*, in *Giur. Cost*., 1994, 3203 ss. G. Fiandaca, *Nessuna pena senza scopo*, in G. Fiandaca, G. Di Chiara, *Una introduzione al sistema penale*, Napoli, 2003, 15 ss.; Id., *Scopi della pena tra comminazione edittale e commisurazione giudiziale*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, cit., 131 ss.; L. Eusebi, *La pena 'in crisi'*, Brescia, 1990; Id., *Pena criminale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di S. Cassese, V, Milano, 2006, 4190 ss.; M. Ronco, *Il significato retributivo-rieducativo della pena*, in *Dir. pen. e proc*., 2005, 137 ss.; G. De Vero, *Corso di diritto penale*, I, Torino, 2004, 20 ss. Id., *L'incerto percorso e le prospettive di approdo dell'idea di prevenzione generale positiva*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2002, 439 ss.; M. Donini, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Indice pen*., cit., 1035 ss.; Id., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, *ivi*, 2003, 75 ss., 89 ss.; Id., *Il volto attuale dell'illecito penale*, cit., 259 ss.; Id., *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale*, cit., 889 ss, 907 ss.; C.E. Paliero, *Il principio di effettività*, cit.; Id., *La società* punita*: del* come*, del* perché *e del* per cosa, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2008, 1516 ss.; F. Giunta, *Oltre la logica della punizione: linee evolutive e ruolo del diritto penale*, in *Studi Marinucci*, vol. II, Milano, 2006, 343 ss.; C. Mazzucato, *Consenso alle norme e prevenzione dei reati*, Roma, 2006.

45. Sui nessi tra ricostruzione della causalità mediante leggi scientifiche e principio di legalità-determinatezza-tassatività, cfr. F. Stella, *Leggi scientifiche e spiegazione causale in diritto penale*, 1975.

46. Sulla costituzionalizzazione del principio di tipicità, cfr. M. Ronco, *Il principio di tipicità della fattispecie penale nell'ordinamento vigente*, Torino, 1979, 107 ss.; G. Vassalli, voce *Tipicità*, in *Enc. Dir*., XLIV, 1992, 535 ss.; sull'esigenza che *anche l'elemento soggettivo* sia sottoposto alle garanzie della tipicità penale, e sia dunque parte del "fatto tipico" (oggi diremmo ancor meglio che c'è un vincolo costituzionale al contenuto del fatto tipico come categoria dogmatica), cfr. M. Donini, *Il delitto contravvenzionale*, cit., 314-326. In prospettiva storica v. A. Gargani, *Dal* Corpus delicti *al* Tatbestand. *Le origini della tipicità penale*, Milano, 1997; v. pure, quanto alla penalistica spagnola, J.A. Lascuraín Sánchez, *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi-Thomson, Pamplona, 2009, 103 ss., 229 ss.; e in area latino-americana il recente saggio di A. Van Weezel, *La garantía de tipicidad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional*, Santiago de Chile, 2011, 61 ss.

47. Su causalità-nesso di rischio-imputazione dell'evento e principio di responsabilità per fatto proprio: M. Donini, voce *Imputazione oggettiva dell'evento*, cit., 638 ss. (ma v. già Id., *Lettura sistematica delle teorie dell'imputazione oggettiva dell'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1989, 588 ss., 1114 ss.); M. Donini, L. Ramponi, *Il principio di colpevolezza*, in Aa.Vv., *Introduzione al sistema penale*, vol. I, cit., § 5. Sul principio di responsabilità per fatto proprio, più in generale, v. L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004, 17 ss., 88 ss.

48. V. la letteratura cit. *infra* a nota 66.

49. Le sistematiche sono pluralistiche, però quasi tutte, oggi, anche se in conflitto tra di loro, vengono ancorate a basi costituzionali. Si tratterà, a questo punto, di individuare denominatori comuni che consentano di separare il *nucleo delle garanzie* dalle *opzioni culturali* delle diverse tradizione scientifiche. V. soltanto, nel panorama italiano, S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore, cit.,* 26 ss., 32 ss.; A. Fiorella, voce *Responsabilità penale*, in *Enc. Dir*., XXXIX, 1988, 1289 ss.; Id., voce *Reato in generale*, in *Enc. Dir*., XXXVIII, 1987, 770 ss.; M. Donini, voce *Teoria del reato*, cit., 238 ss.; Id., *Teoria del reato*, cit., 108 ss., 197 ss., 251 ss.; G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale, I*, Milano, 2001, 617 ss.; A. Pagliaro, *Il reato*, in C. F. Grosso, T. Padovani, A. Pagliaro, a cura di, *Trattato di diritto penale*, Milano, 2007, pp. 1 ss.

50. Ricordo che uno dei motivi di dialettica rispetto al mio Maestro, Franco Bricola, alla fine degli anni Ottanta del secolo scorso, mentre stavo per pubblicare il mio primo libro – sono trascorsi ormai più di vent'anni – era il fatto che in quell'opera (*Illecito e colpevolezza nell'imputazione del reato*, 1991) stavo attuando una vera "decostruzione del giuspositivismo dei principi", oltre a collegarlo in modo più diretto alla tradizione del diritto penale delle categorie (in prospettiva postwelzeliana). Contestavo, in effetti, che quelle concretizzazioni dei principi discendessero veramente ed esclusivamente dal testo costituzionale, ritenendo che avessero, piuttosto, una base giusrazionalistica, sia pur storicamente contrassegnata da un ripensamento attuale, che costituiva la vera 'fonte' cognitiva, mentre la ricostruzione esegetica altro non rappresentava che un "adattamento" del pensiero giuridico a un'esigenza di legalità, e il modo per dare *forza di legge* a quei risultati del pensiero. Un'operazione a volte ben riuscita, altre volte palesemente posticcia. Pur muovendo da questa obiezione (*Op. ult. cit*., 162 ss.), l'operazione culturale che tentavo di realizzare con quel primo lavoro – e che mi avrebbe accompagnato per tutta la vita – era di effettuare una ricostruzione della parte generale del diritto penale sul presupposto dell'attuazione – cioè come se fosse davvero vigente, quale in effetti era, alla luce della sent. C. cost. n. 364/1988 – del principio *nullum crimen, nulla poena sine culpa*. Un'interpretazione *de plano* conforme alla Costituzione di tutto il codice, dunque, e della cultura della teoria generale, ben prima che fosse intervenuto il legislatore, a parte la riforma dell'imputazione delle circostanze aggravanti del 1990. Operazione in larga misura possibile, senza violare la riserva di legge, a mio avviso, essendo di carattere *dimostrativo* il

alla (non) punibilità[51], al concorso di persone[52], al tentativo e ai delitti di attentato[53], all'ermeneutica in generale, dispiegata in mille rivoli in tutto il codice e le leggi complementari.

È tuttavia doveroso ricordare che, se sono ben rappresentate a livello internazionale importanti analisi sui rapporti fra diritto penale e Costituzione, *un vero orientamento costituzionalistico al diritto penale*, *quale esperienza collettiva*, *come esiste in Italia, non è dato riscontrarlo né in Germania, né in Spagna, né in America latina*. In Germania si è detto (Hassemer) che il diritto *processuale* penale sarebbe un diritto costituzionale applicato ("*angewandtes Verfassungsrecht*")[54], ma non si afferma lo stesso del diritto penale sostanziale, e il primo giudice costituzionale penalista è stato proprio lo stesso Winfried Hassemer, che dopo quell'esperienza, nel suo ultimo libro, scrive testualmente sui vincoli costituzionali per il legislatore penale: "questi precetti del *Grundgesetz* non portano lontano: sono scarni ed estremamente selettivi, molto lontani da un sistema di regole coerente … solo piccole nuvolette nella grande volta della libertà del legislatore. E soprattutto, il bene giuridico non è da annoverare tra queste nuvolette"[55].

In Spagna si ritiene, come già ricordato, che il codice penale sia una sorta di Costituzione in negativo, un negativo costituzionale[56]. In tal modo, peraltro, ci si rende conto di correre anche il rischio di una *Inversionmethode*, di rileggere (di ripensare) la Costituzione non solo nel tempo storico in cui vive l'interprete (ciò che è inevitabile), ma anche attraverso il codice, partendo in realtà dalla legge *subordinata*: questa inversione metodologica, certo più grave quando si sia in presenza di un codice "vecchio", precedente la Costituzione, come è stato per il codice penale italiano del 1930, è peraltro possibile anche se si tratta di un codice nuovo che dovrebbe attuare la norma fondamentale e che non deve indurre a "costituzionalizzare l'esistente": infatti, se la riflessione muovesse davvero dall'alto della fonte superiore, essa verrebbe assunta davvero a modello prescrittivo, più che "a conferma" dello spirito del tempo. A tale riguardo, anche se soprattutto alcuni Autori hanno sviluppato una forte riflessione generale su diritto penale e Costituzione, ripensando il diritto penale dalle basi della Carta fondamentale[57],

principio di colpevolezza, a differenza di quello di offensività, che per quanto in fase di consolidamento in alcune sue minimali applicazioni da parte della Corte costituzionale, non consente un'attuazione immediata e piena in via puramente ermeneutica, senza l'intervento del legislatore. Per la distinzione, *amplius*, M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 25 ss.

51. Cfr. D. Pulitanò, *La non punibilità di fronte alla Corte costituzionale*, in *Foro it*., 1983, I, 1815 ss.; L. Stortoni, *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1984, 626 ss.; M. Donini, *Non punibilità e idea negoziale*, cit.; Id., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, cit., 75 ss.

52. La disciplina italiana del concorso di persone (che è ancora quella del codice Rocco del 1930, che non distingue tra autori e complici) è stata via via criticata e reinterpretata sotto il punto di vista dei principi di tipicità e di personalità della responsabilità penale. È dall'inizio degli anni '80 del secolo scorso che questo dibattito ha prodotto molte opere anche monografiche. Manca ancora, peraltro, una riforma legislativa che recepisca in parte questi *inputs*.

53. Per tutti E. Gallo, voce *Attentato (delitto di)*, in *Novissimo Dig. It*., Appendice I, Torino, 1980, 60 ss.; Id., voce *Attentato (delitti di)*, in *Dig. Disc. Pen*., vol. I, Torino, 1987, 340 ss.

54. W. Hassemer, *Ein Strafrecht für Europa*, Juni, 2002, 9 s.; Id., Vor § 1, in *Nomos Kommentar zum StGB*, Baden-Baden, 1995.

55. W. Hassemer, *Warum Strafe sein muss. Ein Plädoyer*, Berlin, 2009, tr. it. *Perché punire è necessario. Difesa del diritto penale*, Bologna, 2012, 147 ss. Vero che nel prosieguo dello scritto si analizzano, ad integrazione della teoria del bene giuridico, ritenuta irrinunciabile da Hassemer, anche i principi (costituzionali!) di proporzione, necessarietà, adeguatezza ed esigibilità della tutela (*ivi*, 153 ss.), però si sostiene che il legislatore ha amplissimi spazi di discrezionalità e che anche il controllo empirico su di essi, là dove siano possibili verifiche empiriche, non sarebbe auspicabile che sia demandato ai tribunali (*ivi*, 162). Una difesa debole, dunque, ma non una rinuncia. Però di scientifico, nel diritto penale, resta sempre meno. Quasi tutto è politica. Forse perché ora si vede nel diritto penale una cosa buona, positiva, che tutela le vittime, e non più il Leviatano che opprimeva i diritti dei cittadini (*ivi*, 150). Ma è proprio questa l'idea centrale, dell'ultimo Hassemer, che è tanto suggestiva quanto ambigua e contrasta, del resto, con altre considerazioni dello stesso Autore. Per una diversa lettura di cosa è il diritto penale (male in parte utile e necessario che si aggiunge ad altro male) e di quale sia il ruolo della scienza di fronte ad esso (contropotere critico, oltre che conoscenza), si consenta di rinviare a M. Donini, *Principios constitucionales y sistema pena. Modelo y programa*, in Id., *El derecho penal frente a los desafios de la modernidad*, cit., 335 ss.

56. V. *retro*, nota 43.

57. Cfr. tra gli altri M. Barbero Santos, *Derecho penal y política en España*, Tucar, Madrid, 1977; G. Quintero Olivares, *Represión penal y Estado de Derecho*, Barcelona, 1976; T. Vives Antón, *Reforma política y Derecho penal*, en *Cuadernos de Política criminal*, 1977, 73 ss.; F. Bueno Arús, *Las normas penales en la Constitución española de 1978*, in *Revista general de docrina y jurisprudencia,* 1979, 25 ss.; S. Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 1979; Id., *Bases constitucionales del derecho penal*, Madrid, 2011; L. Arroyo Zapatero, *Control constitucional del Derecho y de la Justicia Penal*, in *Cuadernos de Política Criminal*, nº 17, 1982, 385-406; Id., *Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución*, in *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 1, 1987, 9 ss.; I. Berdugo de la Torre et al., *Curso de derecho penal*, parte gen., Barcelona, 2004, 43 ss.; J.C. Carbonell Mateu, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Valencia, 1999; J.A. Lascuraín Sánchez, *Sólo penas legales,*

tuttavia non sarebbe esatto pensare che l'esperienza *collettiva* e istituzionale spagnola (ma lo stesso dicasi per quella tedesca) abbia prodotto una riflessione costruttiva costante sul nesso fra diritto penale e Costituzione rispetto a tutto il sistema. Lo dimostrano del resto le sentenze delle Corti costituzionali: quelle della Corte italiana sono varie centinaia, anche se molte sono sentenze di rigetto o solo interpretative, e *attraverso di esse* è possibile scrivere *un intero commentario al diritto penale*. A queste vanno poi aggiunte tutte le innumerevoli decisioni della magistratura, ordinaria e di Cassazione, che hanno reinterpretato il diritto penale, e non solo quello del codice del 1930, alla luce della Costituzione. Si è trattato di un'opera immensa di rilettura critica costante, anche se i risultati concreti avrebbero potuto risultare più incisivi, soprattutto a livello di intervento legislativo.

Si pensi, per tutti, ai principi di offensività e di responsabilità per fatto proprio e, sul piano delle categorie, ai temi del bene giuridico, della causalità e del nesso di rischio.

Nel dibattito di lingua spagnola, ai giorni nostri, è sufficiente che esca un volume in tedesco sul *Rechtsgut*, o su questioni d'imputazione oggettiva, e subito esso viene tradotto e comunque diventa punto di riferimento di una rinnovata riflessione: anche se il lavoro straniero si muove soprattutto nel solco del diritto delle categorie, anziché in quello dei principi. È la conseguenza di un dominio culturale a base non comparatistica, ma costruito sull'assimilazione (la dipendenza da un "sistema-modello", che non è tanto quello legislativo, quasi mai preso veramente come termine di confronto, quanto quello culturale, di una tradizione straniera), solo in parte spiegabile, oggi, con la produzione straordinaria di lingua tedesca pubblicata dalla fine dell'Ottocento sino agli anni Ottanta del secolo scorso. Non si conosce neppure, per esempio, l'enorme, storica, quarantennale riflessione di un intero movimento di giuristi teorici e pratici che, in Italia, dagli anni Settanta ha rielaborato non tanto i concetti di pericolo concreto, astratto, presunto, astratto-concreto, indiretto, potenziale etc. – ciò che è accaduto a mio avviso altrettanto bene nella tradizione *accademica* di lingua tedesca e spagnola –, ma piuttosto ha ricostruito dalle fondamenta lo statuto epistemologico del principio costituzionale di offensività nei suoi rapporti con quelli di riserva di legge e di determinatezza, che hanno avuto in Italia un approfondimento *istituzionale* profondo, *nella giurisprudenza e non solo nell'università*, ricollegando quei *nessi fra principi* alle tipologie generali di illecito, ai modelli di illecito minore, alle differenze fra reati del codice e delle leggi complementari, etc.

Si potrà discutere dei risultati pratici, politici, di questo movimento, e prendere atto che in Italia esistono ancora le contravvenzioni (sono anzi migliaia)[58], per quanto siano meno che in Francia e molto meno delle varie *petty misdemeanors* americane o delle *summary offences* inglesi[59]. Si potrà contestare che i reati di pericolo astratto, o astratto-presunto, sono ancora moltissimi (i due fenomeni ora indicati sono in stretta connessione), e che il bene giuridico è servito spesso per estendere la punibilità, piuttosto che per delimitarla[60]. E tuttavia, proprio da questa esperienza si possono trarre importanti insegnamenti, in ordine al tema dell'evoluzione dei principi da uno statuto meramente argomentativo e politico-criminale a uno statuto dimostrativo, e in

precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional, Pamplona, 2009. V. pure S. Mir Puig-J.J. Queralt Jiménez (dir.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Valencia, 2010.

58. Lo stesso Progetto Pagliaro di riforma del codice penale (1992), della cui Commissione faceva parte anche F. Bricola, concluse i suoi lavori ipotizzando la conservazione delle contravvenzioni, previste anche da tutti i progetti successivi (Progetto Grosso del 2000 e Progetto Pisapia del 2007), con eccezione del Progetto Nordio del 2005.

59. Una riflessione su questi modelli di illeciti c.d. minori in M. Donini, *Il delitto contravvenzionale*, cit.; Id., *La riforma della legislazione penale complementare*, cit.; Id., *Modelli di illecito penale minore*, in M. Donini-D. Castronuovo, a cura di, *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, 201 ss.

60. Per rilievi di questo tipo, fra gli altri, C.E. Paliero, *La "doble función" del bien jurídico en el ordenamiento constitucional italiano*, in S. Mir Puig-J.J. Queralt Jiménez (dir.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, cit., spec. 153 ss.; in senso non dissimile Id., *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze? Prove libere di psicopolitica criminale*, in AA.VV., *Sicurezza e diritto penale*, a cura di M. Donini-M. Pavarini, Bologna, 2011, 301 ss.

ordine all'importanza della dimensione istituzionale, anziché solo categoriale o dogmatica, del diritto. Senza il bene giuridico non si costruisce un codice e non è possibile l'interpretazione delle singole fattispecie. Senza il bene giuridico non si costruisce un sistema[61]. Ma il bene da solo non basta: può servire sia a estendere e sia a restringere l'applicazione di una norma. Esso non ha la vocazione delimitativa dell'area punibile propria del principio di offensività[62]. L'intera griglia dei principi costituzionali, peraltro, non solo quello di necessaria lesività, dovrebbe servire a delimitarne o a regolarne l'uso (le concezioni "critiche" del bene giuridico, da sole, servono a ben poco). Se questo ancora non è stato fatto a sufficienza, ciò è dovuto a una debolezza del controllo di legittimità costituzionale, troppo servile alla legittimazione di politiche strumentali e d'occasione, ma anche alla giovinezza del principio di offensività, che richiede approfondimenti ulteriori[63].

Certo. L'idea originaria di delegittimare i reati di pericolo astratto-presunto come incostituzionali contrasta con tutto il diritto penale moderno e contemporaneo, con la politica legislativa penale reale: i reati troppo spinti verso il pericolo concreto sono sempre a rischio di violare il principio di determinatezza o di riserva di legge, delegando o al giudice, o a fonti sublegislative (per es. la Pubblica amministrazione) la determinazione dei livelli di pericolosità, o semplicemente dei tratti di tipicità, penalmente rilevanti. È questo un grande tema della scienza della legislazione penale contemporanea, che è posta davanti a un'alternativa: o incriminazioni formali (per es. contravvenzionali), o reati affetti da gigantismo (che prevedono eventi giganti, maga-offese verso beni enormi quali la salute pubblica o l'economia), poco applicati, ovvero, se applicati, vaghi. Solo quando si sia raggiunta *una tecnica costruttiva più raffinata* e capace di mediare fra quegli opposti, sarà possibile una risposta non ideologica, ma neppure cinica o rassegnata, al problema[64]. Altrimenti, la spinta verso una lesività molto concreta introduce una prospettiva di radicale depenalizzazione del diritto penale attuale, riducendolo *di fatto* a un'attuazione problematica di quel diritto penale minimo che ha suscitato critiche accese alle proposte di Luigi Ferrajoli[65], proposte le quali appaiono, però, del tutto in linea con la Teoria generale di Bricola, ovvero con un pensiero "fotografato" all'inizio degli anni Settanta del secolo scorso[66].

61. Da ultimo W. Hassemer, *Warum Strafe sein muss*, tr. it. *Perché punire è necessario*, cit., 144: "Oggi l'idea di bene giuridico non è più una misura fissa per nessuno: per alcuni è una stella polare (e io sono tra questi), per altri invece è una fata morgana". V. anche sul punto, M. Donini, *"Danno" e "offesa" nella tutela penale dei sentimenti*, *Note su morale e sicurezza come beni giuridici, a margine della categoria dell'"offense" di Joel Feinberg*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2008, 1546 ss.

62. *Amplius*, al riguardo, M. Donini, *Il contenuto vigente, e quello vitale, del principio di offensività*, relazione svolta a Roma il 25 maggio 2012 al Convegno "I principi fondamentali del diritto penale fra tradizioni nazionali e prospettive sovranazionali".

63. V. comunque, al riguardo, l'ampio e istruttivo bilancio contenuto nella monografia di V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, 129 ss., 209 ss.

64. Per un modello mirato, in questa direzione, a individuare beni intermedi afferrabili e non formali rispetto a quello della salute pubblica, nella riforma di tali reati e di quelli alimentari, cfr. M. Donini, *Progetto di riforma dei reati in materia di sicurezza alimentare*, in *Cass. Pen*., 2010, 4457 ss.

65. V. per es., pur nella pesantezza delle argomentazioni polemiche dirette contro l'impostazione di Luigi Ferrajoli, accusato di perseguire almeno di fatto una tutela "dal penale" delle classi economicamente forti (le più "protette" da un diritto penale minimo), G. Marinucci-E. Dolcini, *Diritto penale «minimo» e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1999, 802 ss. Argomentazioni singolarmente dimenticate allorché si è trattato di passare in rassegna critica (attraverso elogi scarsamente conciliabili con le tesi già sostenute contro Ferrajoli), le (in realtà del tutto corrispondenti) proposte di F. Stella, *Giustizia e modernità*, Milano, 2001, 391, 417 ss.; Id., 2 ed., 2002, 449 ss.; e Id., 3 ed., 2003, 519 ss., 558 ss.: v. G. Marinucci, *Il diritto penale messo in discussione*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2002, 1040 ss. Accenti diversi, ma parimenti critici, rispetto al "mito" del diritto penale minimo, in M. Donini, *La riforma della legislazione penale complementare. Il suo significato "costituente" per la riforma del codice*, in *Indice pen*., 2000, 657 ss., poi in Id., *Alla ricerca di un disegno*, cit., spec. 188 ss., 199 ss.

66. Cfr., all'origine di quelle proposte, A. Baratta, a cura di, *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, Napoli, 1986, e in particolare i contributi di Baratta, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, ivi, 443 ss.; e di L. Ferrajoli, *Il diritto penale minimo*, ivi, 493 ss.; cfr. altresì L. Ferrajoli, *Per un programma di diritto penale minimo*, in AA.VV., *La riforma del diritto penale*, Milano, 1993, 57 ss.; AA.VV., *Diritto penale minimo*, a cura di U. Curi, G. Palombarini, Roma, 2002. È vero, peraltro, che Bricola stesso, oggi, non potrebbe più sostenere allo stesso modo quanto scriveva nel 1973. Già nel 1984, del resto, la sua posizione era almeno in parte differente (v. Id., *Tecniche di tutela*, cit. *retro*, nota 13). Sull'evoluzione del tema dell'offensività e dei beni e delle tecniche di tutela penale, nel dibattito italiano (oltre a quanto richiamato *retro*, a nota 13), v. fra i molti G. Vassalli, *Considerazioni sul principio di offensività*, in *Studi Pioletti*, Milano, 1982, 617 ss.; T. Padovani, *La problematica del bene giuridico nella scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 114 ss.; F. Palazzo, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Indice pen*., 1986, 35 ss.; Id., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1992, 453 ss.; T. Padovani, *Tutela di beni e tutela di funzioni nella scelta fra delitto, contravvenzione e illecito amministrativo*, in *Cass. Pen*., 1987, 670 ss. Nella

A noi non piacciono, però, né le critiche apparentemente "di sinistra" al pericolo concreto finalizzate a difendere un diritto penale moderno oramai esageratamente esteso, né le critiche apparentemente "realiste" e "moderniste" alla teoria del bene giuridico che vorrebbero buttare via la sua eredità garantista solo perché non avrebbe dato ancora buoni frutti.

Si tratta, al riguardo, di un vero banco di prova dell'eredità di Bricola, che sui beni di rilevanza costituzionale e sulla necessità del pericolo concreto aveva costruito il principio di necessaria lesività. Si potrebbe, anzi, a quarant'anni dalla pubblicazione di quest'opera, riflettere in misura obiettiva sul significato ancora cogente di un modello di Costituzione o di politica criminale a base costituzionale che sia davvero fondante (per la scelta degli stessi beni penalmente tutelabili), e non meramente delimitativo-regolatore. Ci si potrebbe porre, muovendo da questa riflessione, nuovi interrogativi sul ruolo dell'Europa nel costruire, oggi, un diritto penale in senso stretto su basi non relativistiche e convenzionali nella distinzione fra il 'penale' e il diritto sanzionatorio amministrativo, allorché si ipotizzano norme penali minime attorno a caratteri di "transnazionalità" dei reati (cfr. l'art. 83 del Trattato sul funzionamento dell'UE).

---

letteratura successiva, cfr. G. Fiandaca, *Considerazioni sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in AA.VV., *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di A.M. Stile, Napoli, 1991, 61 ss.; G. Marinucci-E. Dolcini, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1994, 333 ss.; M. Donini, *Teoria del reato. Una introduzione*, cit., 18 ss., 25 ss., 45 ss., 117 ss., 140 ss.; Id., *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997. Un contributo alla progressione «legale», prima che «giurisprudenziale», dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in *Crit. Dir.*, 1998, 95 ss. (anche in Id., *Alla ricerca di un disegno*, cit., 68 ss.); F. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità del contenuto della legge penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1998, 350 ss.; A. Manna, *I reati di pericolo astratto e presunto e i modelli di diritto penale*, in AA.VV., *Diritto penale minimo*, a cura di U. Curi, G. Palombarini, cit., 35 ss.; V. Manes, *Il principio di offensività*, cit., 74 ss., 129 ss.; C. Fiore, *Il contributo della giurisprudenza costituzionale all'evoluzione del principio di offensività*, in AA.VV., *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Vassalli, cit., 91 ss. V. pure A. Merli, *Introduzione alla teoria generale del bene giuridico. Il problema. Le fonti. Le tecniche di tutela penale*, Napoli, 2006, 283 ss.

Il tema delle tecniche di tutela e dei beni tutelabili spazia in tutta la parte speciale e in tutta la legislazione complementare. Occorrerebbero molte pagine di bibliografia per dare contezza del dibattito che si è sviluppato al riguardo in Italia. *Due soli esempi*: la tutela penale dell'ambiente e la categoria dei reati economici: per l'ambiente cfr. M. Catenacci, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura "sanzionatoria"*, Padova, 1996, 92 ss., 140 ss.; G. Insolera, *Modello penalistico puro per la tutela dell'ambiente*, in *Diritto penale e proc*., 1997, 737 ss.; E. Lo Monte, *Diritto penale e tutela dell'ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, Milano, 2004, 219 ss., 447 ss.; L. Siracusa, *La tutela penale dell'ambiente. Bene giuridico e tecniche di incriminazione*, Milano, 2007, 179 ss., 309 ss., 431 ss.; C. Bernasconi, *Il reato ambientale. Tipicità, offensività, antigiuridicità, colpevolezza*, Firenze, 2008, 37 ss., 119 ss.; F. Giunta, *Tutela dell'ambiente (diritto penale)*, in *Enc. Dir., Annali II*, Milano, 2008, 1153 ss.; A. Gargani, *La protezione immediata dell'ambiente tra obblighi comunitari di incriminazione e tutela giudiziaria*, in *Scritti in memoria di G. Marini*, Napoli, 2010, 403 ss.; C. Ruga Riva, *Diritto penale dell'ambiente*, Torino, 2011, cap. I. Da questo laboratorio si evince con certezza l'impossibilità di soluzioni unitarie, del tipo: solo reati di evento o solo di pericolo concreto; oppure: costruzione di reati solo contro la persona o beni personalistici come oggetto immediato. L'anticipazione della tutela e l'esplosione dei reati di pericolo è avvenuta al prezzo di un'attenuazione del carico sanzionatorio, ma anche della formalizzazione e della presunzione delle offese. Se poi da questo settore si volesse passare ai *reati economici*, apparirebbe evidente che tutta la legislazione si è spostata dai beni individuali a quelli collettivi, dalla tutela di beni a quella di funzioni e regole (per tutti T. Padovani, *Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1995, 639 ss.; A. Alessandri, *Parte generale*, in Pedrazzi-Alessandri-Foffani-Seminara-Spagnolo, *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2003, 24 ss.; F. Giunta, *La vicenda delle false comunicazioni sociali. Dalla selezione degli obiettivi di tutela alla cornice degli interessi in gioco*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 2003, 603 ss.; C.E. Paliero, *Sicurezza dei mercati o mercato delle (in)sicurezze?*, cit., 301 ss.; L. Foffani, *Prospettive di armonizzazione europea del diritto penale dell'economia: le proposte del progetto "Eurodelitti" per la disciplina delle società commerciali, del fallimento, delle banche e dei mercati finanziari*, in *Studi Marinucci*, vol. III, Milano, 2006, 2321 ss.; E.M. Ambrosetti-E. Mezzetti-M. Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2009, 19-25), e che se vi sono stati tentativi di "materializzare" le offese finali in eventi di danno o di pericolo concreto rispetto a interessi *individuali* (v. per es. la riforma del diritto penale societario, e in particolare del falso in bilancio, del 2002: d.lgs. n. 61/2002), ciò ha comportato un indebolimento della possibilità di applicare le fattispecie incriminatrici, al punto da mettere in crisi l'intera tutela penale: se la si concretizza molto con reati di danno individuale, tanto vale che la tutela diventi civile (a parte le fattispecie di bancarotta). In definitiva, anche l'idea del pericolo necessariamente concreto si rivela oggi conciliabile solo con una riduzione drastica del penale; con la sua restrizione tipologica su modelli che non riescono a, o non vogliono, tutelare alcune realtà come i beni collettivi e quelli economici: è quella, infatti, la tesi più conforme a un *diritto penale minimo*, e anzi all'abbandono della tutela penale nei settori più moderni della politica criminale degli ultimi quarant'anni. Di qui l'alternativa: o si seguono le premesse bricoliane avendo compreso fino in fondo che esse portano a un fortissimo incremento delle sanzioni amministrative e civili, a scapito di quelle penali; oppure si abbandonano *almeno in parte* (o si declinano diversamente) quelle premesse, concretizzando il pericolo (o il danno) verso sotto-interessi più particolari, beni-intermedi, situazioni meglio circoscritte ma non ancora direttamente agganciate né a beni individuali, né a macro-eventi indeterminati. Quest'ultima strada è quella seguita (almeno in parte) dal legislatore e dalla dottrina contemporanea, anche se il principio di offensività rimane ancora assai giovane e suscettibile di progredire verso uno statuto costituzionale di maggiore incisività e, più esattamente, verso una dimensione di principio più dimostrativo e non solo politico-criminale.

9

Prove di costituzionalismo penale: i casi paradigmatici della "Bicamerale" italiana, del codice penale spagnolo e dell'input europeo a introdurre macrodelitti nel diritto penale dell'ambiente

Alcune vicende "italiane" ed "europee" ci sembrano paradigmatiche e dimostrano che la realizzazione del programma bricoliano, in Italia, a dispetto dei grandi riconoscimenti "ufficiali", anche a livello di sentenze della Corte costituzionale (*retro*, § 6), ha incontrato molti freni e resistenze, solo parzialmente giustificati e apprezzabili.

Nel novembre 1997 la Commissione bicamerale del Parlamento italiano approvava un Progetto preliminare di revisione della Costituzione che, fra l'altro, all'art. 129 contemplava alcune "norme sulla giurisdizione" che, in tutti e quattro i commi, in realtà, toccavano direttamente il diritto penale sostanziale. Il primo comma dell'art. 129 («le norme penali tutelano beni di rilevanza costituzionale») mirava a tradurre in regola costituzionale la tesi principale della teoria del reato di Bricola. Il secondo comma («non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività»), sembrava completare il disegno bricoliano, esigendo anche nella realizzazione concreta della fattispecie di reato solo offese di danno o di pericolo concreto. Tutto si sarebbe dovuto poi applicare *cum grano salis* e in forza di varie mediazioni tecniche. Però le scelte erano chiare.

I lavori della Bicamerale non si conclusero positivamente in Parlamento (per ragioni che nulla avevano a che vedere con l'art. 129 in particolare), e la revisione non venne mai approvata definitivamente. È interessante notare, al riguardo, che la dottrina italiana, con poche eccezioni, non mostrò nessun entusiasmo per questo progetto, in quanto le tesi fondamentali di Bricola, al riguardo, erano ormai state declassate a *principi di politica criminale*, *giuridicamente non vincolanti*: e questo perché non si voleva che lo diventassero, per lasciare più campo libero alla politica criminale di sperimentare incriminazioni di pericolo astratto e a tutela di beni non riconducibili direttamente a quelli costituzionali[67].

Chi, almeno in apparenza, ha preso molto più sul serio l'idea di una legislazione penale codicistica ancorata a beni di rilevanza costituzionale, con illeciti costruiti su forme di offesa tendenzialmente di lesione o di pericolo concreto, è stato il legislatore spagnolo.

L'ordinamento spagnolo è tradizionalmente privo di una significativa legislazione penale complementare. Ciò si spiega per la tradizionale parentela delle leggi speciali con discipline "eccezionali" e giurisdizioni "speciali", abusate nel periodo franchista. Anche la riserva di "*ley orgánica*" posta in materia penale dalla Costituzione spagnola del 1978 (art. 81.2), non ha nulla a che vedere con l'esigenza – postulata per es. dall'art. 129, comma 4, del progetto di revisione della Costituzione italiana a suo tempo predisposto dalla Commissione Bicamerale per le riforme costituzionali – di leggi extravaganti concepite come organizzazione coerente, organica ed esaustiva della materia regolata («Nuove norme penali sono ammesse solo se modificano il codice penale ovvero se contenute in leggi disciplinanti organicamente l'intera materia cui si riferiscono»[68]). L'organicità delle leggi penali spagnole, invece, è di tipo procedurale (e non concerne tutta la materia penale) ed è collegata al *quorum* della maggioranza assoluta del Congresso, con votazione finale sul progetto nel suo insieme: sia esso "organico", oppure no, sul piano contenutistico. Se in apparenza la legislazione spagnola può sembrare "minimalista", al confronto con quelle tedesca, francese, portoghese e italiana, così piene di leggi speciali, non si può dire che la "centralità del codice" sia stata realizzata senza costi: la possibilità

67. Cfr. sull'intero progetto, in senso sostanzialmente favorevole almeno rispetto ai commi 1, 2 e 4 (il co. 3 prevedeva un inesigibile divieto d'interpretazione estensiva), M. Donini, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997*, cit., spec. 126 ss., poi in Id., *Alla ricerca di un disegno*, cit., 68 ss.; N. Mazzacuva, *Intervento* al dibattito su *"Giustizia penale e riforma costituzionale nel testo approvato dalla Commissione bicamerale", in Crit. dir.*, 1998, 155 ss.; A. Castaldo, *Welches Strafrecht für das neue Jahrtausend?*, in *Fest. Roxin*, Berlin-New York, 2001, 1104 ss. Naturalmente, almeno nell'intenzione di chi scrive, il richiamo a beni di rilevanza costituzionale non avrebbe dovuto essere inteso nel senso di un catalogo chiuso di beni già scritti nella Carta, ma *in senso assiologico*: beni di rango elevato, da assurgere a rilevanza costituzionale almeno per il raccordo con altri e per la comparabilità con quello della libertà personale.

68. Così l'art. 129.4 del Progetto della Bicamerale, peraltro ripreso a livello di legge ordinaria anche dai Progetti di riforma del codice penale, Grosso (2000), Nordio (2005) e Pisapia (2007), quale regola da introdurre almeno a livello di disciplina legislativa "generale".

di inserire in poche norme i reati contro l'ordine economico, quelli societari, tributari, contro la proprietà intellettuale e industriale, contro la sicurezza sociale, il territorio, l'ambiente, in materia di mercato, tutela dei consumatori e dei diritti dei lavoratori, ecc., paga un forte dazio all'uso largo di una tecnica legislativa ricca di *elementi normativi indeterminati e norme in bianco, o con molteplici rinvii tecnici a violazioni extrapenali*. Come osservato in altro studio, «l'alternativa alla moltiplicazione tassativa di precetti penali, in una società complessa che intende effettivamente disciplinare materie specialistiche, non è costituita dall'eliminazione di quei precetti, ma dal loro nascondimento in fonti subordinate o extrapenali, richiamate con la tecnica dell'elemento normativo, della norma in bianco, o del rinvio. L'operazione del codice penale spagnolo, pertanto, non è il risultato di una politica criminale ridotta quanto al numero dei "precetti": essi sono soltanto più celati»[69].

Non solo. Molti reati che in apparenza parrebbero contemplare eventi di pericolo concreto rispetto a beni collettivi (per es. in materia di integrità dell'ambiente, di sicurezza del lavoro, degli alimenti etc.), sono di fatto svuotati dalla giurisprudenza e vengono trasformati in delitti di pericolo astratto[70].

Insomma. Anche un ordinamento che potrebbe sembrare avere preso assai più sul serio il progetto di poche norme, costruite soprattutto su delitti di lesione o di pericolo rispetto a beni di rilevanza costituzionale, sconta una "decodificazione" originaria o ermeneutica nel segno della dipendenza della tipicità da fonti extrapenali e sublegislative, e dell'offensività da reinterpretazioni in chiave di pericolo astratto. Anche l'estensione dell'area penalmente rilevante non pare minore per il minor numero delle incriminazioni: è simile, e risulta solo più generica la previsione codicistica rispetto a molte e dettagliate incriminazioni extrapenali.

Se dal modello spagnolo passiamo ai paradigmi europei di costruzione dei reati ambientali, anche qui l'esperienza più recente evidenzia un atteggiamento di mancata ricezione *italiana* delle indicazioni provenienti dal "modello bricoliano" di tutela penale,[71] peraltro di fatto recepito a livello di legislazione-modello *europea*.

Con la direttiva 2008/99/CE e con la direttiva 2009/123/CE in materia ambientale[72], il Parlamento europeo e il Consiglio della Comunità Europea hanno prefigurato un diritto penale in materia di tutela dell'ambiente di schietta ispirazione "bricoliana", o "ferrajoliana", in punto di offensività (al di là del fatto che concretamente si ignorassero tali colleganze ideali): si prospettavano, infatti, macro-delitti aventi come oggetto giuridico e oggetto materiale, ad un tempo, l'ambiente o la qualità dell'aria, delle acque e del suolo, ovvero anche la salute umana, quali punti di riferimento di condotte concretamente pericolose o lesive di tali beni. Fattispecie di particolare gravità e di pericolo concreto

69. M. Donini, *La riforma della legislazione penale complementare*, cit., 193-197. V. pure la discussione internazionale sul raffronto tra modello codicistico spagnolo e modelli ricchi di leggi penali speciali, negli Atti del Convegno di Modena del 2001 sul tema, in AA.VV., *Modelli ed esperienze di riforma della legislazione penale complementare*, a cura di M. Donini, Milano, 2003.

70. Per la dimostrazione sia consentito il rinvio a M. Donini, *Modelli di illecito penale minore*, cit., 227-235 e 270-282, con i necessari riferimenti normativi e dottrinali.

71. V. del resto, proprio al tempo della TGR, le proposte dello stesso F. Bricola, *Aspetti penalistici degli inquinamenti*, in *Riv. di diritto agrario*, 1973, 573 ss., spec. 604 ss., che ipotizzava *de lege ferenda* offese di pericolo concreto, e delitti di danno, oltre a beni intermedi (ma ritenuti di rilevanza costituzionale) come quello della purezza delle acque, etc. (pur ammettendo, nel settore, anche la necessità di fattispecie-ostacolo che sarebbero state di pericolo astratto).

72. Direttive che sono state il prodotto della famigerata (e non solo famosa), in punto di principio di legalità e di divisione dei poteri, decisione 13 settembre 2005 della CGCE, in C-176/03, e della successiva, "gemella" decisione CGCE 23 ottobre 2007, in C-440/05, che decretavano "*per sentenza*" la competenza penale dell'Unione europea con strumenti del primo pilastro (efficacia giuridica diretta quanto a precetti e sanzioni), fondandola su esigenze di "lotta alla criminalità" ambientale (il «diritto penale di lotta» fonda nuove competenze penali), prima che venisse sancita dal Trattato di Lisbona nel 2009 secondo criteri di maggiore tassatività *legale*. Per una sintesi efficace di queste vicende legislative, prima di Lisbona, cfr. G. Mannozzi-F. Consulich, *La sentenza della Corte di Giustizia C-176-03: riflessi penalistici in tema di principio di legalità e politica dei beni giuridici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ*., 2006, 899 ss., 909 ss.; L. Siracusa, *La tutela comunitaria in ambito penale al banco di prova: la direttiva europea sulla tutela penale dell'ambiente*, *ibidem*, 2009, 869 ss.; e dopo il Trattato di Lisbona: A. Bernardi, *All'indomani di Lisbona: note sul principio europeo di legalità penale*, in *Quad. cost*., 2009, 40 ss.; nonché, in relazione al tema delle tecniche di tutela dell'ambiente, poco prima del d.lgs. 121/2011: A. Gargani, *La protezione immediata dell'ambiente*, cit., 403 ss. Sull'attuazione, e sulla mancata attuazione delle cennate direttive ad opera del d.lgs. 121/2011, v. l'ampia analisi di C. Ruga Riva, *Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente*, in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, 8 agosto 2011.

o di danno, punibili solo in caso di condotte intenzionali o commesse per colpa grave, da aggiungersi o affiancarsi a quelle "minori" (di pericolo astratto-presunto, con superamento di limiti-soglia di punibilità, inosservanza di autorizzazioni etc.) tradizionalmente presenti nei sistemi penali europei.

Si prevedeva, altresì, l'introduzione della responsabilità delle persone giuridiche per tali reati.

Orbene, il *legislatore nazionale*, con d.lgs. 7 luglio 2011, n. 121, pur ben sapendo che in pratica non esistevano delitti in materia ambientale nel codice né fuori di esso, si è limitato a introdurre un paio di contravvenzioni in materia di uccisione o distruzione di specie animali o di habitat, estendendo peraltro la responsabilità da reato delle persone giuridiche (d.lgs. 231/2001, art. 25-*undecies*) in ordine ai principali reati ambientali già vigenti, che però sono quasi tutti solo contravvenzioni. L'*input* europeo verso una repressione di fatti concretamente lesivi o pericolosi è dunque caduto nel vuoto. Si è data attuazione in senso "minimalista" alla direttiva, ritenendo che in Italia siano da tempo già puniti penalmente fatti meno gravi dei reati ipotizzati dal legislatore europeo, e che nella repressione di tali fatti sia già adeguatamente possibile, in concreto, la reazione punitiva rispetto a manifestazioni più gravi come quelle previste dalla direttiva.

Il modello pregnante di una tutela forte e codicistica rispetto a eventi davvero criminali (eventi di pericolo concreto o lesione rispetto a beni di *significativa* rilevanza costituzionale) prodotti da poche tipologie di condotte fortemente tipizzate con dolo o colpa grave, è stato rifiutato, preferendosi la tutela formale extracodicistica delle violazioni contravvenzionali di pericolo astratto-presunto, con elemento soggettivo misto, indifferentemente doloso o colposo lieve.

La vicenda è singolare. Da un'Europa meno democraticamente vicina alla tradizione penalistica italiana provengono paradigmi che sembrano vicini all'approccio costituzionalistico italiano, ma in Italia non vengono recepiti, nonostante che non fosse richiesto *sostituire* le leggi speciali (le più dettagliate contravvenzioni) con questi macrodelitti, bastando almeno *aggiungere* i delitti alle contravvenzioni, magari riducendo e riorganizzando queste ultime secondo modelli di tutela meno formalistici[73].

Una via di mezzo tra gli estremi tratteggiati non è ancora maturata a livello legislativo, nonostante che non manchino alcune prospettazioni teoriche. Una scelta ovviamente non scientifica, questa, ma tutta politica.

È vero che varie ragioni *tecniche* si oppongono a sanzionare penalmente offese dirette e immediate a macro-beni collettivi, per l'eccesso d'indeterminatezza che ne deriva. Il livello di discussione scientifica, in Italia, a tale riguardo, è abbastanza avanzato e meno ideologico che negli anni Settanta, e spazia dalla tutela di beni collettivi a quelli economici. Tuttavia, che una politica come quella europea ora ricordata sia più vicina alle tradizioni teoriche del costituzionalismo penale italiano di quanto lo sia il nostro legislatore nazionale[74], è un segno di tempi di crisi, di politiche criminali deboli e insicure (non maturate su una vera *ultima ratio*), e non certo il segno di una sensibilità tecnica moderna che abbia lo scopo di evitare eccessi definitori del potere giudiziario: infatti, alcune norme di recepimento delle direttive europee avrebbero ben potuto meglio definire gli eventi lesivi in termini di maggiore determinatezza[75]. Accade così, paradossalmente, che anziché costruire per legge delitti maggiori in un settore, si lascia che lo faccia la giurisprudenza, che estende analogicamente fattispecie pensate per altri tipi

73. V. già le proposte dello stesso F. Bricola, *Aspetti penalistici degli inquinamenti*, cit., 604 ss.

74. Per una significativa proposta di immissione di maggiore "costituzionalismo *penale*" nella politica criminale europea, cfr. il *Manifesto sulla politica criminale europea*, in *Zeitschrift f. die internationale Strafrechtsdogmatik* (ZIS), 2009, 539 ss., anche in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2010, 1262 ss., e quindi la Comunicazione COM (2011) 573, 20 settembre 2011, intitolata "*Verso una politica criminale europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione europea attraverso il diritto penale*": un volto umano e fondamentalista (i diritti fondamentali) per legittimare meglio la "lotta" mediante il diritto penale.

75. Sui profili d'illegittimità comunitaria per violazione delle direttive, e costituzionale, per violazione dell'obbligo comunitario di cui all'attuale art. 117, co. 1, Cost., cfr. C. Ruga Riva, *Il decreto legislativo di recepimento*, cit., 16; A. Manna, *La "nuova" legislazione penale in tema di tutela dell'ambiente tra illegittimità comunitaria ed illegittimità costituzionale*, in *Arch. Pen*., 2011, 759 ss.

di offesa: come è successo per il delitto di "disastro ambientale" inventato con sentenze che hanno esteso il vigente art. 434 c.p., tipizzato per la repressione di disastri a base violenta, quali i reati ambientali *non* sono[76].

Il "lungo cammino" del principio di offensività[77] e dell'approccio costituzionalistico, peraltro, non finisce certo qui. È, ancora una volta, dall'Europa che vengono oggi nuovi impulsi, a fronte di una stasi o di un riflusso nazionale.

10

Scenari europei di costituzionalizzazione di un diritto penale "dal volto protettivo": dalla sussidiarietà alla proporzione, dalla necessità della tutela al bene giuridico

Se da talune vicende più problematiche della "fortuna" o dell'esportazione del modello italiano dell'approccio costituzionalistico passiamo a una dimensione strettamente europea, possiamo dire, in estrema sintesi, che in Europa non è esistito fino a oggi un concetto identico al principio di offensività per come declinato in Italia, ma alcuni segnali recenti fanno pensare che sia in atto un recupero significativo al riguardo. Ancor più forte, invece, è il movimento collettivo *di costituzionalizzazione europea del diritto penale che appare destinato ad assorbire (ma solo) in parte l'approccio costituzionalistico nazionale*[78].

Ci limitiamo al riguardo ad accennare a un profilo che appare più segnato dalla diversità delle tradizioni nazionali e da quella italiana in particolare.

Il problema della "dannosità sociale" del reato è declinato nelle principali lingue europee attraverso le categorie dell'*harm principle*, della *Sozialschädlichkeit*, dell'*intervención minima* e in parte attraverso l'idea della "*stretta necessità*" della tutela penale già storicamente prevista dall'art. 8 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789. Nessuna di queste nozioni, peraltro, coincide pienamente con il principio di offensività, né tanto meno con l'idea della tutela penale di beni di "significativa rilevanza costituzionale"[79]. L'offensività pre-suppone il bene giuridico, ma lo declina. Non ogni bene è tutelabile. Solo quelli comparabili col sacrificio potenziale della libertà. Non ogni forma di offesa è di rilevanza penale. Solo quelle di pericolo concreto (o astratto-concreto, diremmo oggi, rispetto a beni strumentali, ma necessari, aggredibili in situazioni anticipate). La proporzione – possiamo aggiungere – non basta. Non si può sanzionare penalmente il divieto di parcheggio, neppure se si prevede una pena pecuniaria simbolica e non convertibile in pena limitativa della libertà. Non è penale. Non può essere "penale" quella violazione, anche se sarebbe proporzionata la sanzione. C'è un problema assiologico (di principio), prima che utilitaristico (di proporzione, di conformità dei mezzi ai fini), atteso che lo 'stigma' penalistico potrebbe teoricamente "servire" sempre. La questione prioritaria, in realtà, è quella del nesso tra illecito e sanzione: *in primis*, occorre chiedersi se esistano sanzioni che per la loro mancanza di serietà non possono essere penali. Occorre perciò rispondere alla domanda: quando una mera "multa" non può essere qualificata penale perché irrisoria? E una risposta deve essere trovata, almeno di fatto e per esempi paradigmatici. Sennò tutto è politica e la parola stessa che evoca una pretesa "scienza penale" si svuota nel *nonsense*, come nel teatro dell'assurdo.

Sul versante dell'illecito, invece, fatte alcune debite eccezioni (un genocidio non può che restare un crimine, attualmente), in moltissimi casi è più difficile postulare in un fatto lesivo una gravità tale da imporre *necessariamente* una pena di tipo criminale.

76. Su tale vicenda, in sintesi ancora A. Gargani, *La protezione immediata dell'ambiente*, cit., 419 ss. Poco importa che la Corte costituzionale abbia "salvato" quell'interpretazione analogica del disastro ambientale desunto dal disastro innominato ("un altro disastro") *ex* art. 434 c.p., pur raccomandando al legislatore di tipizzare i reati di disastro, anziché lasciare che lo faccia la giurisprudenza (v. Corte cost., 1 agosto 2008, n. 327, e sulla vicenda N. Cecchini, *Attribuzione causale e imputazione colposa di un disastro*, in *Dir. pen. e proc.*, 2012, 282 ss.). Qui la Corte ha abdicato al suo ruolo garantista: è come avere in diritto penale l'art. 2043 c.c., una clausola generale aperta sui possibili "danni" risarcibili. Per una proposta di definizione *legislativa* del reato di disastro *sanitario* (distinto da quelli a base "violenta" dei reati contro l'incolumità pubblica), v. il nostro *Progetto di riforma dei reati in materia di sicurezza alimentare*, cit., 4475 ss., nonché M. Donini, *Modelli di illecito penale* minore, cit., 324 ss.; A. Gargani, *Il danno qualificato dal pericolo. Profili sistematici e politico-criminali dei delitti contro l'incolumità pubblica*, Torino, 2005, 428 ss.

77. Cfr. G. Neppi Modona, *Il lungo cammino del principio di offensività*, in *Studi in onore di M. Gallo. Scritti degli allievi*, Torino, 2004, 89 ss.

78. Cfr. E. Herlin-Karnell, *The constitutional Dimension of European Criminal Law*, 2012; A. Bernardi, *L'approccio costituzionale*, cit.

79. V. al riguardo quanto già illustrato in M. Donini, *Prospettive europee del principio di offensività*, cit., 109 ss.

Questo tema si sovrappone, oggi, al problema degli obblighi di criminalizzazione. Se non c'è obbligo di criminalizzazione – e non c'è quasi mai, in termini assoluti, perché c'è sempre e soprattutto obbligo di tutela –, è evidente che la previsione penalistica non è "di diritto naturale", ma sconta esigenze di eguaglianza nel trattamento *rebus sic stantibus* e nella distribuzione di un male necessario.

Il discorso sulla sanzione intrinsecamente punitivo-penale, invece, si confonde fino quasi a coincidere col tema della "*materia penale*" affrontato da tempo dalle Corti europee[80]: quando una sanzione, comunque qualificata da una legislazione, debba ritenersi così afflittiva da ammettersi il suo carattere "*intrinsecamente penale*", al di là di ogni truffa delle etichette.

Solo allora comincia il problema della proporzione *penalistica*: si tratterà di individuare un parametro assiologico per escludere che a un certo tipo di sanzione che configura una "materia penale" possa corrispondere una qualificazione penalistica, considerato il tipo di fatto che si vorrebbe sanzionare. Ma finché quella qualificazione permanga (per ragioni "di Stato"), sarà necessario adottare uno *standard* di garanzie tipiche del penale vero, data la serietà della sanzione (che rende penalistica la materia disciplinata).

La concretizzazione di tale problema appare oggi *più facile in sede europea che nazionale*: è cioè più agevole selezionare reati così gravi, per tipologia di offesa e forma di colpevolezza, da apparire di rilevanza "sovranazionale" e "transnazionale", ovvero "federale", rispetto a reati di marcatura solo nazionale-provinciale, legati a una qualche *politique politicienne* o anche solo più contingente.

Molti di noi, compreso chi scrive, hanno guardato con scetticismo a un'Europa che ci induceva a produrre più penale, mentre in realtà chiedeva soprattutto protezione per certi beni. Tuttavia la scelta, fino a pochissimo tempo fa, era davvero nazionale: gli Stati potevano, se in grado di farlo, decidere di approntare tutele efficaci, ma extrapenali, benché si sapesse che non l'avrebbero fatto quasi mai. Solo adesso che è sorta una competenza europea nella costruzione di obblighi di tutela penale per gli Stati, vediamo che sarà più agevole *che la politica criminale europea si legittimi attraverso illeciti "maggiori"*, vicini a un modello costituzionale, meglio di quanto avverrebbe se si pretendesse la penalizzazione di illeciti minori o più formali.

Il problema degli *illeciti minori*, dunque, di quelli che sono al confine con la tutela extrapenale, appare soprattutto nazionale. Di qui l'estraneità a politiche europee del tema del mantenimento, nei sistemi nazionali, di reati contravvenzionali, o di come configurare gli illeciti penali minori.

L'Europa, tuttavia, solleva altre questioni preoccupanti. In essa circola pesantemente l'idea che lo strumento penalistico sia un mezzo di "lotta" al crimine. C'è anche la prospettiva delle "garanzie", *et pour cause*, ma quella di lotta appare a volte debordante. Poiché essa si profila come una lotta a favore di vittime reali o potenziali, lasciando agli Stati nazionali le questioni del diritto penale politico, contingente, strumentale, formale, minore, spesso più odioso o meno serio, la prospettiva europea appare quella di un diritto penale dal volto "protettivo", se non anche "buono". Promette sicurezze avvertite come importanti.

È così che, almeno a parole, si declamano principi orientati anche alle conseguenze, all'esigenza di prova della necessità e adeguatezza allo scopo, ma anche della misurazione degli effetti, rispetto a nuove incriminazioni. Di qui i principi di sussidiarietà penale e dell'Unione europea, che suppongono e integrano quello di proporzione, oltre che di necessità della tutela, e che avvicinano il discorso a quello del bene giuridico penalmente tutelabile[81].

80. Con giurisprudenze talora fin troppo indulgenti ad estendere (le garanzie de) il penale "vero" a situazioni francamente ben lontane da ogni tratto criminalistico.

81. Sulla progressiva costituzionalizzazione europea, "sulla carta", dei principi di proporzione, necessità e sussidiarietà, per tutti, con gli opportuni rinvii, M. Donini, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 141 ss.; Id., *Diritto penale europeo e principio di sussidiarietà*,

Vedremo in futuro quali sviluppi porteranno queste prospettive ancora molto più declamate che non praticate, senza indulgere a credere che il vero diritto penale, cioè quello paradigmatico, si identifichi con quello europeo dei reati transnazionali, che ne costituiscono un esempio, per quanto di grande interesse. Il diritto penale più paradigmatico resta quello che priva concretamente della libertà e dell'onore, soprattutto certi tipi d'autore. È per questo tipo d'illeciti e sanzioni che è sorto il garantismo quale contrassegno della scienza penale moderna e dell'approccio costituzionalistico. Quando questo diritto penale non ci sarà più, allora, forse, potremo credere a un suo nuovo volto buonista e protettivo. Nel frattempo, non ci faremo irretire dalla propaganda di lotta della politica criminale europea, che richiama i principi del costituzionalismo per poter essere effettivamente lesiva ed estendere il suo campo di battaglia, *in aggiunta* al penale nazionale che la politica penale europea lascia immune.

11

Le «dottrine non scritte», tra formanti dell'ermeneutica penale nazionale e dialogo internazionale

Quando un giurista italiano o un giurista tedesco, spagnolo, o di *common law* affrontano certi problemi, anche davanti a un medesimo testo costituzionale (per es. europeo), ragionano in parte diversamente, o applicano quel testo in modo diverso. Almeno entro certi limiti la loro riflessione è condizionata da formanti culturali nazionali, da tradizioni nazionali o relative ad aree di pensiero giuridico. Per questo la comparazione è così difficile.

In un ambiente di *civil law*, per es., un penalista italiano è più incline a una dogmatica di principi (orientamento costituzionalistico) che non a una dogmatica di sole categorie (tradizione già pandettistica e poi della teoria del reato sistematizzante di matrice tedesca). Oggi che è cresciuta tantissimo l'importanza della giurisprudenza-fonte, si estendono abitudini dei sistemi di *common law*, valorizzando molto di più la discussione sui casi o l'individualizzazione del contenuto decisorio di una sentenza. La comparazione, in alcuni contesti, è servita per relativizzare le culture nazionali, facendo capire che non erano giusnatura; in altri contesti, è servita per esportare il proprio modello attraverso argomentazioni non giuspositivistiche, ma almeno in apparenza razionalistiche, o (da un opposto punto di vista) per importare modelli culturali alieni, arricchendo il proprio. Approccio storicistico il primo, razionalistico il secondo. È un po' la storia degli strumenti del colonialismo culturale, ma anche dell'influenza dei grandi modelli e delle diverse tradizioni giuridiche[82]. La vera comparazione, però, porta a relativizzare, anziché ad assolutizzare le esperienze nazionali, e solo in qualche caso a scoprire verità o paradigmi sovranazionali o che resistono nel tempo[83].

Una cosa è che certi principi o regole superiori vivano in un ordinamento, una cosa è che essi vivano in un ordinamento diversamente organizzato e costruito: il che si spiega con il fatto che il diritto non è solo 'disposizione normativa' (regola astratta) ma anche decisione (norma decisoria, precedente, massima) e istituzione (dimensione istituzionale delle regole dipendente dal contesto entro il quale operano).

relazione svolta a Verona, settembre 2011, in corso di pubblicazione; A. Bernardi, *I principi di sussidiarietà e di legalità nel diritto penale europeo*, relazione svolta a Barcellona, ottobre 2011, in corso di pubblicazione; M. van de Kerchove, *Le principe de subsidiarité en droit pénal européen*, 2010, dattiloscritto. V. pure la citata Comunicazione COM (2011) 573, del 20 settembre 2011, intitolata "*Verso una politica criminale europea: garantire l'efficace attuazione delle politiche dell'Unione europea attraverso il diritto penale*", nonché il *Progetto di relazione 2010/2310(INI)* in data 8 febbraio 2012, che contiene una *proposta di risoluzione del Parlamento europeo* sull'approccio dell'UE in materia penale.

82. Per l'America latina mi sembrano di grande utilità le riflessioni, diverse e complementari, presenti in J.P. Matus Acuña, *Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos*, in Id., *Derecho penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo*, Santiago, 2011, 311 ss. (già in *Derecho penal mínimo, Revista de análisis jurídico penal*, n. 3/2010), 147 ss. e prima, in versione iniziale, in *Política Criminal*, n. 5 [www.politicacriminal.cl/n_05/a_5_5.pdf], 2008, 1 ss.; e in D. Restrepo, *El concepto de bien jurídico en Colombia: ¿de un 'derecho penal colonizado' a un 'derecho penal mestizo'?,* in *Jueces para la Democracia*, 2010, 77 ss., spec. 84 ss., e *amplius* Id., *Genesi e sviluppo del concetto di bene giuridico in un "diritto penale colonizzato": il caso colombiano*, in *Indice pen.*, 2011, 383 ss., spec. 405 ss., 419 ss., 426 ss.

83. Per un richiamo agli Autori che sostengono forme di universalismo penale (ora su base comparata, ora no), almeno *accanto* a una dimensione storico-politica, cfr. M. Donini, *Scienza penale integrale*, in Id., *Europeismo giudiziario*, cit., 128 ss.; Id., *Oggetto, metodo, compiti della scienza penale*, *ibidem*, 175 ss.

Le norme positive e le tradizioni di un sistema giuridico nazionale condizionano l'intendimento delle stesse categorie classiche (per es. fatto tipico, antigiuridicità, evento e offesa, illecito e colpevolezza) e non solo dei principi (per es. legalità, determinatezza, offensività, etc.). Per es., quando si cerca di costruire un dialogo con i penalisti italiani o inglesi, si dovrebbero tenere presenti alcuni dati che attengono ai formanti a cui abbiamo ora fatto cenno.

Esistono addirittura, oltre ai formanti già indicati, delle «dottrine non scritte» (morale e diritto, fini/funzioni della pena, oggettivo/soggettivo, causalità/imputazione oggettiva, scriminanti/scusanti/*defenses*, delitti/contravvenzioni, colpevolezza/capacità a delinquere, fatto/autore, autore/complice, idoneità/inidoneità del tentativo, colpa/colpa grave/sconsideratezza, responsabilità oggettiva/colpa etc.) che governano il nostro modo di fare e pensare il diritto e che a volte sono profondamente diverse nei sistemi giuridici nazionali, e appartengono spesso a una *tradizione orale*[84]. La mancata considerazione di questi formanti e di queste dottrine non scritte, o non esplicitate, ma immanenti, risulta fortemente preclusiva di un corretto intendimento reciproco. *We talk past each other* [85].

Non meno illusorio, anche se spesso più a buon mercato, esigendosi meno studio e meno ricerche, appare affidarsi a concetti "sovratemporali", a concettualizzazioni pensate in un contesto ed esportate a livello mondiale per l'implicita presunzione di essere diritto di natura o diritto "sovranazionale", il quale può in effetti internazionalizzarsi, ma solo dopo un'opera di traduzione storico-linguistica, di revisione critica.

Mi è caro sottolineare, in questo momento, la difficile bellezza del dialogo interculturale, che richiede di costruire ponti, sperando poi che siano utilizzati davvero in uno scambio che esige sempre una volontà di conoscenza reciproca da parte dei suoi fruitori: lo scambio non avviene senza sforzi, ma quando funziona, schiude mondi nuovi. E' con questo auspicio che licenziamo per la stampa la traduzione spagnola dell'opera maggiore di Franco Bricola.

84. Non sembri eccentrico il richiamo al ben più famoso dibattito sulle dottrine non scritte (ἄφραφα δόγματα) di Platone (istruttivi, al riguardo, G. Reale, *Platone. Alla ricerca della sapienza segreta*, Milano, 2004, 101 ss., 313 ss.; Id., *Autotestimonianze e rimandi dei Dialoghi di Platone alle "dottrine non scritte"*, Milano, 2008, 27 ss.; M.D. Richard, *L'enseignement oral de Platon*, Paris, 1968, tr. it. *L'insegnamento orale di Platone*, Milano, 2008; H. Krämer, *Platone e i fondamenti della metafisica*, Vita e pensiero, Milano, 1982, 2001, 179 ss., 311 ss., via via con i richiami opportuni), e alla scrittura (così tematizzata nel *Fedro* di Platone) come veleno, come gabbia di un pensiero che solo nel momento orale, dialogico e dialettico, si esprime pienamente, e tuttavia ambiguamente conserva le tracce di quel *logos* ad essa non completamente esterno (cfr. J. Derrida, *La Pharmacie de Platon*, 1968, tr. it. *La farmacia di Platone*, in Id., *La dissémination*, 1972, tr. it. *La disseminazione*, Milano, 1989, 101 ss.).

85. Già la traduzione del medesimo testo normativo in più lingue in contemporanea, sì da originare una sua nascita "plurilingue", come per lo Statuto di Roma, pone questioni rilevanti di "comparazione" linguistica. V. al riguardo E. Fronza-E. Malarino, *Die Auslegung von multilingualen strafrechtlichen Texten am Beispiel des Statuts für den internationalen Strafgerichtshof*, in *ZStW*, 118, 2006, 927 ss.

ARTICOLO SOTTOPOSTO A PEER REVIEW

Vincenzo Mongillo

La delega di funzioni in materia di sicurezza del lavoro alla luce del d.lgs. n. 81/2008 e del decreto 'correttivo'

Condizioni di ammissibilità e dovere di vigilanza del delegante

Sommario

1. Il riconoscimento legislativo dell'istituto ad opera del d.lgs. n. 81/2008, le modifiche apportate nel 2009 e i recenti rilievi della Commissione europea – 2. Una preliminare distinzione concettuale: atto di investitura in ruoli funzionali e delega di funzioni. – 3. I titolari del potere di delega *ex* art. 16 d.lgs. n. 81/2008. La subdelega. – 4. Il principio di generale delegabilità delle funzioni datoriali (art. 16, comma 1) e gli obblighi intrasferibili in via d'eccezione (art. 17). – 4.1. Criticità del divieto di delegare l'obbligo di valutazione dei rischi. – 5. Le condizioni di ammissibilità della delega di funzioni. – 5.1. I requisiti di carattere formale: conferimento ed accettazione per iscritto. – 5.1.1. (*Segue*) «Data certa». – 5.2. I requisiti di carattere materiale: professionalità ed esperienza del delegato. – 5.3. (*Segue*) Poteri di organizzazione, gestione e controllo e autonomia di spesa. – 6. Pubblicità della delega. – 7. Tassatività dei requisiti legali di validità della delega. L'irrilevanza delle dimensioni dell'impresa. – 8. Gli effetti della delega di funzioni secondo il d.lgs. n. 81/2008. Il recepimento dell'indirizzo dottrinale 'intermedio'. – 8.1. Natura giuridica del residuo dovere di vigilanza del delegante *ex* art. 16, comma 3. – 8.2. Il contenuto del dovere di vigilanza. Il tentativo di precisazione compiuto dal legislatore attraverso il nesso instaurato con il 'modello organizzativo 231'. – 8.3. Le perplessità dottrinali in merito al disposto dell'art. 16, comma 3 (seconda parte) e le possibili soluzioni. – 9. Assenza delle condizioni normative di ammissibilità della delega e responsabilità (a titolo omissivo) del delegato.

1 Il riconoscimento legislativo dell'istituto ad opera del d.lgs. n. 81/2008, le modifiche

Com'è noto, uno dei più significativi elementi di novità del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81 (c.d. 'testo unico' in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro – di seguito T.U.S.) è l'aver finalmente conferito un preciso statuto normativo all'istituto, di matrice essenzialmente giurisprudenziale e dottrinale, della "delega di funzioni" (artt. 16 e 17)[1].

1. Tra le prime disamine v. Amato, *Le novità normative in tema di "delega di funzioni"*, in *Cass. pen.*, 2009, 2096 ss.; 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 ss.; Crivellin, *La delega di funzioni tra dottrina, giurisprudenza e interventi legislativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, spec. 506 ss.; N. Pisani, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. Il commento*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 829-834; Id., *Posizioni di garanzia e colpa d'organizzazione nel diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, n. 1/2-2009, 123 ss. A seguito del decreto correttivo n. 106/2009, v. Basenghi, *I soggetti dell'obbligo di sicurezza*, in Basenghi-Golzio-Zini (a cura di), *La prevenzione dei rischi e la tutela della salute in azienda. Il testo unico e le nuove sanzioni*, Milano, 2ª ed., 2009, 194 ss.; R. 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 ss.; 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.; De Santis, *Il regime della responsabilità penale in materia di sicurezza del lavoro dopo il "correttivo" (d.lgs. 106/2009) al T.U.S. (d.lgs. 81/2008)*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 2-2010, spec. 127 ss., 132 ss.; Nisco, *La delega di funzioni nel testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in Curi (a cura di), *Sicurezza nel lavoro. Colpa di organizzazione e impresa*, Bologna, 2009, 101 ss.; Padovani, *La delega di funzioni, tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antiinfortunistica*, in *Cass. pen.*, 2011, 1581 ss.; Russo, *Delega di funzioni e obblighi del datore di lavoro non delegabili*, in Tiraboschi-Fantini (a cura di), *Il testo unico della salute e sicurezza sul lavoro dopo il correttivo (d.lgs. n. 106/2009)*, Milano, 2009, 337 ss.; Scarcella, *La delega di funzioni, prima e dopo il T.U.S. 81/08: continuità evolutiva e novità legislative nell'analisi comparativa*, in Bartoli (a cura di), *Responsabilità penale e rischio nelle attività mediche e d'impresa*, Firenze, 2010, 311 ss.; Vitarelli, *La disciplina della delega di funzioni*, in Giunta e Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro,* Milano, 2010, 37 ss.

apportate nel 2009 e i recenti rilievi della Commissione europea

In quest'occasione il legislatore non si è limitato – come con il previgente d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626 (art. 1, comma 4-*ter*) – a specificare le attività non delegabili dal datore di lavoro (cfr. ora art. 17 T.U.S.), e così a riconoscere, solo implicitamente e *a contrariis*, la facoltà del soggetto datoriale di ricorrere, per ogni diverso ambito di competenza originaria, alla delega[2]. Infatti, l'art. 16 T.U.S., pur non fornendo una definizione giuridica di tale strumento[3], ne codifica espressamente la struttura, i requisiti essenziali e gli effetti giuridici, sancendo così la sua definitiva irruzione nel diritto positivo. Successivamente, alcuni ritocchi alla disciplina sono stati apportati dall'art. 12 del d.lgs. 3 agosto 2009 n. 106 (di seguito "decreto correttivo"), intervenendo in particolare sulle questioni della subdelega e del dovere di vigilanza del delegante.

Merita segnalare che, da ultimo, la Commissione europea, con una lettera di messa in mora, ha aperto una procedura d'infrazione contro il nostro Paese[4] per il non corretto recepimento della direttiva 89/391/CEE, relativa all'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro. Tra i diversi rilievi, i primi riguardano proprio l'istituto della delega di funzioni disciplinata dal d.lgs. n. 81/2008. In sintesi, secondo la Commissione, la sua previsione legislativa, unitamente alla regola dettata dall'art. 16, comma 3, T.U.S., che fa residuare a carico del delegante solo un dovere di vigilanza, incerto nei contenuti, non direttamente sanzionato e "assolto" con la semplice "adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4", T.U.S., determinerebbero un'inammissibile "deresponsabilizzazione" del datore di lavoro nei confronti degli obblighi relativi alla salvaguardia della salute e sicurezza sul lavoro, e quindi una violazione dell'art. 5 della direttiva citata[5]. Analogo rilievo è formulato rispetto all'art. 16, comma 3-*bis*, T.U.S., in quanto esso limiterebbe l'obbligo di vigilanza al sub-delegante.

La prima impressione suscitata da tali censure è che le autorità europee non abbiano adeguatamente misurato la portata delle disposizioni denunciate alla luce dell'ordinamento italiano in tutta la sua articolazione e complessità. In ogni caso, riteniamo che anche la seguente disamina possa chiarire come tutto sia asseribile in merito alla legislazione vigente, tranne che essa avalli, attraverso l'istituto della delega, un'indiscriminata esenzione di responsabilità del datore di lavoro in materia antinfortunistica. In particolare, come evidenzieremo in seguito (v. spec. §§ 8.2 e 8.3), anche la presunzione di assolvimento del dovere di vigilanza in caso di adozione del modello di verifica *ex* art. 30 T.U.S. non può essere letta come strumento di de-responsabilizzazione del datore di lavoro, in quanto essa mira soltanto a precisare le possibili modalità di attuazione di un dovere – quello di sorveglianza sul delegato – che resta proprio ed esclusivo del delegante, e così anche ad agevolare la verifica processuale del suo diligente adempimento.

2

Una preliminare distinzione concettuale: atto di investitura in ruoli funzionali e delega di funzioni

La delega di funzioni è l'atto organizzativo di natura negoziale che opera la traslazione di specifici doveri ("funzioni") rilevanti in sede penale (riguardanti di norma il controllo di fonti di rischio per beni penalmente tutelati), unitamente ai poteri giuridico-fattuali necessari ad adempiere, dal titolare *ex lege* (garante 'originario') a un altro soggetto, che assume così la veste di garante 'derivato'.

Nella materia della tutela della salute e sicurezza negli ambienti di lavoro, già questa sintetica definizione consente di tracciare un primo fondamentale spartiacque tra l'*atto*

2. Cfr., per tutti, Culotta, *Il nuovo sistema sanzionatorio in materia di sicurezza ed igiene del lavoro e le responsabilità penali in caso di attività date in appalto*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1996, 960 ss.; Carmona, *Premesse a un corso di diritto penale dell'economia*, Padova, 2002, 248.

3. Contrariamente, infatti, a quanto asserito nella relazione allo schema di decreto legislativo, manca una "definizione legale della delega di funzioni da parte del datore di lavoro".

4. Procedura di infrazione 2010/4227, C(2011) 6692 def., 29 settembre 2011.

5. A norma dell'art. 5 in questione, l'obbligo del datore di lavoro di garantire la salute e la sicurezza dei lavoratori potrebbe essere derogato, o quantomeno attenuato, unicamente nel caso in cui vi siano circostanze estranee, eccezionali e imprevedibili, nelle quali non può rientrare, secondo la Commissione, la delega di funzioni.

d'investitura in ruoli funzionali tipizzati dalla legge (come quelli di datore di lavoro, "principale" e "settoriale", dirigente, preposto, medico competente, ecc.), e la vera e propria *delega di funzioni*[6].

La delega, in particolare, ha un'efficacia propriamente generatrice o '*costitutiva*' di un nuovo centro di imputazione penale, giacché al "delegato" in senso stretto vengono conferite – entro limiti che possono variare, sia sul piano normativo-astratto che concreto – quote di responsabilità funzionale di pertinenza *ab origine* del dante causa (in quanto titolare della particolare qualifica soggettiva richiesta dalla legge).

Diversamente, l'*atto attributivo di un incarico funzionale* ha natura – per così dire – puramente '*descrittiva*' di una determinata sfera di responsabilità, giacché il conferimento dei poteri tipicamente ricompresi nella qualifica richiamata dalla fattispecie legale determina l'assunzione a titolo originario, o *iure proprio*, dei corrispondenti obblighi prevenzionistici stabiliti dalla legge.

Ne consegue che, qualora nel definire l'organigramma aziendale si ricorresse ad atti organizzativi formalmente etichettati come "delega di funzioni" anche per attribuire – ad esempio – a dirigenti o preposti doveri che già gli spetterebbero *ope legis*, la loro valenza sarebbe comunque meramente 'enunciativa', cioè volta a esplicitare, con maggiore puntualità, competenze prevenzionistiche già specificate dall'ordinamento giuridico.

Effetti *stricto sensu* costitutivi potrebbero, comunque, profilarsi anche in relazione ad obblighi giuridici gravanti, in base al dettato legale, sia sul conferente che sull'accettante. Si pensi ai doveri prevenzionistici che il d.lgs. n. 81/2008 pone a carico tanto del datore di lavoro quanto dei dirigenti (es., gli obblighi generali di cui all'art. 18 T.U.S.). Orbene, la concreta garanzia facente capo ai secondi dipende sì dai poteri e incarichi ricevuti, ma entro ambiti funzionali che sono già definiti dalla legge – in termini generali e astratti – come una prosecuzione e uno sviluppo della garanzia principale del datore di lavoro: il dirigente, ai sensi dell'art. 2, lett. *d*), è la "persona che […] attua le direttive del datore di lavoro organizzando l'attività lavorativa e vigilando su di essa". Anche in questo caso, pertanto, la delega è lo strumento in grado di trasferire, entro gli spazi ammessi dalla legge, doveri funzionali esclusivamente propri del datore di lavoro (convertendoli nel dovere di vigilare sull'operato del delegato); mentre non è necessaria per investire il dirigente di responsabilità di cui è già normativamente gravato[7].

Quanto asserito, peraltro, trova conferma anche in più punti della disciplina vigente, che tratta separatamente gli incarichi funzionali che il vertice aziendale può – e talvolta, in base alla legge o alla diligenza ordinaria, deve – attribuire a dirigenti, preposti, medici competenti, membri del servizio di prevenzione e protezione, ecc., e la vera e propria "delega" di attribuzioni specifiche del datore di lavoro a terzi. In particolare, all'ordinaria articolazione di ruoli funzionali all'interno dell'organizzazione la legge fa chiaramente riferimento quando connette le figure del "dirigente" e "preposto" "*alla natura dell'incarico conferitogli*" (art. 2, lett. *d)* ed *e)* T.U.S.). Invece, il vero e proprio atto di trasferimento di funzioni, quale atto a forma vincolata e a contenuto tassativamente delineato dal legislatore, trova la sua disciplina altrove, vale a dire, *in positivo*, nell'art. 16 (condizioni di ammissibilità) e, *in negativo*, nell'art. 17 (doveri indelegabili).

6. Colgono esattamente questa fondamentale distinzione concettuale, nella più recente dottrina, Brusco, *La delega di funzioni*, cit., 2769; Vitarelli, *Profili penali della delega di funzioni. L'organizzazione aziendale nei settori della sicurezza del lavoro, dell'ambiente e degli obblighi tributari*, Milano, 2008, 6 ss., 106. Chiare indicazioni sul punto già in Fiorella, *Il trasferimento di funzioni nel diritto penale dell'impresa*, Firenze, 1985, 21 ss. Sul tema v., da ultimo, Padovani, *La delega di funzioni, tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antinfortunistica*, cit., anche per una ricostruzione dell'evoluzione del quadro normativo.

7. La giurisprudenza di legittimità se ne mostra consapevole quando nota che "l'individuazione del soggetto titolare, in via immediata e diretta, della posizione di garanzia, è questione la cui soluzione precede, logicamente e giuridicamente, quella della (eventuale) delega di funzioni": Cass., sez. IV, 28 gennaio 2009, n. 4123, Vespasiani, in *Guida al lav.*, n. 14/2009, 38.

3

I titolari del potere di delega *ex* art. 16 d.lgs. n. 81/2008. La subdelega

Come si evince dall'art. 16 T.U.S., che parla di "*delega di funzioni da parte del datore di lavoro*", il soggetto individuato dalla legge come destinatario primario (ancorché non esclusivo) dei doveri prevenzionali, è anche il principale fruitore di tale strumento organizzativo. Egli è legittimato a ricorrervi già in forza del dettato legale, non rilevando quindi, ai fini penali, disposizioni statutarie o altre norme endoaziendali eventualmente contrastanti[8].

Ante riforma si discuteva se la potestà di avvalersi di tale congegno organizzativo spettasse anche ad altre figure tipiche di garanti (si pensi, soprattutto, ai dirigenti). Prevalevano le osservazioni scettiche che, con l'entrata in vigore del nuovo testo unico, potrebbero apparire avvalorate dal dato testuale, stante la mancata menzione in seno all'art. 16 degli attori della prevenzione sottordinati al datore di lavoro. D'altra parte, la reticenza del legislatore sul punto ha suscitato, in dottrina, anche una lettura inversa, secondo cui proprio l'assenza di una norma che sancisca espressamente un divieto generale di delega dei doveri dirigenziali (o anche solo di alcuni fra essi, come fa l'art. 17 rispetto al datore di lavoro), convaliderebbe la prassi acquisita che contempla anche la delega di funzioni dal dirigente ai preposti[9].

Problemi affini si pongono per la c.d. *subdelega* (o delega di 'secondo grado'), strumento gestionale parimenti diffuso nelle aziende strutturalmente più articolate. Si tratta in questo caso di stabilire se il delegato possa a sua volta ridistribuire parte delle funzioni avute in affidamento.

La giurisprudenza sinora non ha prestato particolare attenzione alla questione; in qualche arresto, tuttavia, pur senza perentorie adesioni all'antico brocardo *delegatus delegare non potest*, è emersa una certa diffidenza per tale opzione organizzativa[10], in linea con il più diffuso sentire dottrinale[11].

Sul punto è, infine, direttamente intervenuto il decreto correttivo, interpolando un nuovo comma 3-*bis* nell'art. 16: "*Il soggetto delegato può, a sua volta, previa intesa con il datore di lavoro delegare specifiche funzioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro alle medesime condizioni di cui ai commi 1 e 2*".

Pertanto, a seguito di tale modifica, può senz'altro riconoscersi validità, in sede penale, anche al 'subtrasferimento' di funzioni. Alle condizioni generali di ammissibilità della delega, la legge ha però aggiunto ulteriori stringenti vincoli.

a) Innanzitutto, si esige la *previa autorizzazione* del datore di lavoro, che resta così, nel disegno normativo, il fondamentale detentore, sotto il profilo penalistico, del potere di delega, nonché il soggetto tenuto a 'vegliare' sull'organizzazione generale della sicurezza. Non è richiesta, in tal caso, la forma scritta, la quale peraltro potrebbe agevolare la dimostrazione dell'atto in sede giudiziale; e lo stesso può dirsi per l'eventuale documentazione dell'intesa tra datore di lavoro e primo delegato (utile ad attestare la sua anteriorità all'atto in esame).

La legge non precisa, però, se il *placet* datoriale possa essere corredato da direttive vincolanti in ordine ai nominativi o alle competenze funzionali da subdelegare. La tesi negativa muove dall'idea che ciò determinerebbe un'inammissibile compressione dell'autonomia decisionale del delegato "proprio con riferimento a uno degli aspetti più salienti, ossia l'organizzazione delle risorse umane"[12]. Ci sembra, però, che colga nel segno l'opinione favorevole: sarebbe contraddittorio riconoscere al datore di lavoro un potere di veto sulla subdelega, ma non l'autorità di "limitarla nei suoi destinatari e/o nella sua concreta articolazione"[13].

8. Conf. in dottrina, N. Pisani, *Posizioni di garanzia*, cit., 138; D'Alessandro, *La delega di funzioni*, cit., 1147. *Contra*, nella pregressa giurisprudenza, Cass., sez. III, 27 maggio 1996, n. 5242, Zanoni e altri, in *Cass. pen.,* 1997, 1868.
9. Così, Vitarelli, *La disciplina della delega*, cit., 50.
10. V., ad es., Cass., sez. IV, 29 dicembre 2008 n. 48313, in *ISL*, 2009, 441 ss., in cui si è rilevato, senza però un particolare approfondimento, che la subdelega al preposto era stata conferita "impropriamente dal dirigente".
11. Cfr., ad es., Soprani, *Sicurezza e prevenzione nei luoghi di lavoro*, Roma, 1998, 45.
12. Lageard-Gebbia, *Il divieto di subdelega sui doveri della sicurezza è solo un "mito" da sfatare?*, in *Amb. e sic.*, n.11-2009, 35.
13. Russo, *Delega di funzioni*, cit., 348.

b) In secondo luogo, il legislatore del 2009 ha voluto frapporre uno sbarramento a tecniche di devoluzione 'a cascata' dei compiti di prevenzione antinfortunistica, se non di artata proliferazione di deleghe 'fotocopia', nel sottinteso timore di eccessivi slittamenti verso il basso delle responsabilità *ab origine* datoriali. E' espressamente stabilito, infatti, che il delegato di secondo livello "*non può, a sua volta, delegare le funzioni delegate*". Si tratta di un limite particolarmente incisivo all'autonomia organizzativa dell'imprenditore (com'è noto, presidiata anche costituzionalmente *ex* art. 41 Cost., quale corollario della libertà di iniziativa economica privata). Ciò desta qualche perplessità, in quanto può avere ripercussioni negative sulle realtà imprenditoriali più complesse, con competenze assai differenziate e con numerosi livelli gerarchici.

c) La legge, infine, consente di destinare al subaccettante solo "*specifiche funzioni*". Quindi, per quanto ampia in concreto possa essere la quota di competenze destinata al delegato 'secondario', essa non potrà mai assorbire l'intero fascio di poteri-doveri oggetto della delega 'primaria'. Diversamente, peraltro, quest'ultima diverrebbe un ridondante passaggio intermedio tra il datore di lavoro e il destinatario finale delle funzioni.

Al pari, invece, del delegante primario, anche quello secondario è esplicitamente gravato dell'obbligo di vigilanza in ordine al corretto espletamento delle funzioni subtrasferite (con conseguente possibilità di corresponsabilità per *culpa in vigilando* nei reati commessi dal subdelegato). Nella specie, però, non si fa cenno alla possibilità di avvalersi del "*modello di verifica e controllo*" di cui all'art. 30, comma 4. Non sembra che tale silenzio debba essere interpretato come preclusivo: considerata l'assoluta identità, sul piano della natura giuridica e degli effetti, della delega primaria e della subdelega, non v'è motivo di ritenere che la vigilanza debba atteggiarsi differentemente nei due casi[14]. Ma anche ad opinare diversamente, sarebbe comunque irragionevole pretendere un controllo puntuale e continuativo sull'attività del subdelegato, che a dire il meno colliderebbe con il requisito dell'autonomia decisionale che deve essergli assicurata. Pertanto, come per il primo delegante, deve ritenersi sufficiente la predisposizione di presidi organizzativi in grado di assicurare una sorveglianza di carattere generale e principalmente a consuntivo sulla gestione della subdelega.

4

Il principio di generale delegabilità delle funzioni datoriali (art. 16, comma 1) e gli obblighi intrasferibili in via d'eccezione (art. 17)

L'ordinaria impossibilità per il soggetto apicale dell'ente (e spesso anche di singole unità produttive dotate di autonomia gestionale e finanziaria) di far fronte ad ogni più minuta prescrizione in tema di sicurezza, ha indotto il legislatore, con l'emanazione del nuovo 'testo unico', a riconoscere espressamente la delega di funzioni in sede penale. Sotto questo profilo, la prima indicazione da fornire all'interprete riguardava la stessa ammissibilità della delega; quesito cui il legislatore ha risposto affermativamente, sancendo un *principio di generale delegabilità* (art. 16, comma 1), il quale può incontrare eccezioni solo nei casi in cui la delega sia "*espressamente esclusa*"[15].

Le deroghe tassativamente previste segnano, pertanto, i limiti di trasferibilità delle funzioni in materia prevenzionistica, e così gli obblighi del datore di lavoro aventi natura strettamente personale.

Volendo soffermarsi, ora, sul significato di tali eccezioni, occorre muovere dalla considerazione che l'assunzione di qualsiasi decisione in materia prevenzionistica presuppone una *fase ricognitiva e valutativa* iniziale (c.d. *risk assessment*)[16], volta alla individuazione, quantificazione e documentazione degli sviluppi prevedibili – nocivi per l'incolumità e la salute dei lavoratori – di qualsiasi rischio insito nel ciclo produttivo.

14. Così R. Brunelli, *La delega di funzioni*, cit., 291. Dubitativamente, De Santis, *Il regime della responsabilità penale*, cit., spec. 127 ss., 132 ss.
15. Cfr. la *Relazione illustrativa al decreto*, cit.
16. Cfr. Pulitanò, *Sicurezza del lavoro, organizzazioni complesse, imputazione soggettiva*, 2007, reperibile su www.appinter.csm.it, 23. V. anche Padovani, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1163 s. e Veneziani, *I delitti colposi*, in Marinucci-Dolcini (a cura di), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, Padova, 2003, 398, per la distinzione tra momento "diagnostico" e momento "terapeutico" della valutazione dei rischi.

Ciò rappresenta il basamento su cui può poggiare un razionale *governo dei rischi* (*risk management*), e quindi l'accurata disamina, selezione ed applicazione delle regole cautelari volte ad eliminare o, ove ciò non sia possibile, minimizzare i rischi in relazione alle conoscenze tecnico-scientifiche disponibili (art. 15, comma 1, lett. *c)*). In definitiva, ciò che implicitamente si richiede, secondo i consolidati parametri della colpa, all'agente modello[17], è stato sublimato, in questo settore normativo, nel "dovere di adottare una disciplina specifica, articolata e dinamica, documentalmente verificabile, alla quale il datore di lavoro resta poi vincolato"[18].

Ebbene, nell'ambito dell'estesa garanzia originariamente gravante sul datore di lavoro, il 'nucleo duro', non intaccabile neppure mediante un atto di delega, è rappresentato proprio dalla *programmazione iniziale* dell'attività prevenzionistica. Infatti, replicando una scelta compiuta dalla previgente legislazione in materia[19], l'art. 17 T.U.S. individua gli adempimenti non delegabili da parte del datore di lavoro nei seguenti:

a) *valutazione di tutti i rischi* per la salute e la sicurezza, e relativo *documento scritto* avente data certa che, ai sensi dell'art. 28, deve evidenziare, tra l'altro, le risultanze dell'attività valutativa, le misure di prevenzione e di protezione dai rischi individuati e il programma delle misure opportune a garantire il miglioramento nel tempo dei livelli di sicurezza, ed altresì deve "rispettare le indicazioni previste dalle specifiche norme sulla valutazione dei rischi contenute nei successivi titoli del presente decreto"[20];

b) *designazione del responsabile del servizio di prevenzione e protezione* dai rischi (RSPP).

A ciò può aggiungersi il dovere residuo di vigilanza del delegante, il quale pure sembra rientrare, alla luce del disposto dell'art. 16, comma 3, nel nucleo essenziale ed intangibile della garanzia datoriale (v., sul punto, § 8.3).

E' pacifico, poi, che ove il datore di lavoro pretendesse di trasferire a terzi quelli che, per espressa *voluntas legis*, sono tratti indelebili delle sua posizione di garanzia, l'atto di delega non diverrebbe, per ciò solo, invalido *in toto*, ma potrebbe produrre i suoi effetti almeno nei limiti delle funzioni legittimamente delegabili[21].

In ordine agli obblighi non delegabili del datore di lavoro, v'è un'ultima considerazione da fare, che trascende lo specifico settore dell'antinfortunistica. Lo stesso conferimento della delega è espressione di supremazia gerarchica (cfr. artt. 2082, 2086 e 2014 c.c.) all'interno dell'ente; essa quindi rappresenta un momento di coagulo di poteri di carattere generale che il delegante conserva finché occupi una certa carica apicale[22]. In quest'ottica, egli non può esimersi dall'attivarsi per l'impedimento di fatti illeciti quando sia venuto a conoscenza di inerzie o negligenze del delegato[23]. Tale consapevolezza potrà essere acquisita nel modo più vario: segnalazioni circostanziate di lavoratori, verificarsi di infortuni le cui modalità costituiscano anche per l'inesperto seri segnali di allarme, diffide di autorità pubbliche, scoperta accidentale, ecc. Un'inerzia consapevole e ingiustificata del delegante potrà così fondare una responsabilità penale omissiva, e talvolta persino una compartecipazione attiva, quando la c.d. politica di impresa,

17. Cfr., nella manualistica tedesca, anche per i richiami bibliografici, Jescheck-Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts – AT*, 5ª ed., Berlin, 1996, § 55.I.2-3, in merito all'identificazione e valutazione corretta del rischio quale dovere di "diligenza interna" cui segue "il dovere di porre in essere un comportamento esterno adeguato, al fine di scongiurare la realizzazione dell'evento tipico" ("diligenza esterna").

18. Padovani, *Il nuovo volto del diritto penale del lavoro*, cit., 1164.

19. Cfr. Culotta-Di Lecce-Castagliola, *Prevenzione e sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 4ª ed., 1996, 137.

20. In questa incombenza può ritenersi logicamente ricompresa anche la rielaborazione della valutazione dei rischi e del corrispondente documento, da effettuare nei casi specificati dall'art. 29, comma 3. V., per un caso di condanna del datore di lavoro dovuta a omessa valutazione del rischio-amianto, Cass., sez. IV, 20 gennaio 2011, n. 1741, inedita.

21. In tal senso v. Cass., sez. IV, 27 febbraio 2008, n. 8620, Signorelli, in *Isl*, n. 6/2008, 362.

22. Sul subentro in una carica organizzativa e nella correlata posizione di garanzia, v. Gargani, *Ubi culpa, ibi omissio. La successione di garanti in attività inosservanti*, in *Ind. pen.*, 2000, spec. 581 ss.

23. In tal senso, in giurisprudenza, Cass., sez. III, 1 ottobre 1980, in *Mass. Cass. pen.*, 1982, 364 s. I teorici della rilevanza puramente soggettiva della delega vedono, invece, nella persistente responsabilità del delegante in questi casi, un'ulteriore riprova dell'irrilevanza della delega sotto un profilo 'oggettivo': cfr. Padovani, *Diritto penale del lavoro. Profili generali*, 2ª ed., 1983, 75.

forgiata dal datore di lavoro, fomenti, incoraggi o tolleri apertamente le violazioni del delegato, nell'intento – ad esempio – di risparmiare sui costi della sicurezza o comunque di conseguire, più facilmente, gli obbiettivi di *business*[24].

4.1 Criticità del divieto di delegare l'obbligo di valutazione dei rischi

Nelle contravvenzioni prevenzionali imperniate sulla violazione degli *obblighi indelegabili* del datore di lavoro (cfr. commi 1 lett. *b)*, 3 e 4 dell'art. 55), è come se la condotta tipica ricevesse il suo precipuo significato e disvalore dalla peculiare posizione funzionale del soggetto qualificato, che trova nella normativa extra-penale la sua fonte genetica. Sul piano concorsuale, inoltre, l'intangibilità degli obblighi datoriali in materia di programmazione della sicurezza comporta che egli, in linea di principio, possa essere chiamato a rispondere – sul presupposto di un'errata o lacunosa valutazione dei rischi – anche di qualsiasi evento lesivo direttamente imputabile a soggetti parimenti titolari di competenze organizzativo-gestionali (il delegato alla sicurezza o anche un dirigente non delegato, rispetto, ad es., all'organizzazione dei turni e carichi di lavoro)[25]. In questo caso, quindi, il datore di lavoro risponderà non per aver mancato di sovrintendere sul comportamento del soggetto da lui designato (o comunque investito di compiti dirigenziali), ma per non avere adeguatamente costruito, a monte, il *frame* entro cui deve innestarsi l'attività decisionale e operativa dei gestori intermedi e finali della sicurezza. Ne risulta, evidentemente, un sensibile ridimensionamento degli stessi benefici che il datore di lavoro può ottenere mediante il ricorso alla delega.

Il limite essenziale di questa impostazione è legato proprio alla natura eminentemente tecnico-specialistica delle valutazioni implicate nelle scelte gestionali afferenti alla sicurezza sul lavoro. La pianificazione iniziale della sicurezza è la fase più delicata e complessa della prevenzione dei rischi e richiede – più che *poteri* formali – *saperi*, i quali travalicano, di norma, le abilità organizzativo-manageriali del soggetto di vertice. Egli potrà anche avvalersi dell'apporto di tecnici (es. figure previste dalla stessa legge come il RSPP, oppure consulenti esterni), ma dovrà comunque assumersi la piena paternità delle scelte compiute dai propri collaboratori, senza avere, di fatto, la possibilità di controllarne la correttezza. La definizione del sistema di gestione della sicurezza e la programmazione degli interventi migliorativi esige, inoltre, un impegno scrupoloso e una dedizione costante (anche in vista dell'aggiornamento delle misure), che un amministratore normalmente non può assicurare, per non abdicare alle sue stesse tipiche mansioni[26].

Come cercare, allora, quantomeno di circoscrivere entro margini più ragionevoli la responsabilità datoriale connessa agli obblighi *ex lege* indisponibili?

Un primo temperamento, per così dire quantitativo, viene dalla possibile coesistenza, alla stregua della legislazione antinfortunistica, di una pluralità di soggetti ugualmente rivestiti della qualifica di "datore di lavoro" in seno alla medesima realtà societaria[27]: non solo il responsabile dell'ente nel suo complesso, ma anche coloro che, in quanto titolari dei poteri decisionali e di spesa, abbiano la responsabilità di un singolo "stabilimento o struttura finalizzati alla produzione di beni o all'erogazione di servizi, dotati di autonomia finanziaria e tecnico funzionale" (art. 2, comma 1, lett. *b)*)[28]. Ciò implica che l'attività di *risk assessment* e la stesura del relativo documento, in relazione ai rischi

24. Sulle conseguenze della tolleranza della condotta criminosa del delegato, che in talune circostanze può tradursi in positiva induzione, v. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 237 ss.

25. Cfr. Pulitanò, voce *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale)*, *Dig. disc. pen. (agg.)*, I, Torino, 2000, 391.

26. Sono queste, essenzialmente, le ragioni che spinsero Federico Stella ad esprimere forti riserve sulla ragionevolezza di tale impianto normativo, osservando, in particolare, che la valutazione del rischio è un problema di cui dovrebbe farsi carico l'intera comunità, mentre il suo affidamento in via rigorosamente esclusiva al datore di lavoro può condurre a forme di responsabilità 'di posizione' in violazione dell'art. 27, comma 1, Cost.: v. Stella, *La costruzione giuridica della scienza: sicurezza e salute negli ambienti di lavoro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 55 ss., spec. 65 ss. Per una diversa impostazione del problema, Pulitanò, *Il diritto penale fra vincoli di realtà e sapere scientifico*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 822 s.

27. Cfr., sul punto, di recente Alagna, *Il datore di lavoro: concetto e posizione di garanzia*, in Curi (a cura di), *Sicurezza nel lavoro*, cit., 85.

28. Si tratta di un'ipotesi particolarmente frequente nelle c.d. "imprese a rete", connotate da una diffusione capillare sul territorio e, in genere, nelle imprese c.d. multidivisionali.

che si propagano all'interno di autonome articolazioni produttive dell'impresa, sia di competenza del datore di lavoro, per così dire, di "secondo livello" o "periferico", salvo ovviamente che per le problematiche gestionali di carattere trasversale o generale[29].

In secondo luogo, nel caso – come visto abituale – in cui il soggetto di vertice sia sprovvisto delle competenze e/o del tempo necessari al compimento della valutazione dei rischi, e si avvalga così di soggetti professionalmente qualificati, si ritiene in dottrina che la sua responsabilità vada esclusa, in presenza di stime e analisi erronee dei consulenti, sul piano 'soggettivo' della colpevolezza. In tal modo verrebbero scongiurati addebiti di posizione contrastanti con il principio costituzionale di cui all'art. 27, commi 1 e 3, Cost.[30].

Residuano, tuttavia, delle criticità.

Innanzitutto, l'impossibilità di creare, nel caso di specie, posizioni di garanzia derivate, stante la natura indelegabile della valutazione dei rischi, può condurre a preoccupanti vuoti di responsabilità, pur in presenza di negligenze obiettivamente accertabili: esonero del delegante per assenza di rimproverabilità e dell'incaricato per mancanza della titolarità di una posizione di garanzia.

Inoltre, va notato che la giurisprudenza tende ad interpretare il ruolo del datore di lavoro, rispetto alle funzioni indelegabili, in modo assai più incisivo della dottrina, vale a dire alla stregua di "un obbligo preciso di informarsi preventivamente sui rischi presenti nell'azienda ai fini della loro valutazione e di verificare successivamente se il documento redatto affronti adeguatamente i temi della prevenzione e della protezione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali tenendo conto delle informazioni acquisite sull'esistenza dei rischi"[31]. Sennonché, resta difficile comprendere come possa un datore di lavoro privo delle necessarie abilità specialistiche vagliare preventivamente quali siano i rischi più significativi all'interno dell'ente e soprattutto se il documento redatto prospetti soluzioni adeguate a fronteggiarli.

5 Le condizioni di ammissibilità della delega di funzioni

Sul datore di lavoro pende, comunque, anche un'ulteriore ampia gamma di adempimenti volti alla tutela delle condizioni di sicurezza del lavoro, i quali invece sono lecitamente e integralmente trasferibili ad altri soggetti, secondo la regola generale fissata dall'art. 16, comma 1[32]. Rientrano in quest'ambito gli obblighi posti a carico sia del datore di lavoro che dei dirigenti (nell'ambito delle loro attribuzioni e competenze) dall'art. 18 T.U.S.[33], cui vanno aggiunti quelli dettati per singole tipologie di rischio lavorativo (v. titoli da II a XI), purché ovviamente non riconducibili al *genus* degli adempimenti indelegabili (valutazione dei rischi specifici).

L'art. 16 precisa anche i "*limiti*" e le "*condizioni*" alle quali tali funzioni possono essere delegate.

Sotto questo profilo, esso non ha "codificato" tutti i requisiti di validità sedimentatisi nella diuturna opera creatrice della giurisprudenza. Inoltre, essendo stata l'elaborazione giudiziale dell'istituto a lungo fluttuante, il legislatore non ha potuto certo limitarsi a prendere atto di un assetto di disciplina stabile ed incontroverso, ma ha dovuto compiere talune essenziali scelte politico-criminali che, nella specie, si sono orientate, non solo verso un condivisibile ripristino della legalità in materia, ma anche verso una più discutibile trascrizione degli orientamenti giurisprudenziali improntati al più accentuato formalismo[34].

29. Cfr. Veneziani, *I delitti colposi*, cit., 428 ss.
30. V., in particolare, Pulitanò, *Sicurezza del lavoro, organizzazioni complesse*, cit., 21; Mezzetti, in Ambrosetti-Mezzetti-Ronco, *Diritto penale dell'impresa*, Bologna, 2ª ed., 2009, 63, 76 s.
31. Cfr. Cass., sez. IV, 6 febbraio 2004, n. 4981, Ligresti, in *Dir. prat. lav.*, 2004, 1919.
32. Cfr. la Relazione illustrativa al decreto, cit.
33. Nel previgente sistema v. art. 4 d.lgs. n. 626/1994.
34. L'opzione del legislatore per soluzioni rigidamente formali è stata rimarcata sin dai primi commenti alla riforma: favorevolmente v. Brusco, *La delega*

Così, ai requisiti materiali dell'idoneità tecnico-professionale del delegato e della devoluzione di autonomi poteri decisionali e finanziari, sono state aggiunte le condizioni formali e procedimentali del conferimento e dell'accettazione in forma scritta, della data certa e della tempestiva pubblicità della delega.

5.1 I requisiti di carattere formale: conferimento ed accettazione per iscritto

Il legislatore della riforma ha ritenuto di tale importanza i profili formali dell'esercizio del potere datoriale di delega, che il catalogo normativo delle condizioni di ammissibilità si apre proprio con un requisito di natura documentale: la delega è ammessa, anzitutto, se "*essa risulti da atto scritto recante data certa*" (lett. *a)*). In perfetta simmetria, il legislatore esige che anche l'*accettazione* della delega – la cui necessità ne chiarisce la natura di negozio bilaterale (contrattuale), anziché di mero atto unilaterale recettizio[35] – sia documentata per iscritto (lett. *e)*).

La pretesa legislativa di una rigorosa documentazione del trasferimento di funzioni sembra dettata, oltre che dall'invalsa concezione della delega quale "eccezione a favore di colui che è il principale destinatario delle norme antinfortunistiche e dei relativi obblighi"[36], dalla preferenza accordata ad istanze di certezza nella ripartizione di funzioni prevenzionistiche rispetto all'ordinario regime della prova nel processo penale. Il requisito in esame, infatti, non solo potrebbe agevolare una maggiore consapevolezza degli effetti dell'atto da parte sia del delegante che del delegato (nonché la sua conoscibilità da parte di terzi), ma permette di risolvere, sul piano sostanziale (della validità della delega), le consuete difficoltà probatorie inerenti all'identificazione dei responsabili di illeciti commessi in seno ad organizzazioni complesse.

Sennonché, il presupposto *de quo* non rappresenta la mera traslitterazione legislativa di un pacifico assunto giurisprudenziale, ma è frutto della selezione, tra i diversi orientamenti affiorati al suo interno, dell'opzione improntata al più ortodosso formalismo. Prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2008 si scontravano, infatti, diversi indirizzi in merito alle modalità di esteriorizzazione della delega (o della sua prova in giudizio) e del consenso dell'incaricato.

a) L'esigenza che la delega fosse formalizzata con atto scritto (avente data certa), perché potesse produrre effetti liberatori per il delegante, era appannaggio dell'*indirizzo formalistico* tradizionale[37].

Non sempre era chiaramente evincibile dai dicta giurisprudenziali se tale forma fosse richiesta *ad substantiam* (quale condizione, cioè, di diritto sostanziale che concorre a 'costituire' la delega quale atto penalmente significativo)[38] o piuttosto ad probationem, quale dato essenziale per la sua dimostrazione in giudizio[39]. Il legislatore, ora, sembra aver propeso per la prima connotazione, evocata proprio dall'inserimento nelle condizioni di ammissibilità della delega[40]. In dottrina, però, è stata argomentata anche la tesi contraria, sul rilievo che la necessità del dato formale ai soli fini della

di funzioni, cit., 2768, quanto meno in ottica di maggiore certezza giuridica; Nisco, *La delega di funzioni*, cit., 113 s., sebbene interpretando la forma scritta come regola di diligente organizzazione, con tutto ciò che ne consegue in punto di accertamento della colpa; criticamente, invece, Manna, *Il diritto penale del lavoro tra istanze pre-moderne e prospettive post-moderne*, in *Arch. pen*., 2011, n. 2, 3; Vitarelli, *La disciplina della delega*, cit., 40.

35. In senso conf. Manna, *Il diritto penale del lavoro*, cit., 3. La giurisprudenza già annoverava l'accettazione, "libera e consapevole", tra i requisiti di efficacia della delega (da ultimo, Cass., sez. IV, 3 ottobre 2008, n. 38006, inedita), da cui la dottrina desumeva la natura contrattuale della delega: sia consentito, sul punto, il rinvio a Mongillo, *Il trasferimento di posizioni di garanzia nell'impresa tra diritto penale e processo*, in *Cass. pen*., 2005, 3982.

36. Così, Cass., sez. IV, 8 marzo 1995, n. 6284, cit.

37. Da ultimo, in materia antinfortunistica, v. Cass., sez. IV, 30 settembre 2008, n. 37083, inedita; Id., 1 luglio 2003, n. 27939, Benedetti, in *Dir. e prat. lav.* 2003, 2101; Id., 20 febbraio 2003 n. 18319, Saeli, *ivi*, 2003, 2100.

38. Questo sembra essere il caso, ad es., di Cass., sez. III, 6 giugno 2003, n. 24800, Lodovichi, in *Dir. e prat. lav.*, 2003, 2102.

39. In questo senso, per es., Cass., sez. III, 1 giugno 2000, n. 22326, in *ISL*, 2001, 437, secondo cui la delega non può essere comprovata mediante testimoni.

40. Così, ad es., Amato, *Le novità normative*, cit., 2099; Brusco, *La delega di funzioni*, cit., 2781; Crivellin, *La delega di funzioni*, cit., 508; D'Alessandro, *La delega di funzioni*, cit., 1151; Giuliani, *Dirigenti, preposti e delega di funzioni*, in Santoro Passarelli G. (a cura di), *La nuova sicurezza in azienda. Commentario al Titolo I del D.Lgs. n. 81/2008*, Milano, 2008, 125; Pascucci, *Prime osservazioni sul Titolo I del D.Lgs. 81 del 2008 (parte II)*, in www.uniurb.it/olympus; Valentini, *La «vecchia modernità» del diritto penale della sicurezza sul lavoro: due pseudo-riforme*, in Basenghi-Golzio-Zini (a cura di), *La prevenzione dei rischi*, cit., 296, nt. 120; Vitarelli, *La disciplina della delega*, cit., 41.

dimostrazione in giudizio, oltre ad essere rivelata dall'uso del verbo "risultare" (sinonimo di "documentare")[41], attenuerebbe la contraddizione latente con il principio di effettività sancito dall'art. 299 T.U.S. (intitolato all'"esercizio di fatto di poteri direttivi")[42].

Quale che sia la ricostruzione sistematica più plausibile, le due opzioni paiono sostanzialmente equiparabili sul piano pratico e parimenti problematiche sul piano dei principi generali.

Dal primo punto di vista, basti osservare che nel vissuto applicativo, le costruzioni relative a concetto e prova sono spesso sostanzialmente intercambiabili[43], cosicché anche i piani della validità formale della delega e della sua dimostrazione giudiziale sono tra loro strettamente interconnessi.

Anche nell'ottica dei principi generali dell'ordinamento, la condizione *de qua* manifesta evidenti incrinature, sia ad inquadrarla tra i requisiti di validità della delega che tra quelli aventi una finalità probatoria.

Come requisito costitutivo dell'atto di delega, la forma scritta – oltre a rappresentare un'ipotesi residuale persino nella sfera negoziale civilistica – appare totalmente estranea ai principi fondamentali e agli scopi del diritto penale sostanziale (cui interessano, più che ritualismi formali, la meritevolezza di pena di certe condotte e l'efficace tutela dei beni giuridici[44]). Non sembra, infatti, che l'enfasi sul rispetto delle forme possa eo ipso incrementare gli standard di sicurezza, potendo anzi fomentare, talvolta, prassi di conformità esclusivamente documentale. D'altra parte, a fronte di una delega effettiva, ancorché non formalizzata per iscritto, la punibilità del datore di lavoro che abbia anche adeguatamente controllato sulla sua esecuzione, solo per la carenza di un requisito puramente documentale, farebbe sorgere forti dubbi di costituzionalità per violazione dell'art. 27, comma 1, Cost.[45].

Invece, la configurazione della forma scritta come vincolo probatorio per il delegante, innanzitutto contrasta con il principio in dubio pro reo (desumibile dall'art. 27, comma 2, Cost.), in relazione al conferimento della delega e quindi alla tipicità dell'omissione[46]. In realtà, un documento avente data certa può consentire di dimostrare – salvo che sia comprovata la sua falsità – in modo pieno e incontrovertibile il suo conferimento (e l'anteriorità ai fatti in contestazione): uno standard probatorio, questo, ordinariamente richiesto all'accusa ai fini della prova della reità dell'imputato, e non alla difesa per la dimostrazione di fatti favorevoli. In secondo luogo, la forma scritta ad probationem collide con i principi su cui poggia il sistema delle prove nel processo penale: libertà dei mezzi di prova per le parti (art. 189 c.p.p.)[47] e libero convincimento del giudice (cfr. art. 192, comma 1, c.p.p.). Di norma, infatti, non si ammettono, nel nostro ordinamento processuale penale, presunzioni contra reum di maggiore efficacia conoscitiva e, specularmente, di radicale inefficacia, di determinati mezzi di prova; né il giudice viene vincolato a paradigmi gnoseologici predeterminati.

b) In più, la presa di posizione del legislatore risulta persino più esigente del pur rigoroso indirizzo che nell'ultimo decennio stava prendendo il sopravvento nella giurispru-

41. Cfr. N. Pisani, *Profili penalistici del testo unico*, cit., 830; similmente, Alessandri, *Diritto penale e attività economiche,* Bologna, 2010, 181 ["la necessità di un atto scritto, con data certa, evoca un problema di prova, più che di sostanza"].

42. Rileva tale distonia, anche Bellina, *Esercizio "di fatto" di poteri direttivi e responsabilità penale*, in *Dir. e prat. lavoro*, 2009, 429. Tuttavia, secondo Blaiotta, *L'imputazione oggettiva nei reati di evento alla luce del Testo unico sulla sicurezza del lavoro*, in *Cass. pen*., 2009, 2268, essa "scompare se si ritiene […] che le figure dei garanti abbiano una originaria sfera di responsabilità che non ha bisogno di deleghe per essere operante, ma che deriva direttamente dall'investitura o dal fatto".

43. Cfr., per tutti, Volk, *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo*, Napoli, 1998, spec. 25, 88 s., 98 ss., con specifico riferimento al tema della causalità.

44. Contesta la necessità del "perfezionarsi di certi formalismi, pur pienamente giustificati sotto altra prospettiva giuridica", Fiorella, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 316.

45. Similmente Russo, *Delega di funzioni*, cit., 340.

46. Cfr. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 324.

47. Cfr. Bellagamba-Cariti, *La responsabilità penale per infortuni sul lavoro*, Torino, 1998, 38.

denza della Cassazione[48], la quale, nel ritenere imprescindibile la prova "certa" (l'atto di delega "deve essere espresso, inequivoco e certo"[49]) o "rigorosa"[50] della delega (sia in ordine al suo rilascio che al suo contenuto specifico[51]) da parte del delegante, si mostrava quantomeno disponibile a soprassedere sulla produzione di un documento scritto[52]. Insomma: onere della prova a carico del delegante[53] (ben al di là di un onere di mera allegazione, vale a dire di introdurre un principio di prova sul fatto a lui favorevole[54]); ma possibilità di provare in modo pieno e certo la delega anche mediante testimoni e/o sulla base di ulteriore documentazione aziendale (es. organigrammi, mansionari, ordini di servizio, assegnazioni di budget di spesa, ecc.).

c) Sulla base di quanto precede potrebbe ritenersi che la disciplina dettata dall'art. 16 abbia *a fortiori* opposto uno sbarramento insormontabile alla corrente giurisprudenziale 'sostanzialistica', affiorata verso la fine dello scorso secolo, e accolta positivamente in dottrina come "una sorta di mini rivoluzione copernicana"[55] .

Secondo tale indirizzo, nel ricostruire i diversi ambiti individuali di responsabilità nelle strutture societarie maggiormente complesse, rileva – più che l'esistenza di deleghe formali – la "struttura[56] o "realtà effettiva"[57] dell'impresa, e quindi la reale articolazione dei compiti (come desumibile dalla normativa interna aziendale o dai contratti collettivi e individuali)[58].

Sennonché, ci sembra che le cadenze formalistiche della riforma del 2008 non abbiano irrimediabilmente soppiantato tale chiave di lettura. Infatti, la questione affrontata, con accenti di novità, da questo filone giurisprudenziale è, a ben vedere, quella preliminare dell'individuazione e delimitazione dei diversi ambiti di competenza prevenzionistica dei garanti *ex lege* (nella specie il datore di lavoro 'generale' e, ove presente, 'di settore'[59], i dirigenti e i preposti), costituiti nelle rispettive posizioni di garanzia non da un atto di delega, ma – come detto – attraverso atti di investitura in ruoli funzionali (§ 2). Da ciò sembra discendere la tesi della superfluità di deleghe formali o cartacee per tutto ciò che esula dall'ambito delle funzioni originariamente proprie del solo datore di lavoro[60].

48. Lo nota anche D'Alessandro, *La delega di funzioni*, cit., 1149.

49. Cfr., *ex plurimis*, Cass., sez. IV, 5 maggio 2011, n. 36605, in *Guida al dir.*, 2012, 2, 69; Id., 22 aprile 2008, 16465, in *Giur. it.*, 2009, 442 ss., con nota di Morone.

50. Limitatamente alla materia antinfortunistica v., ad es., Cass., sez. IV, 7 febbraio 2007, n. 12800, Ferrante, rv. 236196.

51. Cfr., ad es., Cass., sez. IV, 11 novembre 2009, n. 45931, in *Guida al dir.* 2010, Dossier n. 2, 76.

52. In dottrina, a favore di questo orientamento, Tofacchi-Salazar, *Scelte datoriali e responsabilità sociale*, in *Dir. prat. lav.*, 2002, 1447. Criticamente, Fiorella, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 323; Mongillo, *Il trasferimento di posizioni di garanzia*, cit., 3988 s., per le ragioni ribadite nel testo; Piva, *Delega di funzioni: oneri probatori, presunzioni e regole di esperienza*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, 732.

53. Esplicita sul punto Cass., sez. IV, 30 aprile 2008, n. 17515, inedita, secondo cui "trattandosi di una causa di esclusione di responsabilità, [la delega] deve essere dimostrata da chi l'allega".

54. Infatti, benché l'*onere di allegazione* non possa essere soddisfatto ventilando una circostanza del tutto ipotetica (cfr. Stella, *Giustizia e modernità*, Milano, 2005, 205), non esige neppure una prova certa o oltre ogni ragionevole dubbio (come per l'*onere della prova* sostanziale gravante sull'accusa): basta "indicare con sufficiente precisione i fatti e […] introdurre almeno un principio di prova" (Tonini, *Manuale di procedura penale*, 11ª ed., Milano, 2010, 240). Sul tema v. anche E. Esposito, *Onere della prova*, in *Dig. disc. pen.*, Agg., Torino, 2008, 752, 755, 759 ss.

55. V. Stella, *Criminalità di impresa: nuovi modelli d'intervento*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1999, 1263; analogamente Centonze, *Ripartizione di attribuzioni aventi rilevanza penalistica e organizzazione aziendale. Un nuovo orientamento della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, 369. Ritiene, invece, che tali sentenze abbiano nella sostanza ribadito concetti già noti, Veneziani, *I delitti colposi*, cit., 416.

56. Cfr., Cass., sez. IV, 3 marzo 1998, n. 548, Brambilla, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 364 ss.

57. Cfr. Cass., sez. IV, 26 aprile 2000, n. 7402, Mantero, cit.; Id., 17 settembre 2004, n. 36774, Capaldo, rv. 229694.

58. All'indirizzo in esame possono essere ricondotte, tra le altre, anche Cass., sez. IV, 6 febbraio 2007, n. 12794, Chirafisi, rv. 236279; Cass., sez. IV, 2 ottobre 2003, n. 37470, Boncompagni, in *Cass. pen.*, 2004, 2126; Id., 8 maggio 2001, n. 20176, Fornaciari, rv. 219842; Cass., sez. III, 26 febbraio 1998, n. 4304, Caron, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2000, 364 ss. (circa la contravvenzione *ex* art. 5, lett. *d*), l. n. 283/1962).

59. Si ricorda che, ai sensi dell'art. 2, lett. *b*) d.lgs. n. 81/2008, la qualifica di "datore di lavoro" spetta anche a chi abbia la responsabilità di una singola unità produttiva autonoma dal punto di vista finanziario e tecnico- funzionale.

60. Analogamente, Padovani, *La delega di funzioni, tra vecchio e nuovo sistema di prevenzione antiinfortunistica*, cit., 1590 s., secondo cui la delega è l'unico strumento idoneo ad investire un diverso soggetto dei relativi adempimenti solo nel caso di "funzioni esclusivamente proprie del datore di lavoro".

5.1.1 (Segue) "Data certa"

La lett. a) del comma 1 dell'art. 16, richiede anche che l'atto scritto in cui è racchiusa la delega rechi "data certa". Si vuole in questo modo assicurare l'apposizione sul documento di "una data che non sia falsificabile da soggetti terzi compiacenti"[61]. Come conseguenza, però, anche nei casi in cui le funzioni siano state effettivamente assunte dal delegato in un momento anteriore a quello in cui il conferimento risulti in modo incontrovertibile per iscritto, solo da questa data la delega potrebbe acquisire efficacia in sede penale nei riguardi del delegante.

Le modalità idonee a soddisfare quest'ulteriore pretesa formale hanno generato subito forti dubbi nella prassi operativa.

Per sciogliere tale incertezza può rivelarsi utile uno sguardo alle delucidazioni fornite dal Garante per la Privacy[62] in ordine all'analogo requisito richiesto per l'atto disciplinato dall'art. 1 della l. 3 novembre 2000, n. 325[63]. Il Garante osservò, anzitutto, che il requisito della "data certa" "si collega con la comune disciplina civilistica in materia di prove documentali e, in particolare, con quanto previsto dagli artt. 2702-2704 del codice civile". Il provvedimento in questione fornì, poi, anche indicazioni sulle principali modalità per assicurare la certezza della data, le quali paiono esaustive anche ai fini della delega di funzioni prevenzionistiche: l'atto pubblico (normalmente utilizzato nelle imprese di medie e grandi dimensioni) e la scrittura privata autenticata da un notaio o da un altro pubblico ufficiale a ciò autorizzato, ma anche altri fatti che consentano di stabilire in modo ugualmente sicuro la collocazione temporale del documento. Rientrano in quest'ultimo ambito, la c.d. "autoprestazione" presso uffici postali, con apposizione del timbro direttamente sul documento avente corpo unico, anziché sull'involucro che lo contiene (art. 8 del d.lgs. 22 luglio 1999, n. 261)[64]; l'apposizione della c.d. marca temporale sui documenti informatici (v. ora d.P.C.M. 30 marzo 2009, n. 38840); l'uso della posta elettronica certificata ai sensi del d.P.R. 11 febbraio 2005 n. 68; e così via.

Va notato, infine, che la "data certa" non è espressamente richiesta per l'accettazione del delegato. Ciò sembra frutto di una mera svista legislativa, da colmare in via interpretativa, a pena di un insanabile contrasto con la pretesa legislativa di una formalizzazione del momento del trapasso delle responsabilità[65].

5.2 I requisiti di carattere materiale: professionalità ed esperienza del delegato

La lett. b) dell'art. 16 codifica una condizione 'soggettiva' di validità della delega, pure mutuata dal diritto vivente giurisprudenziale: il possesso da parte del delegato di "*tutti i requisiti di professionalità ed esperienza*" richiesti dalla peculiare natura delle funzioni cui venga deputato.

Con tale formula la legge pare evocare non una generica capacità organizzativa, ma una specifica competenza tecnico-professionale[66], da apprezzare caso per caso alla luce dei peculiari fattori offensivi da affrontare, e che ovviamente deve perdurare nel tempo[67]. Sembra, così, essere stato recepito il filone giurisprudenziale più rigoroso, dominante in materia di sicurezza dei lavoratori[68], secondo cui il delegato deve essere persona tecnicamente qualificata in senso specialistico, e non semplicemente affidabile o idonea

61. Scarcella, *La delega di funzioni*, cit., 337.
62. Garante per la protezione dei dati personali, 5 dicembre 2000, reperibile sul sito www.garanteprivacy.it.
63. Recante "Disposizioni inerenti all'adozione delle misure minime di sicurezza nel trattamento dei dati personali previste all'art. 15 della legge 31 dicembre 1996, n. 675". Tale legge è stata successivamente abrogata dall'art. 183 del d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.
64. Secondo Cass. civ., sez. I, 14 giugno 2007, n. 13912, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 6, tale impronta può garantire l'anteriorità della datazione solo ove "lo scritto faccia un corpo unico con il foglio sul quale il timbro è stato apposto, anche se nella parte contenente l'indirizzo del destinatario".
65. Così, condivisibilmente, Valentini, *La «vecchia modernità» del diritto penale*, cit., 296, nt. 121.
66. In tal senso anche Giuliani, *Dirigenti, preposti e delega di funzioni*, cit., 126; N. Pisani, *Posizioni di garanzia*, cit. 142. *Contra*, in linea con il precedente minoritario orientamento della Cassazione, Russo, *Delega di funzioni*, cit., 343; D'Angelo, *Infortuni sul lavoro e responsabilità penale*, Bologna, 2009, 280 s.
67. D'Alessandro, *La delega di funzioni*, cit., 1154.
68. Cfr., ad es., Cass., sez. IV, 14 settembre 1981, n. 9592, Celadon, rv. 188209; Id., 4 ottobre 1989, Bolzoni, rv. 183089; Id., 17 giugno 1997, n. 5780, Angelucci, rv. 208701; Id., 20 febbraio 2008, n. 7709, Augusto e altri, rv. 238526.

a ricoprire i compiti affidatigli[69] (come potrebbe essere un dirigente vicino alle fonti di rischio e dotato di mere capacità manageriali[70]). Il chiaro intento legislativo è quello di "proteggere nel modo più efficace i beni esposti a pericolo"[71], come conferma l'ulteriore riferimento all'"*esperienza*", e quindi ad una competenza esistente non solo in astratto, ma specificamente dimostrata sul campo.

L'accento sulla totalità ("*tutti*") dei requisiti professionali richiesti dall'attività demandata al delegato, sembra evocare un accertamento giudiziale assai penetrante. In ogni caso, sarebbe irrealistico pretendere dal delegante una verifica preventiva della reale capacità del designato: la *due diligence*, nella specie, potrà quindi limitarsi al possesso di un *curriculum* adeguato per l'incarico da svolgere (non solo, quindi, di titoli di studio pertinenti), che "dovrebbe, in assenza di elementi in contrario, essere sufficiente a giustificare la scelta"[72].

Opportuna è anche la correlazione sancita tra il requisito in esame e la "*specifica natura delle funzioni delegate*", a significare che si richiedono solo le cognizioni specialistiche strettamente correlate ai settori oggetto di delega.

Sul piano più squisitamente dogmatico-sistematico suscita, in ogni caso, fondate riserve l'inquadramento legislativo del requisito *de quo* tra gli elementi costitutivi di una delega valida ed efficace[73], e quindi tra quelli che incidono sul piano oggettivo del trasferimento delle funzioni e della tipicità dell'omissione.

Sarebbe, infatti, più congruo riconoscere efficacia generatrice di un nuovo centro di imputazione di un reato proprio anche alla delega assegnata a persona in tutto o in parte inidonea, affrontando la questione dell'eventuale responsabilità del delegante sul piano della colpa. In questa prospettiva, l'assenza di adeguatezza soggettiva del delegato non costituirebbe diretta violazione di una regola 'modale' (volta cioè a conformare le specifiche modalità di svolgimento dell'attività produttiva per prevenire fatti lesivi dell'incolumità dei lavoratori), ma della cautela prodromica che impone di selezionare una persona dotata della competenza tecnica e dell'esperienza richieste dalle funzioni delegate[74]. Nella specie, quindi, l'addebito colposo risalirebbe ad un livello più generale delle regole di diligenza che l'imprenditore è chiamato ad osservare, vale a dire l'obbligo strumentale di adeguata organizzazione dell'impresa in funzione del rispetto delle regole cautelari 'specifiche'[75]. Così, muovendo dal presupposto che "il delegante può fare affidamento sulla corretta esecuzione dell'incarico solo se il delegato sia persona idonea e adeguata a svolgere il compito affidatogli"[76], in assenza di tale condizione il garante originario potrebbe essere dichiarato corresponsabile dell'evento lesivo patito dal lavoratore a titolo di *culpa in eligendo*[77]. L'inidoneità del delegato, comunque, andrebbe accertata non *ex post*, sulla base della mera inadempienza, ma secondo il criterio della prognosi postuma e assumendo come rimproverabili solo situazioni di inadeguatezza *ex ante* agevolmente distinguibili[78]. Inoltre, secondo gli ordinari canoni dell'imputazione colposa, andrebbe appurato se l'evento lesivo verificatosi costituisca la realizzazione dello specifico pericolo che l'obbligo di congrua elezione del delegato intendeva prevenire

69. Così, invece, Cass., sez. IV, 18 ottobre 1990, n. 13726, Sbaraglia, rv. 185531; Cass., sez. III, 3 aprile 1992, n. 3840, Cardano, rv. 189936.

70. In tal senso, in materia di disciplina igienica degli alimenti, Cass., sez. III, 20 marzo 1997, n. 5510, Spina e altro; in materia ambientale, Cass., sez. fer., 10 agosto 2000, n. 8978, Biadene, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2001, 969, con nota di Valenzano.

71. Vitarelli, *La disciplina della delega*, cit., 41 s.

72. Pulitanò, *Diritto penale*, 3ª ed., Torino, 2009, 496.

73. Sul fatto che la scelta di un delegato privo di adeguata competenza ed esperienza incida sulla stessa validità della delega e quindi sull'idoneità a trasferire le funzioni, anche Dovere, *Delega di funzioni prevenzionistiche e* compliance programs, in *La resp. amm. soc. enti*, n. 4-2010, 105.

74. Sulla distinzione tra regole cautelari "modali" che "plasmano" l'esercizio di un'attività pericolosa e regole la cui osservanza si impone in un momento anteriore al suo esercizio, v., nella manualistica, Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, 4ª ed., Torino, 2011, 343 s.

75. Si tratta, nelle parole di Pulitanò, voce *Igiene e sicurezza del lavoro*, in *Dig. disc. pen.*, VI, 1992, 108, del "dovere di buona organizzazione dell'impresa".

76. Brusco, *La delega di funzioni*, cit., 2771.

77. In generale sulla *culpa in eligendo*, v. Giunta, *La normatività della colpa penale. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, 107.

78. Padovani, *Diritto penale del lavoro*, in Pera G. (a cura di), *Diritto del lavoro*, 6ª ed., Padova, 2000, 604 s. V., anche Fiorella, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 320 ss., 322.

(vale a dire un'inadeguata valutazione della situazione di fatto e delle misure preventive da adottare) e se la condotta conforme a diligenza (c.d. comportamento alternativo lecito) avrebbe evitato, nel caso concreto, il prodursi dell'evento[79].

A nostro avviso, però, tali riflessioni, vanno in parte riconsiderate alla luce della scelta compiuta dal legislatore della riforma che, come detto, ha inquadrato la carenza di competenza specifica del delegato tra i fattori di "non ammissibilità" e, quindi, d'inefficacia *tout court* della delega[80]. Si badi però: alla luce dell'art. 299 T.U.S. anche un delegato inidoneo potrebbe, sulla base dell'esercizio in concreto di un fascio di poteri giuridici equivalenti a quelli oggetto della delega (invalida), essere chiamato a rispondere del rispetto degli adempimenti doverosi cui essa si riferisce. Sennonché, in assenza del requisito di cui alla lett. *b)* dell'art. 16, lo stesso delegante resterà interamente gravato di tutti gli adempimenti cautelari 'modali' che intendeva assegnare al delegato. In questo senso, della realizzazione di un evento lesivo (morte, infortunio o malattia professionale) potrebbero essere chiamati a rispondere sia il delegante che il delegato per la violazione della medesima regola tecnica.

Ovviamente, anche nell'attuale assetto normativo va bandito ogni automatismo probatorio che desuma l'inadeguatezza del delegato *a posteriori* dalla stessa violazione realizzata[81]: l'inidoneità tecnica deve essere valutata *ex ante* dal giudice[82] e soprattutto, per giustificare un addebito colposo a carico del delegante, deve apparire – in questo esame retrospettivo – oggettivamente (e, per personalizzare il rimprovero, anche soggettivamente) riconoscibile. In ogni caso, secondo consolidata giurisprudenza, è il datore di lavoro a dover fornire la "prova rigorosa […] di avere delegato ad altre persone tecnicamente qualificate l'incarico di seguire lo svolgimento delle varie attività […]"[83].

Ove, invece, il delegante fosse addirittura consapevole dell'assoluta incompetenza del soggetto prescelto, ciò potrebbe costituire anche un chiaro indizio della natura fraudolenta del trasferimento di funzioni, palesando "l'intento di utilizzare la delega come «paravento» penale"[84].

5.3 (Segue) Poteri di organizzazione, gestione e controllo e autonomia di spesa

Sul piano dei contenuti della delega, l'art. 16 ne condiziona l'efficacia all'attribuzione al delegato di "*tutti i poteri di organizzazione, gestione e controllo richiesti dalla specifica natura delle funzioni delegate*" (lett. *c)*), nonché dell'*autonomia di spesa* necessaria al loro espletamento (lett. *d)*).

I due requisiti, di cruciale importanza, meritano di essere trattati congiuntamente, in quanto concorrono a definire la sfera di autonomia gestionale del delegato. Essi, così, costituiscono la trasposizione normativa del *principio (giurisprudenziale) di effettività della delega* valida, la cui *ratio* si lascia facilmente decifrare. Fondamento sostanziale dell'originario obbligo di garanzia del delegante è il possesso di poteri giuridici e fattuali d'intervento in grado di assicurare una reale signoria sulle fonti di rischio per la salute e sicurezza. Conseguentemente, condizione saliente per il trapasso della *Garantenstellung* è che il delegato acquisisca poteri decisori e finanziari commisurabili a quelli del delegante, s'intende nei limiti delle competenze funzionali specificamente trasferite[85].

Tra i *poteri organizzativi* suscettibili di attribuzione al delegato possono menzionarsi quelli di: direzione di unità dell'ente e coordinamento di dipendenti per ciò che attiene

79. Per un riesame di questo duplice nesso normativo tra condotta colposa ed evento nel reato colposo di evento v., per tutti, Donini, *Imputazione oggettiva dell'evento*, Torino, 2006, spec. 97 ss. Nella manualistica, cfr. Marinucci-Dolcini, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 3ª ed., 2009, p. 308 ss.
80. Secondo un'altra prospettiva, l'intero elenco di cui all'art. 16 descriverebbe "obblighi di diligenza attinenti alla colpa del delegante": così, Nisco, *La delega di funzioni*, cit., 110 ss., 112.
81. Cfr. D'Alessandro, *La delega di funzioni*, cit., 1154.
82. *Contra*, nel senso che tale requisito vada apprezzato *ex post*, Amato, *Le novità normative*, cit., 2100.
83. Così da ultimo Cass., sez. I, 19 gennaio 2010, n. 2273, inedita.
84. Padovani, *Diritto penale del lavoro*, in Pera G. (a cura di), *Diritto del lavoro*, cit., 604.
85. In giurisprudenza v. Cass., sez. III, 17 aprile 2008, n. 16138, cit.

agli aspetti della sicurezza; determinazione delle condizioni, delle fasi e dei tempi per lo svolgimento in sicurezza del processo produttivo; controllo dei requisiti di idoneità degli appaltatori, ecc; tra i *poteri di gestione*, ad esempio: la gestione dei rischi, delle emergenze, degli appalti e della formazione del personale, sempre per ciò che riguarda i profili della prevenzione; tra i *poteri di controllo*: il libero accesso ai luoghi di lavoro, la possibilità di dialogare liberamente con i lavoratori, le rappresentanze sindacali e soggetti esterni, il diritto di accedere ai documenti aziendali, la vigilanza sul rispetto delle misure prevenzionali da parte dei lavoratori, il potere di irrogare o concorrere all'applicazione di sanzioni disciplinari in caso di violazione della normativa antinfortunistica e delle procedure aziendali di sicurezza, ecc.

Senza un effettivo trasferimento di poteri sufficienti si avrà, pertanto, o una delega 'parziale' o un mero "incarico di esecuzione"[86], vale a dire l'affidamento di meri atti esecutivi rientranti nelle competenze del delegante (se non una delega spuria o di facciata, allorché il delegante sia animato da intenti prettamente elusivi della responsabilità).

Il fatto, però, che l'attribuzione dei poteri debba essere commisurata alla "*specifica natura delle funzioni delegate*" fa sì che non sia indispensabile una devoluzione integrale dei compiti di tutela geneticamente spettanti al delegante, quale destinatario del precetto penale. Con la delega il datore di lavoro può legittimamente limitarsi a trasferire singole porzioni della sua originaria sfera di doveri prevenzionistici, come la gestione di taluni rischi, l'acquisto e la messa a disposizione dei lavoratori dei DPI, il controllo sul rispetto delle misure preventive adottate, ecc. D'altra parte, neppure sono rinvenibili – diversamente dalla subdelega – ostacoli di sorta al conferimento di una delega c.d. *omnibus*, cioè estesa a tutti i doveri datoriali non espressamente dichiarati indelegabili[87].

Specularmente, per quanto concerne l'attribuzione al delegato degli *strumenti finanziari* necessari allo svolgimento delle funzioni demandategli, sebbene la legge parli di "autonomia di spesa", contrasterebbe con normali esigenze di corretta gestione delle risorse economiche, cruciali anche per un'efficace *compliance* aziendale *ex* d.lgs. n. 231/2001, una disponibilità finanziaria illimitata e svincolata da qualsiasi controllo. Tanto più che, in base alla legge, la capacità finanziaria deve essere rapportata alla misura delle funzioni concretamente delegate. Pertanto, tale parametro non sarebbe vanificato dalla fissazione di un tetto di spesa[88], purché il *budget* assegnato al delegato (direttamente nella delega o in una procura separata) appaia congruo, secondo una valutazione *ex ante*, per l'espletamento efficace dei compiti prevenzionali trasferiti. Nei limiti dei mezzi finanziari assegnati, il delegato deve, però, poter impegnare risorse economiche senza necessità di autorizzazione preventiva del delegante o di altri soggetti. A tale spazio di autonomia è corretto, comunque, affiancare un *dovere di rendicontazione periodica*, per consentire un controllo a consuntivo da parte del conferente sullo svolgimento delle funzioni delegate.

Cosa accade, però, qualora affiorino esigenze di spesa non preventivate e comunque eccedenti la dotazione finanziaria del delegato (o, più in generale, i poteri attribuitigli)? In tal caso deve piuttosto ritenersi gravante sul delegato – ed è opportuno che la delega lo sottolinei – un *obbligo di pronta segnalazione* al dante causa[89], e – nelle more di un suo intervento – un *obbligo di sospensione* delle attività a rischio, qualora la loro prosecuzione appaia intollerabile in assenza di immediati interventi correttivi. In presenza di una

86. Sulla distinzione tra vero e proprio "incarico di funzioni" e mero "incarico di esecuzione" (in base al quale il ricevente non diviene soggetto attivo del reato proprio diretto al dante incarico e questi conserva integralmente la sua posizione di garanzia), resta fondamentale Fiorella, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 45 ss. Nella dottrina giuslavoristica v., per tutti, Basenghi, *La ripartizione degli obblighi di sicurezza nel nuovo impianto legale*, in *Dir. rel. ind.*, 2008, 435.

87. Di questo avviso anche Scarcella, *La delega di funzioni*, cit., 350.

88. In senso conforme Amato, L*e novità normative*, cit., 2102.

89. Sul dovere di segnalazione di necessità di intervento, facente capo al delegato in caso di limitazione di poteri di spesa, v. Pulitanò, *Inosservanza di norme di lavoro*, in *Dig. disc. pen.*, VII, Torino, 1993, 71 e, in giurisprudenza, Cass., sez. III, 3 maggio 1996, n. 4422, Altea, cit.

segnalazione sorge, a sua volta, in capo al delegante un *dovere di intervento tempestivo*[90] (o di autorizzazione al delegato di intervenire in sua vece, assicurandogli l'integrazione finanziaria richiesta dalle circostanze). Pertanto, in caso di inerzia o ingiustificato diniego di autorizzare una spesa che avrebbe impedito il verificarsi dell'evento lesivo, sarà il solo delegante a doverne rispondere. Nella specie, comunque, non sembra corretto parlare – come riscontrabile talvolta nel lessico giurisprudenziale[91] – del venir meno di una condizione di validità (o di perdita di efficacia della delega), giacché ad essere in ballo è l'esercizio di poteri e l'impiego di risorse economiche di cui il delegato non dispone.

Invece, può ritenersi fattore interruttivo – o comunque sospensivo – dell'efficacia della delega, il *trasferimento del delegato presso altra sede*, lontano dalla sorgente dei pericoli da controllare, tutte le volte in cui la prossimità al luogo di lavoro sia essenziale per un corretto assolvimento delle funzioni affidate[92].

Alla luce delle considerazioni sin qui svolte, i requisiti di cui alle lett. *c)* e *d)* non sembrano ricalcare pedissequamente la tradizionale pretesa giurisprudenziale di "una completa autonomia decisionale e gestionale" e di una "piena disponibilità economica"[93] del delegato. Tali dettami, presi alla lettera, impedirebbero di ritenere valide deleghe limitate a singoli aspetti della gestione dei rischi o prive dell'attribuzione al delegato di un potere di spesa pressoché illimitato. Essi, pertanto, non solo non tengono conto delle esigenze di corretta gestione delle risorse aziendali, ma peccano anche di scarso realismo alla luce della natura ordinariamente pluripersonale dei processi decisionali relativi all'attività prevenzionistica (ben lontani dall'immagine classica del garante originario, e specularmente del delegato, quale decisore dotato di tutte le informazioni e cognizioni necessarie a prendere solitariamente, dopo un'ampia e ponderata riflessione, le determinazioni in grado di neutralizzare i rischi per la sicurezza[94]).

La necessità della forma scritta, unitamente al reiterato riferimento, in seno all'art. 16, alla "*specifica natura delle funzioni delegate*" (lett. *b)*, *c)*, *d)*), implica che l'atto di delega debba esplicitare, accanto alle competenze prevenzionistiche devolute, anche gli specifici poteri decisionali e finanziari trasferiti al delegato. In tal senso il requisito della "specificità" e "puntualità" della delega, che già prima dell'entrata in vigore del testo unico costituiva *ius receptum*[95] , risulta ora evincibile dalle condizioni espressamente positivizzate dal legislatore, con la conseguente inefficacia di deleghe generiche o indeterminate[96].

Ovviamente, potendo la delega essere anche simulata, la giurisprudenza continuerà verosimilmente a non accontentarsi, ai fini dell'accertamento dell'attribuzione dei poteri decisionali e di spesa, di un riscontro puramente cartaceo[97].

Nel sancire l'esigenza di effettività della delega la giurisprudenza tradizionale aggiungeva il corollario che l'autonomia è reale solo se "affrancata […] da ogni *ingerenza* del delegante"[98]. Di conseguenza era considerata causa d'inefficacia (sopravvenuta) della delega qualsiasi interferenza del dante causa, come il decidere in luogo dell'incaricato, l'intervenire senza motivo in sua vece, l'ostacolare le spese da questi deliberate, il non conferire le risorse prestabilite, ecc. Simili fattori di intralcio, ove sussistenti *ab origine*, certamente minerebbero l'effettività del trasferimento, svelando la sua artificiosità (e quindi l'insussistenza delle condizioni di cui alle lett. *c)* o *d)*)[99]. Siccome, tuttavia, l'inge-

90. Così la sentenza Cass., sez. fer., 3 agosto 2000, n. 8978**,** Biadene, cit.
91. Cfr., ad es., Cass., III, 17 gennaio 2000, n. 422, Natali, rv. 215159.
92. Per un caso di questo tipo v. Cass., sez. IV, 28 febbraio 2008, n. 15234, Leonardi, rv. 240210.
93. Cfr. Cass., sez. III, 5 novembre 2002, n. 246, Di Lena, in *Dir. prat. lav.*, 2002, 508; Cass., sez. IV, 15 marzo 2011, n. 16311, in *Guida al dir.*, n. 9-2009, 99.
94. Per approfondimenti sulla natura collettiva dei processi decisori aziendali e le sue implicazioni penalistiche, sia permesso il rinvio a Mongillo, *Delega di funzioni e diritto penale dell'impresa nell'ottica dei principi e del sapere empirico-criminologico*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2005, 356 ss.
95. V., tra le tante, Cass., sez. IV, 30 aprile 2008, n. 17515, cit.
96. Sull'invalidità di una delega generica, da ultimo, Cass., sez. IV, 20 febbraio 2008, n. 7709, cit. In dottrina v. Russo, *Delega di funzioni*, cit., 341.
97. Cfr. Cass, sez. IV, 9 giugno 2004, n. 36769, Cricchi, in *Cass. pen.*, 2005, 3063, con nota di Venafro.
98. *Ex multis*, Cass., sez. III, 19 marzo 2007, n. 11567, inedita; Id., 23 maggio 1996, n. 5242, cit.
99. Conf. Basenghi, *I soggetti dell'obbligo di sicurezza*, cit., 195.

renza interviene di norma *ex post*, svuotando di contenuto l'atto di trasferimento di funzioni già perfezionatosi, correttamente l'art. 16 tace su tale elemento, nel determinare i contorni di una valida delega[100].

Va, d'altra parte, notato che la giurisprudenza ha talvolta concepito tale condizione 'negativa' in modo eccessivamente dilatato. Diversamente, andrebbe riconosciuta portata estintiva – integrale o parziale – della delega soltanto ad ingerenze che denotino una chiara volontà di sopprimere, in tutto o in parte, gli effetti del precedente atto di trasferimento di funzioni, con conseguente riassunzione di poteri[101].

La giurisprudenza ha da sempre inquadrato tra i fattori impeditivi dell'esonero di responsabilità del delegante, anche la riconducibilità del reato alla *gestione centrale dell'azienda*[102], vale a dire a *carenze organizzative o strutturali* ascrivibili, in ultima analisi, al vertice[103]. In realtà, ove la disfunzione gestionale palesata dall'illecito dipenda effettivamente da scelte estranee al contenuto della delega e risalenti al livello più alto dell'organizzazione, ad essere assente è la stessa signoria del delegato sulla gestione del rischio a lui affidata (o, al più, ci si troverebbe di fronte ad una competenza concorrente). Nei casi in oggetto, infatti, sui processi decisionali apparentemente facenti capo al delegato convergono, in modo assorbente, scelte organizzative e di politica aziendale spettanti ai livelli più elevati della gerarchia aziendale. Si tratta, in altre parole, di rischi rispetto ai quali può al massimo affermarsi un dovere di informazione tempestiva nei confronti del vertice aziendale[104].

Talvolta, però, la giurisprudenza fonda la responsabilità del datore di lavoro per *deficit* strutturali o del processo produttivo non tanto sulla reale titolarità di poteri decisionali afferenti alla sfera di rischio scaturito nell'illecito, quanto sui doveri di controllo sul generale andamento della gestione e di intervento sostitutivo nel caso di mancato esercizio della delega[105]. A nostro avviso, però, andrebbe evitato che il concetto di 'carenza strutturale' (intesa come qualsiasi disfunzione non occasionale ma di sistema) sia utilizzato come mera formula retorica per privare di efficacia deleghe che abbiano comportato l'effettivo trasferimento al delegato di poteri sufficienti alla gestione dei rischi sfociati nell'illecito. Senza dimenticare, peraltro, che significativi difetti strutturali dell'attività prevenzionistica potrebbero essere ricondotti, piuttosto, ad uno scorretto adempimento degli obblighi di corretta valutazione del rischio, i quali – come visto – rientrano nella sfera di doveri indelegabili del datore di lavoro.

6 Pubblicità della delega

L'art. 16 prescrive, al comma 2, un ulteriore adempimento di segno procedurale: alla delega deve essere "data adeguata e tempestiva pubblicità".

Ciò costituisce un'ulteriore riprova dell'irrilevanza, nello specifico settore della sicurezza sul lavoro, di deleghe "di fatto" o "implicite" a fini di esonero del datore di lavoro[106]. Non è chiaro, però, se il legislatore abbia inteso far assurgere anche l'esigenza in parola a requisito di validità della delega, sulla scorta di un noto orientamento giurisprudenziale[107], il quale, per giunta, non si appagava della divulgazione dell'atto all'interno dell'azienda, ma richiedeva una pubblicità esterna[108], "attraverso annotazioni

100. Analoga considerazione in Vitarelli, *La disciplina della delega*, cit., 46 s.
101. Cfr. Fiorella, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 282.
102. In tal senso, in materia ambientale, Cass., sez. III, 14 settembre 1993, Robba, rv. 194993; Id., 19 maggio 1993, Biondi, in *Cass. pen.*, 1994, 1938.
103. V., in materia di inquinamento delle acque, dove pronunce di siffatto tenore sono più frequenti, da ultimo, Cass., sez. III, 10 luglio 2007, n. 26708, in *Dir. e giur. agr.*, 2008, 341, con nota di Lo Monte. In materia antinfortunistica v. Cass., sez. IV, 6 febbraio 2007, n. 12794, Chirafisi, rv. 236279.
104. Cfr. Vitarelli, *La disciplina della delega*, cit., 44.
105. Obblighi che, secondo una recente giurisprudenza, graverebbero, nelle società per azioni, sull'intero consiglio di amministrazione, anche in presenza di una delega specifica e comprensiva di poteri decisionali e di spesa ad uno dei suoi membri: cfr. Cass., sez. IV, 10 giugno 2010, n. 38991, in *Guida al dir.*, n. 49/50-2010, 77.
106. Conf. Giuliani, *Dirigenti, preposti e delega di funzioni*, cit., 133 s.; Amato, *Le novità normative*, cit., 2098.
107. V., ad es., Cass., sez. III, 27 maggio 1996, n. 5242, cit.
108. Cfr., in materia di ambiente, Cass., sez. III, 17 gennaio 2000, n. 422, cit.

statutarie o con altre forme atte a garantire la integrale conoscenza esterna del conferimento dei poteri"[109].

Il fatto che il nuovo comma 3-*bis* dell'art. 16 accomuni le prescrizioni di cui ai comma 1 e 2 sotto l'etichetta di "condizioni" della delega, vincolanti anche per la subdelega, può ritenersi una semplice imperfezione lessicale, posto che, se il legislatore avesse realmente voluto parificare la pubblicità agli altri presupposti di efficacia, l'avrebbe senz'altro collocata nell'elenco di cui al comma 1. In realtà, la pubblicità in esame ha una funzione meramente informativa e di agevolazione della conoscenza del fatto giuridico costituito dalla delega di funzioni. Volendo ricorrere – non senza un margine di approssimazione – ad un lessico usuale nel diritto civile, potrebbe dirsi che essa è assimilabile più ad una forma di 'pubblicità-notizia', che di 'pubblicità costitutiva' (cioè condizionante la validità dell'atto) o 'dichiarativa' (necessaria per l'opponibilità a terzi).

L'inadempimento di tale dovere informativo da parte del delegante – peraltro improbabile, considerato l'ovvio interesse a far conoscere il trasferimento di obblighi propri a terzi[110] – potrà al più rilevare, sul piano probatorio, come indizio di negligenza organizzativa imputabile al dante causa, ovvero come sintomo di inattendibilità del trasferimento dei poteri[111].

A confermare l'estraneità della pubblicità al novero dei presupposti di validità della delega è anche l'assoluto silenzio normativo sulle modalità e sull'ambito della divulgazione. Infatti, di norma, quando la legge subordina alla pubblicità di un atto il prodursi di determinati effetti giuridici o la sua stessa validità, si cura anche di specificare i mezzi adottabili.

Nel caso di specie, invece, ogni valutazione al riguardo è rimessa al delegante, il quale – ove intendesse assicurare la conoscibilità dell'atto anche al di fuori del recinto aziendale – ben potrebbe ricorrere all'iscrizione nel registro delle imprese, mutuando il regime codicistico delle procure rilasciate ad institori (art. 2206 c.c.) e procuratori (art. 2209 c.c.)[112].

In ogni caso, la legge sembra accontentarsi della diffusione dell'atto all'interno dell'ente, come confermato anche da un parere del Ministero dello Sviluppo Economico – Dipartimento per la regolazione del mercato del 23 settembre 2008 n. 31280. Sotto questo profilo, possono ritenersi modalità adeguate di pubblicità infraziendale le seguenti: affissione di un avviso in un luogo accessibile a tutti come la bacheca aziendale (sulla scia di quanto richiesto dall'art. 7, comma 1, l. n. 300/1970 per la validità del codice disciplinare aziendale[113]), circolari interne, comunicazioni scritte allegate alla busta paga, pubblicazione sull'intranet aziendale, comunicazioni nell'ambito di incontri assembleari, ecc.[114].

L'esigenza di tempestività, infine, può ritenersi soddisfatta pubblicizzando l'atto lo stesso giorno del suo conferimento o nei giorni lavorativi immediatamente successivi.

7 Tassatività dei requisiti legali di validità della delega. L'irrilevanza delle dimensioni dell'impresa

La derivazione della regolamentazione positiva della delega di funzioni dalla pregressa opera plasmatrice della giurisprudenza deve far ritenere assolutamente *tassativa* l'elencazione dei requisiti di ammissibilità contenuta nell'art. 16. Tale conclusione è imposta non solo dal classico criterio ermeneutico *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, ma anche dal canone di stretta legalità che governa, specificamente, la materia penale.

Ci siamo già soffermati sull'irrilevanza, nel nuovo assetto normativo, di requisiti come

109. Cass., sez. III, 31 maggio 1986, n. 4585, Cancarini, rv. 172896.

110. Lo nota anche Basenghi, *La ripartizione degli obblighi di sicurezza nel nuovo impianto legale*, in *Dir. rel. ind*., n. 2-2008, 437.

111. V., in tal senso, Amato, *Le novità normative*, cit., 2106. *Contra*, per l'incidenza della pubblicità sull'effettività della delega, Russo, *Delega di funzioni*, cit., 343. Ritiene che anch'essa integri una regola cautelare, nella specie volta a prevenire sovrapposizioni di competenze e contestazioni alle iniziative del delegato, Nisco, *La delega di funzioni*, cit., 113.

112. A favore di tale opzione Scarcella, *La delega di funzioni*, cit., 346.

113. Per questa soluzione, Bacchini, *Misure di tutela ed obblighi*, in *Isl*, 5/2008, 258, che si esprime invece dubitativamente sull'adeguatezza di modalità più informali di comunicazione.

114. Conf., ad es., D'Angelo, *Infortuni sul lavoro*, cit., 269.

l'espressa autorizzazione della delega in sede statutaria, nonché sulla mancata menzione nell'art. 16 – in quanto condizioni sopravvenute di ineffettività – di fattori come l'ingerenza del delegante, l'acquisita consapevolezza di inadempienze da parte del delegato, ecc.

Pertanto, ora merita soffermarsi soprattutto sul dato delle *notevoli dimensioni dell'impresa*, che in passato la giurisprudenza largamente maggioritaria annetteva alla folta schiera dei requisiti c.d. 'oggettivi' di operatività della delega[115]. Tale stereotipo, però, già prima del nuovo testo unico mostrava vistosi cedimenti[116] ed era in via di progressivo superamento nella più recente sistemazione giurisprudenziale, in linea con un diffuso sentire dottrinale[117].

Nel settore della sicurezza sul lavoro, in particolare, si era iniziato a comprendere che il legislatore, selezionando gli adempimenti non delegabili del datore di lavoro senza attribuire alcun rilievo alle dimensioni dell'ente (cfr. il comma 4-*ter* dell'art. 1 d.lgs. n. 626/1994), non solo aveva riconosciuto "implicitamente e *a contrario* la delegabilità" di tutti gli altri obblighi, ma aveva altresì indirettamente escluso che la grandezza dell'azienda potesse condizionare la validità del trasferimento[118].

Ma a sostegno di tale *revirement* giurisprudenziale erano state addotte anche ragioni più sostanziali. Ed infatti, l'esigenza di decentramento delle responsabilità può scaturire non solo dal dato quantitativo delle notevoli dimensioni aziendali, ma anche dal "requisito qualitativo della complessità organizzativa o tecnica del processo produttivo"[119] e dalla numerosità e complessità degli "adempimenti tecnici ed amministrativi connessi alla direzione delle imprese moderne, che risultano identici quali che sia la dimensione dell'impresa"[120].

V'è da salvaguardare, inoltre, la libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), che impone di non interferire immotivatamente nelle legittime scelte organizzative di un imprenditore, che potrebbe anche essere titolare di altre piccole aziende (così da non poterle seguire tutte assiduamente) o preferire che un dirigente aziendale, dotato di specifica professionalità, assuma la responsabilità di un settore a così alto tasso tecnico come quello della sicurezza[121].

A tali argomenti si salda ora il dato testuale dell'art. 16, che, tacendo sulle dimensioni organizzative, ne conferma l'irrilevanza ai fini della validità della delega nelle materie disciplinate dal d.lgs. n. 81/2008[122].

8

Gli effetti della delega di funzioni secondo il d.lgs. n. 81/2008. Il recepimento dell'indirizzo dottrinale 'intermedio'

Restano da illustrare gli effetti di una delega di funzioni rispettosa di tutte le condizioni sancite dall'art. 16, comma 1, chiarendo – in particolare – se essa comporti un esonero da responsabilità totale, o soltanto parziale, del delegante e se sia in grado di costituire una nuova posizione di garanzia in capo al delegato.

Il profilo dell'efficacia della delega ha sempre rappresentato il vero *punctum dolens* della materia. Senza poter dar conto in questa sede di un dibattito assai articolato e

115. Così già la giurisprudenza più risalente: Cass., 16 marzo 1965, in *Cass. pen. Mass. ann.*, 1965, 981. Più di recente v., Cass., sez. IV, 26 agosto 1999, n. 10189, in *ISL*, 1999, 11, 654.

116. V., ad es., Cass., sez. IV, 14 marzo 1987, Aquilani, in *Mass. giur. lav.*, 1988, 729.

117. Cfr., per tutti, Minghelli, *Dimensioni dell'impresa ed efficacia della delega di funzioni*, in *Mass. giur. lav.*, 1982, 855; Padovani, *Diritto penale del lavoro*, cit., 61, 69 ss.; Grasso, *Il reato omissivo improprio*, Milano, 1983, 435; Fiorella, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 317 ss.; Alessandri, *Parte generale*, in Pedrazzi et al., *Manuale di diritto penale dell'impresa. Parte generale e reati fallimentari*, Bologna, 2000, 72 s.

118. Così Cass., sez. III, 15 luglio 2005, n. 26122, Capone, rv. 231956. Nella dottrina, in luogo di molti: Guariniello, *Prevenzione degli infortuni e igiene del lavoro (diritto penale)*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di Conti, Padova, 2001, vol. XXV, 746; Veneziani, voce *Lavoro. Commento al d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626*, in Palazzo-Paliero (a cura di), *Commentario breve alle leggi complementari penali*, Padova, 2007, 1675.

119. Testualmente, nel settore dell'igiene degli alimenti, Cass., sez. III, 13 settembre 2005, n. 33308, in *Cass. pen*. 2006, 2928; conf., in materia antinfortunistica, Id., 15 luglio 2005, n. 26122, cit.

120. Così, Cass., sez. III, 26 maggio 2004, n. 1112, inedita.

121. Cfr. Cass., III sez., 13 marzo 2003, n. 22931, Conci, in *Cass. pen.*, 2004, 4204.

122. In questo senso, tra gli altri, D'Alessandro, *La delega di funzioni*, cit., 1147 s.; Valentini, *La «vecchia modernità» del diritto penale*, cit., 298. Secondo un'altra opinione resta imprescindibile l'oggettiva necessità della delega alla luce della complessità gestionale dell'ente: Scarcella, *La delega di funzioni*, cit., 342 s.

pluridecennale, ci limitiamo a ricordare che la disputa verte, essenzialmente, sull'efficacia meramente 'soggettiva' ovvero 'oggettiva' della delega.

Nella prima prospettiva, la delega rileva, rispetto al delegante, "sul piano subiettivo […] della colpevolezza"[123], sul presupposto dell'inderogabilità del precetto penale che impedirebbe ad un atto di autonomia privata di mutare il destinatario 'proprio' degli obblighi penalmente sanzionati (c.d. *teoria formale-soggettiva*).

Nell'impostazione *oggettivistica*, invece, l'atto dispositivo organizzatorio incide sulla stessa tipicità dell'omissione. La dottrina, però, si è divisa ulteriormente tra quanti attribuiscono alla delega la capacità di spostare la titolarità della qualifica soggettiva richiesta dal reato proprio, ovvero soltanto di modificare i contenuti dell'obbligo di garanzia del delegante: i primi riconoscono alla delega un'efficacia pienamente liberatoria per il dante causa, purché ad essa faccia da *pendant* un effettivo trasferimento di poteri decisionali (c.d. *teoria funzionale*)[124]; i secondi affermano la persistenza di doveri penalmente rilevanti (essenzialmente di vigilanza e coordinamento organizzativo) sul delegante, nonostante la costituzione di una nuova posizione di garanzia 'derivata' in capo al delegato (c.d. *teoria intermedia* o *formale-oggettiva*)[125].

A questi interrogativi, densi di implicazioni dommatiche, il legislatore del 2008 ha cercato di dare una risposta risolutiva, sancendo espressamente, al comma 3 dell'art. 16, che "*la delega di funzioni non esclude l'obbligo di vigilanza in capo al datore di lavoro in ordine al corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite*".

La norma assume un rilievo centrale sotto diversi profili.

1) Innanzitutto, il messaggio chiave da essa veicolato è che il datore di lavoro non può, delegando, disinteressarsi delle problematiche della sicurezza; un *caveat* peraltro già implicito nella previsione di taluni compiti indelegabili.

2) Sul piano dogmatico, dall'inciso "*funzioni trasferite*", in uno con la descrizione legislativa delle condizioni di ammissibilità della delega (art. 16, comma 1), si evince chiaramente la sua operatività sul *piano oggettivo della tipicità*[126], sia pure entro i limiti sanciti dal comma 3. In particolare: a) la delega, sul piano della ripartizione delle posizioni di garanzia, è in grado di costituire nuove figure di garanti derivati, ma non di produrre un simmetrico effetto estintivo in capo al delegante; b) dello scorretto esercizio delle funzioni realmente e validamente decentrate, e finché il trasferimento perduri, il dante incarico potrà rispondere solo a titolo di partecipazione (attiva od omissiva per *culpa in vigilando*).

In questo modo, la legge sembra aver dato fondamento legale alla summenzionata teoria intermedia, dominante anche nella giurisprudenza (sia pure non sempre entro limpidi schemi concettuali)[127]. Sono stati superati, così, i problemi di legalità concernenti sia l'estensione della base personale della garanzia al delegato, sia il mutamento di contenuto dei doveri facenti capo al delegante.

123. Per questa tesi v., soprattutto, Padovani, *Diritto penale del lavoro*, cit., spec. 61 ss., 80 ss. Secondo l'A. la delega incide sulla misura di diligenza esigibile dal datore di lavoro (in particolare rispetto al dovere di accertarsi che il delegato usi concretamente la delega secondo quanto stabilito).

124. Cfr., soprattutto, Fiorella, *Il trasferimento di funzioni,* cit., *passim*; Id., *I principi generali del diritto penale dell'impresa*, in Conti (a cura di), *Il diritto penale dell'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico*, diretto da Galgano, vol. XXV, Padova, 2001, 83 ss.; Pagliaro, *Problemi generali del diritto penale dell'impresa*, in *Ind. pen*., 1985, 21 ss., secondo cui però "una delega non sposta mai (o quasi mai) tutti i poteri e doveri: normalmente rimangono almeno doveri di controllo e di vigilanza"; Palombi, *La delega di funzioni*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, diretto da Di Amato, Padova, 1990, 267 ss. Sulle motivazioni di carattere empirico di questo indirizzo sia consentito il rinvio a Mongillo, *Delega di funzioni*, cit., 353 ss. In giurisprudenza hanno recepito, in materia ambientale, tale chiave di lettura: Cass., sez. fer., 3 agosto 2000, n. 8978, Biadene, cit.; Id., 22 agosto 2000, n. 9378, Guarnone, in *Foro it*., 2001, II, 357; nel settore dell'antinfortunistica, ad es., Cass., sez. III, 3 aprile 1998, n. 4162, in *ISL*, 1998, 271.

125. V. Pedrazzi, *Profili problematici del diritto penale dell'impresa*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1988, 138 ss.; Grasso, *Organizzazione aziendale*, cit., 750 ss.; Alessandri, voce *Impresa*, cit., 213 s., Vitarelli, *Profili penali della delega*, cit., spec. 39-42, e, sia pure con qualche diversa sfumatura, Pulitanò, *Organizzazione dell'impresa e diritto penale del lavoro*, in *Riv. Giur. Lav*., 1985, 8 s.; Id., *Igiene e sicurezza del lavoro*, cit., 1992, spec. 106-108.

126. Lo rileva anche N. Pisani, *Posizioni di garanzia*, cit., 143, il quale, peraltro, muovendo da premesse "funzionali", ritiene che il residuo obbligo di vigilanza del delegante non possa rilevare penalmente *ex* art. 40 cpv. c.p., in quanto dovere di mera sorveglianza.

127. Cfr., nello specifico settore dell'antinfortunistica, *ex plurimis*, Cass., sez. IV, 24 febbraio 2011, n. 12027, inedita; Id., 19 maggio 2010, n. 33661, inedita; Id., 20 febbraio 2008, n. 22614, in *Riv. dott. comm*., 2008, 1265, con nota di Troyer; Id., 29 gennaio 2008, n. 8604, Timpone, rv. 238970; Id., 22 giugno 2000, n. 9343, Archetti, rv. 216727.

8.1

Natura giuridica del residuo dovere di vigilanza del delegante *ex* art. 16, comma 3

L'obbligo di vigilanza che residua a carico del delegante non è autonomamente sanzionato mediante la previsione di un reato contravvenzionale di pura omissione o un'autonoma fattispecie di agevolazione colposa. Pertanto, qualsiasi mancanza riscontrabile al riguardo potrà determinare una responsabilità penale solo attraverso il filtro della clausola di equivalenza di cui all'art. 40 cpv. c.p. Ma è proprio qui che si riaffaccia l'annoso problema della possibilità di qualificare il dovere di sorveglianza (del delegante) come posizione di garanzia rilevante per una responsabilità concorsuale omissiva.

Invero, la *voluntas legis* sembra proprio quella di fornire un avallo formale a quest'ultima ricostruzione[128], senza dubbio prevalente, prima della riforma, sia in dottrina che nella giurisprudenza.

Nondimeno, questa impostazione resta assai controversa sul piano dommatico. Nella più recente elaborazione dottrinale del tema delle posizioni di garanzia, va guadagnando terreno la tesi dell'irriducibilità di doveri di mera sorveglianza ai veri e propri obblighi impeditivi di cui all'art. 40 cpv. c.p. I primi, si sostiene, implicherebbero di regola solo la necessità di controllare l'attività di altri soggetti e di informare il garante o il titolare del bene, senza un reale potere-dovere d'intervento diretto sulla situazione di pericolo per il bene tutelato, in grado di garantire, con ragionevole sicurezza, l'impedimento di eventi lesivi[129]. In breve, il "sorvegliante", a differenza del "garante", è privo di poteri giuridici impeditivi[130].

Sennonché, come rilevato in dottrina, "ai fini della responsabilità omissiva *ex* art. 40 cpv., è l'insieme dei poteri e doveri che viene in rilievo"[131]. Di conseguenza, nello specifico ambito del trasferimento di funzioni datoriali, il delegante non diviene, per il semplice fatto di aver designato un delegato, un mero "sorvegliante esterno" dell'operato altrui, sguarnito dei poteri giuridici indispensabili a porre in essere, ove richiesto dalle circostanze concrete, appropriate azioni impeditive[132]. La vigilanza del delegante non si esaurisce in sé, ma è un tassello di una più ampia tavola di poteri-doveri di organizzazione generale o di alta direzione dell'impresa (o di una sua autonoma unità organizzativa), non dismessi e non dismettibili con un atto di delega. Pertanto, il dante causa conserva – in caso di riscontrata inerzia o negligenza del delegato – la facoltà di sollecitare interventi appropriati, nonché il potere giuridico di intervenire in sostituzione del delegato, di revocare la delega (che rappresenta l'altra faccia del potere di conferirla), e persino di riorganizzare l'intero sistema di gestione della sicurezza.

8.2

Il contenuto del dovere di vigilanza. Il tentativo di precisazione compiuto dal legislatore attraverso il nesso instaurato con il 'modello organizzativo 231'

In realtà, le incertezze che tradizionalmente aleggiano sull'obbligo di vigilanza del delegante concernono, più che la supposta assenza di residui poteri giuridici impeditivi (*an* della garanzia), l'endemica indeterminatezza dei suoi *contenuti* (*quomodo*) e la verifica della concreta *possibilità materiale* di attivarsi tempestivamente per impedire fatti indesiderati (*quando*).

L'ultimo profilo chiama in causa la rilevanza eziologica dell'omessa vigilanza del delegante, e cioè la possibilità che un comportamento conforme (di regola una sorveglianza di carattere generale, non minuziosa e 'senza tregua') consenta di intervenire per tempo sulle situazioni di rischio, scongiurando la commissione di illeciti.

128. Della stessa opinione Blaiotta, *L'imputazione oggettiva*, cit., 2269; Pulitanò, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, cit., 104 s.; D'Alessandro, *La delega di funzioni*, cit., 1127. In senso contrario v. N. Pisani, *Profili penalistici del testo unico*, cit., 832 s.; Alice-de Sanctis-De Lorenzis, *Correttivo Tu sicurezza: delega di funzioni ed effettività della posizione di garanzia*, in *Guida al lav.*, *Il sole 24 ore*, n. 37/2009, 20.

129. Tale schema dottrinale, nelle sue linee essenziali, può farsi risalire a Fiorella, *Il trasferimento di funzioni*, cit., spec. 175 ss., 196 ss. Successivamente esso ha trovato una compiuta sistemazione, non senza alcune specificità, in Leoncini, *Obbligo di attivarsi, obbligo di garanzia e obbligo di sorveglianza*, Torino, 1999, spec. 14 ss., 24, 151 ss., 371 ss. (con specifico riferimento alla materia antinfortunistica, Id., *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in Giunta e Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza*, cit., spec. 113-115). Nel settore specifico dei controlli societari v. N. Pisani, *Controlli sindacali e responsabilità penale nelle società per azioni*, Milano, 2003, 42 ss.

130. Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., 372.

131. Pulitanò, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, cit., 105.

132. Lo rileva anche Nisco, *La delega di funzioni*, cit., 117.

Intendiamo, però, ora concentrarci sulle *modalità di diligente adempimento* dell'obbligo di vigilanza.

Al riguardo, si pone, anzitutto, il problema di individuare l'esatto *discrimen* tra la *vigilanza* dovuta e l'*ingerenza* vietata (su cui v. *supra* § 5.3). Tale nebulosità concettuale è, in parte, immanente alla stessa pretesa rivolta al delegante. Se la sorveglianza sul delegato è reale, e quindi rivolta sia alla verifica della correttezza delle scelte compiute, che alla correzione di quelle ritenute scorrette[133], per definizione essa finisce per influenzare "le decisioni mediante una valutazione delle stesse, e perciò soggioga il subordinato al controllo e alla disciplina"[134].

Al di là del punto di vista 'esterno' della distinzione tra vigilanza e ingerenza, v'è quello 'interno' della specificazione dell'*oggetto*, dell'*estensione* e dei *modi* della *vigilanza esigibile*.

In passato, in assenza di qualsiasi precisazione legislativa, le indicazioni fornite dall'elaborazione dottrinale, e ancor più da quella giurisprudenziale, sono state sempre piuttosto generiche e, quindi, soggette ad un cospicuo margine di incertezza e soggettivismo valutativo. Ma anche dopo l'intervento riformatore del 2008 e quello correttivo del 2009, un'autorevole dottrina ha rinnovato la denuncia del carattere "quanto mai sfuggente" dell'obbligo in esame, "a rischio di essere ridotto a *topos* retorico che copre, di fatto, attribuzioni di responsabilità di posizione, al di là dei limiti segnati dal principio di colpevolezza"[135].

Invero, in ordine al suo *specifico contenuto*, il legislatore ha tentato di assicurare un più saldo ancoraggio all'interprete nel secondo periodo del comma 3 dell'art. 16, dove si enuncia la possibilità di adempiere il dovere in esame mediante la "*adozione ed efficace attuazione del modello di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4*" (formula risultante dalla rettifica apportata dall'art. 12 del decreto correttivo).

Ad onta delle intenzioni legislative, però, la norma non è di agevole lettura e collocazione sistematica[136]. L'unico elemento chiaro è che essa ha stabilito un preciso nesso tra il dovere di vigilanza proprio del datore di lavoro-delegante e il *sistema di controllo* costituente un frammento essenziale del più ampio "modello di organizzazione e di gestione" *ex* d.lgs. n. 231/2001 (di seguito anche "Modello")[137]. Sebbene quest'ultimo, ove idoneo ed efficacemente attuato, sia tipicamente munito di efficacia esimente della responsabilità dell'ente collettivo (nella specie da omicidio o lesioni colpose gravi o gravissime: art. 25-*septies* d.lgs. n. 231/2001), la legge collega all'adozione ed efficace implementazione del sistema di controllo sul Modello anche il pieno esonero da responsabilità del delegante.

Per decifrare meglio il senso di questo innovativo costrutto normativo, occorre partire dal dettato del comma 4 dell'art. 30 T.U.S. (come detto richiamato dall'art 16, comma 3), il quale annovera tra i requisiti del Modello adottato dall'"*organo dirigente*" (art. 6, comma 1, lett. *a)* d.lgs. n. 231/2001) "*un idoneo sistema di controllo sull'attuazione del medesimo modello e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità delle misure adottate* […]".

Sul punto è anche intervenuta, in sede di decreto correttivo, una significativa modifica della formulazione legale.

133. In questo senso, ad es. Padovani, in Pera, *Diritto del lavoro*, cit., 606.

134. Cfr., nella letteratura socio-organizzativa, Simon, *Il comportamento amministrativo* (1947), trad. it. ediz. 1957, Bologna, 2001, 336 ss., 344.

135. Pulitanò, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, cit., 104 ss., 107. L'insufficiente approfondimento del contenuto dell'obbligo di sorveglianza era già stato evidenziato in Id., *Organizzazione dell'impresa*, cit., 13.

136. Fortemente critica, al riguardo, Vitarelli, *La disciplina della delega*, cit., 49.

137. Cfr., sul punto, Castronuovo, *La responsabilità degli enti collettivi per omicidio e lesioni alla luce del D.Lgs. n. 81 del 2008*, in Basenghi-Golzio-Zini (a cura di), *La prevenzione dei rischi*, cit., 334. Disapprova la commistione di questi due ambiti di vigilanza, Bacchini, *Misure di tutela e obblighi*, cit., 258 s. Al contrario, ritengono pressoché inevitabile una sostanziale sovrapposizione tra gli addebiti colposi rivolti alle persone fisiche di livello apicale e la responsabilità per colpa di organizzazione ascrivibile all'ente, Pesci, *Violazione del dovere di vigilanza*, cit., 3971, 3976 e Valentini, *La «vecchia modernità» del diritto penale*, cit., 298.

Il testo originario recitava che la vigilanza in discorso "*si esplica anche attraverso i sistemi di verifica e controllo di cui all'articolo 30, comma 4*". L'utilizzo della congiunzione copulativa "*anche*", unitamente al presente riflessivo "*si esplica*", suonava in modo alquanto ambiguo, non essendo chiaro se: 1) la norma si limitasse ad individuare nel "sistema" in parola solo uno dei possibili strumenti, tra i tanti previsti dalla legislazione di settore e dalla pratica, per adempiere all'obbligo di vigilanza[138]; 2) esso rappresentasse l'unica modalità idonea (non essendo utilizzato il verbo "potere"); 3) o si trattasse, perfino, di una metodica necessaria ma non sufficiente[139].

Nella versione emendata del testo normativo può notarsi, anzitutto, la sostituzione dell'espressione "*sistemi di verifica e controllo*" con quella "*modello di verifica e controllo*", del quale si richiede – al pari del Modello *ex* art. 6 d.lgs. n. 231/2001 – l'"*adozione ed efficace attuazione*". La variazione non sembra un caso di felice tecnica legislativa, giacché essa stride con la terminologia impiegata nell'art. 30, comma 4, dove continua a parlarsi di "*sistema di controllo*" sull'attuazione del "*modello*" organizzativo. Pertanto, mentre in quest'ultimo caso l'espressione "*modello*" è utilizzata – sulla falsariga degli artt. 6 e 7 del d.lgs. n. 231/2001 – per contrassegnare il *tutto* (vale a dire l'intero apparato di autodisciplina e controllo interno), nell'art. 16, comma 3, essa – a mo' di sineddoche – indica solo una sua fondamentale *porzione* (il meccanismo di controllo sull'adempimento del Modello).

Ma a prescindere da questa discrasia linguistica, il dato più significativo della novellata versione dell'art. 16, comma 3, è la soppressione della congiunzione "anche" e l'introduzione della formula "*si intende assolto*", con cui, dando maggiore certezza al destinatario dell'obbligo di vigilanza sul delegato, si riconosce espressamente la portata esimente dell'adozione (redazione/approvazione) ed efficace attuazione del meccanismo di verifica e controllo di cui all'art. 30, comma 4.

La norma sembra introdurre, pertanto, una *presunzione legale di adempimento*, consentendo di inferire dalla prova dell'adozione e concreta implementazione del sistema di verifica e controllo, previsto nell'ambito del Modello rilevante per escludere la responsabilità dell'ente, anche l'avvenuto assolvimento dell'obbligo di vigilanza del delegante[140].

Può discutersi circa la valenza 'assoluta' (*iuris et de iure*) o 'relativa' (*iuris tantum*) della presunzione in oggetto[141]. Il dettato normativo sembrerebbe suffragare la prima ipotesi, ferma restando, ovviamente, la piena sindacabilità del giudice sull'*idoneità astratta* (art. 30, comma 4, cui rinvia l'art. 16, comma 3) e sull'*effettiva attuazione* del sistema di verifica e controllo istituito nell'ente (con gli ulteriori vincoli valutativi posti dal comma 5 dell'art. 30, in caso di redazione dei Modelli in tema di sicurezza in conformità alle *Linee guida UNI-INAIL* o al *British Standard OHSAS 18001:2007*, i quali si "*presumono conformi ai requisiti*" posti dall'articolo in discorso "*per le parti corrispondenti*").

Tuttavia, anche nel caso in cui sia provata l'adozione e concreta esecuzione di un Modello idoneo, ci sembra ragionevole ammettere la vincibilità della presunzione *de qua* quando il legittimo affidamento del delegante sull'attività del delegato sia smentito da altre circostanze fattuali, di cui il delegante abbia avuto cognizione diretta[142]. Il Modello, se non può mai ridursi ad un paravento dietro cui l'ente possa nascondere le proprie effettive carenze organizzative, *a fortiori* non può divenirlo per le persone fisiche

138. Cfr., per questa chiave di lettura, Lageard-Gebbia, *Le novità sulla delega tra limiti e dovere di controllo*, in *Amb. e sic.*, n. 19/2009, 21.

139. Per quest'ultima interpretazione v. D'Alessandro, *La delega di funzioni*, cit., 1128 s.; Pulitanò, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, cit., 105.

140. Cfr. Marra, *I modelli di organizzazione e di gestione e la responsabilità amministrativa degli enti per infortuni sul lavoro*, in Zoppoli-Pascucci-Natullo, *Le nuove regole*, cit., 604.

141. Nel primo senso Manna, *Il diritto penale del lavoro*, cit., 4; nel secondo, invece, Bacchini, *La delega di funzioni e gli obblighi del DDL e dei dirigenti*, *Isl*, n. 9/2009, 486, 487; Pascucci, *Delega delle funzioni su doppio binario. Cambia la responsabilità dei "vertici"*, in *Guida al dir., Speciale "Sicurezza Lavoro"*, 2009, 24 ss.; Vitarelli, *La disciplina della delega*, cit., 49, secondo cui sebbene sembri che il legislatore del 2009 abbia voluto introdurre una presunzione assoluta, sarebbe più opportuno interpretarla come relativa; Belfiore, *La responsabilità del datore di lavoro e dell'impresa per infortuni sul lavoro: profili di colpevolezza*, in *Arch. pen.*, 2011, n. 2, 2, secondo cui la giurisprudenza si orienterà nel senso della presunzione relativa.

142. Sulla portata della presunzione in esame torneremo nel sottoparagrafo seguente.

che lo dirigono.

In ogni caso è evidente che, con la disposizione in oggetto, il legislatore *incentivi ulteriormente*, con "una sorta di indiretta «pressione psicologica»", l'allestimento degli strumenti di controllo di cui all'art. 30[143].

A nostro avviso, però, ciò non significa che il legislatore abbia eretto tale "sistema di controllo" a modalità esclusiva di congruo adempimento del dovere di vigilanza del delegante. L'organo di vertice dell'ente conserva, così, *piena discrezionalità* in merito alle metodiche organizzative mediante cui soddisfare le esigenze di sorveglianza sul corretto espletamento delle funzioni trasferite[144]: potrà avvalersi del sistema di controllo sull'attuazione del modello organizzativo (nel qual caso potrà giovarsi anche dello statuto probatorio privilegiato ad esso normativamente collegato), ovvero ricorrere a strumenti diversi parimenti efficaci (es. l'affidamento a soggetti esterni qualificati di attività periodiche di *audit*, accompagnato dalla previsione di obblighi di reportistica e rendicontazione del delegato e dalla previsione di riunioni periodiche; o perfino – specie nelle realtà minori – forme di sorveglianza diretta).

Ciò appare tanto più vero ove si consideri che il datore di lavoro delegante, specialmente nelle organizzazioni societarie più complesse, non coincide necessariamente con l'"*organo dirigente*" cui compete l'adozione del Modello e la nomina dell'organismo di vigilanza (di seguito "OdV") *ex* art. 6 d.lgs. n. 231/2001 (si pensi, rispettivamente, all'amministratore delegato o a un direttore di stabilimento da un lato e all'intero c.d.a. di una s.p.a. dall'altro).

Inoltre, sarebbe poco comprensibile che uno strumento organizzativo della cui doverosità giuridica si dubita anche rispetto alla persona giuridica, possa divenire, *de facto*, obbligatorio per il datore di lavoro-persona fisica in conseguenza del rilascio di una delega. Il discorso muterebbe, in parte, ove si ritenesse che la predisposizione del Modello in oggetto non sia, nella materia della sicurezza del lavoro, un semplice onere per l'ente, ma un preciso dovere, alla stregua dell'*incipit* dell'art. 30 T.U.S., *secondo cui esso "deve essere* adottato ed efficacemente attuato"[145]. D'altra parte, a prescindere dalla considerazione che il mancato impianto del Modello nell'ente non è direttamente sanzionato neppure in *subiecta materia*[146] (l'art. 30, in altre parole, è una norma giuridica "imperfetta", che sancisce il dovere ma non la relativa sanzione), la sua assenza sarà, verosimilmente, un'eventualità affatto remota nelle società di piccole o piccolissime dimensioni (assolutamente prevalenti nel nostro tessuto imprenditoriale) e talvolta anche in quelle medie. In quest'ambito, infatti, l'adozione di un *compliance program* così strutturato come quello delineato dall'art. 30 T.U.S., e soprattutto la predisposizione di articolazioni interne appositamente deputate al controllo, si rivela spesso non sostenibile sul piano economico e incompatibile con una compagine organizzativa alquanto semplificata. Lo stesso d. lgs. n. 231/2001, peraltro, si mostra consapevole del problema, quando prevede che negli enti di piccole dimensioni i compiti dell'OdV possano "essere svolti direttamente dall'organo dirigente"; e lo stesso può dirsi per il legislatore del T.U.S.,

143. Amato, *Le novità normative*, cit., 2098.

144. In questo senso Dovere, *Delega di funzioni*, cit., 109; *contra* Pulitanò, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, cit., 102, secondo cui "adesso l'adempimento richiesto passa *esclusivamente* (non *anche*) attraverso il modello organizzativo di cui al d.lgs. n. 231/2001"; Vitarelli, *La disciplina della delega*, cit., 49; Fondaroli, *Organismo di vigilanza* ex *art. 6, d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231: profili di responsabilità penale, in Scritti in memoria di Giuliano Marini*, a cura di *Vinciguerra-Dassano*, Napoli, 2010, 321; Piva, *La responsabilità del «vertice» per organizzazione difettosa nel diritto penale del lavoro*, Napoli, 2011, 87.

145. Per questa tesi v. N. Pisani, *Struttura dell'illecito e criteri di imputazione*, in D'Avirro-Di Amato (a cura di), *La responsabilità da reato degli enti*, in *Trattato di diritto penale dell'impresa*, vol. X, Padova, 2009, 154; Di Giovine, *Sicurezza sul lavoro, malattie professionali e responsabilità degli enti*, in *Cass. pen*., 2009, 1338; Vitarelli, *Infortuni sul lavoro e responsabilità degli enti: un difficile equilibrio normativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2009, 709; Bartolomucci, *La metamorfosi normativa del modello penal-preventivo in obbligatorio e pre-validato*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 3-2008, 160.

146. Affermano la facoltatività della sua adozione da parte dell'ente anche in materia antinfortunistica, ad es., Ielo, *Lesioni gravi, omicidi colposi aggravati dalla violazione della normativa antinfortunistica e responsabilità degli enti*, in *Resp. amm. soc. enti*, n. 2-2008, 68; Rossi-Gerino, *Art. 25*-septies *d.lgs 231/2001, art. 30 d.lgs. 81/2008 e Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo: ambiti applicativi e rapporti*, ivi, n. 2-2009, 13; Riverditi, *La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione*, Napoli, 2009, 268.

considerato che il comma 5-*bis* dell'art. 30, introdotto in sede di decreto correttivo, ha demandato alla Commissione consultiva permanente per la salute e sicurezza sul lavoro l'elaborazione di "*procedure semplificate per la adozione e la efficace attuazione dei modelli*" in parola.

Per giunta, alcune organizzazioni, come le imprese individuali (se si prescinde da un recente, singolare indirizzo giurisprudenziale)[147] e gli enti pubblici, non sono neppure annoverati tra i destinatari del d.lgs. n. 231/2001: in essi, però, si applicano, senza alcuna deroga, i doveri di sicurezza previsti dal T.U.S. ed è parimenti legittimo, astrattamente, il ricorso allo strumento della delega.

In definitiva, ritenere che l'opzione organizzativa prefigurata dall'art. 16, comma 3, sia l'unica modalità di adempimento del dovere di vigilanza determinerebbe seri dubbi di costituzionalità, per violazione del principio di ragionevolezza *ex* art. 3 Cost. e una compressione, francamente eccessiva, della libertà di organizzazione dell'imprenditore (desumibile dall'art. 41 Cost.).

Nondimeno, il legame giuridicamente instaurato tra il sistema di controllo di cui all'art. 30, comma 4, T.U.S. e l'attuazione della vigilanza sul delegato, assume una portata ermeneutica restrittiva di più generale respiro.

Sul piano sostanziale, infatti, la disposizione *de qua* rivela che il legislatore non ha inteso l'attività di vigilanza *ex* art. 16, comma 3, come un controllo quotidiano e sulle singole operazioni del delegato, ma come una *sorveglianza sintetica e periodica* sullo stato generale della gestione della sicurezza, e segnatamente sui profili implicati nell'attuazione della delega. Inoltre, la norma getta luce sul fatto che il controllo sull'esercizio dei poteri trasferiti potrà (e, nella maggior parte dei casi, dovrà, per risultare rispondente a parametri di diligenza) essere esercitato, anziché direttamente e personalmente dal delegante, mediante un'adeguata organizzazione ('organizzazione del controllo'), e cioè istituendo efficaci presidi di vigilanza interni all'ente o ricorrendo a strutture esterne specializzate. In definitiva, come limpidamente osservato in dottrina, si tratta di "un controllo della 'tenuta'del sistema organizzativo"[148], o, come riconosciuto da una recentissima sentenza della Cassazione, di una vigilanza "alta", che riguarda "precipuamente la correttezza della complessiva gestione del rischio da parte del delegato medesimo e non impone il controllo, momento per momento, delle modalità di svolgimento delle lavorazioni"[149].

Il *quid pluris* dell'odierno art. 16, comma 3, sta proprio nel dichiarare "assolto" il dovere di vigilanza in caso di adozione e concreta attuazione del sistema di controllo di cui all'art. 30, comma 4.

Ebbene, occorre aver chiaro, al riguardo, che tale specifica metodica organizzativa non si riduce ad un'attività di *audit* indipendente sull'adempimento degli obblighi delegati e tanto meno alla mera previsione di un canale informativo dal delegato al delegante: essa presuppone la *mise en œuvre* della ben più articolata strategia prevenzionistica insita nell'istituto del Modello *ex* d.lgs. n. 231/2001. In particolare, l'incardinamento della vigilanza sul delegato all'interno del sistema di controllo *ex* art. 30, comma 4:

1) presuppone *a monte* la previsione di *specifici protocolli di controllo sulla gestione della delega* e di *monitoraggio delle prestazioni del delegato*, i quali disciplinino ad esempio:

- gli strumenti di registrazione delle attività del delegato;
- le modalità di controllo della permanenza dei requisiti di idoneità dell'affidatario;

147. Cfr. Cass., sez. III, 20 aprile 2011, n.15657, commentata criticamente da Paliero, *Bowling a Columbine: la Cassazione bersaglia i* basic principles *della* corporate liability, in *Le società*, 2011, 1078; Amarelli, *L'indebita inclusione delle imprese individuali nel novero dei soggetti attivi del d.lgs. n. 231/2001*, in *questa Rivista*; Marra, *Imprese individuali e d.lgs. n. 231/01. Nuovi confini* praeter legem *per la responsabilità* ex delicto *degli enti?*, in *Proc. pen. Giust.*, n. 6-2011, 103 ss. *Contra* Cass., sez. VI, 22 aprile 2004 n. 18941, soc. Ribera, in *Cass. pen.*, 2004, 4046 ss.

148. Pulitanò, *Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo*, cit., 105.

149. Cass., sez. IV, 1 febbraio 2012, n. 10702, in *Dir. & Giust.*, 20 marzo 2012.

- i canali informativi tramite cui il delegato possa informare tempestivamente il delegante in merito ad esigenze impreviste o esorbitanti i suoi poteri di spesa;

- i requisiti degli *auditors* incaricati dal delegante, nonché la periodicità, l'oggetto e le metodiche essenziali della loro verifica indipendente sull'attività del delegato;

- i parametri e gli strumenti in base ai quali misurare le prestazioni prevenzionistiche nelle aree oggetto di delega (c.d. monitoraggio);

2) richiede *a valle* l'affidamento della sorveglianza sull'attuazione e sul mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità dei suddetti strumenti di controllo ad una *struttura dedicata interna all'ente*, che sembra ragionevole (considerata anche la collocazione verticistica del delegante) far coincidere – pure in materia antinfortunistica – con l'OdV *ex* art. 6 d.lgs. n. 231/2001[150]. In quest'ambito vanno definiti anche i *flussi informativi* (reportistica, obblighi di segnalazione di violazioni o criticità operative in tema di sicurezza, riunioni periodiche) necessari per assicurare una celere e affidabile trasmissione delle informazioni rilevanti da e verso i punti chiave del sistema di controllo, e segnatamente:

- dal delegato e dai centri di controllo operativo (incaricati dell'attività di *audit*) verso la struttura deputata a vigilare sull'attuazione del Modello (OdV);

- dall'OdV verso il delegante (per relazionarlo periodicamente sulla gestione della delega e prospettare, se del caso, l'attivazione dei suoi poteri di intervento sostitutivo o azioni correttive) e – se non coincidente con quest'ultimo – anche verso l'organo dirigente dell'ente (es. segnalazioni di violazioni e proposte di aggiornamento dei protocolli *ex* 231/2001 e 30 T.U.S.), nonché, per i profili di interesse, l'organo societario di controllo (collegio sindacale o organi equivalenti)[151].

Quindi perché possa operare la presunzione di adempimento del dovere di vigilanza di cui all'art. 16, comma 3, occorrerà l'istituzione di *due diversi livelli di controllo*. Il *primo livello* (che potremmo definire di 'tipo operativo'), è direttamente focalizzato sull'operato del delegato e la 'conformità' delle scelte da lui compiute alle prescrizioni normative. Il *secondo livello* (un sorta di 'meta-controllo') verte, invece sull'attuazione, la funzionalità e l'aggiornamento dei protocolli organizzativi volti ad assicurare l'efficace attuazione della delega.

Quanto precede consente di sciogliere anche un altro nodo ermeneutico relativo alla disposizione in commento, in cui non si chiarisce del tutto se sia sufficiente l'istituzione di "un sistema di controllo" sull'attività del delegato per ritenere assolto l'obbligo di vigilanza, o occorra, invece, il perfezionamento di tutti gli adempimenti richiesti dall'art. 30[152]. Per le ragioni già evidenziate si richiederà, almeno, la predisposizione di specifici protocolli di verifica e controllo (dell'attività del delegato) su cui possa appuntarsi la vigilanza dell'OdV, di appositi canali di comunicazione, nonché di un sistema disciplinare a garanzia dell'effettività delle misure adottate. E' presumibile, comunque, al di là di incerti vincoli normativi, che nella prassi aziendale tali misure verranno adottate nell'ambito di un più organico modello organizzativo-gestionale, dalla cui esistenza dipendono anche le possibilità di salvezza dell'ente nel suo complesso, in caso di commissione da parte del delegato di un delitto *ex* art. 25-*septies*.

150. Tale soluzione è oggi assolutamente prevalente nella prassi aziendale. In dottrina, nello stesso senso, Lottini, *I modelli di organizzazione e gestione*, in Giunta e Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza*, cit., 183 s.; N. Pisani, *Struttura dell'illecito e criteri di imputazione*, cit., 156; De Santis, *Il regime della responsabilità penale*, cit., 136; *contra*, Cardia M., *La disciplina sulla sicurezza nel luogo di lavoro nella prospettiva del d.lgs. 231/2001,* in *La resp. amm. soc. enti*, n. 2-2008, 127; Romolotti, *Organismo di vigilanza 231 e sicurezza sul lavoro: un problema strutturale*, ivi, 2008, n. 4, 89.

151. Si ricorda che la recente l. 12 novembre 2011 n. 183 ha innestato un nuovo comma 4-*bis* nell'art. 6 del d.lgs. n. 231/2001, a norma del quale "nelle società di capitali il collegio sindacale, il consiglio di sorveglianza e il comitato per il controllo della gestione possono svolgere le funzioni dell'organismo di vigilanza di cui al comma 1, lettera b)".

152. In generale sul Modello *ex* art. 30, v. Marra, *Prevenzione mediante organizzazione e diritto penale. Tre studi sulla tutela della sicurezza sul lavoro*, Torino, 2009, 193 ss.

8.3

Le perplessità dottrinali in merito al disposto dell'art. 16, comma 3 (seconda parte) e le possibili soluzioni

La scomposizione del dovere di vigilanza sull'operato del delegato in due diversi livelli di controllo (nel caso in cui si ricorra al sistema di vigilanza di cui all'art. 30, comma 4), permette, altresì, di superare alcune perplessità sollevate nella letteratura penalistica proprio in merito al rapporto istituito tra 'Modello 231' e obbligo di vigilanza *ex* art. 16, comma 3.

Una parte della dottrina, in particolare, muovendo dall'implicita premessa della delegabilità del residuo dovere di vigilanza del delegante, ha evidenziato le difficoltà dell'interprete nel ricostruire "le rispettive posizioni" del delegante e dell'organismo deputato alla sorveglianza *ex* art. 30, comma 4, T.U.S. Ciò in quanto: "la funzione di vigilanza del delegante consiste in un obbligo di garanzia", mentre "l'organismo di vigilanza investito del compito di sorvegliare *ex* art. 30, comma 4, del d.lgs. 81/2008 non riveste il ruolo di garante"; cosicché, "anche a voler ritenere che in materia di sicurezza del lavoro l'OdV diventi eccezionalmente garante, si rischia di fare a pezzi il modello introdotto dal d.lgs. 231/2001, che descrive tale organismo in termini di autonomia e indipendenza", giacché "la delega dell'obbligo di vigilanza all'OdV inserisce il medesimo nella struttura organizzativa dell'impresa, con conseguente perdita delle citate fondamentali caratteristiche"[153]. In modo ancor più netto, un'altra voce dottrinale ha sostenuto che se l'OdV "esplica le attività di cui all'art. 30, comma 4, ciò sostituisce completamente l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro", con il conseguente ingresso a pieno titolo dei rispettivi membri nella cerchia dei garanti della sicurezza aziendale ("in luogo del garante originario datore di lavoro")[154].

Se così realmente fosse, ne risulterebbe senza dubbio alterata la fisionomia tipica dell'OdV, che da soggetto deputato a vigilare sull'efficace attuazione e mantenimento nel tempo delle condizioni di idoneità del Modello panoramicamente riguardato, verrebbe investito di compiti autenticamente operativi, di impedimento della commissione di illeciti penali da parte di altri soggetti aziendali. Ciò intaccherebbe anche il solido sbarramento dottrinale finora opposto al riconoscimento in capo ai componenti dell'OdV di una vera e propria posizione di garanzia, rilevante anche nell'ottica dell'art. 40 cpv. c.p.[155]. Ragionevole, pertanto, sarebbe anche la via d'uscita prospettata dalla succitata dottrina per "far funzionare senza intoppi giuridici il sistema appena descritto", vale a dire l'individuazione di "organismi cui trasferire la funzione di vigilanza diversi dall'OdV"[156].

Peraltro, l'erosione dei caratteri di indipendenza e imparzialità dell'OdV non sarebbe meno pronunciata qualora esso fosse ritenuto destinatario, anziché di un vero e proprio incarico di funzioni (di vigilanza), di un incarico puramente esecutivo da assolvere per conto del datore di lavoro. In tal caso, l'OdV assumerebbe una veste ibrida: non solo di controllore *del* datore di lavoro (per quanto concerne, in generale, il rispetto delle regole descritte nel Modello, e più specificamente i profili di idoneità ed effettività della delega), ma anche di controllore *per conto* del datore di lavoro, per tutto quanto attiene al corretto esercizio della delega da parte del delegato.

In realtà i problemi testé prospettati possono essere superati sulla base delle seguenti considerazioni.

a) In primo luogo, il dettato legale non autorizza a ritenere che la vigilanza del datore di lavoro sia stata configurata come un obbligo a sua volta interamente trasferibile a terzi[157]. Infatti, dall'art. 16, comma 3, si evince che l'adozione ed efficace attuazione del sistema di verifica di cui all'art. 30, comma 4, non "esclude" *ex ante*, ma fa ritenere

153. Vitarelli, *La disciplina della delega*, cit., 49 s.

154. Così, Lanzi, *Taluni aspetti della responsabilità dell'ente in relazione ai reati che riguardano la sicurezza nel lavoro*, in Curi (a cura di), *Sicurezza nel lavoro*, cit., 2009, 41.

155. V., per tutti, anche per gli ampi riferimenti bibliografici, Zannotti, *Il nuovo diritto penale dell'economia*, Milano, 2ª ed., 2008, 75.

156. Vitarelli, *La disciplina della delega*, cit., 50.

157. In tal senso anche Pulitanò, *Diritto penale*, cit., 501. Del pari, Piva, *La responsabilità del «vertice»*, cit., 91.

"assolto" *ex post*, il dovere di vigilanza. Questo, pertanto, resta un obbligo personalissimo del datore di lavoro[158], cosicché neppure il rapporto tra il delegante e l'organo preposto al controllo *ex* art. 30, comma 4, può essere inquadrato nella fattispecie del trasferimento di funzioni in senso proprio.

Inoltre, se tale dovere fosse interamente delegabile all'OdV, per perfezionarne il trasferimento dovrebbe bastare la semplice istituzione ("*adozione*") di un "*modello di verifica e controllo*" ai sensi dell'art. 30 comma 4. Invece, perché possa operare la presunzione *ope legis* di cui all'art. 16, comma 3, occorre anche la sua "*efficace attuazione*". Quindi, il sistema di controllo non deve apparire idoneo solo "sulla carta", ma deve essere espressione dinamica del concreto e quotidiano svolgimento della vigilanza all'interno dell'ente.

b) Neppure è plausibile l'idea che l'OdV sia investito dal delegante di un incarico puramente esecutivo di sorveglianza sull'attività del delegato. In realtà, in base alla chiave di lettura sopra prospettata, tale ruolo operativo verrebbe assunto dai soggetti appositamente designati, alla stregua dei protocolli di verifica sulla gestione della delega, per appurare – questa volta sì per conto del datore di lavoro! – "il corretto espletamento da parte del delegato delle funzioni trasferite".

c) In definitiva, si può pervenire ad una soluzione ragionevole del dilemma, partendo proprio da quanto su evidenziato: il "sistema di controllo" di cui all'art. 30 comma 4 non si estrinseca in una vigilanza diretta sul rispetto delle prescrizioni antinfortunistiche, ma deve essere ancorato alla previa configurazione di specifici protocolli informativi e di *audit* sull'attività del delegato, sui quali possa concretamente focalizzarsi la vigilanza 'di secondo livello' dell'OdV, cui si collega un dovere di segnalare all'organo gestorio le lacune organizzative eventualmente riscontrate[159].

d) Emerge, così, anche la dimensione teleologica della 'presunzione di assolvimento' di cui all'art. 16, comma 3. Essa, a ben vedere, punta proprio a risolvere i problemi empirico-giuridici che possono derivare dalle premesse sin qui evidenziate.

Sul piano empirico è noto che la possibilità di muovere al datore di lavoro un rimprovero penale per *culpa in vigilando* anche in caso di delega rilasciata con tutti i crismi di legge, rischia di tradire le stesse motivazioni pratiche del ricorso ad essa. Anche nel caso di adempimento attraverso terzi, resta, infatti, problematico come il delegante, privo dei necessari saperi tecnici, possa interpretare correttamente i *report* informativi dei verificatori da lui nominati.

Sul piano giuridico, poi, ammettendo che il delegante possa essere chiamato a rispondere, sia per *culpa in eligendo* che per *culpa in vigilando*, anche delle eventuali inadempienze dei collaboratori investiti delle funzioni di sorveglianza sul delegato, riaffiorano i rischi di una responsabilità di mera posizione, in contrasto con l'art. 27, comma 1, Cost.

Per ovviare agli inconvenienti pratico-giuridici insiti nel residuo dovere di vigilanza del delegante, il testo unico ha puntato proprio sulla valorizzazione del sistema di verifica e controllo che, del Modello avente funzione esimente della responsabilità dell'ente, costituisce una componente essenziale.

La valenza giuridica che assume l'adozione ed efficace attuazione di tale metodica organizzativa rispetto alla responsabilità del delegante è, come detto, di *natura probatoria*, determinando una presunzione *iuris tantum* di assenza dei presupposti per muovere un rimprovero di colpa al delegante. La disposizione *de qua* è come se enunciasse: nel caso in cui il delegante abbia implementato misure organizzative di vigilanza sull'attività del delegato adatte alle peculiarità della realtà aziendale e l'OdV abbia costantemente verificato la loro idoneità e attuazione, deve reputarsi assente – salvo prova contraria – ogni ragione di addebito al datore di lavoro. Le conoscenze acquisite attraverso idonei

158. Similmente, Lecis, *La delega di funzioni e l'obbligo di vigilanza del datore di lavoro. Il ruolo del modello organizzativo a norma del d.lgs. 231/2001*, in *La resp. amm. soc. enti*, n. 2-2010, 164 s.

159. Per una prospettiva analoga v. D'Alessandro, *La delega di funzioni*, 1128, nt. 5.

meccanismi informativi e di sorveglianza interna, sulla cui funzionalità l'OdV abbia correttamente vigilato, coincidono con quelle *esigibili* secondo parametri di diligenza oggettiva. Così, qualora sopraggiungano al delegante segnali di inosservanza da parte del delegato, egli dovrà indagare ed eventualmente emendare. Diversamente, egli non potrà essere chiamato a rispondere neppure di eventuali *defaillance* dell'*audit* condotto dai verificatori da lui designati, non rilevate e non rilevabili neppure dall'OdV attraverso il sistema di controllo di secondo livello di cui all'art. 30, comma 4. La sottesa *ratio* è che, in presenza di tali condizioni, il delegante può legittimamente fare affidamento sull'attività del delegato ed altresì sulla funzionalità dei presidi organizzativi predisposti per verificarne la conformità a tutte le regole cautelari vigenti in materia.

I motivi di affidamento ragionevole vengono meno – però – laddove il delegante possegga, per qualsiasi ragione, maggiori informazioni dello stesso OdV in merito a violazioni colpevoli del delegato: in tal caso riemerge la possibilità che egli sia chiamato in causa per un'inerzia colpevole (di qui la natura "relativa" della presunzione di cui all'art. 16, comma 3).

9 Assenza delle condizioni normative di ammissibilità della delega e responsabilità (a titolo omissivo) del delegato

Abbiamo già evidenziato come il legislatore abbia riconosciuto alla delega diretta incidenza sulla struttura obiettiva del reato proprio, quale strumento in grado di generare, nei limiti dei poteri trasferiti, una nuova posizione di garanzia derivata e ridurre, proporzionalmente, quella originaria del dante incarico.

Ciò premesso, si consideri ora il caso in cui la delega ricevuta dal delegato sia *priva di uno o più requisiti legislativi di validità*: ad esempio, che non sia stata esteriorizzata – e ritualmente accettata – per iscritto, ovvero che sia stato incaricato un soggetto del tutto inidoneo dal punto di vista tecnico-professionale. *Quid iuris* allorché il delegato abbia, comunque, concretamente assunto ed esercitato l'incarico e i poteri giuridici pertinenti? Assodate la permanenza in capo al delegante di tutti gli obblighi originariamente gravanti su di lui e la possibilità che il delegato possa concorrere *attivamente* alla violazione di una regola antinfortunistica (es. fornitura di DPI guasti o affidamento di una mansione pericolosa ad un soggetto del tutto inesperto), resta da verificare se il delegato possa essere chiamato a rispondere anche *a titolo omissivo* (es. omessa fornitura di DPI, omessa sostituzione di un macchinario pericoloso).

La risposta al quesito si ricava dall'art. 299 T.U.S., il quale, come detto, ha normativizzato il c.d. *principio di effettività*, nell'ottica però del cumulo delle responsabilità del garante formale e di quello materiale[160], parimenti punibili, quali *intranei*, per il reato realizzato[161].

Così, ad esempio, la *mancanza di forma scritta* della delega (o della sua accettazione), costituendo vizio insanabile del titolo, preclude nei riguardi del delegante il trapasso delle prerogative[162]. Sul versante del delegato "di fatto", però, l'effettiva "presa in carico" del bene, con il concreto esercizio di poteri giuridici congruenti con la funzione invalidamente traslata, è sufficiente per l'assunzione della relativa posizione di garanzia[163].

Ad analoghe conclusioni può pervenirsi per l'ipotesi in cui il delegato abbia deciso di assumere l'incarico benché del tutto *inidoneo* ad espletarlo. Siccome la legge inquadra anche la capacità dell'accettante tra le condizioni di validità della delega, la sua assenza impedisce *ex se* una trasformazione dell'obbligo di garanzia datoriale: sia il delegato che

160. In giurisprudenza per la considerazione che la nozione giurisprudenziale di 'datore di lavoro di fatto' o di 'dirigente di fatto' sia "tesa ad ampliare i soggetti responsabili e non a restringerne la sfera", v. Cass., sez. III, 7 ottobre 2004, n. 39268, in *Il lav. nella giur.*, 2005, 34.

161. V., sul punto, anche D'Alessandro, *La delega di funzioni*, cit., 1151.

162. In termini generali, sulla questione delle ripercussioni dell'invalidità del negozio sull'insorgenza o meno dell'obbligo di garanzia, Fiorella, *Il trasferimento di funzioni*, cit., 307 ss.; Leoncini, *Obbligo di attivarsi*, cit., 223 ss., spec. 246 ss.; F. Mantovani, *L'obbligo di garanzia ricostruito alla luce dei principi di legalità, di solidarietà, di libertà e di responsabilità personale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2001, spec. 347.

163. Trascura, a nostro avviso, tale dato Amato, L*e novità normative*, cit., 2099, secondo cui "in difetto di una accettazione per iscritto, non si potrebbe in alcun caso addebitare il fatto al delegato".

il delegante, pertanto, potrebbero rispondere quali soggetti qualificati per la violazione di una regola antinfortunistica; il primo in forza dei doveri di cui è formalmente investito per legge (e non dismessi), il secondo per la posizione di garanzia assunta *de facto ex* art. 299 T.U.S. Rispetto al delegante, però, si tratterà di verificare anche se poteva agevolmente rendersi conto dell'incapacità del delegato. Per il delegato il problema si pone, invece, nei termini della *colpa c.d. per assunzione*[164]: dal momento che la delega deve essere espressamente accettata dal destinatario, è sempre possibile un diniego, il quale andrebbe senz'altro opposto (senza che ciò possa determinare un illecito sul piano giuslavoristico) qualora manchino le condizioni per adempiere efficacemente[165]. Sul piano della colpevolezza, però, la punibilità del delegato che abbia accettato avventatamente la delega dipenderà anche dal fatto che potesse avvedersi, in base alle sue conoscenze ed esperienze concrete, della propria incapacità[166], alla base del fatto oggettivamente negligente. In presenza di tali presupposti il delegato potrà rispondere, sul piano della tipicità oggettiva, anche a titolo di omissione – a seconda dei casi – propria o impropria.

Qualche distinguo va fatto per l'ipotesi in cui a mancare sia addirittura l'*effettiva attribuzione di poteri decisionali e di spesa* necessari all'assolvimento dell'incarico. La giurisprudenza ha invocato il principio di effettività anche in un caso in cui al delegato non erano stati assegnati i fondi necessari, ma questi non aveva obbiettato nulla in proposito[167]. Tuttavia, a nostro avviso, il criterio in questione non è correttamente richiamato in assenza del conferimento, o concreto esercizio, di tutti i poteri giuridici (decisionali o di spesa) indispensabili ad incardinare come garante il delegato su basi assimilabili a quelle del delegante.). In tal caso, infatti, potrà ravvisarsi un semplice "incarico di esecuzione", o al più una delega 'parziale', come quando il delegato venga investito di poteri di scelta sulle misure da adottare senza, però, l'autorità di impegnare economicamente l'ente (situazione in cui egli potrà essere chiamato a rispondere solo laddove non si attivi per richiedere a chi ha i poteri di spesa le erogazioni necessarie[168]). Non v'è dubbio, invece, che chi acconsenta ad una traslazione puramente esteriore di doveri per supina compiacenza nei confronti del datore di lavoro o anche "perché attratto da una remunerazione che dovrebbe inammissibilmente compensare l'irresponsabilità dell'imprenditore"[169], potrà rispondere a titolo di cooperazione commissiva colposa[170], in qualità di *extraneus*, con il delegante apparente, rimasto titolare della sua posizione di garanzia con tutti i poteri rilevanti.

164. Condivisibilmente, in dottrina, Mezzetti, in *Diritto penale dell'impresa*, cit., 70 e già Pulitanò, voce *Igiene e sicurezza del lavoro*, cit., 1992, 110. In generale, sulla 'colpa per assunzione' v. Giunta, *La normatività della colpa penale*, cit., 89, 113 ss.; Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, 518; Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, 203; in giurisprudenza, Cass., sez. IV, 6 dicembre 1990, n. 4793, Bonetti, in *Foro it*. 1992, II, 36.

165. In tal senso, Cass., sez. IV, 29 dicembre 2008, n. 48295, Libori, in *Cass. pen*., 2009, 2094 ss.

166. Così, quasi testualmente, Giunta, *La normatività della colpa penale*, cit., 114, che, diversamente dall'impostazione tradizionale, propone di affrontare le ipotesi di colpa per assunzione "senza ricorrere all'artificio della regola dell'astensione".

167. Cass., sez. III, 21 ottobre 2009, n. 44890, rv. 245271.

168. Così Scarcella, *La delega di funzioni*, cit., 340.

169. Su questa ipotesi, v. la sentenza Biadene, cit.

170. L'addebito soggettivo, poi, in casi come questi avverrà di regola a titolo di colpa generica.

Andrea Perin

Articolo sottoposto a peer review

Colpa penale relazionale e sicurezza nei luoghi di lavoro

Brevi osservazioni fra modello teorico, realtà applicativa ed esigenze di tutela
Commento a Corte di Cassazione, Sez. IV, ud. 12 ottobre 2011 (dep. 19 dicembre 2011), n. 46819

Sommario

1. Fatto e decisione. – 2. Colpa presunta e colpa per l'evento. Concretizzazione del rischio tipico previsto dalla norma cautelare e prevedibilità *ex ante* dell'evento *hic et nunc*. – 3. La rilevanza della condotta negligente del corresponsabile per la sicurezza e/o della vittima nel giudizio di prevedibilità dell'evento. Obblighi relazionali e principio di affidamento. – 4. L'orientamento della Corte: approccio causale e tutela unilaterale dell'affidamento. Critica. – 5. Cooperazione colposa e morte del lavoratore. Gli obblighi relazionali nella disciplina sulla sicurezza dei cantieri edili. – 6. La responsabilità colposa dei singoli concorrenti nella gestione plurilaterale del rischio: profili problematici (cenni). – 7. Vecchie questioni attuali. Quale colpa penale?

1 Fatto e decisione

La sentenza in commento interviene in materia di responsabilità penale colposa dei garanti della sicurezza nei luoghi di lavoro per l'infortunio subito dal lavoratore (anche) a causa della propria imprudenza[1]. Essa, nel riproporre un orientamento tanto consolidato[2] quanto ormai criticato[3], desta oggi ulteriori interrogativi a causa del particolare *iter* argomentativo seguito.

I fatti: un operaio dedito a lavori di ampliamento di una preesistente struttura di allevamento, dovendo espletare un urgente bisogno fisiologico, invece di ricorrere ai servizi igienici posti ad un centinaio di metri dal cantiere, decide di portarsi all'interno del canale di raccolta dei liquami provenienti dalla medesima struttura, dove muore per l'asfissia determinata dall'inalazione dei gas nocivi che in quel luogo venivano riversati dall'azionato sistema di scarico.

Il Tribunale di Fermo condanna i soci dell'azienda agricola (fra i quali il legale rappresentante della stessa, in qualità di committente dei lavori), il responsabile

4. Si veda, per una trattazione monografica della materia, O. Di Giovine, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003. Cfr., inoltre: G. P. Volpe, *Infortuni sul lavoro e principio di affidamento*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1995, 101 (nota a: Cass., sez. IV, 9 febbraio 1993); R. Giovagnoli, *Il concorso colposo del lavoratore infortunato tra principio di affidamento e interruzione del nesso causale*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, 990 (nota a: Cass., 22 ottobre 1999, n. 12115); più di recente, M. Bellina, *La rilevanza del concorso colposo della vittima nell'infortunio sul lavoro: una timida apertura*, in *Cass. Pen.*, 2008, 1013 (nota a: Cass., sez. IV, 23 marzo 2007, n. 21587).

5. L'orientamento in parola esclude recisamente (salvo quanto si dirà) che la negligenza del lavoratore infortunatosi possa assumere rilevanza al fine di graduare o escludere l'addebito di *colpa* in capo al garante o ai garanti della sicurezza nei luoghi di lavoro. La tesi, da tempo affermata dalla Corte di Cassazione, si fonda sulla premessa generale secondo cui "le norme sulla prevenzione degli infortuni" – norme che si rivolgono *principalmente* al datore di lavoro e agli altri garanti della sicurezza – "hanno la funzione primaria di evitare che si verifichino eventi lesivi dell'incolumità fisica [...] anche nelle ipotesi in cui siffatti rischi siano conseguenti ad eventuali imprudenze e disattenzioni degli operai subordinati [...]": così, vigente il d.p.r. n. 547/1955, Cass., sez. IV, 15 ottobre 1979, con nota di D. Petrini, *Concorso colposo della vittima e infortunio sul lavoro*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1981, 1576; analogamente: Cass., sez. IV, 4 maggio 1990, n. 6504; Cass., sez. IV, 30 maggio 1991, n. 5835. In relazione alla più recente normativa, cfr., *ex multis*: Cass., sez. IV, 18 aprile 2002, n. 20467; Cass., sez. IV, 24 settembre 2003, n. 43362; Cass., sez. IV, 27 ottobre 2011, n. 46837, in *DeJure*.

6. In dottrina si distinguono, comunque, opinioni divergenti; cfr., tra gli altri: P. Veneziani, *Infortuni sul lavoro e responsabilità per omesso impedimento dell'evento: problemi attuali*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1998, 493, p. 520 ss. (p. 522-523); O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, op. cit., p. 64 ss. (apertamente critica).

dei lavori, i soci e legali rappresentanti dell'impresa edile, il progettista e direttore dei lavori e il coordinatore per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori per omicidio a titolo di cooperazione (art. 113 c.p.) avendo essi, per colpa integrata da "*imprudenza, negligenza, imperizia e violazione di norme relative alla normativa antinfortunistica e all'igiene sul lavoro*", *"cagionato e comunque non impedito la morte dell'operaio*"[4].

I profili di colpa contestati agli imputati, nell'ambito delle rispettive competenze, sono i seguenti: *a)* l'inosservanza degli obblighi relativi al Piano Operativo di Sicurezza e al Piano di Sicurezza e Coordinamento, in relazione alla mancata predisposizione di servizi igienici nelle immediate vicinanze del cantiere in cui erano in corso i lavori; *b)* la difforme realizzazione del sistema di scarico dei liquami rispetto al progetto (tale difformità avrebbe comportato un aumento quantitativamente determinante dei gas tossici presenti nel canale di raccolta in cui si è venuto a trovare l'operaio deceduto); *c)* l'omessa valutazione dello specifico rischio *interferenziale* (dovuto allo svolgimento dell'attività edilizia nelle vicinanza del canale di raccolta); *d)* l'omessa informazione sui rischi; *e)* la violazione degli obblighi di controllo e vigilanza posti a carico di ciascun responsabile della sicurezza rispetto alla concorrente attività degli altri 'garanti' chiamati a comporre il "modello a precauzione plurilaterale"[5] predisposto dal legislatore per favorire la sicurezza dei cantieri[6].

Giudice di prima istanza e Corte d'Appello di Ancona, come riporta la sentenza *de qua*, ritengono il tragico evento *"[...] derivato dalle condotte commissive e omissive addebitate e rientrante nella tipologia di eventi oggetto di tutela delle regole cautelari, ravvisando in esso la concretizzazione del rischio tipico che le regole specifiche mirano a prevenire, ritenendo la evitabilità dell'evento attraverso il rispetto delle regole cautelari, a prescindere dalla prevedibilità del fatto specifico, trattandosi di 'regole aperte'"*.

Alla Suprema Corte, quindi, è affidato il compito di dirimere questioni cruciali.

2

Colpa presunta e colpa per l'evento. Concretizzazione del rischio tipico previsto dalla norma cautelare e prevedibilità *ex ante* dell'evento *hic et nunc*

Avendo i ricorrenti rilevato la mancanza del nesso necessario fra inosservanze cautelari contestate ed evento verificatosi, la pronuncia affronta prioritariamente il tema della cd. concretizzazione del rischio[7].

"*In tema di delitti colposi* – afferma la Corte, citando un noto precedente[8] – *ai fini dell'elemento soggettivo, per poter formalizzare l'addebito colposo, non è sufficiente verificare la violazione della regola cautelare, ma è necessario accertare che tale regola fosse diretta ad evitare proprio il tipo di evento dannoso verificatosi, altrimenti si avrebbe una responsabilità oggettiva giustificata dal mero* versari in re illicita".

La massima enunciata indica l'esigenza di accertare l'esistenza di un nesso 'causale' fra *inosservanza* cautelare specifica ed *evento*, per evitare che l'imputazione di quest'ultimo al soggetto agente si basi sulla *mera disobbedienza* ad una *qualsiasi* regola precauzionale positiva[9].

7. Si noti, anzitutto, la tecnica di *contestazione*: essa manifesta l'inclinazione della Corte ad attribuire piena "fungibilità" a tutte le ipotesi di inosservanza cautelare indicate dall'art. 43 c.p.; v. in argomento, per approfondite considerazioni critiche, D. Castronuovo, *La colpa penale*, Milano, 2009, p. 198 ss.

8. La locuzione, trattando dei 'profili relazionali della colpa', è adottata da D. Castronuovo, *La colpa*, op. cit., p. 321 ss. (p. 326-327); l'Autore, a sua volta, prende espressamente spunto dallo studio sulla responsabilità civile di F. Cafaggi, *Profili di relazionalità della colpa. Contributo ad una teoria della responsabilità extracontrattuale*, Padova, 1996.

9. La disciplina applicabile al caso in esame è quella prevista dal d. lgs. 494/1996 (disciplina oggi contenuta, con innovazioni, nel d. lgs. 81/2008).

10. Solitamente, al riguardo, ci si riferisce alla cd. "causalità della colpa". Va tuttavia chiarito che la verifica giudiziale dell'avvenuta 'concretizzazione del rischio' è preordinata a fondare la *colpa per l'evento*, non ad accertare l'esistenza del nesso di *causalità materiale fra la condotta e l'evento*. Cfr., in argomento: G. Marinucci, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, p. 262 ss.; G. Forti, *Colpa ed evento nel diritto penale*, Milano, 1990, p. 418 ss.; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto Penale. Parte Generale*, Bologna, 2007, p. 552.

11. Cass., sez. IV, 17 maggio 2006, n. 4675, in *Foro It.*, 2007, 10, II, 550, con nota di R. Guariniello, *Tumori professionali a Porto Marghera*.

12. Del resto, "l'opinione che l'evento da prevenire debba essere *uno di quelli* che la norma violata mirava a prevenire, può considerarsi come un dato felicemente acquisito nella dottrina penalistica": così, G. Marinucci, *La colpa per inosservanza*, op. cit., p. 272.

Assai discutibili appaiono tuttavia le 'consequenziali' osservazioni della Corte: "*di volta in volta* – proseguono i giudici, riproponendo la sentenza poc'anzi ripresa – *occorre verificare se la regola cautelare è stata dettata per impedire il verificarsi di uno specifico evento preventivamente individuato o per uno spettro più ampio di eventi determinato soltanto nel tipo [...]*. Atteso ciò, séguita la Corte, ancora sulla scorta del precedente *"[...] quando si tratta di una regola cautelare aperta, occorre valutare se l'evento concretamente verificatosi non sia completamente diverso da quelli presi in considerazione nella formulazione della regola di cautela [...]"*; a quel punto, ciò verificato, *"la condotta dell'agente è 'rimproverabile' perché* – ecco il punto critico – *era prevedibile che esistessero conseguenze eventualmente non ancora conosciute o descritte del medesimo tipo*"[10].

La Cassazione statuisce che, qualora vengano in causa regole cautelari connotate da un cono di protezione ampio, se l'evento (non impedito) costituisce concretizzazione specifica del rischio genericamente (e presumibilmente) contemplato dal legislatore, l'evento stesso (può e) deve essere imputato a titolo di colpa specifica a prescindere da un'integrativa valutazione circa la concreta prevedibilità dell'evento *hic et nunc*.

La tesi è ribadita nel prosieguo della pronuncia: "nel giudizio di "prevedibilità – si afferma – [...] va considerata anche la sola possibilità per il soggetto di rappresentarsi una categoria di danni, sia pure indistinta, potenzialmente derivante dalla sua condotta, tale che avrebbe dovuto convincerlo ad adottare più sicure regole di prevenzione: in altri termini, ai fini del giudizio di prevedibilità, deve aversi riguardo alla potenziale idoneità della condotta a dar vita ad una situazione di danno e non anche alla specifica rappresentazione "*ex ante*" dell'evento dannoso, quale si è concretamente verificato in tutta la sua gravità ed estensione.

Data una norma giuridica cautelare idonea, per sua natura, a coprire accadimenti non immediatamente identificabili – ritiene la Corte – la sola prevedibilità (astratta) di un evento infausto (fra quelli potenzialmente contemplati dal legislatore), cui segua l'effettiva realizzazione del rischio, è condizione sufficiente ai fini dell'imputazione colposa.

Decontestualizzando e riproponendo in materia infortunistica il ragionamento richiamato[11], tuttavia, la sentenza *de qua* finisce col sovrapporre due aspetti distinguibili sia sul piano concettuale che, conseguentemente, su quello applicativo-giudiziale: da un lato, l'accertamento del fatto che l'evento storicamente verificatosi rappresenta una concretizzazione dello specifico rischio che la norma violata mira a prevenire; dall'altro, il giudizio di prevedibilità dell'evento *hic et nunc*[12]. Ovvero: la categoria

13. Occorre rilevare che la massima in parola – ripresa dalla sentenza *de qua* – viene originariamente enunciata in materia di malattie professionali, settore in cui il problema del rapporto fra regola cautelare "aperta" (redatta in previsione di eventi non tutti preventivamente individuabili) e prevedibilità del'evento *hic et nunc* si pone in termini diversamente problematici, poiché si pone in relazione all'agire in condizione di *incertezza scientifica*; tale condizione potrebbe giustificare, secondo il parere di alcuni, la sostituzione della prevedibilità in senso classico, avente ad oggetto l'evento *hic et nunc*, con un criterio informato al cd. principio di precauzione. V., sulla medesima vicenda storica e processuale, il contributo di C. Piergallini, *Il paradigma della colpa nell'età del rischio: prove di resistenza del tipo* (nota a: Trib. Venezia, sez. I, 22 ottobre 2001; App. Venezia, sez. II, 15 dicembre 2004), in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2005, 4, 1670.

14. La massima riproposta dalla Corte, infatti – come accennato (*supra*, nota 10) –, *si spiega*, pur qualora *non si condivida*, in materia di responsabilità colposa dovuta all'uso di prodotti o sostanze pericolose determinanti patologie professionali, come tentativo di conferire cittadinanza al cd. *principio di precauzione* in materia penale: tendenzialmente incline ad un suo accoglimento, C. Ruga Riva, *Principio di precauzione e diritto penale. Genesi e contenuto della colpa in contesti di incertezza scientifica*, in *Studi Marinucci*, II, Milano, 2006, 1743 (in particolare, p. 1759 ss.); cfr., F. Giunta, *Il diritto penale e le suggestioni del principio di precauzione*, in *Criminalia*, 2006, 227; di recente, anche per un'ampia panoramica casistica e bibliografica, D. Castronuovo, *Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza*, in questa *Rivista*, 21 luglio 2011.

15. Invero, il rapporto fra questi due 'momenti' propri dell'accertamento della colpa è piuttosto complesso, e per certi versi tuttora controverso. Tuttavia, si può sinteticamente affermare che: il criterio di prevedibilità – di cui si parlerà a breve – soccorre l'interprete, e così il giudice, nel momento di *definire* il dovere obiettivo di diligenza in ipotesi di colpa generica ed al fine di *concretizzarlo* in ipotesi di colpa specifica dovuta alla violazione di regole cautelari cd. 'elastiche' (G. Marinucci, *La colpa per inosservanza*, op. cit., p. 236 ss.); la valutazione della cd. 'concretizzazione del rischio' si rivela necessaria ogniqualvolta si intenda fondare l'addebito di colpa per un dato evento sulla ritenuta violazione di una regola cautelare 'positivizzata' dal legislatore o di alcuni soltanto fra gli obblighi specifici o generici ipoteticamente inosservati (alcuni riferimenti bibliografici in materia, senza pretesa di esaustività: G. Marinucci, *La colpa per inosservanza*, op. cit., p. 272 ss.; G. Forti, *Colpa ed evento*, op. cit., p. 418 ss.; O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, op. cit., p. 442 ss., in particolare p. 455-456).

di eventi contemplata dall'obbligo giuridico precauzionale ipoteticamente inatteso e l'evento concretamente verificatosi di cui talvolta occorre valutare la concreta prevedibilità (o, meglio, rappresentabilità[13]).

Tale sovrapposizione, fra giudizio normativo di pertinenza, operato *ex post* (per cui l'evento verificatosi costituisce concretizzazione del rischio ipotizzato dell'obbligo di diligenza), e giudizio di prevedibilità *ex ante* (che definisce, o concretizza, l'obbligo di diligenza), induce la Corte a ritenere che in presenza di regole cautelari "aperte" l'addebito di colpa possa essere giustificato da una mera prevedibilità astratta, o persino presunta.

L'orientamento giurisprudenziale in parola, infatti, se per un verso propende verso un modello di "diritto penale del rischio"[14], per altro verso riecheggia un insegnamento della dottrina: quello secondo cui, al cospetto di qualsiasi cautela positiva, la colpa per l'evento potrebbe fondarsi sulla semplice "presunzione legale dell'imprudenza che deriva dal comportamento trasgressivo della norma"[15]. Al fine di rilevare la violazione basterebbe in definitiva verificare che l'evento sia fra quelli che la legge (la regola di diligenza predisposta dal legislatore) ordina di scongiurare.

Il criterio di prevedibilità in astratto accolto dalla Cassazione, al pari dell'approccio dichiaratamente presuntivo, non produce alcun apprezzabile effetto selettivo, non consentendo di discernere gli eventi meramente causati da quelli cagionati o non impediti con colpa; infatti, accertati i requisiti della violazione (*recte*: della realizzazione di un evento che taluni, talvolta generici, obblighi giuridici intimano di evitare) e del nesso fra un particolare dovere impeditivo e l'evento lesivo particolare (in quanto riconducibile al cono di protezione della norma), è già possibile sostenere la responsabilità del 'trasgressore' versante inequivocabilmente *in re illicita*.

Ormai da tempo, quindi, la dottrina mostra la necessità di compiere un passo ulteriore nel giudizio di imputazione dell'evento a titolo di colpa per inosservanza di leggi, al fine di verificare, di volta in volta, l'effettiva rappresentabilità del rischio realizzatosi e la conseguente concreta prevedibilità (ed evitabilità) dell'evento lesivo[16]. Ciò vale quantomeno in relazione alle norme cautelari cd. elastiche[17], le quali, per loro stessa natura, assegnano "alla valutazione *ad hoc* del soggetto obbligato non – o non soltanto – la scelta della cautela più idonea a far fronte al rischio, ma lo stesso accertamento di questo [...], subordinando la necessità di adozione della misura preventiva alla verifica in concreto del pericolo derivante da certe attività o da certe fonti[18].

13. L'opportunità di riferirsi alla "*rappresentabilità* dell'evento", oltre che alla sua prevedibilità, si giustifica in ragione della maggior comprensività del primo concetto, idoneo ad abbracciare accadimenti anche concomitanti o precedenti la condotta dell'agente; di quest'avviso, fra gli altri: M. Gallo, voce *Colpa penale (diritto vigente),* in *Enc. Dir.,* VII, Milano, 1960, 624, p. 638 (nota 38); G. Marinucci, *La colpa per inosservanza*, op. cit., p. 174; F. Bricola, *Aspetti problematici del cd. rischio consentito nei reati colposi*, in S. Canestrari-A. Melchionda (a cura di), *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, I, vol. 1, 66, p. 93.

14. Oltre ai contributi già richiamati (*supra*, note 10 e 11), v. anche, di C. Piergallini, *Attività produttive e imputazione per colpa: prove tecniche di diritto penale del rischio*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen*., 1997, 1473.

15. F. Bricola, Dolus in re ipsa*: osservazioni in tema di oggetto e di accertamento del dolo*, Milano, 1960, p. 30. Della stessa opinione F. Antolisei il quale, nel suo *Manuale di diritto penale* (ed. a cura di L. Conti, 1975, p. 298), osserva che "[...] l'inosservanza delle norme precauzionali sancite espressamente dall'autorità di per se stessa concreta quell'imprudenza o negligenza che costituisce la caratteristica essenziale della colpa". In tali ipotesi, in altri termini, non sarebbe richiesto "alcun processo di concretizzazione [...], risultando la valutazione della rappresentabilità o prevedibilità dell'evento, nonché il calcolo della misura concreta di diligenza da porsi in una data situazione, già assorbito dalla regola giuridica che viene ad innestarsi nella norma penale contemplante la fattispecie criminosa colposa": così, di nuovo, F. Bricola, *Aspetti problematici*, op. cit., p. 94.

16. Come avviene sul terreno della *colpa generica*. Infatti, "la frattura che sembra correre fra le due forme di colpa [generica e specifica] è in realtà più apparente che effettiva"; "il problema di fondo proposto dalle ipotesi di colpa previste nella seconda parte dell'art. 43 è in sostanza lo stesso che sorge per le ipotesi della prima parte, cioè la differenziazione dell'imputazione a titolo di colpa dall'imputazione che si svolge su basi esclusivamente oggettiva": così, M. Gallo, voce *Colpa*, op. cit., p. 637 e 641. Cfr., sulla delicata questione: G. Forti, *Colpa ed evento*, op. cit., p. 313-318.; F. Giunta, *La normatività della colpa. Lineamenti di una teorica*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen*., 1999, I, 86.

17. "Norme che abbisognano per essere applicate di un legame più o meno profondo, e più o meno esteso, con le circostanze del caso concreto": G. Marinucci, *La colpa per inosservanza*, op. cit., p. 237.

18. G. Forti, *Colpa ed evento*, op. cit., p. 487; cfr. F. Giunta, *La normatività della colpa*, op. cit., *passim*.

3

La rilevanza della condotta negligente del corresponsabile per la sicurezza e/o della vittima nel giudizio di prevedibilità dell'evento. Obblighi relazionali e principio di affidamento

Il giudizio di prevedibilità, necessario a definire il dovere di diligenza di fonte sociale e a concretizzare quello richiesto dalle regole cautelari elastiche, deve tener conto non solo degli accadimenti naturalistici in senso stretto, ma anche delle convergenti attività umane[19]. Il contegno del consociato con cui ci si trovi ad interagire, infatti, può costituire, nel decorso causale degli eventi (e delle condotte), quell'anello intermedio la cui sola riconoscibilità può fondare l'addebito di colpa[20].

L'agente del traffico, ad esempio, è titolare dell'obbligo generale di comportarsi "[...] in modo che sia in ogni caso salvaguardata la sicurezza stradale" (art. 140, co.1, Codice della Strada). Se Tizio e Caio incorrono in un incidente che provoca lesioni personali a Caio, autore quest'ultimo di una manovra imprudente, la responsabilità penale colposa di Tizio *ex* art. 590 c.p. non potrà essere sostenuta dal mero apprezzamento, postumo e astrattamente normativo, dell'avvenuta concretizzazione del rischio tipico contemplato dalla disposizione che fonda il dovere generale di impedire in ogni caso incidenti. Occorrerà invece valutare la concreta prevedibilità dell'evento *hic et nunc* comprensivo del relativo decorso causale[21].

L'accadimento – debitamente ri-descritto, valutato cioè nella sua dimensione dinamica e storica – di cui occorre accertare la concreta rappresentabilità, comprende indiscutibilmente la condotta di Caio; l'imputabilità dell'evento finale (le lesioni patite da Caio quali conseguenze della particolare verificazione del sinistro) in capo a Tizio, perciò, sarà subordinata all'apprezzamento, date le concrete circostanze, della riconoscibilità della convergente condotta inosservante di Caio e così, in via mediata, della prevedibilità dell'evento lesivo finale[22].

La riconoscibilità della condotta inosservante della vittima fonda l'addebito di colpa in quanto consente di rimproverare all'agente la mancata adozione di un *surplus* di prudenza obiettivamente esigibile: quello idoneo ad arginarne gli effetti lesivi. Altrimenti, qualora sia dato rilevare l'assenza di percepibili 'segnali d'allarme' circa la convergente imprudenza altrui, opera il cd. principio di affidamento[23].

L'applicabilità del *Vertrauensgrundsatz*[24], in verità, appare tuttora piuttosto incerta, soprattutto a causa delle difficoltà nelle quali s'incorre mirando ad una sua uniforme declinazione nei vari settori della responsabilità colposa 'interazionale'.

Si concorda, in linea di massima, con l'idea secondo cui la sua operatività discende

19. La colpa, così, mostra di essere un "concetto tendenzialmente o prevalentemente *relazionale* o *interazionale*": per una disamina recente dell'argomento, v. D. Castronuovo, *La colpa penale*, op. cit., p. 321 ss. (322).

20. Nel determinare l'oggetto del giudizio di prevedibilità, infatti, occorre "selezionare gli anelli causali (o le modalità dell'evento) di cui è necessario accertare la presenza nell'ambito dell'accadimento concretamente prodottosi [...]": G. Forti, *Colpa ed evento*, op. cit., p. 439. Chiaramente, quando vengano in causa contesti d'interazione (circolazione stradale, attività medica in *équipe*, ecc.), la colpa individuale connessa alla determinazione di un evento cui abbiano concorso più agenti può essere accertata o esclusa solo tenendo conto, dato il concreto corso degli eventi, delle convergenti (eziologicamente rilevanti) attività umane; in tali ipotesi (svolgimento di attività complesse con il metodo della divisione del lavoro), "[...] confini e contenuti del dovere di diligenza dell'autore si definiscono anche in relazione al comportamento di terzi": così, D. Castronuovo, *La colpa*, op. cit., p. 322.

21. La giurisprudenza, si noti, è solita ricostruire l'evento *prevedibile* in termini generici: di conseguenza, il criterio della prevedibilità risulta "annacquato e privato della propria funzione di delimitazione della responsabilità colposa", "[...] consentendo di addebitare all'agente *in re illicita versatur* tutte le conseguenze lesive causalmente ricollegabili alla sua azione, comprese quelle che costituiscono realizzazione di rischi non riconoscibili né dominabili": così, L. Fornari, *Descrizione dell'evento e prevedibilità del decorso causale: 'passi avanti' della giurisprudenza sul terreno dell'imputazione colposa,* in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen*., 1999, 719, p. 725-726. Indubbiamente, la "ri-descrizione" dell'evento porta con sé maggiori difficoltà in fase d'accertamento; d'altro canto se non fosse compiuto (dal giudice) "le cautele doverose si annullerebbero entro gli slabbrati confini di un generico *neminem laedere* che [...] finirebbe con il legittimare un indebito ingresso del principio di precauzione [...]": A. Massaro, *Concretizzazione del rischio e prevedibilità dell'evento nella prospettiva della doppia funzione della colpa*, in *Cass. Pen*., 2009, 12, 4699, p. 4713.

22. Analogo ragionamento ha consentito alla Cassazione di riconoscere l'operatività del cd. *principio di affidamento* – su cui qualche cenno *infra* – in materia di colpa stradale. La pronuncia cui si fa riferimento è Cass., sez. IV, 8 ottobre 2009, n. 46741, con nota di R. Russo, *Sul principio di affidamento in materia di circolazione stradale*, in *Cass. Pen*., 2010, 9, 3201.

23. Il principio è stato approfonditamente tematizzato dalla dottrina italiana nella monografia di M. Mantovani, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997; cfr. inoltre: G. Marinucci, *La colpa per inosservanz*a, op. cit., p. 193 ss. (in particolare 198 ss.); G. Forti, *Colpa ed evento*, op. cit., p. 281 ss.; O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, op. cit., *passim*.; L. Cornacchia, *Concorso di colpe e principio di responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2004; nonché, più di recente, F. Mantovani, *Il principio di affidamento nel diritto penale*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen*., 2009, II, 536.

24. L'espressione risale al contributo (in materia di circolazione stradale) di H. Gülde, *Der Vertrauensgrundsatz als Leitgedanke des Straßenverkehrsrechts*, in *Juristische Wochenschrift*, 1938, 2785. Per un'analisi della dottrina tedesca cui si deve l'originaria elaborazione del principio, si rinvia a M. Mantovani, *Il principio di affidamento*, op. cit., p. 11 ss.

dall'esito negativo del giudizio di prevedibilità dell'evento affrontato in sede di definizione (giudiziale) del dovere di diligenza relazionale riferibile all'agente[25]. Occorre rilevare, tuttavia, che nonostante la dottrina sia solita evidenziare un rapporto di stretta affinità, o perfino coincidenza, fra operatività dell'affidamento (*recte*: accertamento della non riconoscibilità di indizi circa l'altrui inosservanza) e giudizio di imprevedibilità[26], il principio in parola fatica a ottenere cittadinanza, soprattutto per mano della giurisprudenza. Tale 'ostilità' – che, senza dubbio, si spiega osservando che il criterio di prevedibilità, nella prassi, viene inteso ed applicato in astratto, a prescindere dal concreto decorso causale degli eventi – è dovuta anche alle rilevanti difficoltà in cui incorre l'interprete di fronte alle profonde diversità, empirico-fattuali[27] e normative, che presentano i contesti relazionali in cui il canone in parola potrebbe trovare applicazione.

Dal punto di vista strettamente normativo-cautelare[28], occorre distinguere due ipotesi generali: quelle in cui vengono in causa obblighi di vigilanza sull'agire altrui, radicati in posizioni di garanzia[29]; quelle in cui il dovere relazionale di attivazione consegue genericamente, a titolo residuale, alla (mera) concreta riconoscibilità dell'errore altrui, pur in assenza di una disposizione specifica che gravi l'agente di un onere di vigilanza sull'agire dei concorrenti[30].

Solo in relazione a queste ultime, si chiama concordemente in causa il principio di affidamento, inteso quale limite mobile alla responsabilità colposa per il fatto altrui; un limite mobile necessario nella misura in cui la realtà impone a ciascuno di adottare continuamente – a pena di una totale astensione dalle attività intrinsecamente rischiose – un atteggiamento (quantomeno parzialmente) presuntivo, fondato cioè sull'attesa di ciò che dovrebbe sussistere, accadere o ripetersi[31].

Controversa è invece l'operatività dell'affidamento in favore dell'agente con funzioni di garanzia. Di certo, l'art. 40 cpv. c.p. non può comportare eccezioni sul piano della colpevolezza[32]; il principio *nullum crimen sine culpa* non va perciò disatteso, *a fortiori* se l'evento imputabile (al garante) è determinato dall'intervento del fatto colposo altrui[33].

---

25. "Il principio di affidamento, lungi dall'essere un'eccezione, è un criterio generale di cui occorre tener conto per la ricostruzione della colpa, e, dunque, per la individuazione della misura di diligenza": così, G. Forti, *Colpa ed evento*, op. cit., p. 288-289. Più di recente, è stato 'senza mezzi termini' affermato che il principio di affidamento, "[...] anziché indicare il criterio guida nella formulazione del giudizio di prevedibilità, esprime null'altro che l'esito negativo dello stesso quando abbia ad oggetto il comportamento altrui inosservante della regola di diligenza": M. C. Bisacci, *Il principio di affidamento quale formula sintetica del giudizio negativo in ordine alla prevedibilità*, in *Ind. Pen.*, 2009, 195, p. 204.

29. M. C. Bisacci, *Il principio di affidamento*, op. cit., *passim*.

30. Ad esempio, in tema di affidamento in prospettiva *diacronica*, cfr., fra gli altri: M. Mantovani, *Alcune puntualizzazioni sul principio di affidamento*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1997, 1043; A. Vallini, *Cooperazione e concause in ipotesi di trattamento sanitario 'diacronicamente plurisoggettivo'*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2001, 469; L. Ramponi, *Concause antecedenti e principio di affidamento: fra causalità attiva ed omissiva*, in *Cass. Pen.*, 2008, II, 566.

31. Dato che – com'è stato osservato – l'aspettativa che si traduce nel legittimo affidamento ha natura "normativa, non puramente statistica o empirico-fattuale": L. Cornacchia, *Concorso di colpe*, op. cit., p. 489.

32. In queste ipotesi si ritiene tradizionalmente non possa operare il principio di affidamento: v., ad esempio, G. Forti, *Colpa ed evento*, op. cit., p. 284; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto Penale*, op. cit., p. 550; F. Mantovani, *Il principio di affidamento*, op. cit., p. 546; per la giurisprudenza, circa l'incompatibilità logica e 'genetica' fra legittimo affidamento e posizione di garanzia, cfr. *ex pluribus*: Cass., sez. IV, 3 giugno 1999, n. 12115, in *Mass. Giur. Lav.*, 2000, 986 (con nota di R. Giovagnoli, *Il concorso*, op. cit.); Cass., sez. IV, 22 ottobre 2008, n. 45698, in *Cass. Pen.*, 2010, I, 175.

33. In materia di responsabilità colposa connessa all'attività medico-chirurgica in *équipe*, ad esempio, il principio di affidamento sembra godere di un prudente accoglimento, specie quando a venire in causa siano relazioni *non gerarchiche* fra sanitari; si rinvia comunque – anche per un'ampia panoramica della giurisprudenza – ai numerosi contributi in materia, tra i quali: M. Mantovani, *Sui limiti del principio di affidamento*, in *Ind. Pen.*, 1999, 1195; L. Gizzi, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità medica in* équipe, in *Dir. Pen. Proc.*, 2006, 763; G. Iadecola, *La responsabilità medica nell'attività in* équipe *alla luce della rinnovata disciplina della dirigenza sanitaria ospedaliera*, in *Cass. Pen.*, 2007, I, 151; A. Massaro, *Principio di affidamento e 'obbligo di vigilanza' sull'operato altrui: riflessioni in materia di attività medico-chirurgica in* équipe, in *Cass. Pen.*, 2011, 11, 3857.

34. "Alla base del principio – si è osservato – c'è soprattutto l'esigenza di assicurare ai singoli una certa 'libertà di azione', altrimenti negata dalla necessità di tenere conto di tutto ciò che sia possibile prevedere": G. Forti, *Colpa ed evento*, op. cit., p. 273.

35. Ché "mentre l'obbligo di garanzia attiene alla causalità (omissiva), l'obbligo di diligenza attiene alla colpa. La sua inosservanza è, pertanto, requisito sia del reato commissivo colposo, sia del reato omissivo improprio colposo": F. Mantovani, *Diritto Penale. Parte Generale*, Padova, 2007, p. 171.

33. A partire da tale indiscutibile premessa, ad esempio, si suole ormai ritenere che il garante della sicurezza nei luoghi di lavoro non possa rappresentare un "nume tutelare della sicurezza fisica del lavoratore [...] onniveggente e onnipotente, in grado non soltanto di prevedere, bensì anche di evitare qualsivoglia evento, compreso quello auto-procuratosi dal lavoratore per propria colpa": così, O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, op. cit., p. 75 ss. Analoga è l'opinione, fra gli altri, di: M. Mantovani, *Il principio di affidamento*, op. cit., p. 446 ss.; G. Marando, *Il sistema vigente del diritto della sicurezza del*

Sul piano relazionale, dunque, l'accertamento della colpa implica pur sempre il giudizio di rappresentabilità dell'evento, quand'anche determinato dall'intervento della condotta colposa di un soggetto 'garantito'[34]. Ma da quale prospettiva?

Quella dell'*homo eiusdem condicionis*[35]: strumento che, difficile negarlo, fa scivolare il giudice ad un passo dall'arbitrio[36]; un'astrazione perciò discussa, controversa, osteggiata, rinnegata, specie a causa degli eccessi colpevolizzanti a cui spingerebbe l'interprete[37]. La sua funzione è quella di definire lo standard di diligenza obiettivamente esigibile dall'agente concreto. Così, ad esempio, per opinione diffusa, il datore di lavoro 'modello' dovrebbe riuscire a prevedere ed impedire tutte le conseguenze lesive potenzialmente derivanti dalle attività di cui è 'direttore' e 'vertice responsabile'. L'agente normativo con le funzioni di chirurgo, invece, si ritiene possa badare essenzialmente alla propria condotta, perché solo in questo modo può adempiere al meglio i propri compiti; non per questo, tuttavia, può contare ciecamente sull'altrui convergente diligenza. L'affidamento rappresenta uno stato (psicologico, non solo normativo, e) relazionale di partenza, tuttavia instabile, perché fondato su di una presunzione non più invocabile quando, in concreto, diventi riconoscibile che il consociato non saprà tenere un contegno rispondente a quello riferibile al suo *alter ego* normativo.

Quale aspettativa (sul piano empirico-esperienziale) può fondare quindi un ragionevole, accorto affidamento (idoneo a delimitare la regola cautelare sul piano normativo)? Ciò che è lecito attendersi dagli altri 'consociati', evidentemente, dipende dalla discrezionale (se non arbitraria) elaborazione di tanti 'agenti modello' quante sono le funzioni, le professioni, le competenze, ecc., che compongono un dato contesto sociale organizzato[38].

Il ragionamento nel suo complesso – certo, qui semplificato – rischia di franare nell'arbitrio e nella circolarità: gli stessi modelli normativi – di fatto, modelli sociologici e politici – che soccorrono l'interprete agiscono orientati da altri modelli normativi, che ridefinisce lo stesso interprete[39].

Il giudice risulta chiamato ad applicare il criterio di prevedibilità, sul piano intersoggettivo, adottando almeno due parametri normativi che egli stesso deve elaborare: il primo gli consente di porsi 'nei panni' dell'agente *eiusdem condicionis*; il secondo lo soccorre nel riconoscimento dell'aspettativa sociale idonea, in quanto legittima, a riflettersi sul piano della concretizzazione normativa del dovere di diligenza relazionale.

---

lavoro, Milano, 2006, p. 253-254, 301-302; I. Leoncini, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, in F. Giunta-D. Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, Milano, 2010, p. 124-125.

34. Specie se, come si è osservato, si tratta di un soggetto in grado di provvedere a se stesso: M. Mantovani, *Il principio di affidamento*, op. cit., p. 446 ss.; v., *infra*, nota 47.

35. Al quale fanno tradizionalmente riferimento i più autorevoli studi sulla colpa, fra gli altri: G. Marinucci, *La colpa per inosservanz*a, op. cit., p. 193 ss.; G. Forti, *Colpa ed evento*, op. cit., p. 237 ss.

36. Al problema è dedicato il recente contributo di F. Basile, *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in questa *Rivista*, 13 marzo 2012. Cfr., per una diversa prospettiva, V. Attili, *L'agente modello 'nell'era della complessità': tramonto, eclissi o trasfigurazione?*, in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 2006, 1240.

37. "L'agente modello – epigono manifesto del parametro civilistico del buon padre di famiglia – incarna l'ideale vetero-borghese dell'uomo avveduto e prudente [...]. La sua trasfigurazione penalistica produce l'immagine irreale di un uomo proteso verso la solidarietà fino all'estremo del paradosso [...]. Il giudice che consulta l'agente modello ricorda il soliloquio del ventriloquo che anima un fantoccio, la cui saggezza – nel dubbio – sconsiglia ogni assunzione di rischio": F. Giunta, *I tormentati rapporti fra colpa e regola cautelare*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1999, 10, 1295, p. 1296.

38. "Posto che con l'agire in determinati 'gruppi di attività' si garantisce [...] di essere in grado di prestare la 'diligenza' secondo lo standard proprio del gruppo, ne deriva che gli altri consociati possono orientare e regolare il loro comportamento in base alle caratteristiche tipiche del gruppo: possono cioè contare sul fatto che chi rivela la sua appartenenza ad un determinato circolo di rapporti, si comporterà secondo lo *standard* dell'ordinario appartenente a quel circolo, a meno che le circostanze del caso concreto non siano di natura tale da far ritenere il contrario": così, nel sostenere "la fondamentale esattezza" del principio di affidamento, G. Marinucci, *La colpa per inosservanza*, op. cit., p. 198-199 ss.; cfr. G. Forti, *Colpa ed evento*, op. cit., p. 292.

39. Tale circolarità è ancora più evidente se si considera l'opinione secondo cui il "principio regolativo dell'aspettativa sociale" fornisce all'interprete il criterio idoneo a selezionare i caratteri attribuibili al parametro normativo di diligenza sul piano dell'illecito: di quest'idea, V. De Francesco, *Sulla misura soggettiva della colpa*, in *Studi Urbinati*, 1977-78, 275, p. 315; analogamente, G. Forti, *Colpa ed evento*, op. cit., p. 292.

4

L'orientamento della Corte: approccio causale e tutela unilaterale dell'affidamento. Critica

In materia infortunistica – complici diversi fattori, tra i quali l'impatto sull'opinione pubblica delle cifre drammatiche sui morti sul lavoro – alle aporie tradizionali (viste poc'anzi) s'aggiunge un tendenziale 'adattamento' delle categorie generali (colpa, causalità) guidato da obiettivi simbolici e compensativi[40], oltre che più direttamente riparatori[41].

La sentenza in esame, che in parte riprende e in parte riformula massime ricorrenti nella giurisprudenza di legittimità in materia, fornisce un utile esempio di tale fenomeno 'distorsivo'.

In tema di nesso di causalità – si legge – la colpa della vittima non può costituire causa (unica e) determinante dell'evento in una situazione di pericolo posta in essere dall'imputato; la causa sopravvenuta, infatti, può essere considerata causa esclusiva dell'evento quando, rispetto alla serie causale precedente, presenti i caratteri della assoluta anormalità o della eccezionalità e non può dirsi eccezionale – e deve riconoscersi, invece, logicamente inserita nella precedente serie – la condotta di chi, dovendo legittimamente attendersi, in una situazione data, di essere tutelato, debba prendere atto della mancata predisposizione delle misure di tutela ed adotti un comportamento non in grado – sia pure, magari, per imprudenza o imperizia – di evitare il pericolo che altri era tenuto a non creare".

La massima suscita perplessità, per due motivi.

Primo: la Corte pone la questione della rilevanza della condotta negligente della vittima sul piano della causalità[42]. Una volta escluso il carattere "abnorme", "eccezionale" o, in definitiva, "del tutto imprevedibile" della condotta del lavoratore, viene sancita la mancata interruzione del nesso causale originato (presumibilmente) dalla condotta omissiva del garante o dei garanti della sicurezza.

Esaminare la questione in questi termini – accogliendo l'insegnamento secondo cui, siccome ciò che sfugge alla signoria dell'uomo è il fatto [...] eccezionale", per l'esistenza del nesso di causalità occorre che l'evento non sia dovuto all'intervento di fattori improbabili, rarissimi, o appunto eccezionali[43] – impedisce tuttavia di ragionare, come parrebbe opportuno (anche alla luce di quanto detto sin qui), sul piano tipico soggettivo, cioè su quello della colpa[44].

Laddove i giudici si interrogano sull'esistenza del nesso causale, o sulla sua avvenuta interruzione (chiamando in causa l'art. 41 cpv. c.p.), si porrebbe in realtà un problema di colpa in concreto: di riconoscibilità di 'segnali' circa l'altrui impossibilità o incapacità di adottare una condotta osservante e prudente; di rappresentabilità, quindi, del decorso di eventi sfociante nell'evento lesivo.

Sostenendo che "l'inosservanza delle norme di prevenzione, contro gli infortuni sul lavoro, da parte dei datori di lavoro, dei dirigenti e dei preposti ha valore assorbente rispetto al comportamento del lavoratore, la cui condotta può assumere rilevanza ai fini penalistici solo dopo che da parte dei soggetti obbligati siano adempiute le prescrizioni

40. Come è stato osservato, infatti, "la coscienza sociale sembra poco disposta a tollerare la verificazione di eventi dannosi perché questi non sono direttamente riconducibili alla libera esposizione a rischio da parte di chi li patisce, bensì scaturiscono da scelte decisionali operate da terze persone (quelle che ne traggono il vantaggio economico) le quali non ne subirebbero le ripercussioni se non intervenisse il diritto penale: usato qui come strumento *compensativo*, allo scopo di riallocare i costi sociali ponendoli a carico di chi è in grado di sostenerli": O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, op. cit., p. 51.

44. Segnali di utilizzo dello strumento penale a fini 'civilistici' – ciò che avviene, ad esempio, quando 'colpa penale' e 'colpa civile' vengono a confondersi – è dato, come visto, dall'uso di criteri *presuntivi* in sede di accertamento: v., sul punto, D. Castronuovo, *La colpa*, op. cit., p. 493 ss. (in particolare p. 506 ss.).

45. La massima, da questo punto di vista, risponde ad un orientamento consolidato della Corte; cfr., *ex multis*: Cass., sez. IV, 17 settembre 2004, n. 36804; Cass., sez. IV, 23 giugno 2005, n. 38850; Cass., sez. IV, 29 settembre 2005, n. 38877; Cass., sez. IV, 30 settembre 2008, n. 42129; Cass., sez. IV, 17 febbraio 2009, n. 15009; Cass., sez. IV, 3 novembre 2011, n. 46846; Cass., sez. IV, 19 luglio 2011, n. 35410; Cass., sez. IV, 12 maggio 2011, n. 32204, in *DeJure*. Come si vede, il carattere *abnorme*, *eccezionale* o *assolutamente imprevedibile* della condotta colposa posta in essere dalla vittima, seppur teoricamente efficiente – secondo la tesi della Corte – ad escludere la responsabilità del garante elidendo il nesso causale, in concreto viene quasi sempre escluso.

46. F. Antolisei, *Manuale*, op. cit., p. 220 ss. Sulla teoria della 'causalità umana', v. anche G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto Penale*, op. cit., p. 239 ss.

47. L'orientamento giurisprudenziale riproposto dalla sentenza in commento – come si è sostenuto – sarebbe frutto della 'contaminazione metodologica' fra causalità e colpa operata 'erroneamente' dai sostenitori delle teorie della *causalità umana*; di quest'avviso, fra gli altri: G. P. Volpe, *Infortuni sul lavoro*, op. cit., p. 110 ss. (p. 112); R. Giovagnoli, *Il concorso*, op. cit., p. 994-995; O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, op. cit., p. 71 ss.

di loro competenza", la Corte, quindi, incorre in un corto circuito logico[45].

La violazione delle misure di prevenzione, infatti, è postulata in base alla mera constatazione *ex post* dell'infortunio; ne consegue che il garante della sicurezza può appellarsi alla sola (assenza o) interruzione del nesso causale. L'inosservanza degli obblighi generali di tutela (di previsione dei rischi e di vigilanza) andrebbe invece accertata o esclusa valutando la concreta, 'realistica' prevedibilità dell'evento alla luce dell'intervento (inatteso, ma riconoscibile?) della condotta negligente di taluno fra gli "attori della sicurezza", vittima compresa.

La prova del fatto che la Corte sovrappone (e finisce per confondere) del tutto dimensione oggettiva e soggettiva dell'imputazione (colpa e causalità, giudizio *ex ante* e giudizio *ex post*), è fornita dalla massima conclusiva, peraltro inedita, secondo cui in tema di rapporto di causalità – in particolare, nel reato omissivo improprio – non può parlarsi di affidamento quando colui che si affida sia in colpa per aver violato determinate norme precauzionali o per aver omesso determinate condotte, confidando che altri rimuova o neutralizzi la situazione di pericolo o adotti dei comportamenti idonei a prevenirlo, posto che in tali casi il mancato intervento del terzo non si configura come fatto eccezionale ed imprevedibile sopravvenuto da solo sufficiente a produrre l'evento".

Secondo motivo, in breve: la Corte enuncia un principio di affidamento unilaterale. Mentre il lavoratore si affida (ciecamente?) alle tutele predisposte dal garante della sicurezza, quest'ultimo non può attendersi alcunché; nessuna ragionevole aspettativa vale a delimitare normativamente (e realisticamente) i suoi doveri e le sue responsabilità. Il 'lavoratore modello' chiamato in causa dal giudice, in quanto inidoneo a suscitare ragionevoli aspettative, appare perciò un agente del tutto incapace di contribuire alla sicurezza propria e dei compagni di lavoro[46].

Va annotato che l'assunto, già discutibile sul piano teorico, non è più accettabile alla luce della più recente normativa: ciascun lavoratore, infatti, è oggi chiamato a contribuire, insieme al datore di lavoro, ai dirigenti e ai preposti, all'adempimento degli obblighi previsti a tutela della salute e sicurezza sui luoghi di lavoro" (art. 20, co. 1, lett. a, d. lgs. 81/2008). Al fine di rendere il lavoratore capace di provvedere alla sicurezza propria e altrui, perciò, il datore di lavoro è tenuto prioritariamente a garantirgli un'adeguata formazione e a fornirgli puntuali informazioni sui rischi (v. art. 15, co. 1, lett. n e q e artt. 36 ss.)[47].

5 Cooperazione colposa e morte del lavoratore. Gli obblighi relazionali nella disciplina sulla sicurezza dei cantieri edili

Considerando la disciplina positiva sulla sicurezza dei cantieri mobili o temporanei applicabile al caso in esame (d. lgs. 494/1996, e successive modifiche), è opportuno a questo punto valutare la posizione di alcune fra le figure principali che compongono il modello a precauzione plurilaterale predisposto dal legislatore: il committente dei lavori (legale rappresentante dell'azienda agricola), il responsabile dei lavori, i coordinatori per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori.

Il responsabile dei lavori, dal canto suo, viene giudicato responsabile per non aver verificato il rispetto degli specifici adempimenti commissionati e affidati *ex lege* al coordinatore, per non aver controllato, più precisamente, che quest'ultimo effettuasse a sua volta i dovuti sopralluoghi per verificare la corretta applicazione del Piano di Sicurezza e Coordinamento e del Piano Operativo di Sicurezza (art. 6, co. 2). Egli risponde a titolo

48. La massima, corollario dell'approccio 'causale' in parola, si ritrova non a caso in molte altre recenti pronunce, fra le quali: Cass., sez. IV, 29 aprile 2008, n. 22622; Cass., sez. IV, 28 aprile 2011, n. 23292, in *DeJure*.

49. Cfr., E. Domeneghetti, *Rassegna giurisprudenziale sulla rilevanza del comportamento del lavoratore sul piano della responsabilità penale*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1980, IV, 242.

50. Una volta garantita al lavoratore un'adeguata preparazione tecnico-professionale e una completa informazione sui rischi (prevedibili) derivanti dell'attività lavorativa, il datore di lavoro dovrebbe poter confidare – seppur non ciecamente – sulla sua diligenza, cioè sul rispetto delle istruzioni impartite. Opposta, come noto, è l'opinione della giurisprudenza, secondo la quale "anche una diligente formazione e informazione non dispensa il datore di lavoro dagli obblighi di vigilanza [...]": così, *ex multis*, Cass., sez. IV, 8 ottobre 2008, n. 39888, in *DeJure*.

di cooperazione colposa, quindi, per non aver impedito, in via mediata, la realizzazione dei lavori in maniera difforme al progetto[48].

La concorrente responsabilità del committente, nonostante l'avvenuta designazione del responsabile dei lavori ('delega' che, *ex* art. 6 co. 1, così come modificato dal d. lgs. 528/99, sembra consentire l'esonero dalle responsabilità connesse all'adempimento degli obblighi limitatamente a "l'incarico conferito") si spiega, invece, per un verso, in base al residuale onere di vigilanza sull'operato altrui che connota tradizionalmente lo *status* di garante-delegante (*culpa in vigilando*) e, per altro verso, considerando che il committente può essere chiamato a rispondere per l'inidoneità del prescelto (*culpa in eligendo*)[49].

Al coordinatore per la progettazione e per l'esecuzione dei lavori, quindi, sono contestate le seguenti inosservanze: la negligente redazione del Piano di Sicurezza e Coordinamento (artt. 4 e 12, co. 1), non avendo egli previsto l'ubicazione di servizi igienici per i lavoratori nelle immediate vicinanze dei luoghi di lavoro, non avendo inoltre valutato il cd. rischio interferenziale derivante dall'attività di allevamento suinicolo svolta nell'area di pertinenza del cantiere, avendo omesso di considerare il pericolo rappresentato dalla possibile presenza di lavoratori in aree pericolose a causa della propagazione dei gas generati dai processi metabolici dei liquami; la violazione del dovere di assicurare l'applicazione delle disposizioni previste dai Piani di Sicurezza, considerata la difforme realizzazione della parte terminale della rete di scarico (art. 5); in ultima analisi, il mancato adeguamento delle misure di prevenzione di fronte alle sopravvenute condizioni di pericolo[50].

La cooperazione colposa in omicidio[51], per quanto riguarda gli imputati considerati – i principali garanti della sicurezza nei cantieri – viene fondata prevalentemente sulla violazione di obblighi relazionali (di controllo e di vigilanza sull'operato altrui), sul presupposto normativo che la competenza cautelare di ciascuno sia tale da comprendere anche la condotta degli altri attori della sicurezza.

6

La responsabilità colposa dei singoli concorrenti nella gestione plurilaterale del rischio: profili problematici (cenni)

Il caso esaminato ripropone, più in generale, il problema delle condizioni obiettive (in relazione al principio di responsabilità per fatto proprio) e soggettive (richieste dal principio di colpevolezza) idonee a fondare la responsabilità penale del singolo, specie se investito di funzioni di garanzia, nell'ambito delle 'organizzazioni complesse' deputate alla gestione del rischio (da esse stesse prodotto)[52].

Il tradizionale criterio selettivo causale, alla luce dell'esperienza giurisprudenziale[53], specie in ipotesi di responsabilità concorsuale o comunque plurisoggettiva per il medesimo evento, non appare in effetti risolutivo[54]; rinunciarvi del tutto – prescindendo dall'ineludibile dato positivo (art. 40 c.p.) – come vorrebbe parte della più recente

51. V., *infra*, nota 50.

52. V., anche per ulteriori riferimenti bibliografici: P. Veneziani, *Infortuni sul lavoro*, op. cit., p. 517 ss.; D. Pulitanò, *Diritto Penale*, Torino, 2005, p. 521 ss.; G. Marando, *Il sistema vigente*, op. cit., p. 88 ss., 230 ss., 308 ss.; più di recente, S. Cherubini, *Gli illeciti del committente o del responsabile dei lavori*, in F. Giunta-D. Micheletti (a cura di), *Il nuovo diritto penale*, op. cit., p. 463 ss.

53. Si consideri che – stando alle risultanze istruttorie richiamate dalla sentenza *de qua* – se la rete di scarico fosse stata realizzata come previsto dal progetto, la presenza del lavoratore nei pressi del canale di raccolta non gli sarebbe stata letale, in quanto l'emissione dei gas tossici non sarebbe stata tale da provocarne l'asfissia. L'evento finale, quindi, risulta *immediatamente* determinato dall'intervento di diverse condotte: quelle di esecuzione dei lavori (per le quali rispondono anche gli altri soggetti imputati *ex* art. 113 c.p.) e quella della vittima.

54. Si annota, nonostante si tratti di un aspetto *qui* secondario, che il reato del coordinatore è stato dichiarato estinto per intervenuta (e non rinunciata) prescrizione.

55. V., in argomento, D. Pulitanò, *Diritto Penale*, op. cit., p. 513 ss.; cfr., per una peculiare disamina dei rapporti fra responsabilità personale (fondata sulla riconoscibilità del rischio) e organizzazione, V. Attili, *L'agente modello*, op. cit., p. 1247 ss.

56. In materia infortunistica, il nesso di causalità fra la condotta (omissiva) del garante e l'infortunio del lavoratore viene fatto regolarmente oggetto (al pari della colpa) di presunzione più che di vero e proprio accertamento: v., sul punto, O. Di Giovine, *Il contributo della vittima*, op. cit., *passim*; I. Leoncini, *L'obbligo di impedire l'infortunio*, op. cit., p. 118.

57. Cfr.: L. Cornacchia, *Concorso di colpe*, op. cit., p. 27 ss.; G. De Francesco, *Il concorso di persone nel reato*, in AA.VV. (Cadoppi *et al.*), *Introduzione al sistema penale*, II, Torino, 2001, 328, p. 332 ss.

dottrina[55], appare tuttavia discutibile. Ciò che si propone, infatti, è affidare la selezione delle condotte (*rectius*: dei soggetti) astrattamente imputabili ad un giudizio pre-tipico, formalmente normativo, finalizzato a definire e circoscrivere la competenza cautelare di ciascun individuo coinvolto nella comune gestione del rischio e ipoteticamente punibile per la sua avvenuta concretizzazione. La soluzione, pur consentendo di predefinire i confini oltre i quali non potrebbero espandersi in concreto gli obblighi cautelari e relazionali riferibili al singolo agente, risulta ispirata da finalità prettamente generalpreventive[56].

Sul versante del principio di colpevolezza, come osservato fin qui, resta inoltre irrisolto il problema dei limiti concreti e della definizione giudiziale del dovere di diligenza idoneo ad evitare l'evento, specie qualora vengano in causa obblighi "elastici" e relazionali (di vigilanza sull'operato altrui) gravanti su soggetti 'apicali' (datori di lavoro, delegati, coordinatori, ecc.) titolari di funzioni di garanzia.

7
Vecchie questioni attuali. Quale colpa penale?

Il principio costituzionale di colpevolezza[57] non consente l'attribuzione della responsabilità penale per l'evento senza previa valutazione giudiziale circa l'esigibilità di una condotta ipoteticamente idonea ad impedirlo. Il giudice penale, pertanto, dovrebbe poter irrogare la pena solo dopo aver giudicato l'agente rimproverabile per non essersi rappresentato ciò che sarebbe stato (oggettivamente e soggettivamente) possibile prevedere date le concrete circostanze.

Pena: ricadute nella logica, sbrigativa e incostituzionale, del *versari in re illicita*.

Stando ai fatti tratteggiati dalla sentenza – tornando al caso *de quo* – non è in effetti possibile escludere che la convergente inosservanza altrui fosse riconoscibile nella prospettiva di ciascun concorrente e che fosse perciò possibile porvi rimedio[58], evitando così la tragedia. Cionondimeno, le motivazioni addotte dal Supremo Collegio, in se stesse, restano per le ragioni anzidette decisamente criticabili[59].

La colpa (nei reati d'evento) manifesta invero la sua intrinseca fragilità, la sua connaturata indeterminatezza. Essa, lungi dal godere di una nitida elaborazione sul piano dogmatico, è quotidianamente sottoposta a dure prove di resistenza nelle aule penali.

La dottrina, come si è voluto mostrare, accoglie generalmente una concezione individual-garantista della colpa: una concezione che, pur condivisibile sul piano teorico, comporta notevoli difficoltà in sede d'accertamento. Se il criterio di prevedibilità dell'evento fosse applicato nella sua 'integrità', il lamentato aumento esponenziale della criminalità colposa probabilmente non troverebbe conferma nei repertori di giurisprudenza. Il giudice deciso ad affrontare il giudizio di rappresentabilità dell'evento, impersonando (o chiamando in aiuto) l'agente *eiusdem condicionis* e stando ben attento

58. Ad esempio, L. Cornacchia, *Concorso di colpe*, op. cit, *passim*.

59. "La concretizzazione del principio di responsabilità per fatto proprio secondo il canone della statuizione di obblighi giuridici cui corrispondono sfere di competenza per la gestione dei rischi fa fronte anche all'esigenza di non indebolire l'efficacia generalpreventiva del sistema e delle norme che lo compongono: proprio l'individuazione (previa) dei soggetti [...] garantisce la pertinenza di certi rischi solo a questi e non alla generalità dei consociati, permettendo di indirizzare meglio – e quindi in modo più efficace – le attese di adempimento del controllo delle fonti del rischio stesso": L. Cornacchia, *Concorso di colpe*, op. cit., p. 114-115.

60. Il cardine costituzionale in parola – sul quale v. G. Fornasari, voce *Colpevolezza (dir. pen.)*, in S. Cassese (diretto da), *Diz. Dir. Pubbl.*, Milano, 2006, 966 –, in base al quale dovremmo respingere qualsiasi ipotesi di responsabilità oggettiva, può essere considerato il *referente* (più che il *fondamento*) a livello 'primario' anche dell'affidamento, se si accoglie la tesi secondo cui quest'ultimo rappresenta una mera 'proiezione' sul piano intersoggettivo dei tradizionali criteri d'accertamento della colpa (rappresentabilità dell'evento); *contra*, M. Mantovani, *Il principio di affidamento*, op. cit., p. 454 ss., secondo il quale il *Vertrauensgrundsatz* riceverebbe una "convalida a livello costituzionale" dai principi enunciati agli artt. 3 e 54 Cost.

61. Si potrebbe osservare, ad esempio, che sarebbe bastato informare il lavoratore del pericolo rappresentato dalla propagazione di gas tossici nel canale di raccolta (luogo adiacente ma estraneo all'area dei lavori); tale cautela avrebbe ragionevolmente consentito di confidare sul fatto che l'operaio non vi si sarebbe recato.

62. Al di là del profilo della colpa individuale connessa al fatto altrui, va ricordato che la sentenza in questione resta problematica per altre ragioni, ad esempio: l'evento – in sé frutto di una condotta imprudente ed estranea all'attività lavorativa in senso stretto – ha concretizzato il rischio tipico previsto da tutte le regole cautelari la cui violazione è contestata? Inoltre, è stato accertato il nesso di causalità fra ciascuna condotta e l'evento?

a considerare le sole circostanze fattuali rilevabili *ex ante*[60], deve (dovrebbe) operare numerose scelte indiscutibilmente prossime all'arbitrio. Su tutte: la determinazione dei caratteri attribuibili agli agenti modello (ai fini della misura oggettiva della colpa) e di quelli rilevanti dell'agente concreto (ai fini della misura soggettiva)[61]; la ridescrizione dell'evento storico, valutando eventuali condotte convergenti, escludendo tuttavia gli anelli causali intermedi non essenziali, cioè i cd. sotto-eventi la cui imprevedibilità non dovrebbe ragionevolmente impedire l'addebito di colpa.

Ed al di là delle evidenziate aporie, non va sottaciuto che la puntuale, rigorosa applicazione dei principi di garanzia porterebbe comunque con sé il rischio, destante profondo allarme sociale, di creare vuoti di tutela, di eludere viscerali bisogni di compensazione e di giustizia. La scelta giurisprudenziale di riempire questi vuoti, di rispondere ad istanze di equità e di riparazione brandendo lo strumento afflittivo, ripropone quindi questioni profonde, complesse ed irrisolte: sui presupposti di legittimità della responsabilità penale colposa; sul valore simbolico e sull'effetto general-preventivo della condanna; sul 'senso' della pena.

L'accertamento della colpa attraverso criteri di giudizio applicati in astratto o in via presuntiva – in definitiva –, se per un verso toglie il giudice dall'imbarazzo in cui tuttora versa la dottrina e consente di scongiurare, soprattutto, allarmanti vuoti di tutela, d'altro canto ripropone vecchie questioni sempre attuali. In che misura – occorre ancora chiedersi – istanze riparatorie, redistributive, nonché ragioni simbolico-preventive ed emergenziali, possono legittimamente sollecitare l'uso dello strumento penale?

60. V., di nuovo, V. Attili, *L'agente modello*, op. cit., p. 1270.

61. Il problema della definizione dei caratteri dell'agente modello (quale parametro *obiettivo* di diligenza), tenuto conto del canone relazionale, sociale e normativo dell'affidamento, impegna non poco la dottrina sulla cd. *doppia misura* della colpa; cfr., fra gli altri: V. G. De Francesco, *Sulla misura soggettiva*, op. cit., *passim*; G. Stratenwerth, *L'individualizzazione della misura di diligenza nel delitto colposo* (trad. Castaldo), in *Riv. It. Dir. e Proc. Pen.*, 1986, 635; G. Forti, *Colpa ed evento*, op. cit., p. 237 ss. e 267 ss.; F. Giunta, *Illiceità e colpevolezza nella responsabilità colposa*, Padova, 1993 (in particolare p. 128 ss.); nonché, G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto Penale*, op. cit., p. 562.

Marco Scoletta

La "rilevanza" delle questioni di legittimità costituzionale *in malam partem*: il caso della prescrizione del reato

Sommario

1. I problemi di "ammissibilità" delle recenti questioni di legittimità costituzionale *in malam partem* in tema di termini di prescrizione - 2. La rilevanza delle questioni di legittimità delle norme penali di favore nella giurisprudenza costituzionale - 3. I dubbi sulla rilevanza delle pronunce manipolative *in malam partem* - 4. Natura processuale della prescrizione e conseguente rilevanza della questione? - 5. La rilevanza della questione come influenza sulla *ratio decidendi* del giudizio penale

1 I problemi di "ammissibilità" delle recenti questioni di legittimità costituzionale *in malam partem* in tema di termini di prescrizione

Recentemente sono state prospettate, tanto in dottrina[1] quanto in giurisprudenza[2], alcune questioni di costituzionalità funzionali ad ottenere pronunce di illegittimità *in malam partem* nella materia penale, cioè la sostanziale introduzione nell'ordinamento giuridico di norme penali sfavorevoli rispetto a quelle attualmente esistenti[3]. Si tratta, in particolare, di questioni che hanno ad oggetto i termini di prescrizione del reato, giudicati inadeguati a garantire il rispetto di obblighi di incriminazione desunti da fonti normative sovranazionali, queste ultime azionabili nel giudizio *a quo* quali "parametri interposti" di legittimità costituzionale (rispetto all'art. 117 Cost.) attraverso lo schema di sindacato che ha nelle "sentenze gemelle" del 2007 (nn. 348 e 349) il fondamentale modello di riferimento.

Sono prospettazioni avanguardiste e per molti aspetti discutibili, la cui ammissibilità incontra nella giurisprudenza costituzionale fermamente contraria alla possibilità di pronunciare (spingendosi 'oltre' il già discusso sindacato sulle norme penale "di favore"[4]) decisioni manipolative *in malam partem* – a ciò ostando la riserva di legge penale sancita dall'art. 25 comma 2 Cost. – uno sbarramento di principio che appare,

1. Il riferimento è all'approfondita indagine di F. Viganò, *L'arbitrio di non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali*, in *Studi in onore di Mario Romano*, Napoli, 2011, p. 2645 ss. che, sulla base degli obblighi di incriminazione dei fatti di tortura individuati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, prospetta una questione di legittimità costituzionale delle norme disciplinanti i termini di prescrizione in modo da rendere imprescrittibili – conformemente agli obblighi sovranazionali – le fattispecie utilizzate nell'ordinamento italiano per sanzionare fatti di tortura (v. spec. 4680 s.).

2. La Procura della Repubblica di Milano, infatti, aveva presentato un'istanza con la quale chiedeva al Tribunale di dichiarare la non manifesta infondatezza della questione di illegittimità costituzionale degli artt. 160, comma 3, e 161, comma 2 (seconda parte) – che disciplinano i termini massimi di prescrizione del reato – per contrasto con l'art. 117 e, attraverso esso, con l'art. 6 della Convenzione OCSE (sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali fatta a Parigi il 17 dicembre 1997) funzionale alla eliminazione dei limiti massimi dei tempi di prescrizione in presenza di atti interruttivi (in questo modo, in altre parole, la prescrizione interrotta ricomincerebbe *nuovamente* a decorrere dal giorno della interruzione *senza* incontrare i limiti massimi complessivi attualmente previsti dalle norme censurate).

3. Sebbene tale effetto costituisca il potenziale risultato di decisioni che, per come tecnicamente impostate, non sono formalmente inquadrabili come additive ma come parzialmente demolitorie del dettato legislativo.

4. Per l'ammissibilità del sindacato *in malam partem* in relazione a questa particolare tipologia di norme penali, si veda fondamentalmente Corte cost. n. 394 del 2006, sulla quale si vedano, *ex multis*, i commenti di G. Marinucci, *Il controllo di legittimità costituzionale delle norme penali: diminuiscono (ma non abbastanza) le «zone franche»*, in *Giur. cost.,* 2006, 4160 ss.; D. Pulitanò, *Principio di eguaglianza e norme penali di favore (Nota a Corte cost. num. 393-394 del 2006)*, in *Corr. mer.*, 2007, 209 ss.; per una ricostruzione del quadro giurisprudenziale, M. D'Amico, *Il principio di legalità in materia penale fra Corte costituzionale e Corti europee*, in N. Zanon, *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, spec. 167 ss.

allo stato, difficilmente superabile. Non sembra metodologicamente corretto, tuttavia, escludere pregiudizialmente l'ammissibilità di tali interessante ipotesi, senza stimolare e pretendere una chiara e convincente presa di posizione da parte della Corte, che possa, da una parte, costituire il terreno di confronto del futuro dibattito dottrinale sul punto e, dall'altra, orientare il corretto atteggiamento della magistratura (anche in una logica di economia processuale) in relazione a questioni analoghe che potrebbero porsi in futuro.

L'auspicio che la Corte costituzionale si pronunci argomentativamente sul punto potrebbe tuttavia essere pregiudizialmente frustrato dall'opposizione di un altro presupposto di ammissibilità della questione di legittimità, costituito dal profilo della "rilevanza". Non a caso, il Tribunale di Milano, recentissimamente pronunciatosi su una questione di tale tenore proposta dalla Procura, ha rigettato l'istanza rilevando, tra l'altro, proprio l'irrilevanza della censura di legittimità sui termini di prescrizione del reato ai fini della definizione del giudizio penale *a quo*[5]. Per questo motivo, ci sembra che – nonostante si tratti di una problematica che, soprattutto in relazione alla materia penale, appariva ormai adeguatamente impostata e superata nella giurisprudenza costituzionale[6] – il tema della rilevanza delle questioni di illegittimità costituzionale *in malam partem* meriti ancora qualche precisazione. Dalla sua corretta delimitazione, infatti, dipende l'estensione di quelle "zone franche" dal sindacato di conformità costituzionale delle norme di diritto penale, che dovrebbero essere contenute entro confini minimi e ragionevoli.

2
La rilevanza delle questioni di legittimità delle norme penali di favore nella giurisprudenza costituzionale

Su un piano generale, come noto, il presupposto della rilevanza della questione nel giudizio *a quo* deriva dal disposto dell'art. 23, l. 11 marzo 1953 n. 87, secondo cui il sindacato incidentale di legittimità deve essere sollevato solo quando "*il giudizio non possa essere definito indipendentemente dalla risoluzione*" della questione di costituzionalità. Da questo specifico dato positivo dottrina e giurisprudenza desumono il carattere (e la portata) della necessaria rilevanza della *quaestio legitimitatis,* tradizionalmente intesa come pregiudizialità/strumentalità della questione rispetto al *thema decidendum* nel processo *a quo*; la risoluzione del dubbio sulla legittimità costituzionale della norma censurata dovrebbe essere pertanto indispensabile per la definizione sostanziale del giudizio ordinario. In questa prospettiva, una questione di legittimità su una norma suppostamente incostituzionale ma comunque destinata – anche qualora accolta nel merito – a non avere alcuna incidenza nel giudizio principale, dovrebbe essere giudicata processualmente "inammissibile", in quanto difetterebbe appunto del necessario requisito della rilevanza/pregiudizialità.

Nella materia penale, in particolare, il vincolo di necessaria rilevanza della questione di legittimità incontra peraltro il limite costituito dal principio fondamentale di irretroattività della legge sfavorevole al reo. Conseguentemente, le questioni *in malam partem* appaiono inidonee a condizionare l'esito del giudizio *a quo,* quantomeno nella misura in cui riferite a processi penali relativi a fatti "concomitanti" rispetto alla norma penale illegittima, cioè a fatti commessi durante un lasso temporale in cui la norma penale censurata risultava formalmente efficace e pertanto astrattamente ido-

5. Trib. Milano, sez. IV., ord. 5 aprile 2012, pres. Magi, che rilevando peraltro come "anche nell'ipotesi in cui questo collegio volesse, rimodulando le richieste del PM, sollevare la questione di illegittimità costituzionale dell'art. 161 c.p. nella parte in cui non inserisce l'art. 322 *bis* tra quelli per i quali già è previsto un regime di interruzione della prescrizione diverso da quello attuale (…) è evidente che si ricadrebbe nella ipotesi di legge meno favorevole al reo, e quindi non applicabile al processo in corso", dichiara "non fondata" la questione di legittimità costituzionale proposta dal PM "in quanto irrilevante nel procedimento in corso". Sull'ordinanza, cfr. D. Tarantino, *Sull'ammissibilità di questioni di legittimità costituzionale relative alla disciplina della prescrizione*, in questa *Rivista*, 12 giugno 2012

6. Per una completa ricapitolazione della questione e del panorama giurisprudenziale, M.A. Cabiddu – P. Davigo, *Leggi penali di favore ed efficacia «in malam partem» delle sentenze della Corte costituzionale*, in R. Bin-G. Brunelli-A. Pugiotto-P. Veronesi (a cura di), *«Effettività» e «seguito» delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 255 ss.

nea ad orientare le scelte comportamentali dei destinatari[7]. L'effetto "retroattivo" della dichiarazione di illegittimità costituzionale *ex* art. 136 Cost. trova infatti in questi casi il rigido e puntuale sbarramento costituzionale del divieto di retroattività a sfavore del reo (consacrato dall'art. 25 comma 2 Cost. e prevalente rispetto alla regola dell'art. 136 Cost.), che tutela l'affidamento dell'autore del fatto sulla apparente validità della norma penale più favorevole vigente al momento del fatto (sebbene successivamente riconosciuta costituzionalmente illegittima).

Sulla base di questo ragionamento, un cospicuo orientamento della giurisprudenza costituzionale, diffuso soprattutto nei primi lustri di attività della Corte, aveva sposato la tesi della "necessaria irrilevanza" del sindacato di costituzionalità *in malam partem* nella materia penale, respingendo le questioni sollevate in tale senso con secche pronunce di inammissibilità. Paradigmatica di questo orientamento, ad esempio, la pronuncia n. 26 del 1975: in quel caso si censurava l'irragionevole previsione legislativa che, in materia tributaria, imponeva al marito di denunciare anche i redditi della moglie, disponendo la sanzione penale solo in capo a costui per la violazione di tale obbligo dichiarativo. Ebbene, la Corte, chiamata in causa per censurare il trattamento penale di favore accordato alla moglie, in violazione del principio di parità tra coniugi posto dall'art. 29 Cost., afferma, tra l'altro, come "*ove di questa* [questione] *dovesse essere accertata la fondatezza, una dichiarazione di parziale illegittimità costituzionale* (…) *non gioverebbe ai fini della decisione della causa all'esame del tribunale di Oristano per ciò che dall'accoglimento della questione non deriverebbe, come erroneamente ritiene il giudice* a quo*, una responsabilità penale della moglie per avere omesso la denuncia in un tempo nel quale a tale adempimento per legge essa non era tenuta*"; o ancora la pronuncia n. 85 del 1976: in questo caso, era stata censurata la norma penale che, in materia di frodi alimentari, aveva previsto per la fattispecie di detenzione per la vendita di paste o altri sfarinati invasi da parassiti un trattamento penale speciale e più favorevole (contravvenzione punita con ammenda) rispetto a quello previsto dalla fattispecie generale punitiva della detenzione per la vendita di altre sostanze alimentari invase da parassiti; anche in questo caso la Corte pronuncia ordinanza di inammissibilità affermando che "*i principi generali vigenti in tema di non retroattività delle sanzioni penali più sfavorevoli al reo, desumibili dagli artt. 25, secondo comma, della Costituzione, e 2 del codice penale impedirebbero in ogni caso che una eventuale sentenza, anche se di accoglimento, possa produrre un effetto pregiudizievole per l'imputato nei processo penale pendente innanzi al giudice* a quo"[8].

Questo orientamento giurisprudenziale di sostanziale 'chiusura' dell'accesso alla giustizia costituzionale in relazione alle norme penali illegittime ma *pro reo*, ha tuttavia conosciuto, sulla scia di un nutrito e autorevole orientamento dottrinale critico nei confronti di tale impostazione[9], una sensibile e decisiva 'apertura', attuata dalla Corte costituzionale nella fondamentale sentenza n. 148 del 1983. In questo caso, era sottoposta a censura la norma che attribuiva ai membri del Consiglio superiore della magistratura una causa di non punibilità in relazione alle opinioni espresse nell'esercizio delle loro funzioni, e concernenti l'oggetto della discussione; si eccepiva che tale norma penale "di favore", introducendo un regime punitivo privilegiato per una particolare categoria di funzionari pubblici, contrastasse con il combinato disposto degli artt. 3 e 28 Cost.,

7. Sulla distinzione tra fatti "concomitanti" e fatti "pregressi" (rispetto ai quali la questione di legittimità costituzionale sarebbe invece concretamente rilevante), si veda, per tutti, G. Vassalli, Abolitio criminis *e principi costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1983, p. 377, ora in Id., *Scritti giuridici*, I, tomo I, Milano, 1997, p. 277 ss.

8. In questo cospicuo filone della giurisprudenza costituzionale sono inquadrabili, tra le altre, anche le decisioni nn. 62 del 1969; 42, 55, 122 del 1977; 91 del 1979; 45 del 1982. Non mancano tuttavia, già in questa prima fase della giurisprudenza costituzionale, pronunce che si sono espresse, viceversa, per l'ammissibilità di questioni *in malam partem*: cfr., ad esempio, Corte cost. n. 155 del 1973.

9. Si veda soprattutto V. Onida, *Note su un dibattito in tema di rilevanza delle questioni di costituzionalità delle leggi*, in *Giur. cost*., 1978, p. 997 ss.; ma anche V. Crisafulli, *In tema di instaurazione dei giudizi incidentali di costituzionalità delle leggi*, in *Dir. e soc*., 1973, p. 73 ss.; nonché, per una tesi ancora più radicale, G. Zagrebelsky, *La rilevanza: un carattere normale ma non necessario della questione di legittimità costituzionale*, in *Giur. cost*., 1969, p. 1001 ss.; si veda anche M. Dogliani, *Irrilevanza "necessaria" della quaestio relativa al norme penali di favore*, ivi, 1976, p. 586 ss. e M. Branca, *Norme penali di favore: dall'irrilevanza al divieto di sentenza-legge*, ivi, 1981, p. 915 ss.

nella parte in cui tali principi costituzionali impongono, in linea di massima, la parità di trattamento dei funzionari e dipendenti pubblici quanto alla responsabilità penale per gli atti da essi compiuti. Se la Corte avesse adottato la linea interpretativa fino ad allora prevalente in punto di rilevanza della questione, anche in questo caso avrebbe dovuto dichiarare l'inammissibilità, perché nel giudizio *a quo* l'imputazione era relativa a fatti concomitanti, cioè commessi proprio nel vigore della legge penale (di favore) suppostamente illegittima, che garantiva in ogni caso (cioè anche qualora fosse stata dichiarata incostituzionale) l'assoluzione degli imputati in forza del superiore principio di irretroattività. Si sarebbe trattato pertanto di un sindacato inammissibile per "difetto di rilevanza", in quanto concretamente ininfluente ai fini della definizione del giudizio.

Nella sentenza 148 del 1983, tuttavia, la Corte costituzionale affronta *ex professo* la problematica e, denunciando il rischio di rimanere essa stessa, perseverando in tale impostazione, priva "di ogni strumento atto a garantire la preminenza della Costituzione sulla legislazione statale ordinaria", procede ad una importante inversione di rotta rispetto al proprio prevalente orientamento giurisprudenziale. Pur ribadendo a chiare lettere il valore supremo e inderogabile del principio di irretroattività consacrato nell'art. 25 comma 2 Cost. e la conseguente impossibilità assoluta di punire in forza di una legge penale sfavorevole rispetto a quella vigente (sebbene costituzionalmente illegittima) al momento della commissione del fatto[10], ciò nondimeno la Corte afferma altrettanto chiaramente il proprio dovere di sindacare in ogni caso le norme illegittime, "a pena di istituire zone franche del tutto impreviste dalla Costituzione, all'interno delle quali la legislazione ordinaria diverrebbe incontrollabile". La felice sintesi dei due principi costituzionali è individuata in una 'nuova' definizione del contenuto della "rilevanza", idonea ad assorbire nella sfera del sindacato di costituzionalità anche le questioni su norme penale di favore, che – a giudizio della Corte – "è indubbio che nella prospettiva del giudice *a quo* (…) influiscano o possano influire sul conseguente esercizio della funzione giurisdizionale".

La Corte individua infatti diversi profili di potenziale rilevanza anche in merito alle questioni di legittimità sulle norme penali di favore: (i) in primo luogo, "l'eventuale accoglimento delle impugnative di norme siffatte verrebbe ad incidere sulle formule di proscioglimento o, quanto meno, sui dispositivi delle sentenze penali"; (ii) in secondo luogo, "le norme penali di favore fanno anch'esse parte del sistema, al pari di qualunque altra norma costitutiva dell'ordinamento. Ma lo stabilire in quali modi il sistema potrebbe reagire all'annullamento di norme del genere, non è un quesito cui la Corte possa rispondere in astratto (…) si tratta di un problema (ovvero di una somma di problemi) inerente all'interpretazione di norme diverse da quelle annullate, che i singoli giudici dovranno dunque affrontare caso per caso, nell'ambito delle rispettive competenze"; (iii) in terzo luogo, "la tesi che le questioni di legittimità costituzionale concernenti norme penali di favore non siano mai pregiudiziali ai fini del giudizio *a quo*, muove da una visione troppo semplificante delle pronunce che questa Corte potrebbe adottare (…) Non può escludersi *a priori* che il giudizio della Corte su una norma penale di favore si concluda con una sentenza interpretativa di rigetto (nei sensi di cui in motivazione) o con una pronuncia comunque correttiva delle premesse esegetiche su cui si fosse fondata l'ordinanza di rimessione: donde una serie di decisioni certamente suscettibili d'influire sugli esiti del giudizio penale pendente"[11].

10. La Corte si esprime, inequivocabilmente, nei termini seguenti: "È un fondamentale principio di civiltà giuridica, elevato a livello costituzionale dal secondo comma dell'art. 25 Cost. (e già puntualizzato - per ciò che attualmente interessa - dal primo comma dell'art. 2 cod. pen.), ad esigere certezza ed irretroattività dei reati e delle pene; né le garanzie che ne derivano potrebbero venire meno, se non compromettendo l'indispensabile coerenza dei vari dettati costituzionali, di fronte ad una decisione di accoglimento. Sebbene privata di efficacia ai sensi del primo comma dell'art. 136 Cost. (e resa per se stessa inapplicabile alla stregua dell'art. 30, terzo comma, della legge n. 87 del 1953), quanto al passato la norma penale di favore continua perciò a rilevare, in forza del prevalente principio che preclude la retroattività delle norme incriminatrici.

11. Su tale pronuncia si vedano le note di G. Lattanzi, *La non punibilità dei componenti del Consiglio superiore al vaglio della Corte costituzionale: considerazioni e divagazioni*, e di D. Pulitanò, *La "non punibilità" di fronte alla Corte costituzionale*, entrambe in *Foro it*., 1983, I, c. 1801 ss.

Così analiticamente impostato e definito il problema dei limiti della "rilevanza", la sentenza n. 148 del 1983 si colloca, per il futuro, come decisivo *leading case*, facendo sì che la giurisprudenza costituzionale successiva valutasse l'ammissibilità delle questioni *in malam partem* penale non più nella prospettiva della irretroattività della legge penale[12], ma in quella della riserva di legge e dei conseguenti limiti al potere di intervento legittimamente attribuibile alla Corte costituzionale nella materia penale[13].

3
I dubbi sulla rilevanza delle pronunce manipolative *in malam partem*

Proprio il consolidamento, nella giurisprudenza costituzionale, del più rigido vincolo della legalità/riserva di legge come fattore di inammissibilità delle questioni *in malam partem* ha fatto perdere interesse e diminuire l'attenzione sul profilo specifico della rilevanza delle questioni di legittimità nella materia penale. Ne è riprova il fatto che la Corte costituzionale, chiamata in numerose occasioni a pronunciare decisioni *in malam partem*, spesso non si pone affatto il problema di verificare la specifica rilevanza della questione di legittimità sulla base dei motivi indicati dalla sentenza n. 148/83 oppure, quando se lo pone, di sovente lo risolve riportando testualmente, come fondamento generalizzante della rilevanza, i passaggi argomentativi svolti dal *leading case*[14]. Persino quando le censure di legittimità costituzionale erano funzionali a richiedere delle vere pronunce "additive" *in malam partem* – un tipo di intervento, quindi, analogo a quello sollecitato dalle questioni qui in esame e diverso da quello relativo alle norme penali di favore – la Corte ha omesso di interrogarsi pregiudizialmente sul profilo della rilevanza della questione nel giudizio *a quo*, pronunciando l'inammissibilità in ragione della propria carenza di potere rispetto a qualsiasi tipo di estensione dell'area di punibilità: così, ad esempio, nella sentenza n. 411 del 1995, in cui veniva chiesto alla Corte di estendere la contravvenzione dell'art. 727 c.p. (maltrattamento di animali) a categorie di fatti non espressamente previste dalla norma penale; o nella sentenza n. 114 del 1994, proprio in materia di prescrizione del reato, in cui il giudice *a quo* sollecitava una pronuncia additiva *in malam partem* volta ad introdurre una nuova ipotesi di sospensione del corso dei termini prescrizionali[15].

Non mancano tuttavia decisioni – sebbene rappresentino un filone assolutamente minoritario – che, in netta controtendenza rispetto alla linea tracciata nel 1983, ancora risolvono la questione nel senso della irrilevanza/inammissibilità per la preclusione derivante dall'operatività, nel diritto penale, del principio costituzionale di irretroattività *in pejus* [16]. Anche nella materia civile, peraltro, sono rintracciabili pronunce di inammissibilità fondate sul difetto di rilevanza di questioni di legittimità che, qualora accolte, produrrebbero effetti normativi (potendo fondare, ad esempio, una pronuncia di

12. Cfr. D. Pulitanò, *La "non punibilità"*, cit., c. 1807: "Il rilievo del principio di irretroattività ne risulta conseguentemente spostato, da criterio processuale di (ir)rilevanza delle questioni *in malam partem*, a criterio sostanziale che necessariamente concorre, anche dopo l'eventuale accoglimento della questione d'incostituzionalità, a determinare un più complesso fondamento normativo di un'immutata soluzione pratica, favorevole all'imputato".

13. Questa diversa impostazione, in realtà, era stata già in qualche modo tacitamente anticipata dalla sentenza n. 108 del 1981, in cui la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità delle norme in materia di interruzione volontaria della gravidanza, dichiara l'inammissibilità della questione non per ragioni di irrilevanza/irretroattività degli eventuali effetti penali sfavorevoli, ma in ragione dei limiti ai poteri in *malam partem* della Corte derivanti dal principio di riserva di legge in materia penale.

14. E' il caso, ad esempio, di Corte cost., n. 25 del 1994; fa eccezione, invece, la pronuncia n. 124 del 1990, che entra maggiormente nel merito degli effetti che fondavano in concreto la rilevanza della questione nel giudizio *a quo*: "Invero, in caso di accoglimento, l'autorizzazione amministrativa sarebbe disapplicabile come discriminante di un comportamento altrimenti sussumibile sotto una fattispecie di reato, e verrebbe in considerazione come ragione assolutoria di altra natura".

15. La Corte, anche in questo caso, non si interroga affatto sulla rilevanza della questione, ma dichiara l'inammissibilità perché si tratterebbe, come già accennato *supra*, di "una pronuncia che palesemente fuoriesce dai poteri spettanti a questa Corte, ostandovi il principio di legalità sancito dall'art. 25 Cost."; si vedano anche le pronunce nn. 489 del 1993; 260 del 1994 (che mirava ad estendere una pena accessoria a fattispecie per le quali non era prevista della legge); 334 del 1994 (che, attraverso una richiesta ablativa, mirava ad estendere una misura di sicurezza a casi non previsti dalla legge).

16. Si veda ad esempio Corte cost. n. 215 del 1994, secondo cui il rispetto del principio di legalità stabilito dall'art. 25 della Costituzione nella materia penale non consentirebbe comunque che gli effetti dell'eventuale dichiarazione di invalidità derivata del citato titolo abilitativo in possesso dell'imputato retroagissero fino al punto di trasformare da lecita in penalmente illecita l'attività venatoria compiuta, prima della dichiarazione della sua invalidità, dall'imputato in base al detto titolo.

condanna al risarcimento dei danni) che – analogamente agli esiti *in malam partem* nei giudizi penali – non potrebbero trovare concreta applicazione nel processo principale[17].

A fronte di tali sporadiche ma preoccupanti oscillazioni e incertezze giurisprudenziali[18], da una parte, e della indiscriminata valutazione positiva di ammissibilità/rilevanza anche al di là delle ipotesi di sindacato su norme penali di favore, dall'altra, è opportuno ritornare ad analizzare gli specifici motivi di rilevanza indicati dalla Corte costituzionale nel 1983 per vagliarne la corretta utilizzabilità anche in relazione alle prospettate questioni in tema prescrizione del reato e, in generale, relativamente alla rilevanza di ipotetiche e futuribili pronunce additive *in malam partem*.

In particolare, in relazione a tali ipotesi, appare *prima facie* scarsamente utilizzabile la prima ragione di rilevanza indicata dalla Corte nel 1983 – cioè la potenziale incidenza della pronuncia di accoglimento sulla formula di proscioglimento –, che costituisce il profilo sicuramente più pregnante e persuasivo nell'argomentazione della sentenza n. 148/83, anche perché assicura un (per quanto sottile) legame di effettiva strumentalità e concretezza della questione rispetto alla definizione del giudizio *a quo*[19].

Anche ammettendo, sebbene dubitativamente[20], che l'accoglimento della questione *in malam partem* possa in taluni casi realmente incidere sulle formule di proscioglimento concretamente adottabili dal giudice del processo principale e sui conseguenti effetti sistematici nell'ordinamento[21], ciò non sembra che possa verificarsi in relazione alle particolari ipotesi (funzionali ad ottenere un nuovo regime dei tempi di prescrizione) qui prese in esame: qualora la Corte accogliesse le censure di legittimità nel senso prospettato dai remittenti, il giudice *a quo* dovrebbe dichiarare in ogni caso l'estinzione del reato per intervenuta decorrenza dei termini di prescrizione previsti dalla legge in vigore al momento della commissione del fatto.

Da una parte, infatti, l'allungamento dei tempi prescrizionali o l'imprescrittibilità, che costituirebbero i risultati normativi *in malam partem* delle ipotetiche decisioni di accoglimento, non potrebbero "retroagire" e trovare applicazione in relazione ai casi oggetto del giudizio, stante la natura sostanziale della prescrizione – puntualmente sottolineata dal Tribunale di Milano – e quindi l'estensione a tale istituto delle garanzie dell'art. 25 Cost.

D'altra parte, non sembra che l'esito assolutorio alternativo a quello della dichiarazione di estinzione del reato (in forza dell'applicazione delle norme illegittime) possa essere correttamente espresso con il proscioglimento degli imputati "perché il fatto non è previsto dalla legge come reato", cioè con una formula di proscioglimento priva di qualsiasi fondamento normativo nella vicenda *sub iudice* e addirittura più favorevole al reo rispetto a quella legata alla norma oggetto del sindacato *in malam partem* ipoteticamente accolto.

17. Si veda, di recente, Corte cost. n. 71 del 2009, in *Giur. cost*., 2009, p. 669 ss., con note critiche di A. Pace, *Dalla « presbiopia » comunitaria alla « miopia » costituzionale?,* e di R. Bifulco, *La rilevanza tra influenza e applicabilità*.

18. Perplessità sulla effettiva stabilità dell'orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza n. 148 del 1983 erano già manifestate, qualche anno fa, da G. Insolera, *Democrazia, ragione e prevaricazione. Dalle vicende del falso in bilancio ad un nuovo riparto costituzionale nella attribuzione dei poteri?*, Milano, 2003, p. 31 ss.

19. Come è stato condivisibilmente osservato (cfr. F. Modugno – A.S. Agrò – A. Cerri, *Il principio di unità del controllo sulle leggi nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 2008, p. 130), la seconda ragione di rilevanza indicata dalla Corte nel 1983 – relativa alle modifiche sistematiche dell'ordinamento penale conseguenti alla pronuncia di accoglimento – "è vicenda che riguarda l'ordinamento oggettivo ma non influisce per premessa sul giudizio in cui la questione è sorta"; parimenti, la terza ragione di rilevanza – cioè la possibilità che la Corte risponda alla censura con una decisione interpretativa di rigetto (in questo senso, peraltro, si veda Corte cost. n. 25 del 1994) – è in realtà relativa a censure di legittimità costituzionale che, nella prospettiva della Corte, non si risolvono in questioni su norme penali di favore e non pongono pertanto problemi di rilevanza degli effetti sfavorevoli nel giudizio principale.

20. Si vedano infatti le ragionevoli perplessità espresse da C. Mezzanotte, *Processo costituzionale e forma di governo*, in Aa.Vv., *Giudizio* a quo *e promovimento del processo costituzionale*, Milano, 1990, 63 ss.; in termini critici su tale profilo anche F. Felicetti, *Frodi comunitarie: norme penali di favore, rilevanza della questione nei giudizi di legittimità costituzionale e principio di legalità*, in *Cass. pen*., 1994, p. 2878 ss.

21. Cfr. F. Giunta, *La Corte costituzionale respinge le questioni di illegittimità del "falso in bilancio"*, in *Dir. pen. proc*., 2004, 12, p. 1497 e ss.

4

Natura processuale della prescrizione e conseguente rilevanza della questione?

Una possibile via per sostenere la rilevanza delle questioni di illegittimità in esame potrebbe essere quella di tentare la confutazione dell'assunto relativo alla natura giuridica "sostanziale" della prescrizione; in tal caso, gli effetti delle pronunce di accoglimento non incontrerebbero il vincolo intertemporale dell'art. 25, comma 2, Cost. e potrebbero trovare concreta e immediata applicazione nei giudizi *a quibus*, conformemente al principio processuale del *tempus regit actum*[22]. Si tratterebbe, tuttavia, di un tentativo pressoché inidoneo, in quanto si scontrerebbe con un *acquis* piuttosto consolidato nell'ordinamento giuridico italiano.

La stessa giurisprudenza costituzionale, infatti, appare univoca nell'affermare la natura specificamente sostanziale (e non processuale) dell'istituto della prescrizione[23] e tale aspetto può essere anzi individuato come un tratto distintivo e peculiare delle "tradizioni costituzionali" del nostro sistema della giustizia penale.

Né si potrebbe fare ricorso, a fondamento di una diversa conclusione, allo strumento dell'interpretazione conforme ai vincoli normativi sovranazionali e in particolare alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che – conformemente al *consensus* degli stati del Consiglio d'Europa – in passato ha espressamente attribuito natura processuale alla disciplina dei termini di prescrizione[24]. In questo caso, infatti, il diritto europeo sarebbe invocato inutilmente, in quanto strumentale a livellare 'verso il basso' la portata garantistica del principio fondamentale di legalità.

D'altra parte, non è affatto detto che ponendosi nella prospettiva processualistica sia invece possibile far retroagire la modifica *in pejus* dei termini prescrizionali sopravvenuta, in ragione della pronuncia di illegittimità costituzionale, rispetto al momento della commissione del fatto (o comunque rendere applicabili in giudizio i nuovi e più lunghi termini prescrizionali in virtù del principio *tempus regit actum*)[25]. In questa diversa prospettiva di giudizio, infatti, dovrebbero rilevare le fondamentali garanzie del giusto processo, che – anche dal punto di vista della giurisprudenza della Corte europea – impongono allo Stato il dovere di agire in buona fede, nel rispetto dei principi della certezza e della tutela del legittimo affidamento dei cittadini[26]. Il contrario orientamento dei giudici di Strasburgo, espresso nel 2000 nella sentenza *Coeme e altri contro Belgio*, meriterebbe forse di essere riponderato alla luce del necessario giudizio di bilanciamento con la giurisprudenza europea che nel frattempo ha attribuito ampio spessore alle garanzie processuali dell'art. 6 Cedu.

22. E' questa l'opinione autorevolmente espressa da G. Marinucci, *Bomba a orologeria da disinnescare*, in *il Sole 24 ore*, 12 marzo 1998, p. 2, ma che risulta decisamente minoritaria nel panorama della dottrina italiana; in senso critico sulla "provocazione" di Marinucci, si veda il dibattito tra M. Nobili – L. Stortoni – M. Donini – M. Virgilio – M. Zanotti – N. Mazzacuva, *Prescrizione e irretroattività fra diritto e procedura penale*, in *Foro it.*, 1998, V. p. 317 ss. In questo stesso senso cfr., recentemente, F. Viganò, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole*, in questa *Rivista*, 6 settembre 2011, p. 12 ss.

23. Cfr., *ex multis*, Corte cost. n. 324 del 2008: "È pacifico, infatti, che la prescrizione, quale istituto di diritto sostanziale, è soggetta alla disciplina di cui all'art. 2, quarto comma, cod. pen."; si veda anche Corte cost. n. 275 del 1990: "il legislatore, nel disciplinare l'istituto sostanziale della prescrizione, non poteva dunque non tener conto del carattere inviolabile del diritto alla difesa, inteso come diritto al giudizio e con esso a quello alla prova"; da ultimo, ancora, Corte cost. n. 393 del 2006, che, in merito alla riconosciuta applicabilità della disciplina dell'art. 2 c.p. alla prescrizione, afferma come questa sia una conclusione "coerente con la natura sostanziale della prescrizione e con l'effetto da essa prodotto, in quanto «il decorso del tempo non si limita ad estinguere l'azione penale, ma elimina la punibilità in sé e per sé, nel senso che costituisce una causa di rinuncia totale dello Stato alla potestà punitiva» (Cass., Sez. I, 8 maggio 1998, n. 7442)".

24. Si tratta di C.edu, *Coëme e altri c. Belgio*, 22 giugno 2000, §§ 149-150.

25. Profilo che appare invece decisivo nell'argomentazione dei giudici milanesi nella citata ordinanza di rigetto per inammissibilità/irrilevanza della questione di legittimità (Trib. Milano, sez. IV., ord. 5 aprile 2012).

26. Cfr. *ex multis* C.edu, *Unedic c. Francia*, 18 dicembre 2008, § 74; Id., G.C., *Scordino c. Italia*, 29 marzo 2006, § 126; Id., *Raffinerie greche Stran c. Grecia*, 9 dicembre 1994, § 49; ma anche Id., G.C., *Scoppola c. Italia*, 9 settembre 2009, § 132 e 139 ("La Corte ritiene che un imputato deve poter aspettarsi che lo Stato agisca in buona fede e tenga debitamente conto delle scelte processuali della difesa, utilizzando le possibilità offerte dalla legge").

5

La rilevanza della questione come influenza sulla ratio decidendi del giudizio penale

In realtà, ampi margini per sostenere la piena "rilevanza" delle questioni *in malam partem* prospettate (e prospettabili in futuro) in relazione agli obblighi di tutela penale di matrice sovranazionale, possono essere individuati attraverso un'attenta valorizzazione dell'argomentazione svolta dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 148/83. Da un'analisi più approfondita di tale pronuncia, il motivo di rilevanza legato alla incidenza sulle formule di proscioglimento o sui dispositivi delle sentenze penali è esplicitato in maniera decisiva ai fini della comprensione dell'impostazione della Corte: si specifica, infatti, che le formule di proscioglimento e i dispositivi delle sentenze nei processi *a quibus* "*dovrebbero imperniarsi, per effetto della pronuncia emessa dalla Corte, sul primo comma dell'art. 2 cod. pen. (sorretto dal secondo comma dell'art. 25 Cost.) e non sulla sola disposizione annullata dalla Corte stessa. E conviene aggiungere che la pronuncia della Corte non potrebbe non riflettersi sullo schema argomentativo della sentenza penale assolutoria, modificandone la* ratio decidendi*: poiché in tal caso ne risulterebbe alterato - come è stato esattamente notato in dottrina - il fondamento normativo della decisione, pur fermi restando i pratici effetti di essa*".

Ebbene, questi passaggi argomentativi esprimono in modo univoco come, ai fini del riconoscimento di rilevanza della questione, non costituiscano fattori essenziali e decisivi nè la concreta modifica tipologica della "formula di proscioglimento", né la ripercussione del contenuto del dispositivo sul piano degli effetti sistematici, essendo sufficiente che l'accoglimento della questione di legittimità costituzionale possa comunque "incidere" sulla *ratio decidendi*, cioè – non riusciamo a trovare parole più chiare di quelle utilizzate dalla Corte – sul "fondamento normativo della decisione". Una conferma ulteriore della correttezza di questa interpretazione viene poi dall'analisi di quell'orientamento dottrinale – non difficile da individuare[27] – al quale la Corte costituzionale dichiara espressamente di aderire.

Peraltro, a ben vedere, anche nella più ristretta prospettiva delle norme penali di favore, l'effettiva incidenza della pronuncia di accoglimento sulla formule di proscioglimento è un'evenienza – come già accennato – tutt'altro che scontata, considerando, da una parte, che la dichiarazione di incostituzionalità potrebbe investire norme penali la cui caducazione non avrebbe certamente alcun effetto concreto sulla formula conclusiva del giudizio penale. D'altra parte, come puntualmente precisato dalla sentenza n. 148/1983, in caso di dichiarazione di illegittimità *contra reum* il giudice *a quo* sarebbe in sostanza costretto a risolvere il caso desumendo dall'art. 25, comma 2, Cost. una regola intertemporale analoga a quella prevista dall'art. 2, comma 1, c.p. relativamente all'ipotesi di nuova incriminazione o di modifica normativa sfavorevole. Tale disposizione codicistica detta il divieto di retroattività *in malam partem* limitatamente al fenomeno della successione di leggi penali nel tempo, mentre in relazione agli effetti normativi della dichiarazione di incostituzionalità il giudice ricava la medesima disciplina intertemporale facendo diretto e formale riferimento al principio di irretroattività sancito dall'art. 25, comma 2, Cost.

Sulla base di tale fondamento normativo, conseguentemente, il giudice dovrebbe confermare l'esito sostanziale e processuale imposto dalle norme di favore giudicata costituzionalmente illegittima, dichiarando di volta in volta, in ragione della peculiare natura giuridica della fattispecie annullata, che "il fatto non era previsto dalla legge come reato", che "il fatto non costituiva reato", che "il reato è stato commesso da persona non imputabile [o non punibile] in base alla legge vigente al momento del fatto" etc.

Parimenti, seguendo l'impostazione qui proposta, nell'eventualità in cui le questioni *in malam partem* assunte ad ipotesi di lavoro trovassero accoglimento, i giudici

27. Il riferimento è al già citato saggio di V. Onida, *Note su un dibattito in tema di rilevanza delle questioni di costituzionalità delle leggi*, cit., da cui la Corte costituzionale, nella sentenza n. 148 del 1983, sembra appunto riprendere quasi testualmente alcuni passaggi: "L'impostazione qui accennata muove dalla premessa che la rilevanza della *quaestio legitimitatis* possa derivare anche dall'influenza che la risoluzione di essa abbia sul *fondamento normativo* [corsivo nostro] – complessivamente considerato – della decisione giudiziale" (p. 1006).

remittenti dovrebbero assolvere gli imputati nei processi *a quibus* non "perché il reato è estinto per intervenuta prescrizione" (né con altra formula processuale, che presupporrebbe un diverso fondamento normativo), bensì "perché il reato risulta estinto per intervenuta prescrizione in base alla legge applicabile al momento del fatto" (e che continua a trovare applicazione sulla base dell'art. 25, comma 2, Cost.).

Ora, questa ampia estensione del profilo della "rilevanza" della questione di illegittimità costituzionale può essere positivamente apprezzata, perché elimina molti ostacoli e facilita l'accesso alla giustizia costituzionale, oppure razionalmente criticata, perché svilisce il presupposto della rilevanza/pregiudizialità della questione attribuendo un eccessivo carattere di astrattezza al controllo incidentale di legittimità. Sta di fatto che il vaglio di "rilevanza" correttamente ricostruito sulla base delle chiare argomentazioni espresse dalla Corte costituzionale nella fondamentale pronuncia del 1983 (e ribadite a più riprese nella giurisprudenza costituzionale), non può che condurre – a nostro parere – ai risultati sopra illustrati in relazione alle questioni di illegittimità *in malam partem* nella materia penale. Una diversa conclusione, per quanto astrattamente possibile e costituzionalmente percorribile, significherebbe una decisa deviazione da questo consolidato orientamento della giurisprudenza costituzionale e dalla *ratio decidendi* della sentenza n. 148 del 1983.

Il vero ostacolo da superare, al fine di poter ipotizzare un'effettiva azionabilità degli obblighi sovranazionali di tutela penale, rimane allora quello della sussistenza dei poteri additivi della Corte, rispetto ai quali il principio di "riserva di legge penale" pone all'ammissibilità della questione uno scoglio ben più impervio da superare. La particolare struttura degli obblighi sovranazionali di tutela penale presenta, tuttavia, profili diversi e peculiari rispetto ai parametri costituzionali finora inutilmente azionati (se non limitatamente alle norme penali "di favore"), che potrebbero dischiudere in futuro nuovi scenari anche nella giurisprudenza costituzionale *in malam partem*[28].

28. Sono particolarmente stimolanti e senza dubbio meritevoli di essere adeguatamente discusse, le argomentazioni svolte da F. Viganò, *L'arbitrio di non punire,* cit., p. 2696 ss., per sostenere, anche in relazione al profilo della compatibilità con il principio della riserva di legge penale, la parziale azionabilità costituzionale degli obblighi sovranazionali di incriminazione; un modello di azionabilità *in malam partem,* sebbene più circoscritto, è proposto anche in M. Scoletta, *L'irragionevole insindacabilità dell'arbitrio punitivo* in bonam partem, in *Giur. cost*., 2009, p. 428 ss.

Roberto Flor

ARTICOLO SOTTOPOSTO A PEER REVIEW

Verso una rivalutazione dell'art. 615 *ter* c.p.?

Il reato di accesso abusivo a sistemi informatici o telematici fra la tutela di tradizionali e di nuovi diritti fondamentali nell'era di *Internet*

Commento a Corte di Cassazione, SS. UU., ud. 27 ottobre 2011 (dep. 7 febbraio 2012), n. 4694

Massima

Integra il delitto di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico non soltanto la condotta di accesso ad un sistema informatico protetto senza autorizzazione, ma anche quella di accesso o mantenimento nel sistema posta in essere da soggetto abilitato ma per scopi o finalità estranei a quelli per le quali la facoltà di accesso gli è stata attribuita. In questi casi, infatti, il soggetto agente è stato ammesso dal titolare del sistema solo a determinate condizioni, in assenza o in violazione delle quali le condotte di accesso o mantenimento nel sistema non possono considerarsi assentite dall'autorizzazione ricevuta. (In motivazione la Suprema Corte ha precisato che, ai fini dell'integrazione del reato, rileva l'oggettiva violazione delle prescrizioni e dei limiti posti dall'avente diritto a condizione dell'accesso e non anche lo scopo – lecito o illecito esso sia – che ha motivato l'ingresso a sistema).

Sommario

1. Introduzione. – 2. Gli orientamenti interpretativi della giurisprudenza di legittimità. – 3. Il principio espresso dalla sentenza delle Sezioni Unite. – 4. Sulle condotte alternative dell' "introduzione abusiva" e della "permanenza non autorizzata". – 5. La portata del principio espresso dalle Sezioni Unite: "abuso" dei profili autorizzativi, "abuso" di poteri da parte del pubblico ufficiale e offesa al bene giuridico protetto dall'art. 615 *ter* c.p. – 6. Uno sguardo oltre la decisione delle Sezioni Unite. Il diritto all'autodeterminazione informativa ed all'integrità ed alla riservatezza di dati e sistemi informatici fra tradizionali e nuovi diritti fondamentali nell'era di *Internet*. – 7. Rilievi conclusivi: l'art. 615 *ter* c.p. riletto alla luce del principio espresso dalle S.U. e le fonti sovranazionali, tra frizioni effettive ed apparenti.

1 Introduzione

Con la sentenza del 27 ottobre 2011, n. 4694, depositata il 7 febbraio 2012[1] le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno risolto il contrasto giurisprudenziale relativo all'interpretazione dell'art. 615 *ter* c.p., aderendo alla tesi che individua, *de jure condito*, quale chiave di volta della fattispecie penale la "violazione" dello *jus excludendi* del titolare del sistema informatico: tale violazione esprime il disvalore essenziale del fatto, indipendentemente dai motivi o dai propositi perseguiti dall'agente, dall'accesso reale a dati o informazioni e dalla

2. In *Diritto penale contemporaneo*, 10 febbraio 2012, con nota di G. Romeo, *Le Sezioni unite sull'accesso abusivo a un sistema informatico o telematico.* Sulla sentenza cfr. altresì, in questa *Rivista*, R. Bartoli, *L'accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615-*ter *c.p.) a un bivio ermeneutico teleologicamente orientato*, 23 febbraio 2012.

loro natura, nonché dal loro successivo utilizzo, trovando il reato consumazione nella realizzazione delle condotte tipiche e, con riferimento a quella di permanenza *invito domino*, nella violazione delle disposizioni del titolare.

La pronuncia ha confermato, salvo per quanto attiene al trattamento sanzionatorio, la sentenza della Corte di appello di Roma del 19 maggio 2009 la quale, in parziale riforma della sentenza di primo grado del 16 ottobre 2007, ha affermato la responsabilità penale di un maresciallo dei carabinieri per il delitto di cui agli artt. 81, co. 2, e 615 *ter*, co. 2, n. 1, e co. 3 c.p.

Sulla base della ricostruzione dei fatti il pubblico ufficiale, utilizzando le proprie credenziali di autenticazione e di accesso, si era introdotto nel sistema informatico d'ordine pubblico e di sicurezza pubblica S.D.I., protetto da misure di sicurezza, per finalità diverse da quelle istituzionali.

La Corte di appello ha aderito all'orientamento espresso dalla sentenza della Corte di Cassazione del 30 settembre 2008, n. 1727 (Romano)[2], secondo la quale il delitto di cui all'art. 615 *ter* c.p. sanziona il fatto del pubblico ufficiale che, anche se abilitato a consultare il sistema informatico, si sia però introdotto «con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti la funzione o il servizio [...] o con abuso della qualità di operatore del sistema».

I ricorsi in Cassazione proposti dagli imputati, fra cui il maresciallo dei carabinieri, sono stati assegnati alla V sezione penale la quale, con ordinanza depositata il 23 marzo 2011, rilevato il contrasto giurisprudenziale in merito all'interpretazione delle condotte tipiche, ha rimesso alle Sezioni Unite la seguente questione di diritto: «se integri la fattispecie criminosa di accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico protetto la condotta di accesso o di mantenimento nel sistema posta in essere da soggetto abilitato, ma per scopi o finalità estranei a quelli per i quali la facoltà di accesso gli è stata attribuita». I giudici di legittimità hanno risposto affermativamente, attribuendo però rilevanza alla violazione oggettiva delle regole predisposte dal titolare dello spazio informatico e non, invece, alle finalità del soggetto agente.

Prima di proporre alcune riflessioni sulla pronuncia delle Sezioni Unite, considerando le disposizioni di fonte sovranazionale e le esperienze di altri Stati europei, è opportuno fare il punto sul contrasto interpretativo della giurisprudenza di legittimità ed individuare la portata del principio espresso dalla Suprema Corte.

2 Gli orientamenti interpretativi della giurisprudenza di legittimità

L'impostazione ermeneutica seguita dai giudici di legittimità con la citata sentenza n. 1727 (Romano) è stata adottata dalla V sezione della Cassazione già nella sentenza n. 12732 del 7 novembre 2000 (Zara)[3], la quale ha ritenuto configurato l'accesso abusivo a sistemi informatici o telematici anche nell'ipotesi di chi, autorizzato all'accesso per una determinata finalità, utilizzi il titolo di legittimazione per una finalità diversa, non rispettando le condizioni e i profili di autorizzazione a cui era subordinato il medesimo accesso.

In senso conforme si segnalano le altre sentenze della V sezione penale della Cassazione, in particolare: n. 37322 del 8 luglio 2008 (Bassani)[4], n. 18006 del 13 febbraio 2009 (Russo)[5], n. 2987 del 10 dicembre 2009 (Matassich)[6], n. 19463 del 16 febbraio 2010 (Jovanovic)[7], n. 39620 del 22 settembre 2010 (Lesce)[8].

Questo orientamento troverebbe il suo fondamento, in primo luogo, nel dato positivo,

3. In *Cass. pen.*, 2010, 1, 155.
4. In *Cass. pen.*, 2002, 3, 1015, con nota di L. Cuomo, B. Izzi.
5. In *Cass. pen.*, 2009, 9, 3454.
6. In *Cass. pen.*, 2010, 1, 224.
7. In *Guida al diritto*, 2010, 10, 95.
8. In *Cass. pen.*, 2011, 6, 2198 (s.m.), con nota di E. Mengoni. L'Autore ha ritenuto eccessivamente ampia l'interpretazione seguita dalla Corte e tale da legittimare pericolose «fughe in avanti». Non ha condiviso, in particolare, l'assunto secondo il quale la contrarietà alle disposizioni del titolare avrebbe ad oggetto «non soltanto la materiale presenza dell'agente nel sistema e la condotta ivi tenuta, quanto e soprattutto l'eventuale fine illecito custodito nella sua mente».
8. In *Riv. pen.*, 2011, 2, 170.

in quanto la norma punisce non solo l'introduzione abusiva nel sistema, ma anche la permanenza non autorizzata, che potrebbe desumersi anche tacitamente in caso di perseguimento di una "finalità illecita" incompatibile con le ragioni per le quali l'autorizzazione all'accesso sia stata concessa[9].

In secondo luogo, la violazione dei dispositivi di protezione del sistema informatico non assumerebbe rilevanza di per sé, bensì solo come manifestazione di una volontà contraria a quella del titolare o di colui che dispone legittimamente del sistema[10]. Il delitto non sarebbe connotato, dunque, dall'effrazione di tali dispositivi, che non si verificherebbe in caso di permanenza non autorizzata nel sistema.

L'orientamento interpretativo difforme è basato sulla valorizzazione della prima parte del co. 1 dell'art. 615 *ter* c.p. In sintesi, è stato ritenuto abusivo il solo accesso posto in essere da un soggetto non abilitato. Viceversa, non avrebbe rilevanza penale la condotta realizzata dal legittimo detentore dei profili di autenticazione, anche se l'accesso sia stato effettuato per finalità estranee a quelle d'ufficio (sentenza Peparaio) e persino illecite (sentenza Scimia), ferma restando la responsabilità per i diversi reati eventualmente configurabili, se queste finalità trovino effettivamente realizzazione[11].

La base argomentativa di questa ricostruzione ermeneutica è data da due elementi essenziali.

In primis, la sussistenza della volontà contraria dell'avente diritto, cui fa riferimento la norma incriminatrice, dovrebbe essere verificata esclusivamente con riguardo al risultato immediato della condotta posta in essere dall'agente con l'accesso al sistema informatico e con il mantenersi al suo interno, e non con riferimento a fatti successivi (l'uso illecito dei dati) che, anche se già previsti, potrebbero di fatto realizzarsi solo in conseguenza di nuovi e diversi atti di volizione da parte dell'agente.

In secondo luogo, la locuzione «abusivamente si introduce» potrebbe dare luogo ad imprevedibili dilatazioni della fattispecie penale se non fosse intesa nel senso di "accesso non autorizzato".

Questa affermazione troverebbe fondamento nell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali[12] e, in particolare, alle locuzioni utilizzate dalla c.d. lista minima del-

9. Le S.U. hanno puntualmente riportato che l'opzione esegetica in questione è stata motivata sull'analogia strutturale con la fattispecie della violazione di domicilio. «Se il titolo di legittimazione all'accesso viene utilizzato dall'agente per finalità diverse da quelle consentite, dovrebbe ritenersi che la permanenza nel sistema informatico avvenga contro la volontà del titolare del diritto di esclusione. Pertanto commetterebbe reato anche chi, dopo aver avuto legittimamente accesso ad un sistema, continui ad operare o a servirsi di esso oltre i limiti prefissati dal titolare». In questa ipotesi si punirebbe, dunque, non tanto l'accesso abusivo, ma l'utilizzo non autorizzato del sistema, o contrario alle modalità prescritte dal titolare. Così la citata Cass., sez. V pen., sent. 7 novembre 2000, n. 12732 (Zara), nonché Cass., sez. II pen., sent. 4 maggio 2006, n. 30663 (Grimoldi). In senso conforme, inoltre, vedi Cass., sez. V pen., sent. 13 febbraio 2009, n. 18006 (Russo), che ha applicato il principio ad una fattispecie relativa all'indebita acquisizione, con la complicità di appartenenti alla Polizia di Stato, di notizie riservate tratte dal *data base* del sistema telematico di informazione interforze del Ministero dell'Interno, per l'utilizzo in attività di investigazione privata di agenzie facenti capo agli stessi indagati o alle quali essi collaboravano. Cfr. anche Cass., sez. V pen., 10 dicembre 2009, n. 2987 (Matassich), Cass., sez. V pen., 16 febbraio 2010, n. 19463 (Jovanovic). Quest'ultima ha ravvisato la configurabilità del reato di cui all'art. 615 *ter* c.p. nel fatto del «pubblico ufficiale che, pur avendo titolo e formale legittimazione per accedere ad un sistema informatico o telematico, vi si introduca su altrui istigazione criminosa nel contesto di un accordo di corruzione propria».

10. Vedi Cass., sez. V pen., sent. 8 luglio 2008, n. 37322 (Bassani). In questa decisione la Corte ha ribadito che «la violazione dei dispositivi di protezione del sistema informatico non assume rilevanza di per sé, perché non si tratta di un illecito caratterizzato dalla effrazione dei sistemi protettivi, bensì solo come manifestazione di una volontà contraria a quella di chi del sistema legittimamente dispone.[…] L'accesso al sistema è consentito dal titolare per determinate finalità, cosicché se il titolo di legittimazione all'accesso viene dall'agente utilizzato per finalità diverse da quelle consentite non vi è dubbio che si configuri il delitto in discussione, dovendosi ritenere che il permanere nel sistema per scopi diversi da quelli previsti avvenga contro la volontà, che può, per disposizione di legge, anche essere tacita, del titolare del diritto di esclusione».

11. Così Cass., sez. V pen., sent. 20 dicembre 2007, n. 2534 (Migliazzo), Cass., sez. V pen., sent. 29 maggio 2008, n. 26797 (Scimia), Cass., sez. VI pen., sent. 8 ottobre 2008, n. 3290 (Peparaio), Cass., sez. V pen., sent. 25 giugno 2009, n. 40078 (Genchi). Vedi più ampiamente la nota successiva per i relativi riferimenti bibliografici.

12. Cfr. Cass., sez. V pen., sent. 20 dicembre 2007, n. 2534 (Migliazzo), in *Dir. inf.*, 2009, 1, 42; (con nota di S. Civardi): «se dovesse ritenersi che, ai fini della consumazione del reato, basti l'intenzione, da parte del soggetto autorizzato all'accesso al sistema informatico ed alla conoscenza dei dati ivi contenuti, di fare poi un uso illecito di tali dati, ne deriverebbe l'aberrante conseguenza che il reato non sarebbe escluso neppure se poi quell'uso, di fatto, magari per un ripensamento da parte del medesimo soggetto agente, non vi fosse più stato». In senso conforme Cass., sez. V pen., sent. 29 maggio 2008, n. 26797 (Scimia), in *Cass. pen.*, 2009, 4, 1502 (s.m.) con commento di R. Flor, in cui è stato escluso che dovesse rispondere del reato in questione un funzionario di cancelleria il quale, legittimato in forza della sua qualifica ad accedere al sistema informatico dell'amministrazione giudiziaria, lo aveva fatto allo scopo di acquisire notizie riservate che aveva poi indebitamente rivelato a terzi con i quali era in previo accordo; condotta, questa, ritenuta integratrice del solo reato di rivelazione di segreto d'ufficio, previsto dall'art. 326 c.p. In tale decisione è stato escluso che l'imputato avesse effettuato un accesso non consentito o si

la Raccomandazione R(89)9 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, sulla criminalità informatica, del 13 settembre 1989 (attuata in Italia con la l. n. 547 del 1993), e dall'art. 2 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica del 23 novembre 2001 (c.d. Convenzione *Cybercrime*, ratificata dall'Italia con la l. n. 48 del 2008)[13].

Per queste ragioni non sarebbe condivisibile l'interpretazione della fattispecie penale che individua l'abusività della condotta nel fatto del soggetto agente che, abilitato ad accedere al sistema informatico, usi tale facoltà per finalità diverse e, se pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, per scopi estranei a quelli istituzionali propri dell'ufficio.

In verità, da questo secondo orientamento giurisprudenziale viene posta in discussione la stessa alternatività delle condotte descritte dall'art. 615 *ter* c.p., nell'ipotesi in cui "l'accesso abusivo" sia integrato da chi utilizzi le credenziali di autenticazione per svolgere attività diverse da quelle per cui è stato legittimato dal titolare[14].

3
Il principio espresso dalla sentenza delle Sezioni Unite

Il fulcro della motivazione della sentenza delle Sezioni Unite è individuabile in due passaggi principali.

In primis, la questione di diritto controversa *non* deve essere riguardata «sotto il profilo delle finalità perseguite da colui che accede o si mantiene nel sistema, in quanto la volontà del titolare del diritto di escluderlo si connette soltanto al dato oggettivo della permanenza (per così dire "fisica") dell'agente in esso. Ciò significa che la volontà contraria dell'avente diritto deve essere verificata solo con riferimento al risultato immediato della condotta posta in essere, non già ai fatti successivi».

In secondo luogo, rilevante deve ritenersi «il profilo oggettivo dell'accesso e del trattenimento nel sistema informatico da parte di un soggetto che sostanzialmente non può ritenersi autorizzato ad accedervi ed a permanervi sia allorquando violi i limiti risultanti dal complesso delle prescrizioni impartite dal titolare del sistema», sia quando ponga in essere «operazioni di natura ontologicamente diversa da quelle di cui egli è incaricato ed in relazione alle quali l'accesso era a lui consentito».

Secondo le Sezioni Unite in questi casi è proprio il titolo legittimante l'accesso e la

fosse indebitamente trattenuto, oltre modi o tempi permessi, nei registri informatizzati dell'amministrazione della giustizia, poiché l'interrogazione era stata effettuata con la utilizzazione di una *password* legittimamente in suo possesso. E' stato altresì evidenziato che non solo non esisteva norma o disposizione interna organizzativa che inibisse al cancelliere addetto alla singola sezione di consultare i dati del registro generale e le assegnazioni ai diversi uffici (giacché nessuna limitazione di tal genere era prevista per la lettura dei dati ad opera degli utilizzatori del sistema), ma una inibizione siffatta sarebbe stata contraria ad ogni buona regola organizzativa, attese le necessità di consultazione di un ufficio giudiziario. Vedi anche Cass., sez. VI pen., sent. 8 ottobre 2008, n. 39290 (Peparaio), in *Cass. pen*., 2009, 7-8, 2828 e ss., secondo cui «nella fattispecie di cui all'art. 615 *ter* c.p. sono delineate due diverse condotte integratici del delitto; la prima consiste nel fatto di "chi abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misura di sicurezza", la seconda nel fatto di chi "vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo". La qualificazione di abusività va intesa in senso oggettivo, con riferimento al momento dell'accesso ed alle modalità utilizzate dall'autore per neutralizzare e superare le misure di sicurezza (chiavi fisiche o elettroniche, *password*, ecc.) apprestate dal titolare dello *ius excludendi*, al fine di selezionare gli ammessi al sistema ed impedire accessi indiscriminati. Il reato è integrato dall'accesso non autorizzato nel sistema informatico, ciò che di per sé mette a rischio la riservatezza del domicilio informatico, indipendentemente dallo scopo che si propone l'autore dell'accesso abusivo». In generale, su alcuni orientamenti giurisprudenziali vedi anche G. Aronica, *L'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico (art. 615* ter *c.p.) nella giurisprudenza*, in *Ind. pen.*, 2010, 1, 199 - 225.

14. Sulle raccomandazioni del Consiglio d'Europa, prima dell'entrata in vigore della l. n. 547 del 1993, vedi ampiamente L. Picotti, *Studi di diritto penale dell'informatica*, Verona, 1992; dopo l'entrata in vigore della l. n. 547, cfr. L. Picotti, voce *Reati informatici*, in *Enc. giur.*, Agg., VIII, Roma, 2000, 1 e ss.; F. Berghella, R. Blaiotta, *Diritto penale dell'informatica e beni giuridici*, in *Cass. pen.*, 1995, 9, 2329 e ss.; con riferimento alla Convenzione *Cybercrime*, prima della sua ratifica, cfr. L. Picotti, Internet *e diritto penale: il quadro attuale alla luce dell'armonizzazione internazionale*, in *Dir.* Internet, 2005, 189 ss. Sulla l. n. 48 del 2008, di ratifica della citata convenzione, vedi ancora L. Picotti, *La ratifica della Convenzione* Cybercrime *del Consiglio d'Europa. Profili di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc*., 2008, 700 e ss.; L. Picotti, *Ratifica della Convenzione* Cybercrime *e nuovi strumenti di contrasto contro la criminalità informatica e non solo*, in *Dir.* Internet, 2008, 437 e ss. In generale, sulle fonti sovranazionali ed europee *in subiecta materia*, vedi M. Gercke, *National, Regional and International Legal Approaches in the fight against Cybercrim*e, in *CRi*, 1, 2008, 7 e ss.; M. Gercke, *Impact of the Lisbon Treaty on Fighting Cybercrime in the EU. The redefined role of EU and the change in approach from patchwork to comprehensiveness*, in *Cri*, 3/2010, 75 e ss.; M. Gercke, *Die Entwicklung des Internetstrafrechts* 2009/2010, in ZUM, 2010, 633 e ss. Si consenta il rinvio, inoltre, a J. O. Jang, R. Flor (eds.), *Cybercrime: Global Phenomenon and its Challenges* (*proceedings of the International Conference on "Cybercrime: Global Phenomenon and its Challenges*" – Courmayeur Mont Blanc, Italy, 2-4 December 2011), Ed. Ispac, Milano, 2012 (in corso di stampa). Vedi in particolare i contributi di E. Viano, *Balancing Liberty and Security Fighting Cybercrime: Challenges for the Networked Society*; A. Seger, *The Budapest Convention 10 years on: Lessons learnt*; M. Gercke, *Current trends in the harmonization of Cybercrime legislation* e R. Flor, *Introduction*. Infine cfr. *infra*, 7.

15. Vedi Cass., sez. V pen., sent. 25 giugno 2009, n. 40078 (Genchi), in *Guida al diritto*, 2009, 50, 67, con nota di G. Amato.

permanenza nel sistema che risulta violato, perché il soggetto agente opera violando i limiti autorizzativi imposti dal titolare.

Il dissenso tacito del titolare dello *jus excludendi* non viene desunto, dunque, dalle finalità dell'agente[15], ma dall'oggettiva violazione delle disposizioni del titolare che regolano l'accesso al sistema e che stabiliscono per quali attività e per quanto tempo la permanenza si può protrarre, mentre devono ritenersi irrilevanti, ai fini della configurazione della fattispecie, eventuali disposizioni sull'impiego successivo dei dati.

Appare evidente il richiamo alla dottrina che ha sostenuto questa impostazione facendo riferimento alla violazione delle prescrizioni contenute in disposizioni organizzative interne, in prassi aziendali o in clausole di contratti individuali di lavoro[16].

Il principio espresso dalle Sezioni Unite applicato al caso concreto ha portato a concludere che il pubblico ufficiale (maresciallo dei Carabinieri) era stato autorizzato ad accedere al sistema informatico ed a consultare lo stesso solo per ragioni «di tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica e di prevenzione e repressione dei reati», con espresso divieto di stampare il risultato delle interrogazioni «se non nei casi di effettiva necessità e comunque previa autorizzazione da parte del comandante diretto».

La motivazione delle Sezioni Unite è da ritenersi condivisibile sia sul piano sistematico che su quello sostanziale, anche se appare sbrigativa in alcuni passaggi, in particolare con riferimento all'interpretazione delle condotte tipiche ed al requisito di illiceità speciale che le connota.

Sono necessarie, pertanto, alcune riflessioni e precisazioni: *de jure condito* sulla formulazione dell'art. 615 *ter* c.p., nonché sull'interpretazione del bene giuridico protetto; *de jure condendo* sull'opportunità di un intervento del legislatore nazionale, alla luce delle previsioni sovranazionali, in specie della Convenzione *Cybercrime* e delle prime indicazioni ricavabili dalle nuove proposte avanzate nell'ambito dell'assetto delle competenze penali dell'Unione europea dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

4 Sulle condotte alternative dell' "introduzione abusiva" e della "permanenza non autorizzata"

De jure condito, l'art. 615 *ter* c.p. punisce sia chi «*abusivamente si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da misure di sicurezza*» che colui il quale «*vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo*».

La fattispecie è stata formulata sulla base del modello di cui all'art. 614 c.p. e, sul piano del disvalore sociale del fatto, prevede il medesimo trattamento sanzionatorio della violazione di domicilio "tradizionale", sia nel caso della realizzazione della sola ipotesi-base, che in quello delle ipotesi aggravate.

Dall'entrata in vigore della l. n. 547 del 1993 sia la dottrina che la giurisprudenza hanno avuto modo di pronunciarsi sui problemi interpretativi legati non solo alla formulazione della fattispecie penale, ma anche all'individuazione del bene giuridico protetto ed alla funzione, oltre che natura, delle "misure di sicurezza" poste a protezione del sistema[17].

Le tesi interpretative emerse mantengono la loro rilevanza teorica e pratica, in quanto la l. n. 48 del 2008 di ratifica della Convenzione *Cybercrime*[18] non ha apportato

16. Di recente, sul dibattito connesso alle "finalità" ulteriori dell'agente, vedi E. Mengoni, *Accesso autorizzato al sistema informatico o telematico e finalità illecite: nuovo* round *alla configurabilità del reato,* in *Cass. pen*., 2011, 6, 2200 e ss. (cit. *supra*, nota 6) e, in nota alla stessa Cass., sez. V pen., 16 febbraio 2010, n. 19463 (Jovanovic), S. De Flammineis, *Art. 615* ter *c.p.: accesso legittimo ma per finalità estranee ad un sistema informatico*, in *Cass. pen*., 2011, 6, 2209 e ss. Cfr. anche S. Civardi, *La distinzione fra accesso abusivo a sistema informatico e abuso dei dati acquisiti***,** in *Dir. inf*., 2009, 1, 58 – 63 (cit. *supra*, nota 11).

17. Per tale posizione si consenta il richiamo a R. Flor, *Permanenza non autorizzata in un sistema informatico o telematico, violazione del segreto d'ufficio e concorso nel reato da parte dell'*extraneus, in *Cass. pen*., 2009, 4, 1502 e ss. (e cit. *supra*, nota 11).

17. Su tali aspetti vedi C. Pecorella, *Diritto penale dell'informatica*, Padova, (rist.) 2006, 306 e ss., 349-350; si consenta di rinviare, anche per gli opportuni riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, a R. Flor, *Art. 615* ter *c.p.: natura e funzioni delle misure di sicurezza, consumazione del reato e bene giuridico protetto*, in *Dir. pen. proc*., 2008, 106 e ss.; R. Flor, *Sull'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico: il concetto di domicilio informatico e lo* jus excludendi alios*,* in *Dir. pen. proc*., 2005, 85 e ss.

18. Prima della ratifica della Convenzione *Cybercrime* vedi L. Picotti, Internet *e diritto penale: il quadro attuale alla luce dell'armonizzazione*

modifiche all'art. 615 *ter* c.p.

In particolare, permangono le difficoltà di applicare detta fattispecie penale nel caso di realizzazione della condotta alternativa di "mantenimento", principalmente per la prova relativa all'inosservanza delle regole e dei limiti della "permanenza" stabiliti dal titolare del sistema informatico o telematico.

Come ha già rilevato una parte della dottrina[19], la duplice previsione contenuta nell'art. 615 *ter* c.p. non è però del tutto fuori luogo, in una prospettiva di interpretazione letterale e teleologica della fattispecie.

Dalla lettera della norma, infatti, appare evidente che il legislatore abbia inteso sanzionare la mera permanenza nel sistema e non le attività poste in essere contestualmente[20], non assumendo rilevanza, ai fini della consumazione dell'illecito *de quo*, l'effettiva presa di conoscenza di dati o informazioni.

La previsione, quale elemento costitutivo della fattispecie, della presenza di "misure di sicurezza" – di cui il legislatore non specifica qualità, natura o efficacia – ha la funzione non solo di selezionare i sistemi informatici meritevoli di tutela penale, ma anche di rendere manifesta la volontà del titolare dello *spatium operandi et deliberandi* di escludere soggetti non autorizzati[21].

Quindi, le misure protettive hanno sì una funzione primaria nell'economia della fattispecie, ma non nel senso che la loro violazione debba costituire il mero indicatore della volontà aggressiva del reo, e neppure il momento dell'obiettiva lesione del bene protetto[22].

Infatti, in presenza di una misura protettiva non solo obiettivamente inefficace, ma altresì impercepibile, oppure di una protezione formalmente esistente, ma solo temporaneamente disattivata, non è possibile parlare tecnicamente di una sua "violazione": ma è possibile ravvisare la violazione della *voluntas domini* e dello *jus excludendi alios,* che nella previsione dell'elemento obiettivo in parola trovano manifestazione.

Pertanto, sulla base delle predette argomentazioni, è da considerare realizzato il reato con la violazione della *voluntas dominis* e non invece con la violazione o la "neutralizzazione" delle misure di sicurezza: a meno che non si ritenga ammissibile una discriminazione (di fatto) fra sistemi informatici in base a natura ed efficacia delle protezioni, che non trova però riscontro positivo nella formulazione della fattispecie legale.

Questa soluzione interpretativa trova conferma proprio nella previsione della condotta di "mantenimento".

---

internazionale, cit., 189. Dopo la legge di ratifica della Convenzione, cfr. L. Picotti, *La ratifica della Convenzione* Cybercrime *del Consiglio d'Europa,* cit.; L. Picotti, *Ratifica della Convenzione* Cybercrime *e nuovi strumenti di contrasto contro la criminalità informatica e non solo*, cit., 437.

19. Cfr. R. Flor, *Art. 615* ter *c.p.,* cit., 106 e ss.; R. Flor, *Sull'accesso abusivo,* cit., 85 e ss. Nel senso che la permanenza presupponga un accesso autorizzato sin dall'origine si veda R. Borruso, *La tutela del documento e dei dati*, in AA.VV., *Profili penali dell'informatica*, Milano, 1994, 32 e ss. In senso critico G. Pica, *Diritto penale delle tecnologie informatiche*, Torino, 57, per il quale il «mantenimento […] rappresenta, nella maggioranza dei casi in cui il reato inizi con l'introduzione abusiva, il naturale ulteriore sviluppo dell'introduzione abusiva». In generale si rinvia, inoltre, a G. Corrias Lucente, *Brevi note in tema di accesso abusivo e frode informatica: uno strumento per la tutela penale dei servizi*, in *Dir. inf.*, 2001, 492 e ss.; P. Galdieri, *L'introduzione contro la volontà del titolare fa scattare la responsabilità dell'*hacker, in *Guida al Diritto*, 2001, 8, 81 e ss. e, con riferimento ad una delle prime sentenze in materia di accesso abusivo (Cass., Sez. VI, 4 ottobre 1999, n. 3067, P.N.), S. Aterno, *Sull'accesso abusivo a un sistema informatico o telematico*, in *Cass. pen.,* 2000, 2994 e ss., e L. Cuomo, *La tutela penale del domicilio informatico*, in *Cass. pen.,* 2000, 2998 e ss. In merito alle critiche sulla formulazione della condotta tipica di "introduzione" si vedano già F. Pazienza, *In tema di criminalità informatica: l'art. 4 della legge 23 dicembre 1993, n. 547*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 755 e ss.; F. Mucciarelli, *Commento agli artt. 1, 2, 4, e 10 l. 1993, n. 547,* in *Leg. pen.*, 1996, 99 e ss., nonché L. Picotti, voce *Reati informatici*, cit. Sul caso deciso dal Tribunale di Nola con sentenza 11 dicembre 2007, relativo ai funzionari dell'Agenzia delle Entrate che erano penetrati nel sistema informatico dell'Anagrafe Tributaria ed avevano estratto informazioni su alcuni cittadini, al di fuori di qualsivoglia attività di verifica o accertamento dell'Agenzia, vedi A. Gentiloni Silveri, *L'accesso abusivo a sistema informatico da parte di funzionari pubblici: non c'è reato se i dati non sono riservati?*, in *Dir. inf.*, 2008, 3, 369 e ss.

20. Cfr. già C. Parodi, *Accesso abusivo, frode informatica, rivelazione di documenti informatici segreti: rapporti da interpretare,* in *Dir. pen. proc.,* 1998, 1040.

21. *Contra* F. Berghella, R. Blaiotta, *Diritto penale dell'informatica e beni giuridici,* in *Cass. pen.,* 1995, 2330 e ss., che ritengono che le misure di sicurezza non possano ridursi ad una simbolica affermazione della *voluntas excludendi*.

22. Si veda quanto riportato da V. Spagnoletti, *Art. 615* ter *c.p.: il domicilio informatico tra profili dogmatici e problemi applicativi,* in *Giur. merito,* 2004, 1, 181 e ss., in specie 183.

Infatti, un soggetto può ben essere autorizzato a "superare" legittimamente le misure di sicurezza, ma non a "permanere" nel sistema informatico oltre i limiti posti dal titolare con l'autorizzazione all'accesso.

In sostanza, la condotta di mantenimento abusivo nel sistema è connotata dalla volontaria permanenza in uno spazio informatico altrui, nonostante la contraria volontà del titolare.

In questa prospettiva gioca un ruolo essenziale il requisito di illiceità speciale, che è ripetuto per ciascuna condotta alternativa: ossia l'"abusività", che costituisce un elemento essenziale del reato e equivale alla "mancata autorizzazione". Autorizzazione che potrebbe però essere anche tacita.

E' bene ricordare che tanto l'accesso illecito quanto la permanenza *invito domino* possono essere realizzati sia da un soggetto esterno ("*outsider*") ad una struttura organizzativa (si pensi ai noti fenomeni di *hacking* o all'addetto alla manutenzione del sistema che venga autorizzato ad accedervi temporaneamente per l'aggiornamento dei *softwares* tramite "tele-assistenza"), sia da un soggetto interno ("*insider*"), che è legittimato all'accesso da parte del titolare per lo svolgimento dell'attività lavorativa, come nel caso in questione.

E' dunque necessario distinguere fra il soggetto autorizzato all'accesso al sistema, ma che vi si mantiene "abusando" del titolo di legittimazione, ossia per svolgere attività non attinenti al proprio lavoro e/o per raggiungere finalità completamente diverse da quelle consentite, da colui che, svolgendo la propria attività lavorativa ordinaria all'interno di un ente (come nel caso in esame), non osservi disposizioni organizzative interne sulle modalità di consultazione o di trattamento dei dati.

Nel primo caso non vi è dubbio circa la contraria volontà del titolare del sistema, avendo egli fornito l'autorizzazione all'accesso (per ipotesi la *password* di amministratore di sistema) per svolgere alcuni specifici compiti (ad esempio per effettuare la manutenzione e l'aggiornamento del sistema e dei programmi), con esclusione di ogni ulteriore attività estranea al rapporto. La connotazione abusiva deve essere ricavata, però, non dalle finalità dell'agente, ma dalla contravvenzione alle disposizioni, ad esempio, del contratto di assistenza, che delimita oggettivamente le operazioni eseguibili.

Nel secondo caso, invece, la violazione delle disposizioni del titolare si può desumere solo se esiste un parametro "regolamentare" ed oggettivo interno di riferimento, pur nella forma di un comportamento costante ed uniforme nel tempo seguito all'interno degli uffici dell'ente con l'assenso del titolare, nonché osservato dai dipendenti nella convinzione che sia obbligatorio, conformemente alle rispettive competenze lavorative[23].

In difetto di una previsione vincolante in merito alla "forma" delle disposizioni organizzative, la permanenza *invito domino* in una parte di uno spazio informatico, cui si ha avuto accesso legittimo, può configurarsi solo se sussiste la prova del mancato rispetto dei "profili di autorizzazione", che può desumersi dalla violazione, oltre che di "consuetudini aziendali", anche di regolamenti organizzativi interni, di clausole di contratti individuali di lavoro e finanche del contenuto degli "incarichi" previsti, ad esempio, dall'art. 30 del D.lgs. n. 196 del 2003, in particolare quando specificano l'

23. Sul piano giuslavoristico si veda già L. Nogler, *Posta elettronica aziendale: conta anche la* privacy *del lavoratore*, in *Guida al lavoro,* 2002, 22, 10 e ss.; più recentemente, in commento a Cass., sez. lav., 9 gennaio 2007, n. 153, Lo. T., in *Dir.* Internet, 2007, 2, 125 e ss., F. Buffa, *La riservatezza della* password *aziendale e delle cartelle informatiche protette da* passwords, ivi, 130 e ss. Per un interessante caso di accesso, da parte del datore di lavoro, alla casella di posta elettronica aziendale del lavoratore, di cui disponeva legittimamente la chiave di accesso personale, vedi Cass., sez. V pen., 19 dicembre 2007, n. 47096, in *Dir. pen. proc*., 2008, 1425, con nota di G. Andreazza, *Posta elettronica su* computer *del lavoratore e limiti di conoscibilità del datore di lavoro*, ivi, 1426 e ss. Nel caso di specie i giudici hanno ritenuto insussistente il reato di cui all'art. 616 c.p., essendo stata prescritta, nell'ambito dell'organizzazione aziendale, la comunicazione (in busta chiusa) al datore di lavoro delle *passwords* di accesso dei dipendenti. Sui controlli in ambito lavorativo vedi anche il contributo di C. Pecorella, R. De Ponti, *Impiego dell'elaboratore sul luogo di lavoro e tutela penale della* privacy, in *Diritto penale contemporaneo.*

"ambito" di trattamento affidato[24].

La "permanenza", però, diversamente da quanto appare da alcuni passaggi della sentenza delle Sezioni Unite, *non* deve essere intesa in senso "fisico"[25], ma piuttosto come mantenimento "logico" nel sistema o della connessione con il sistema, a seguito di un accesso lecito o, anche, casuale o fortuito. Essa può realizzarsi, infatti, anche attraverso *softwares* di controllo remoto che svolgono operazioni automatizzate e pianificate tramite la rete telematica, le quali possono essere non solo delocalizzate, rispetto alla collocazione fisica del sistema o dello spazio informatico "violati", ma anche de-temporalizzate, rispetto alla presenza "fisica" del soggetto-agente davanti al *monitor* dell'elaboratore attaccante[26].

Volendo semplificare, e considerando il caso concreto che ha portato alla remissione della questione alle Sezioni Unite, sul piano squisitamente naturalistico in molti casi la "permanenza" può tradursi in "interrogazioni" o "richieste" al sistema operativo, che vengono però realizzate nell'ambito di uno spazio informatico il cui accesso è stato limitato dai profili autorizzativi previsti dalle credenziali di autenticazione. Tali "interrogazioni" possono essere disposte dall'utente-persona fisica non solo direttamente, attraverso il compimento di operazioni in tempo reale mentre il relativo profilo identitario è attivo, ma anche indirettamente, tramite la pianificazione di attività automatizzate che, ad esempio, eseguono copie di *back up* di dati o informazioni, oppure programmi dannosi. In questi ultimi casi, l'utente "abusa" delle sue autorizzazioni di accesso per programmare attività che temporalmente possono verificarsi quando il profilo identitario è inattivo.

Sul piano giuridico, il reato si consuma nel momento della contravvenzione alle disposizioni predisposte dal titolare, a prescindere dalle successive attività che ne conseguano causalmente o dalle finalità perseguite dal soggetto attivo[27]. Riprendendo l'ipotesi precedente delle copie di *back up*, dunque, la "permanenza non autorizzata" è consumata nel momento in cui il mantenimento ha permesso la programmazione del salvataggio non autorizzato dei dati e non, invece, quando questo ha avuto successo.

Il principio espresso dalle Sezioni Unite ha il pregio di valorizzare proprio la violazione oggettiva dei profili autorizzativi predisposti dal titolare del sistema, confermando l'irrilevanza delle finalità soggettive dell'agente o la realizzazione oggettiva di ulteriori comportamenti, che non trovano riscontro nel dato positivo né per la configurazione della condotta di accesso, né per la realizzazione di quella alternativa di permanenza.

In pratica, quest'ultima può conseguire anche da un accesso lecito o fortuito al sistema A, mentre la successiva introduzione abusiva nelle parti B e C (del sistema A),

24. Vedi quanto previsto dai punti 12 e 13 del Disciplinare Tecnico in materia di misure minime di sicurezza, di cui all'allegato B Codice *Privacy*, che prevedono: «Quando per gli incaricati sono individuati profili di autorizzazione di ambito diverso è utilizzato un sistema di autorizzazione. I profili di autorizzazione, per ciascun incaricato o per classi omogenee di incaricati, sono individuati e configurati anteriormente all'inizio del trattamento, in modo da limitare l'accesso ai soli dati necessari per effettuare le operazioni di trattamento». Profili che, periodicamente, devono essere oggetto di verifica sulla sussistenza delle condizioni per la loro conservazione. Pur riferendosi ai trattamenti di dati in formato elettronico, tale norma deve essere interpretata sistematicamente con le disposizioni in materia di incarichi al trattamento, di cui all'art. 30 Codice *Privacy*. E' evidente, infatti, che le autorizzazioni per il trattamento dei dati tramite strumenti elettronici riportate nell'incarico individuale, o per classi omogenee di incaricati, dovranno corrispondere alle abilitazioni ed ai profili di autorizzazione impostati per l'uso del sistema informatico.

25. Testualmente: «A fronte del contrastante quadro interpretativo dianzi delineato, queste Sezioni Unite ritengono che la questione di diritto controversa non debba essere riguardata sotto il profilo delle finalità perseguite da colui che accede o si mantiene nel sistema, in quanto la volontà del titolare del diritto di escluderlo si connette soltanto al dato oggettivo della permanenza (*per così dire "fisica"*) dell'agente in esso». Ed, ancora: «La condotta è stata posta in essere con la consapevolezza della contrarietà alle disposizioni ricevute e, quindi, del carattere invito domino dell'accesso e della *permanenza fisica* nel sistema, e ciò integra ad evidenza il dolo generico richiesto dalla norma, che non prevede alcuna finalità speciale né lo scopo di trarre profitto, per sé o per altri, ovvero di cagionare ad altri un danno ingiusto».

26. Sull'automatismo che governa la tecnologia vedi quanto sostenuto da S. Brenner, *Toward a criminal law for cyberspace: a new model of law enforcement?*, in *Rut. Comp. Tech. L.J.*, 30, 2004, 3 e ss.; della stessa Autrice vedi S. Brenner, *Cybercrime, Cyberterrorism and Cyberwarfare*, in *Rev. int. droit pénal*., 3, 77, 2006, 453 e ss. Si rinvia inoltre a L. Picotti, *Sistematica dei reati informatici, tecniche di formulazione legislativa e beni giuridici tutelati*, in L. Picotti (cur.), *Il diritto penale dell'informatica nell'epoca di* Internet, Padova, 2004, 21 e ss., nonché ai riferimenti *infra*, nota 45.

27. Di diversa opinione era una parte della giurisprudenza, nelle prime applicazioni dell'art. 615 *ter* c.p., ed una parte della dottrina. Vedi M. Nunziata, *La prima applicazione giurisprudenziale del delitto di "accesso abusivo ad un sistema informatico"* ex *art. 615* ter *c.p.*, in *Giur. merito*, 1998, II, 715 e ss.

consentita dalla permanenza non autorizzata nello spazio informatico, può desumersi dalla contravvenzione alle regole poste dal titolare. Il reato si è però già consumato con la realizzazione della condotta omissiva di mantenimento non autorizzato che si può configurare anche, ad esempio, con la scadenza di un "termine" fissato dal titolare per interrompere il dialogo logico con il sistema informatico o il collegamento con un *account*.

Diversamente, se a seguito di un accesso lecito e di un mantenimento autorizzato l'autore si introduce in altre parti o spazi informatici riservati del sistema, contravvenendo ai limiti posti dal titolare – per ipotesi attraverso il superamento di misure di sicurezza, ossia forzando una *password* o utilizzando una parola chiave carpita fraudolentemente – si configura una introduzione abusiva[28].

Il problema si trasferisce sul piano squisitamente probatorio. Non vi è dubbio che potrebbe essere generalmente meno difficoltoso provare un *password cracking* – e dunque un accesso non autorizzato ad una parte del sistema avvenuto attraverso la violazione della misura protettiva – anziché la violazione di regole cautelari interne che impongono l'interruzione del collegamento logico con il sistema a date condizioni, le quali potrebbero doversi desumere da comportamenti consolidati nel tempo all'interno di una organizzazione.

Ma questa interpretazione è conforme ad una corretta individuazione del bene giuridico protetto dall'art. 615 *ter* c.p.

5

La portata del principio espresso dalle Sezioni Unite: "abuso" dei profili autorizzativi, "abuso" di poteri da parte del pubblico ufficiale e offesa al bene giuridico protetto dall'art. 615 *ter* c.p.

L'individuazione dell'oggetto giuridico tutelato dall'art. 615 *ter* c.p. deve avvenire attraverso l'interpretazione sistematica e teleologica della fattispecie, da porre in relazione ai reati di cui agli artt. 615 *quater* (Detenzione e diffusione abusiva di codici di accesso a sistemi informatici o telematici), 617 *quater* (Intercettazione, impedimento o interruzione illecita di comunicazioni informatiche o telematiche), 617 *quinquies* (Installazione di apparecchiature atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche) e 617 *sexies* (Falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni informatiche o telematiche) c.p.

Una parte della dottrina ha ritenuto che il "nuovo" bene giuridico protetto debba essere considerato diverso rispetto all' "area della *privacy*" e del "domicilio tradizionale", pur se legato all'espansione ideale della riservatezza di pertinenza del titolare dello *jus excludendi alios*[29].

La riservatezza informatica ha ad oggetto l'interesse all'esclusività dell'accesso ad uno o più spazi informatici, a prescindere dalla natura dei dati e delle informazioni ivi archiviati, nonché alla loro disponibilità rispetto ad illegittime interferenze da parte di terzi soggetti.

Di recente è stata prospettata una "teoria assiomatica" anziché "concentrica"[30] delle aree di tutela della riservatezza, che va oltre l'originaria contrapposizione fra la sfera individuale e quella privata, intese quali "componenti del generale diritto della personalità"[31], per la presenza di aree di pertinenza dell'individuo, ovvero di "spazi informatici" di manifestazione della sua personalità, che coincidono con l'interesse sostanziale alla protezione

28. Si pensi a quelle strutture in cui viene attribuito all'utente un profilo identitario per poter accedere al sistema mentre, per poter visualizzare determinati dati o informazioni o per poter utilizzare specifici *softwares* è necessario essere titolari di ulteriori credenziali di autenticazione.

29. Vedi già L. Picotti, *Sistematica*, cit., 21 e ss.; L. Picotti, voce *Reati informatici*, cit., in specie 22.

30. La ricerca di simile schema concettuale parte dall'analisi critica dell'elaborazione dogmatica tedesca sulla *Strafschutz des Privatlebens;* si consenta il rinvio a R. Flor, *Phishing, identity theft e identity abuse. Le prospettive applicative del diritto penale vigente*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 2007, 899 e ss., che richiama le opere di H. Henkel, *Der Strafschutz des Privatlebens gegen Indiskretion*, *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages* (Düsseldorf, 1957), B. II, T. D, Erste Abteilung, Tübingen, 1958, relazione in atti del convegno (richiamata già da F. Bricola, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1967, 1082, nota 10, ora anche in *Scritti di diritto penale*, II, Milano, 1997, 2289 e ss.) e H. Henkel, *Recht und Individualität*, Berlin, 1958.

31. Si veda già e più specificatamente H. Hubmann, *Der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Indiskretion*, in *JZ,* 1957, 523 e ss. Vedi ampiamente anche H. Hubmann, *Das Persönlichkeitsrecht*, Köln, 1967.

di informazioni, siano esse riservate o non riservate, ed al loro controllo nello svolgimento di rapporti giuridici e personali *on-line* o in altri "*cyberspaces*"[32]. Ma nell'era dell'interconnessione e della comunicazione globale, nonché dell'accessibilità e della fruibilità delle risorse attraverso la rete e qualsiasi strumento di comunicazione mobile, il sistema informatico è passato da una concezione privata o singola ad una "dimensione pubblica"[33]. In altri termini all'interesse del singolo si affianca quello super-individuale o di natura collettiva a che l'accesso a sistemi informatici ed alla stessa rete avvenga per finalità lecite e in modo tale da essere regolare per la sicurezza degli utenti[34]. Per cui, da un lato è innegabile che una componente di tale "area riservata" riguardi la facoltà, il potere, il diritto del titolare di gestire in modo autonomo le utilità e le risorse del sistema informatico, nonché i contenuti delle comunicazioni informatiche (o telematiche), indipendentemente dalla loro natura; dall'altro lato appare indispensabile un bilanciamento con le esigenze connesse alla "sicurezza informatica"[35].

I concetti di "sicurezza e riservatezza informatica" individuano, dunque, un livello anticipato e preventivo di protezione rispetto al momento dell'effettiva lesione dell'integrità delle informazioni o dei sistemi informatici[36].

Nell'attuale società dominata dalla tecnologia e dalla rete l'interesse super-individuale o di natura collettiva al lecito, regolare e corretto utilizzo dei sistemi informatici nonché accesso a spazi informatici, dati e informazioni, viene ulteriormente arricchito dal riferimento all'aggravante di cui al co. 2, n. 1 dell'art. 615 *ter* c.p.

La pena più severa per il pubblico ufficiale o l'incaricato del pubblico servizio che commette il fatto con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla funzione si giustifica per la necessità di garantire anche l'interesse alla probità, riservatezza, imparzialità e

32. Il legislatore aveva già considerato il sistema informatico quale «espansione ideale dell'area di rispetto pertinente al soggetto interessato, garantita dall'art. 14 della Costituzione e penalmente tutelata nei suoi aspetti più essenziali e tradizionali dagli art. 614 e 615 c.p.» (così la relazione al Disegno di Legge n. 2773 presentato al Senato il 26 marzo 1993 e trasferito alla Camera l'11 giugno 1993). In giurisprudenza vedi Cass., sez. VI pen., 4 ottobre 1999, n. 3067, P.N., in *Cass. pen*., 2000, 2990 ed il commento di S. Aterno, *Sull'accesso abusivo a un sistema informatico o telematico*, *ivi*, p. 2994 e L. Cuomo, *La tutela penale del domicilio informatico*, *ivi*, 2998 e ss.

33. In questo senso si consenta di rinviare a R. Flor, *Permanenza*, cit., 1502 e ss., nonché ai riferimenti bibliografici e giurisprudenziali ivi indicati.

34. Così L. Picotti, Internet *e diritto penale*, cit., p. 198. Cfr. anche i riferimenti riportati *infra*, nota 45.

35. Simile prospettiva di tutela, che valorizza i profili funzionali dell'integrità e della sicurezza informatica è ricavabile direttamente da un dato normativo, esplicito ed autonomo. L'art. 615 *ter*, co. 2, n. 3 c.p. infatti, prevede un aumento della pena e la procedibilità d'ufficio se dal fatto derivi la «distruzione o il danneggiamento del sistema o l'interruzione totale o parziale del suo funzionamento, ovvero la distruzione o il danneggiamento dei dati, delle informazioni o dei programmi in esso contenuti». La dottrina ha già rilevato che quest'ultima disposizione assume importanza sul piano sistematico, stabilendo una stretta connessione fra riservatezza, da un lato, ed integrità e sicurezza informatiche, dall'altro, offese o messe in pericolo dalle condotte previste dall'art. 615 *ter* c.p. Ma il rapporto funzionale e strumentale fra tali beni emerge anche da un altro punto di vista. Nella disciplina a tutela della *privacy*, di cui al d.lgs n. 196 del 2003, la contravvenzione *ex* art. 169 sanziona l'omessa adozione di misure di sicurezza minime tutelando, quindi, la "sicurezza informatica" quale bene strumentale a garanzia sia della "riservatezza informatica" che della *privacy* e dell' "integrità" dei contenuti personali. Così L. Picotti, *Sistematica*, cit. 76 e 77. Vedi anche *infra*, nota 45. Cfr., inoltre, C. Pecorella, *Diritto penale dell'informatica*, cit., 306 e ss., in particolare 319 e ss. Vedi già, in rapporto fra un'ipotesi di "danneggiamento" e la collocazione sistematica della norma, M. Mantovani, *Brevi note a proposito della nuova legge sulla criminalità informatica*, in *Critica del dir.*, 1994, 4, 12 e ss., in particolare 18 e s. Si consideri, inoltre, che l'art. 9 della l. n. 547 del 1993 aveva introdotto, dopo l'art. 635 c.p. (Danneggiamento), l'art. 635 *bis* c.p. (Danneggiamento di sistemi informatici e telematici). Il legislatore italiano, in sede di ratifica della Convenzione *Cybercrime,* ha ampliato le ipotesi di danneggiamento, che sono state "bipartite" in danneggiamento di sistemi e di dati (come previsto dagli artt. 3 e 4 della decisione quadro 222/2005/GAI e dagli artt. 4 e 5 della Convenzione di Budapest), ma poi anche distinti fra danneggiamenti di sistemi e dati "privati" e sistemi e dati di "pubblica utilità", con conseguente abrogazione, non senza critiche, dei co. 2 e 3 dell'art. 420 c.p. (Attentati ad impianti di pubblica utilià). Il sistema penale italiano, quindi, dispone oggi di quattro fattispecie di danneggiamento (artt. 635 *bis* – Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici – 635 *ter* – Danneggiamento di informazioni, dati e programmi informatici utilizzati dallo Stato o da altro ente pubblico o comunque di pubblica utilità – 635 *quater* – Danneggiamento di sistemi informatici o telematici – 635 *quinquies* – Danneggiamento di sistemi informatici o telematici di pubblica utilità) a cui deve aggiungersi il nuovo art. 615 *quinquies* c.p. (Diffusione di apparecchiature, dispositivi o programmi informatici diretti a danneggiare o interrompere un sistema informatico o telematico) che completa il micro sistema di tutela del bene giuridico "integrità e sicurezza informatica". Salve le critiche su simile ampliamento, sulla formulazione tecnica delle fattispecie e loro collocazione sistematica, sul regime sanzionatorio e sulla bipartizione, non richiesta dalle fonti sovranazionali, fra sistemi e dati privati ovvero di pubblica utilità, non è in dubbio la rilevanza "pratica" e l'autonomia concettuale del nuovo bene giuridico, rispetto al pericolo di alterazione, distruzione, impedimento della disponibilità o fruibilità di sistemi o dati, a garanzia della loro stessa corretta utilizzabilità e della certezza dei rapporti economici e sociali che si svolgono tramite l'informatica. Per maggiori approfondimenti nonché riguardo alle citate critiche basti il rinvio a L. Picotti, *La ratifica*, cit., 700 e ss.; C. Pecorella, *La riforma dei reati di danneggiamento informatico ad opera della legge n. 48 del 2008*, in L. Picotti, F. Ruggieri (cur.), *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2011, 140-148.

36. Si rinvia in proposito a L. Picotti, *La ratifica*, cit., 708 e L. Picotti, *Sistematica*, cit., 70 e s. In senso meno critico vedi S. Aterno, *Le fattispecie di danneggiamento informatico*, in L. Lupária (cur.), *Sistema penale e criminalità informatica*, Milano, 2009, 35 e ss.

fedeltà delle persone che esplicano attribuzioni di carattere pubblico e che possono avere un contatto "privilegiato" con un sistema informatico (si pensi all'ipotesi degli organi investigativi, pubblico ministero e polizia giudiziaria, che svolgono accertamenti su *devices* e sistemi privati)[37].

L'abuso del pubblico ufficiale (o la violazione dei doveri inerenti alla funzione), di cui al co. 2, va però sistematicamente distinto dall'abusività dell'accesso o del mantenimento nel sistema informatico.

Il primo, infatti, consiste in una strumentalizzazione dell'ufficio per svolgere attività non consentite o non istituzionali, oppure per compiere atti contrari ai doveri d'ufficio, in contrasto con disposizioni normative o istruzioni di servizio, che possono produrre un vantaggio o un danno ingiusto. In questi casi il parametro oggettivo di riferimento, per tipizzare le condotte da punire, può essere costituito dalla violazione di leggi o regolamenti. Esso è volto, da un lato, ad evitare, in generale, il rischio di interferenza del controllo penale nel potere di sindacato discrezionale della pubblica amministrazione e, sostanzialmente, l'identificazione dell' "abuso" punibile con il mero eccesso o sviamento di potere. Dall'altro lato, il compimento di atti in violazione dei doveri inerenti alla funzione ed al servizio comporta *ex se* la violazione delle regole di esercizio delle funzioni amministrative e dell'obbligo della pubblica amministrazione di porsi in una posizione di terzietà rispetto ad interessi particolari[38].

La disciplina delle attività pubbliche o istituzionali, però, può anche non identificarsi o raccordarsi con quella relativa all'autorizzazione o alle regole interne inerenti alle modalità di accesso o di mantenimento in un sistema informatico, costituenti a loro volta il parametro oggettivo di riferimento per verificare la sussistenza dell'abuso delle credenziali o dei profili-limiti di autorizzazione.

In altri termini, questo ultimo parametro oggettivo può non corrispondere al primo, riferito alle attività, alle funzioni ed ai doveri d'ufficio del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio. Essi, ad esempio, potrebbero abusare delle loro qualifiche e della loro posizione senza violare le regole relative all'accesso o al mantenimento in un sistema informatico e, viceversa, potrebbero violare queste ultime senza di per sé abusare dei poteri o violare i doveri inerenti alle loro funzione o servizio[39].

Un significativo riscontro è rinvenibile nell'orientamento della Corte di Cassazione, la quale non ha ritenuto configurabile il reato di accesso abusivo nel fatto del pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio) che aveva effettuato un accesso e un mantenimento nel sistema che gli erano consentiti, in quanto non erano previste limitazioni né tecniche sui profili di abilitazione delle *passwords*, né regolamentari sulle modalità di

37. Si pensi, a titolo di esempio, oltre alle indagini effettuate direttamente tramite operazioni su *devices, servers* e *hardwares/hardisks*, alla possibilità di utilizzare i *social networks* (per ipotesi Facebook) o l'accesso ad aree riservate degli utenti per la ricerca delle prove ed ai fini di accertamento penale; vedi in merito A. Nieto, M. Maroto, *Redes sociales en internet y "data mining" en la prospección e investigación de comportamientos delictivos*, paper, in UCLM (http://www3.uclm.es), 2010; J. P. Semitsu, F*rom Facebook to Mug Shot: How the Dearth of Social Networking Privacy Rights Revolutionized Online Government Surveillance*, in 31 *Pace L. Rev.*, 2011, 291 e ss. Con riferimento alle problematiche relative alle investigazioni nei *social networks* o tramite i *social networks*, vedi M. O'Floinn, D. Ormerod, *Social Networking Sites, Ripa and Criminal Investigations*, in *Crim. Law Rev.*, 10, 2011, 766 - 789. Nella letteratura italiana in materia di *computer* e *network forensics* basti il rinvio a P. Perri, voce *Computer forensics (indagini informatiche)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2011, 95-109; AA.VV., *Computer forensics e indagini digitali*, Experta, 2011, in particolare I, 367 e ss.; 393 e ss.; 576 e ss.; con riferimento alle attività di *intelligence* in *Internet*, in motori di ricerca e *social network*, II, 151 e ss.; sulle intercettazioni telematiche, II, 324 e ss.; sui nuovi mezzi di ricerca della prova, II, 427 e ss.; per alcuni casi pratici, III, 753 e ss.

38. Il richiamo alla strumentalizzazione dell'ufficio o al compimento di atti contrari ai doveri d'ufficio è evidentemente riferito ad alcuni delitti contro la pubblica amministrazione e, in particolare, all'abuso d'ufficio ed alla corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio; basti il rinvio, in questa sede, alla più recente manualistica ed ai riferimenti bibliografici ivi riportati: G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, I, V ed., Torino, 2012, 223 e ss. e 244 e ss.

39. Si pensi, per questo ultimo caso, alle ipotesi in cui il pubblico ufficiale debba svolgere un'attività rientrante nei propri doveri d'ufficio (ad esempio rilasciare un certificato o compiere un atto senza ritardo), per la quale è necessario l'accesso alla banca dati della pubblica amministrazione ma, non riuscendo ad accedere al sistema con le proprie credenziali (per ipotesi perché ha dimenticato la *password* cambiata di recente), recuperi i dati di un collega assente (perché conosce il luogo in cui vengono conservati), in modo da ottenere l'accesso immediato alla banca dati, senza ricorrere alle procedure, più lunghe, "di recupero" dei propri profili autorizzativi. In tali casi, pur potendo sussistere la violazione formale di regole interne in relazione all'utilizzo delle credenziali di autenticazione dei colleghi ed all'accesso ad un sistema informatico, non si configura, per questo, alcun abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio.

introduzione e permanenza, pur sussistendo la violazione dei doveri inerenti alle funzioni o, comunque, l'abuso della sua qualità. La Corte ha chiarito che il fatto che l'agente avesse agito in violazione dei doveri del suo ufficio riguardava non le modalità che regolano l'accesso al sistema, ma piuttosto "abusi" successivi che potevano integrare altri reati[40].

Viceversa, perché possa realizzarsi il reato di cui all'art. 615 *ter* c.p. è necessario che il "fatto" (l'accesso o la permanenza non autorizzati) sia commesso con abuso dei poteri o violazione dei doveri inerenti alle funzioni, ossia con "abuso" del rapporto funzionale di cui il soggetto è «investito nei confronti del sistema»[41], come potrebbe accadere, ad esempio, se il pubblico ufficiale, abusando della propria funzione, inducesse un sottoposto a fornirgli le credenziali di autenticazione per accedere ad un sistema informatico.

L'elemento comune o, se si vuole riprendere il linguaggio della teoria degli insiemi, l'area di intersezione fra dimensione individuale e dimensione collettiva del bene tutelato, è costituita dall'interesse a non subire indebite interferenze nella sfera di rispetto e disponibilità di "spazi informatici", indipendentemente dalla qualità (natura) o dalla quantità di dati e informazioni o dalla natura o dimensione dello spazio informatico di pertinenza di uno o più soggetti "titolari", ovvero dal potere di determinare, in sé, il "destino" di tali aree informatiche in cui si manifesta la personalità umana.

Questa "concezione" dell'area di intersezione fra dimensioni individuale e collettiva è molto vicina alla definizione del diritto di autodeterminazione informativa che traspare dalla giurisprudenza costituzionale tedesca.

6 Uno sguardo oltre la decisione delle Sezioni Unite. Il diritto all'autodeterminazione informativa ed all'integrità ed alla riservatezza di dati e sistemi informatici fra tradizionali e nuovi diritti fondamentali nell'era di *Internet*

Il diritto all'autodeterminazione informativa e l'interesse all'integrità e riservatezza dei sistemi informatici costituiscono una espressione di "tradizionali" diritti fondamentali, riconducibile in particolare alle manifestazioni dei diritti della personalità.

Questo collegamento è stato effettuato dal *Bundesverfassungsgericht* in una epocale sentenza[42], che ha importanti riflessi in Europa, dalla quale emerge la pericolosità delle condotte di accesso non autorizzato a sistemi informatici o telematici, anche se poste in essere da organismi investigativi, che possono comportare gravi rischi non solo a dati riservati, ma a tutti i programmi e le informazioni che si trovano nel sistema o in uno spazio informatico[43].

I giudici hanno riconosciuto la rilevanza costituzionale, da un lato, del "*diritto di autodeterminazione informativa*" (*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*)[44], che

40. Cass., sez. V pen., sent. 29 maggio 2008, n. 26797 (Scimia), in *Cass. pen*., 2009, 4, 1502, nonché R. Flor, *Permanenza*, cit.

41. Per considerazioni analoghe riferite agli operatori di sistema cfr. P. Perri, *Analisi informatico-giuridica dei reati di frode informatica e accesso abusivo a un sistema informatico o telematico con l'aggravante dell'abuso della qualità di operatore del sistema*, in *Giur. merito*, 2008, 6, 1651 e ss.

42. Vedi BVerfG 370/2007-595/2007, 27 febbraio 2008, in *CR*, 2008, 306 e ss. Si consenta il rinvio a R. Flor, *Brevi riflessioni a margine della sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla c.d. Online Durchsuchung*, in *Riv. trim. dir. pen. ec*., 3, 2009, 695-716, nonché a R. Flor, *La tutela dei diritti fondamentali della persona nell'epoca di* Internet. *Le sentenze del* Bundesverfassungsgericht *e della* Curtea Constituțională *su investigazioni ad alto contenuto tecnologico e* data retention, in L. Picotti, F. Ruggieri (cur.), *Nuove tendenze*, cit., 32-49. Sul riconoscimento costituzionale del diritto all'autodeterminazione informativa vedi anche la recente sentenza della Corte Costituzionale tedesca 1 BvR 1299/05, del 24 gennaio 2012, che ha dichiarato incostituzionali alcune disposizioni del Telekommunikationsgesetz del 22 giugno 2004 (Bundesgesetzblatt, 1190) in materia di accesso a dati personali, password e pin da parte di uffici di pubblica sicurezza, pubblici ministeri e servizi di informazioni. Vedi http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20120124_1bvr129905.html. La decisione del 27 febbraio 2008 ha ispirato, con riferimento a natura e "dimensione" dei diritti fondamentali compromessi, la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* sul c.d. *data retention* (1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08), che è stata a sua volta richiamata da una importante sentenza della Corte Costituzionale della Repubblica Ceca, del 31 marzo 2011. Si consenta di rinviare in merito a R. Flor, *Data retention rules under attack in the European Union?*, in *Illyrius*, 1, 2012, 69-86.

43. In Germania la fattispecie legale di riferimento è quella di spionaggio di dati ("*Ausspähen von Daten*") *ex* § 202a StGB, che è stata introdotta nel codice penale tedesco già con lo 2. WiKG del 1986 ed è stata riformulata dallo StRÄndG del 2007. La norma tedesca, a differenza di quella italiana, prevede l'accesso ai dati o ai programmi. In merito basti il rinvio a E. Hilgendorf, *§202a StGB*, in *Leipziger Kommentar*, StGB, 12. Auf., Band 6, Berlin, 2010, 1437 ss., nonché a U. Sieber, *Computerkriminalität*, in U. Sieber, F. H. Brüner, H. Satzger, B. Von Heintschel-Heinegg (Hrsg), *Europäisches Strafrecht*. Baden-Baden, 2011, 393 e ss., in particolare 418 e ss. In generale vedi P. Brunst, U. Sieber, *Cybercrime Legislation*, in *German National Reports To The 18th International Congress of Comparative Law*, Washington, 2010, 759 e ss.

44. Sul diritto all'autodeterminazione informativa si rinvia, fra tutti, a M. Eifert, *Informationelle Selbstbestimmung im Internet. Das BVerfG und die Online Durchsuchung*, in NVwZ, 2008, 521 e ss. Cfr. anche le riflessioni di P. Brunst, *Anonymität im Internet – Rechtliche und tatsächliche Rahmenbedingungen*, Berlin, 2009, 195 e ss.; su integrità e riservatezza dei dati e dei sistemi informatici vedi T. Hoeren, *Was ist das Grundrecht auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme?*, in *MMR*, 2008, 365-366; G. Hornung, *Ein neues Grundrecht. Der verfassungsrechtliche Schutz der Vertraulichkeit*

conferisce alla persona, in linea di principio, il potere di determinare, in sé, la divulgazione e l'utilizzo dei suoi dati, ampliando la tutela del diritto fondamentale alla libertà della vita privata; dall'altro lato al "nuovo" diritto all'integrità e riservatezza dei dati e dei sistemi informatici, quali manifestazioni analoghe dell'*allgemeine Persönlichkeitsrecht*.

Se considerazioni simili valgono anche per la ricostruzione del bene giuridico protetto dalla norma italiana, che sanziona l'accesso abusivo a sistemi informatici, risulta essere immediato il collegamento, oltre che con disposizioni costituzionali interne[45], con l'art. 8 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950, l'art. 12 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 10 dicembre 1948 e gli artt. 7 e 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, la quale ultima, *ex* art. 6 del Trattato sull'Unione europea, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati.

In questo senso, all'interesse all'esclusività dell'accesso ad uno o più spazi informatici, che costituiscono, nell'odierna società di *Internet*, un'espansione ideale ed una evoluzione naturale dell'area afferente alla sfera personale dell'individuo, si affianca naturalmente l'interesse all'affidabilità e fiducia della collettività nella sicurezza dello svolgimento dei rapporti giuridici *on-line* e *off-line*, che si instaurano attraverso l'uso di strumenti tecnologici e spazi informatici.

A prescindere dalle funzioni che si vogliono attribuire alla tutela penale della sicurezza informatica – positiva e negativa[46] – comunque orientate ad assicurare la tutela dell'interesse alla riservatezza informatica ed alla generale correttezza dello svolgimento dei rapporti giuridici nel *cyberspace*, essa deve trovare un bilanciamento con l'esigenza di garantire la libertà di circolazione dei dati e delle informazioni, nonché con la loro libera accessibilità e fruibilità.

Tale bilanciamento risulta essere più complesso per la crescente vulnerabilità dei sistemi informatici, dei dati e delle informazioni in essi archiviati, dovuta a forme di aggressione sia "tradizionali" che "tecnologiche" che si evolvono con lo sviluppo delle nuove tecnologie.

Ne costituisce emblematico esempio il settore della proprietà intellettuale e, in particolare, il c.d. *access right*[47]. In questo caso il bilanciamento fra l'interesse pubblico alla circolazione del sapere ed all'evoluzione o miglioramento dei prodotti creativi e quello legato al diritto soggettivo di proprietà ed alla conservazione dei diritti patrimoniali sulle opere dell'ingegno, attraverso la predisposizione di misure tecnologiche di protezione o sistemi di filtraggio che impediscono o limitano l'accesso ai contenuti del prodotto creativo, ha trovato espressione nella c.d. *anticircumvention law* (disciplina anti elusiva delle misure tecnologiche di protezione), che ha portato, anche in Italia, ad una ipertutela penale degli interessi patrimoniali.

Non è un caso che la Corte di Giustizia, in una recente sentenza[48], abbia affermato

und Integrität informationstechnischer Systeme, in *CR*, 2008, 299, 302. Nella dottrina italiana si consenta di rinviare ancora a R. Flor, La tutela dei diritti fondamentali, cit.; R. Flor, *Data retention rules under attack in the European Union?*, cit., ed ai riferimenti bibliografici ivi indicati, in specie note 2 e 11.

46. In particolare art. 14 Cost.

47. Sulla delimitazione della nozione di "sicurezza informatica" cfr., per tutti, L. Picotti, *Sistematica dei reati informatici*, cit., 71; L. Picotti, *Sicurezza informatica e diritto penale*, in M. Donini (cur.), *Sicurezza e diritto penale*, Bologna, 2011, 217 e ss. L'Autore evidenzia quale carattere essenziale dell'informatica, che si riflette nella disciplina giuridica, l'automazione, dalla quale discende il corollario che «la relativa regolazione non ha a che fare soltanto con condotte umane […], ma necessariamente deve coinvolgere gli aspetti tecnici […]». La tutela penale della sicurezza informatica non corrisponderebbe ad una esigenza costruita artificialmente, ma esprimerebbe la necessità «di assicurare una condizione condivisa nella società dell'informazione, per veder garantita la certezza dei rapporti interpersonali, economici, sociali e giuridici, che in misura crescente si svolgono tramite le nuove tecnologie» (in specie 231 e 232).

48. Sulla nascita di un nuovo "diritto di accesso" (*access right*) e, in particolare, di un "diritto al controllo dell'accesso all'opera dell'ingegno", si consenta di rinviare a R. Flor, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet. Un'indagine comparata in prospettiva europea ed internazionale,* Padova, 2010, 516 ss.; R. Flor, *Misure tecnologiche di protezione e tutela penale dei diritti d'autore: l'esperienza applicativa italiana*, in *Dir. pen. proc*., 2011, 1003 e ss. Una ulteriore conferma della fondatezza di questa impostazione teorica si rinviene nella recente opera di Z. Efroni, *Access Right*, Oxford, New York, 2011, in specie 393 ss., in cui l'Autore fa espresso riferimento a "*anticircumvention law as access-right*".

49. Corte di Giustizia, 24 novembre 2011 (C-70/10). Su questioni analoghe vedi Corte Giustizia - Grande sezione - Sent. 29 gennaio 2008 (C-275/06); Corte

che l'ingiunzione diretta, da parte di un giudice ad un *service provider,* di adottare sistemi di filtro per impedire agli utenti di utilizzare sistemi di *file sharing* in violazione delle norme in materia di diritto d'autore comprime in modo sproporzionato i diritti e le libertà tutelati dagli artt. 8 e 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (ed i corrispondenti artt. 8 e 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali)[49], oltre che la libertà di impresa (*ex* art. 16 della Carta).

Tale decisione, ad una prima lettura, appare non direttamente attinente alle questioni connesse alla individuazione del bene giuridico protetto dall'art. 615 *ter* c.p., da esaminare alla luce delle fonti sovranazionali *in subiecta materia*.

In verità, la Corte di Giustizia "valorizza" i diritti fondamentali che possono trovare manifestazione nel *cyberspace*, di cui la stessa riservatezza informatica costituisce espressione, per garantire la sua prevalenza nel bilanciamento con le esigenze di tutela (nel caso di specie) della proprietà intellettuale in *Internet*.

Sulla base di queste considerazioni la norma italiana, riletta alla luce dell'interpretazione delle Sezioni Unite, può essere rivalutata. La tipizzazione di due condotte alternative, offensive del bene giuridico protetto[50], è solo *prima facie* non conforme alle disposizioni della Convenzione *Cybercrime*, della decisione quadro 2005/222/GAI del 24 febbraio 2005 e, ora, della proposta di direttiva dell'Unione europea relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione[51].

Proprio l'ancoraggio effettuato dalla Cassazione al parametro oggettivo della violazione delle regole che disciplinano l'accesso o il mantenimento in un sistema

---

Giustizia - sez. VIII, ord. 19 febbraio 2009 (C-557/07), entrambe in R. Flor, *Tutela penale e autotutela tecnologica dei diritti d'autore nell'epoca di Internet*, cit., 423 e ss., che riporta anche il c.d. "caso *Peppermint*".

50. Questa corrispondenza è evidenziata dall'avvocato generale Pedro Cruz Villalón nelle conclusioni presentate il 14 aprile 2011, in cui ha proposto la riformulazione della questione nei termini che seguono. Il giudice del rinvio aveva indicato che la sua prima questione pregiudiziale riguardava l'interpretazione di varie disposizioni del diritto derivato dell'Unione «alla luce degli artt. 8 e 10 della CEDU». Così facendo, esso può certamente fondarsi sull'art. 6, n. 3, TUE, secondo cui «[i] diritti fondamentali, garantiti dalla [CEDU] (…) fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Anzitutto, il medesimo art. 6 TUE inizia precisando, al n. 1, primo comma, che la Carta «ha lo stesso valore giuridico dei trattati», come la Corte non ha mancato di sottolineare negli ultimi sviluppi della sua giurisprudenza. «Poiché i diritti, le libertà e i principi enunciati nella Carta hanno quindi, di per sé stessi, un valore giuridico, oltretutto di primo rango, il ricorso ai principi generali sopra menzionati non è più necessario, nei limiti in cui i primi possono identificarsi nei secondi». Questo è stato dunque un primo elemento a favore dell'esame della questione alla luce delle disposizioni della Carta, piuttosto che con riferimento a quelle della CEDU. Inoltre, l'art. 52, n. 3, della Carta prevede che, «[l]addove [essa] contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla [CEDU], il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione», restando inteso che «[tale] disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa». Orbene, secondo l'avvocato generale «nelle circostanze della causa principale, i diritti garantiti dall'art. 8 della CEDU corrispondono, ai sensi dell'art. 52, n. 3, della Carta, a quelli garantiti dagli artt. 7 (Rispetto della vita privata e della vita familiare) e 8 (Protezione dei dati di carattere personale) della Carta, così come i diritti garantiti dall'art. 10 della CEDU corrispondono a quelli garantiti dall'art. 11 della Carta (Libertà di espressione e d'informazione), nonostante le differenze relative, rispettivamente, alle formulazioni impiegate e alle nozioni utilizzate». L'avvocato generale ha pertanto proposto di modificare la questione del giudice del rinvio sostituendo il riferimento agli artt. 8 e 10 della CEDU con quello agli artt. 7, 8 e 11 della Carta, in combinato con l'art. 52, n. 1, della stessa, come interpretati, ove necessario, alla luce degli artt. 8 e 10 della CEDU. Su nuove tecnologie e possibile ampliamento della nozione di "domicilio" nella Convenzione vedi G. Marotta, *Innovazioni tecnologiche e diritto al rispetto del domicilio nella Convenzione europea*, in *Riv. dir. internaz*., 2005, 4, 1044 e ss. Su CEDU e ordinamento penale italiano basti il rinvio a E. Nicosia, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, nonché a V. Manes, V. Zagrebelsky (cur.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011; in particolare, sui rapporti con il diritto comunitario e con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea vedi, rispettivamente, C. Sotis, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, ivi, 109 e ss. e S. Manacorda, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, ivi, 147 e ss. Sui diritti fondamentali come oggetto della tutela penale si veda F. Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale*?, ivi, 243 e ss. Quest'ultimo Autore evidenzia come dall'esame della giurisprudenza di Strasburgo emerga la prospettiva «che mira ad una tutela dei diritti fondamentali dell'individuo non più "dal", ma mediante il diritto penale» e che «vede il diritto riconosciuto all'individuo non più come soltanto limite alla pretesa punitiva statale, ma come oggetto necessario alla tutela penale».

51. Con riferimento ad altri sistemi europei vedi, ad esempio, in Belgio l'art. 550-*bis* C.P.; in Francia l'art. 323-1 C.P.; in Spagna l'art. 197.3 (introdotto con la recente l.o. n. 5 del 2010). Una diversa formulazione è stata adottata, oltre che dal legislatore tedesco (vedi *supra*, nota 42), dal legislatore austriaco (art. 118a StGB). Altri paesi hanno trasposto fedelmente le indicazioni della Convenzione *Cybercrime* (*infra*, nota 51) come, ad esempio, la Romania con l'art. 42 della l. n. 161 del 2003. In questo ultimo caso non sono però ancora reperibili dati certi sull'applicazione e sull'effettività della fattispecie penale (cfr. gli studi ed i *reports* del *Project on Cybercrime* del Consiglio d'Europa, aggiornati a novembre 2011, in http://www.coe.int/t/DGHL/cooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/ Reports-Presentations/default_en.asp). E' opportuno tenere presente che, recentemente, si è posta l'attenzione sul fatto che la Convenzione *Cybercrime* non possa essere ritenuta un "*model law*" a livello internazionale, considerando la mancata partecipazione di importanti Stati terzi (in particolare Russia e Cina). Vedi dettagliatamente i contributi di Pi Yong, *China New Criminal Legislation on Cybercrime in the Common Internet*; M. Gercke, *Current Trends*, cit., entrambi in J. O. Jang, R. Flor (eds.), *Cybercrime,* cit.

52. Vedi *infra*, 7.

informatico, considerata la dimensione individuale e collettiva del bene protetto, dimostra che non tutti i punti di differenziazione tra la formulazione dell'art. 615 *ter* c.p. e le previsioni delle citate fonti europee e sovranazionali costituiscono discordanze effettive.

7 Rilievi conclusivi: l'art. 615 *ter* c.p. riletto alla luce del principio espresso dalle S.U. e le fonti sovranazionali, tra frizioni effettive ed apparenti

Il nostro legislatore, con la l. n. 48 del 2008, di ratifica della Convenzione *Cybercrime*, non ha ritenuto necessario modificare l'art. 615 *ter* c.p.

L'art. 2 della Convenzione *Cybercrime*[52] invita gli Stati a prevedere come reato l'accesso senza diritto e intenzionale a un sistema informatico o a parte di esso, lasciando liberi i legislatori nazionali di prevedere che questo avvenga tramite la violazione delle misure di sicurezza, con l'intento di ottenere dati e informazioni o con altri intenti "disonesti".

L'art. 2 della decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione[53], rubricato "Accesso illecito a sistemi di informazione" prevede che ciascuno Stato membro adotti le misure necessarie affinché l'accesso intenzionale, senza diritto, ad un sistema di informazione o ad una parte dello stesso sia punito come reato, almeno per i casi gravi. In senso conforme alla Convenzione la decisione quadro dispone che ciascuno Stato membro possa decidere che l'accesso illecito sia punibile solo quando il reato sia stato commesso violando una misura di sicurezza.

L'art. 3 della proposta di direttiva, che andrebbe a sostituire la decisione quadro 2005/222/GAI[54], prevede la punizione della condotta di accesso illecito, a tutto o a una parte del sistema informatico, almeno nei casi in cui il reato sia commesso violando una misura di sicurezza e in ipotesi non di minor gravità[55].

Tutte queste disposizioni non riprendono la dicotomia della condotta che caratterizza l'ipotesi base dell'art. 615 *ter* c.p. italiano, né l'elemento che il sistema sia protetto da misure di sicurezza.

Con riferimento alle misure protettive, le scelte operate a livello sovranazionale appaiono condivisibili. Sul piano del diritto interno è assente, *de jure condito,* una loro definizione legale, non potendosi ricorrere alle previsioni di cui agli artt. 31 e 33 del d.lgs n. 196 del 2003 né al disciplinare tecnico di cui all'allegato B del medesimo decreto[56]. Da un lato, dunque, la formulazione della ipotesi base del reato confor-

52. Convenzione sulla criminalità informatica del Consiglio d'Europa, aperta alla firma a Budapest il 23 novembre 2001 (STCE n.: 185).

53. G.U. n. L 069 del 16 marzo 2005, p. 67-71.

54. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio COM (2010) 517 - C7-0293/2010 - 2010/0273 (COD), relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione, che abroga la decisione quadro 2005/222/GAI. L'art. 3 della proposta di direttiva (versione interistituzionale del Consiglio 11566/11 del 15 giugno 2011) prevede l'obbligo per gli Stati membri di sanzionare "*l'accesso intenzionale, senza diritto, ad un sistema di informazione o ad una parte dello stesso sia punito come reato, almeno quando l'offesa è commessa violando le misure di sicurezza e per i casi non di minore gravità*". La proposta è stata adottata sulla base degli artt. 82, par. 2, e 83, par. 1, TFUE. Sulle prospettive del diritto penale europeo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, anche *in subiecta materia*, basti il rinvio a G. Grasso, L. Picotti, R. Sicurella (a cura di), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona,* Milano, 2011; più ampiamente nella letteratura tedesca vedi U. Sieber, F.-H. Brüner, H. Satzger, B. von Heintschel-Heinegg, (Hrsg), *Europäisches Strafrecht*, cit.

55. Con l'emendamento n. 20 del *draft report* del 24 novembre 2011 sulla proposta di direttiva il Parlamento europeo avrebbe, inoltre, inserito la possibilità per gli Stati di punire l'accesso abusivo solo in caso di violazione di una misura di sicurezza. Vedi 2010/0273 (COD) - *Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs* (*Rapporteur*: Monika Hohlmeier) reperibile in http://www.europarl.europa.eu/.

56. Si consenta di rinviare a quanto già evidenziato da R. Flor, *Art. 615* ter *c.p.*, cit., 106-112. Il Codice *Privacy* prevede una definizione di misure minime di sicurezza che ricomprende l'insieme delle misure tecniche - informatiche, organizzative e procedurali. Le disposizioni in oggetto, però, considerata la loro *ratio* e la collocazione topografica (all'interno di una legge speciale che disciplina il trattamento dei dati personali), nonché le fonti ispiratrici ed il diverso "percorso" storico e politico normativo che ha portato il legislatore italiano ad introdurre la legge sulla *privacy* (l. n. 675 del 1996), poi abrogata e sostituita dal d.lgs n. 196 del 2003, e la l. n. 547 del 1993 sulla criminalità informatica, non sono utilizzabili ai fini interpretativi della nozione di misura di sicurezza prevista dall'art. 615 *ter* c.p. Su tali aspetti si consenta il rinvio ancora a R. Flor, *Art. 615* ter *c.p.,* cit., 106 e R. Flor, *Sull'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico,* cit. e, più ampiamente, L. Picotti, *Sistematica*, cit. Di diversa opinione, in una delle prime note alla sentenza delle S.U., R. Bartoli, *L'accesso abusivo a un sistema informatico (art. 615* ter *c.p.) a un bivio ermeneutico teleologicamente orientato*, in *Diritto penale contemporaneo*, 23 febbraio 2012 che critica aspramente la decisione della Corte ed afferma che le misure di sicurezza «non rilevano come mere forme di manifestazione tacita della volontà dell'avente diritto di escludere i terzi, come avviene nell'ottica della tutela del luogo domicilio, ma assumono la funzione di connotare l'oggetto materiale del reato, spostando il fulcro del disvalore dallo strumento in sé e per sé considerato a specifico strumento di conservazione ed elaborazione

me a quella delle citate fonti sovranazionali contribuirebbe ad eliminare le incertezze interpretative e le difficoltà applicative della fattispecie connesse all'assenza di una definizione normativa di "misura protettiva". Dall'altro lato, questa soluzione valorizzerebbe il requisito di illiceità speciale che, interpretato alla luce del principio espresso dalle Sezioni Unite, deve trovare riscontro in oggettive violazioni dei profili autorizzativi predisposti dal titolare, anche tramite regolamenti interni, contratti individuali, incarichi e, persino, prassi e consuetudini aziendali.

Con riferimento alla dicotomia della condotta, la tecnica di formulazione della fattispecie penale dovrebbe esprimere un alto coefficiente di adattabilità ai mutati contesti tecnologici, che influiscono in modo pregnante sui comportamenti sociali, in modo tale che, attraverso l'interpretazione dei suoi elementi essenziali [nei limiti consentiti dalla legge in campo penale ed in specie rispettando il divieto di applicazione analogica *in malam partem*[57]] la norma possa risultare operativa, effettiva ed efficace. Pertanto, la previsione delle condotte tipiche di introduzione abusiva e di mantenimento non autorizzato, di ovvia comprensione e oggettivamente individuabili dall'interprete, rafforza la descrittività della fattispecie.

In altri termini, definire in modo elastico il "tipo criminoso", quale espressione di un contenuto omogeneo di disvalore del fatto[58], contribuisce ad evitare il rischio che la norma, intesa alla stregua di "risultato" dell'interpretazione della fattispecie legale, venga stravolta dall'uso degli stessi strumenti interpretativi a disposizione del giudice penale.

Alla luce di queste considerazioni, la scelta del legislatore italiano non contrasta con le disposizioni previste dalla Convenzione *Cybercrime*, dalla decisione quadro e dalla proposta di direttiva europea.

Tali fonti sovranazionali ed europee invitano gli Stati a prevedere incriminazioni minime, ma non vietano, da un lato, la specificazione di taluni elementi[59], nel rispetto dei principi di determinatezza e frammentarietà e, dall'altro lato, l'ampliamento della tutela di beni espressione dei diritti fondamentali dell'individuo, nei limiti del bilanciamento con altri diritti fondamentali e nel rispetto del principio di proporzione (*ex* art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea).

La previsione di condotte alternative definisce oggettivamente il confine fra ambito di accesso legittimo, perché autorizzato o effettuato attraverso credenziali di

dei dati personali rispetto ai quali il titolare adotta per l'appunto apposite misure atte alla loro protezione. In sostanza, se si fosse tutelato il domicilio informatico, una delimitazione della tutela ai soli sistemi dotati di meccanismi di sicurezza non avrebbe molto senso, così come non avrebbe senso punire la condotta di chi si introduce nel sistema violando le prescrizioni, ma è comunque abilitato all'ingresso; al contrario il requisito delle misure di sicurezza indica che oggetto di tutela è il sistema informatico in quanto strumento di gestione dei dati personali, con la conseguenza che esprime disvalore anche la condotta del soggetto che accede oltre i limiti dell'autorizzazione». Questa tesi non è però condivisibile se si considera: *in primis*, il risalente dibattito su natura e funzioni delle misure di sicurezza e sul loro ruolo nella formulazione dell'art. 615 *ter* c.p., che ha influito altresì sulle diverse tesi connesse alla consumazione del reato; in secondo luogo, le fonti ispiratrici dell'attuale disciplina e la diversa *ratio* delle disposizioni a tutela di *privacy*, riservatezza e sicurezza dei dati e dei sistemi informatici; infine, la concezione concentrica o assiomatica dei beni giuridici protetti, in base alla quale la riservatezza informatica costituisce una macro area che comprende la *privacy*, ma che non si esaurisce in quest'ultima.

57. Di recente, sul divieto di analogia come problema della scoperta della "criptoanalogia" in materia penale vedi M. Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale*, Milano, 2011, in particolare 103 e ss. L'Autore critica l'impostazione "tradizionale" ed evidenzia la distinzione oltre che con l'interpretazione estensiva, anche fra analogie vere, «analogie a rovescio» ed analogie false (109 e ss.).

58. Cfr. in questo senso, ad esempio in materia di frode fiscale, Corte Cost., 16 maggio 1989, n. 247, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1989, 1194 e ss. «Vero è che il principio di determinatezza è violato non tanto allorché è lasciato ampio margine alla discrezionalità dell'interprete (tale ampio margine costituisce soltanto un sintomo, da verificare, d'indeterminatezza) bensì quando il legislatore, consapevolmente o meno, si astiene dall'operare "la scelta" relativa a tutto od a gran parte del tipo di disvalore di un illecito, rimettendo tale scelta al giudice, che diviene, in tal modo, libero di "scegliere" significati tipici», nonché Corte Cost., 28 gennaio 1991, n. 35, in *Dir. prat. trib*., 1992, II, 374 e ss. «l'indeterminatezza della fattispecie fa carico al giudice di determinare, in concreto, l'alterazione rilevante del risultato della dichiarazione, in assenza di adeguati parametri ai quali ancorarne la valutazione». Sui criteri di criminalizzazione cfr. F. Palazzo, *Tecnica legislativa e formulazione della fattispecie penale in una recente circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri*, in *Cass. pen*., 1987, 230 ss.; F. Palazzo, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1992, 453 ss. Più in specifico su tipicità, modello astratto di comportamento e "conformità al tipo" (corrispondenza tra concreto accadimento ed elementi costitutivi della fattispecie penale) basti il rinvio a G. Vassalli, *Tipicità (dir. pen.),* in *Enc. dir*., XLIV, Milano, 1992, 535 e ss.

59. Ad esempio, l'art. 2 della Convenzione *Cybercrime* attribuisce la facoltà agli Stati di prevedere la "violazione delle misure di sicurezza" quale elemento ulteriore rispetto alla ipotesi-base prevista dalla prima parte della stessa norma. Il legislatore nazionale, dunque, potrebbe anche definire normativamente la natura, la funzione e la qualità di tali misure.

autenticazione fornite dal titolare del sistema, e permanenza non autorizzata, che si realizza all'interno di uno spazio informatico in cui le modalità concrete della presenza dell'agente violano le regole e le autorizzazioni predisposte dal titolare. In difetto di tali regole, dunque, semplicemente non può configurarsi l'ipotesi di permanenza non autorizzata.

Viceversa, la violazione delle medesime regole si traduce nell'abuso dei profili autorizzativi, che può manifestarsi sia con la mancata interruzione del collegamento logico con il sistema alla scadenza di un termine o con il raggiungimento dei limiti prefissati dal titolare[60], che con il volontario mantenimento di tale connessione contravvenendo alle disposizioni del titolare. Ed è questo "abuso" che rileva ai fini della configurabilità del delitto in esame, a prescindere sia dai comportamenti successivi dell'agente – che possono o meno consistere nell'uso o nella manipolazione non autorizzati dei dati, delle informazioni o dei programmi – che dalle sue ulteriori finalità.

60. La prima ipotesi, relativa alla scadenza di un termine prefissato dal titolare, è di immediata percezione. La seconda ipotesi si può verificare, invece, anche quando il titolare predisponga dei limiti di parametri operativi (ad esempio dimensione dei dati e delle informazioni o limiti di *download*).

Donato Vozza

ARTICOLO SOTTOPOSTO A PEER REVIEW

Verso un nuovo "volto" del *ne bis in idem* internazionale nell'Unione europea?

Nota a Tribunale di Milano, Uff. Ind. Prel., ud. 6 luglio 2011

Massime

L'art. 50 della Carta europea dei diritti fondamentali – a norma del quale nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente a legge – è disposizione direttamente applicabile nell'ordinamento interno in seguito all'incorporazione della Carta nel Trattato di Lisbona (art. 6 TUE).

L'articolo 7 della l. 30 settembre 1993, n. 388 di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen – con il quale l'Italia si è avvalsa della facoltà di dichiarare di non essere vincolata all'applicazione del principio del ne bis in idem, sancito dall'art. 54 della Convenzione medesima, nei casi indicati dal successivo art. 55 – è inapplicabile a far data dall'avvenuta incorporazione della Convenzione nell'Unione Europea ad opera del Trattato di Amsterdam. Ciò in quanto l'incorporazione della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen nel Trattato di Amsterdam non ricomprende le eventuali dichiarazioni che gli Stati contraenti abbiano presentato in applicazione della Convenzione stessa, le quali, pertanto (in assenza di espressa rinnovazione) devono ritenersi non più operanti.

Sommario

1. *Ne bis in idem* internazionale e Unione Europea: una vicenda paradigmatica. – 2. I diversi "volti" del *ne bis in idem* e il rischio di sovrapposizione. – 3. L'art. 50 CDFUE riconosce un *ne bis in idem* internazionale inderogabile ed è direttamente applicabile. – 4. (segue) L'ambito di applicazione della Carta: una questione irrisolta. – 5. L'art. 7 l. n. 388 del 1993 non è applicabile a far data dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam. – 6. Nuovi scenari applicativi.

1 *Ne bis in idem* internazionale e Unione Europea: una vicenda paradigmatica

La sentenza del Tribunale di Milano, Uff. Ind. Prel. (Giud. Curami), 6 luglio 2011, pubblicata, con relative massime, su questa *Rivista* il 17 gennaio 2012[1], è degna di nota giacché, nel panorama giurisprudenziale italiano, costituisce una delle prime decisioni ad occuparsi, «dopo l'irruzione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea» (d'ora in avanti, CDFUE) «nell'attuale assetto delle fonti in materia penale»[2], di taluni profili applicativi del *ne bis in idem* internazionale in seno all'Unione.

Com'è noto, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, dunque, della Carta, il

1. Tribunale di Milano, Uff. Indagini Preliminari, 6 luglio 2011, (sent.) Giud. Curami, *Il* ne bis in idem *tra accordi di Schengen e art. 50 della Carta dei diritti fondamentali: una importante sentenza del Tribunale di Milano sulla diretta applicabilità della CDFUE*, in questa *Rivista*.

2. L'espressione è di S. Manacorda, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, in V. Manes-V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, p. 147.

divieto di *bis in idem* internazionale ha un nuovo e ulteriore referente normativo costituito dall'art. 50 CDFUE in base al quale «nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge». Tale ultima previsione, tuttavia, divergendo sotto il profilo testuale dagli artt. 54 ss. CAAS[3], ha dato vita a molteplici profili problematici[4], tra cui merita senza dubbio di essere segnalata la questione relativa all'operatività delle deroghe al divieto fondate sui principi di territorialità e protezione: infatti, mentre gli artt. 54-55 CAAS legittimano in siffatte ipotesi, seppur in via derogatoria, il rinnovamento del giudizio per fatti già giudicati dalle autorità di altro Stato membro, l'art. 50 CDFUE sembra escludere qualsiasi deroga.

Intervenendo sulla *vexata quaestio*, il giudice di Milano ha dato un 'nuovo' volto al principio, giacché ha ritenuto che, per effetto dell'anzidetto *novum* giuridico, il principio del *ne bis in idem* internazionale nell'U.E. non sia più derogabile. Inoltre, nella specifica prospettiva dell'ordinamento giuridico italiano, è stato evidenziato che l'articolo 7 della l. 30 settembre 1993, n. 388, di ratifica ed esecuzione della CAAS, con il quale lo Stato italiano si è avvalso della facoltà di dichiarare di non essere vincolato all'applicazione del principio del *ne bis in idem* sancito dall'art. 54 nelle ipotesi di cui all'art. 55, non sarebbe più applicabile a far data dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam.

Sullo sfondo di tale decisione aleggiano peraltro importanti tematiche, quali la tutela multilivello dei diritti fondamentali, il rapporto tra le fonti eurounitarie e le fonti interne, la diretta applicabilità della CDFUE negli ordinamenti giuridici interni, le relazioni tra spazio giudiziario europeo e diritti fondamentali in seno all'Unione, nonché l'armonizzazione delle legislazioni penali e processuali nell'U.E.

Date queste premesse, è necessario porre immediatamente attenzione ai principali passaggi argomentativi della decisione, a cominciare dai profili di fatto.

Nel 1989, nel milanese, tre cittadini tedeschi, W. P., W. K. e W. G., e uno canadese, R. C., in concorso tra loro, commettevano, fra l'altro, un omicidio, ben noto alle cronache italiane.

Circa tre anni dopo, le autorità tedesche, sulla base delle dichiarazioni rese da W. P., procedevano nei confronti dello stesso e di W. G. – mentre W. K. si suicidava – per il reato di omicidio, pervenendo alla condanna di entrambi alla pena di cinque anni e sei mesi di reclusione, che scontavano regolarmente in Germania. Nessun procedimento veniva instaurato, invece, nei confronti di R. C. per mancanza di giurisdizione giacché, da un lato, questi era un cittadino canadese e, dall'altro lato, l'omicidio era avvenuto in Italia e neppure in parte in Germania.

In Italia, nel luglio 1994, il p.m. di Milano depositava, presso l'ufficio competente, la richiesta di rinvio a giudizio nei confronti di tutti gli autori per i reati di incendio

3. Al riguardo si v., tra tutti, N. Galantini, *Il* ne bis in idem *nello spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive*, in *Diritto penale contemporaneo,* 2011; B. V. Bockel, *The* Ne Bis in Idem *Principle in EU law*, Amsterdam, 2010, pp. 57 ss. e 217 ss.; G. De Amicis, *Il principio del* "ne bis in idem" *europeo nell'interpretazione della Corte di giustizia*, in *Cass. pen*., 2009, pp. 3162 ss.; D. Del Vescovo, *Il principio del* ne bis in idem *nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, in *Dir. pen. e proc*., 2009, pp. 1413 ss.; R. Calò, Ne bis in idem*: l'art. 54 della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen*., 2008, pp. 1120 ss.; N. Plastina, *Il* ne bis in idem *ai sensi dell'art. 54 della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen: la Cassazione si pronuncia ancora sui limiti al nuovo giudizio*, in *Cass. pen*., 2008, pp. 1063 ss.; L. Cordì, *Il principio del* ne bis in idem *nella dimensione internazionale: profili generali e prospettive di valorizzazione nello spazio europeo di sicurezza, libertà e giustizia*, in *Ind. pen*., 2007, pp. 761 ss; R. Lööf, *54 CISA and the Principles of* ne bis in idem, in *EJC*, 2007, pp. 309 ss.; A. Mangiaracina, *Verso l'affermazione del* ne bis in idem *nello "spazio giudiziario europeo"*, in *Leg. pen*., 2006, pp. 631 ss.; C. Amalfitano, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali dell'Unione europea*, Milano, 2006, pp. 73 ss.

4. Sulle relazioni tra gli artt. 54-55 CAAS e l'art. 50 CDFU, tra tutti, si v. S. Manacorda, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, op. cit., pp. 175-178; C. Burchard-D. Brodowski, *The Post-Lisbon Principle of Transnational* Ne Bis in Idem*: on the Relationship between Article 50 Charter of Fundamental Rights and Article 54 Convention Implementing the Schengen Agreement. Case note on Discrict Court Aachen, Germany, (52 Ks 9/08 – "Boere"), Decision of 8 December 2010*, in *NJCEL*, 2010, 1, 3, pp. 310-327; G. De Amicis, *Il principio del* ne bis in idem *europeo nel contesto della cooperazione giudiziaria: primi orientamenti della corte di giustizia*, in *Giur. merito* 2009, 12, pp. 3179 ss.; Id., *Il principio del* ne bis in idem *europeo nell'interpretazione della corte di giustizia (Nota a Corte giust. Comunità europee, 22 dicembre 2008, n. 491/07, Turansky')*, loc. ult. cit.; C. Amalfitano, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali dell'Unione Europea*, *cit*., pp. 72 ss., 338 ss. e 398 ss.; Id., *Dal* ne bis in idem *internazionale al* ne bis in idem *europeo*, in *Riv. dir. internaz. privato e proc*., 2002, pp. 958 ss.

aggravato, omicidio premeditato e sequestro di persona in danno di E. B. Nel corso delle indagini preliminari il giudice, su richiesta dell'accusa, emetteva delle ordinanze di custodia cautelare in carcere nei confronti di W. G. e W. P. Le ricerche, nel frattempo, continuavano nei confronti di R. C. Nel corso dell'udienza preliminare, nel 1995, le posizioni di W. G. e P. venivano stralciate giacché gli imputati risultavano detenuti in Germania in esecuzione di pena detentiva per lo stesso fatto di omicidio oggetto di procedimento penale in Italia. W. G. e P., dopo aver scontato la pena, venivano rilasciati rispettivamente nel 1996 e nel 1998.

Nel frattempo il p.m. italiano procedente acquisiva informazioni in ordine alle condanne inflitte agli imputati e alla loro effettiva esecuzione in Germania. Il giudice milanese revocava, per assenza di esigenze cautelari (e non sulla base del principio del *ne bis in idem*), le misure cautelari.

In seguito, W. G. e P. venivano citati per l'udienza preliminare da celebrarsi in Italia. I difensori di fiducia di entrambi gli imputati concludevano chiedendo che venisse emessa sentenza di non luogo a procedere per improcedibilità dell'azione sussistendo il *ne bis in idem* in relazione al reato di omicidio aggravato ed essendo maturata la prescrizione o dovendosi applicare il *ne bis in idem* in relazione agli altri reati contestati. Alla successiva udienza il p.m., aderendo all'eccezione preliminare avanzata dai difensori, chiedeva emettersi sentenza di non luogo a procedere in relazione al reato di omicidio aggravato per operatività del principio del *ne bis in idem*, con disapplicazione della norma interna di cui all'art. 7 l. n. 388 del 1993. Chiedeva, inoltre, che venisse emessa la sentenza di non luogo a procedere in relazione ai reati di incendio e sequestro di persona perché estinti per intervenuta prescrizione.

Il giudice, accogliendo le eccezioni di parte, pronunciava sentenza di non luogo a procedere nei confronti dei due imputati per tutti e tre i reati ascritti: per il reato di omicidio aggravato applicava il *ne bis in idem* internazionale; ritenendo gli altri illeciti, invece, prescritti.

Delineata la vicenda, si analizzeranno i principali passaggi argomentativi della motivazione e si affronteranno, in una prospettiva critica, almeno tre questioni, tra le molteplici che vengono in rilievo nella sentenza in commento: *a) in primis*, si metteranno a fuoco i rischi connessi a eventuali sovrapposizioni dei diversi 'volti' del *ne bis in idem*; *b)* in secondo luogo, si porrà attenzione, seppur per sommi capi, a una questione irrisolta nella sentenza, che attiene all'ambito di applicazione dell'art. 50 della Carta; *c)* e infine, si esaminerà, alla luce della dottrina, la tesi accolta dal giudice di merito nella decisione *de qua* in base alla quale l'art. 7 l. n. 388 del 1993 non si applica a far data dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam.

2
I diversi "volti" del *ne bis in idem* e il rischio di sovrapposizione

Nel decidere se rinnovare o meno il giudizio per il reato di omicidio aggravato già giudicato dalle autorità tedesche, il giudice ha ricostruito innanzitutto il quadro normativo in materia richiamando: *a)* l'art. 11 c.p. che, pur sancendo il rinnovamento del giudizio per fatti già giudicati all'estero, è attutito nella portata operativa, da un lato, «dall'art. 138 c.p. che prevede lo scomputo della pena sofferta all'estero» e, dall'altro lato, da altre statuizioni contenute in accordi internazionali; *b)* l'art. 649 c.p.p., che vieta un secondo processo per lo stesso fatto all'interno dell'ordinamento giuridico italiano, alla luce della giurisprudenza di legittimità italiana; *c)* le norme che sgorgano da fonti pattizie internazionali che regolano il principio, quali le Carte internazionali per la protezione dei diritti dell'uomo (tra cui, gli artt. 4 Protocollo n. 7 allegato alla CEDU e 50 CDFUE), la normativa dell'Unione Europea (tra cui, gli artt. 54 ss. CAAS e 50 CDFUE), talune Convenzioni adottate in seno al Consiglio d'Europa e gli Statuti dei Tribunali Internazionali *ad hoc* e della Corte Penale Internazionale. A tal ultimo proposito il giudice ha rilevato che dall'analisi degli strumenti pattizi menzionati emerge «una tendenza alla costante limitazione dell'applicazione integrale del principio del *ne bis in idem*, che infatti subisce deroghe».

Pur dovendosi apprezzare l'articolata ricostruzione normativa, deve tuttavia evidenziarsi che nella sentenza in commento viene esclusivamente in rilievo la questione dell'operatività del divieto di *bis in idem* internazionale in seno all'Unione Europea in virtù del quale una persona già giudicata in uno Stato membro non può essere nuovamente processata per l'*idem factum* in altro Stato membro. Il giudicante, nel ricostruire, in generale, il quadro normativo di riferimento, correttamente parte dall'analisi dell'art. 11, comma 1, c.p. italiano, in base alla quale nel caso di reato commesso, interamente o in parte, nel territorio dello Stato *ex* art. 6 c.p., «il cittadino o lo straniero è giudicato nello Stato anche se sia stato giudicato all'estero». Infatti, nel caso *de quo* il reato di omicidio aggravato è stato commesso da parte di cittadini tedeschi sul territorio italiano che, come anzidetto, sono stato già condannati dalle autorità tedesche ed hanno scontato la relativa pena in Germania. Il Codice Penale del 1930 sancisce pertanto un *bis in idem* internazionale (processuale) incondizionato fondato sul principio di territorialità. Il discorso sull'applicabilità dell'art. 11 c.p., ancorché muti – come a breve vedremo – nel contesto 'eurounitario', non sembra essere molto diverso, rispetto al passato, al di là qualche eccezione, oltre i confini dell'Europa, considerando pure che la Corte Costituzionale italiana non ha mosso ulteriori significativi passi dalla fine degli anni '60, allorché ritenne di non qualificare il divieto di *bis in idem* internazionale come principio di diritto internazionale generalmente riconosciuto.

Se corretto è il punto di partenza, non condivisibile è, tuttavia, il successivo passo della motivazione in cui il giudicante rileva – in linea con quanto sostenuto peraltro da parte della dottrina – che un'«attenuazione» di quanto sancito dall'art. 11 c.p. è stabilita dall'art. 138 c.p. Tale ultima disposizione nel prevedere che, nel caso di rinnovamento del giudizio reso all'estero, deve essere scomputata la pena o la custodia cautelare già scontata al di là della frontiera statuale, costituisce «in realtà un'applicazione del divieto di *bis in idem* "esecutivo" internazionale»[5] . Infatti, l'art. 138 c.p. operando nella fase esecutiva, non impedisce un secondo processo per lo stesso fatto, ma l'applicazione di molteplici sanzioni penali. Per comprendere bene la distinzione "pratica" appena fatta si può prendere in esame il caso in commento: qui, in teoria, ove fossero stati applicati dal giudice, in assenza di altri referenti normativi, soltanto gli artt. 11 e 138 c.p., gli imputati dovevano essere nuovamente giudicati dalle autorità giudiziarie italiane per il reato di omicidio aggravato, ma, nel caso in cui, all'esito del giudizio, il giudicante li avesse ritenuti colpevoli, avrebbe dovuto, in sentenza, scomputare dalla pena applicata quella già scontata dagli stessi in Germania. Evitando ulteriori approfondimenti teorici, è immediatamente percepibile che i due divieti menzionati operano su piani distinti dello stesso edificio.

Inoltre, per quanto condivisibilmente il giudice prenda in considerazione, al fine di rendere il quadro introduttivo completo, le disposizioni di fonte statuale (art. 649 c.p.p.) e pattizia internazionale (art. 4, Protocollo n. 7 allegato alla CEDU) che sanciscono il divieto di un secondo giudizio all'interno dello stesso ordinamento giuridico, non vi è dubbio – come peraltro si evince dalla sentenza – che siffatte norme, così come peraltro l'art. 14 § 7 del Patto Internazionale relativo ai diritti civili e politici, non hanno alcuna rilevanza diretta sul caso di specie, dovendosi, viceversa, ritenere rilevanti, tra tutte, gli artt. 54 ss. CAAS e l'art. 50 CDFUE.

A tal ultimo proposito, pur non mettendosi in dubbio che le interpretazioni accolte dalla giurisprudenza comunitaria e interna in ordine ai summenzionati artt. 54-55 CAAS (*ne bis in idem* internazionale nell'U.E.), da un lato, e dalla giurisprudenza italiana e della Corte di Strasburgo rispettivamente sull'art. 649 c.p.p. italiano e sull'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU (*ne bis in idem* interno), dall'altro lato, sembrano convergere

5. Così N. Galantini, *Il principio del* ne bis in idem *internazionale nel processo penale*, op. cit., p. 135. Per maggiori approfondimenti sulla distinzione tra *ne bis in idem* internazionale processuale ed esecutivo si v., tra tutti, M. Paglia, Ne bis in idem *internazionale e riconoscimento delle sentenze straniere,* in *Dig. Disc. Pen.*, Agg., 2005, III, § 4; C. Amalfitano, *Dal* ne bis in idem *internazionale al* ne bis in idem *europeo*, cit., pp. 937 ss.

su più fronti e, in particolare, sulla definizione dell'*idem factum*, il divieto di *bis in idem* internazionale in seno all'Unione europea non può non essere distinto, anche al di là della diversa evoluzione storica, che non dovrebbe essere sottovalutata negli studi sul tema[6] , da quello interno: diverso, infatti, è il *locus* operativo in cui i due principi vengono ad operare (Unione Europea e Stato), differenti, al di là del nocciolo duro della garanzia soggettiva, sono talune *rationes* sottese alla previsione del divieto di un secondo giudizio in ambito interno ed europeo[7] , inevitabilmente distinte sono le problematiche connesse all'operatività del principio nell'ordinamento giuridico 'eurounitario' piuttosto che interno.

D'altra parte, tenendo conto del sistema integrato di protezione dei diritti fondamentali dell'antico continente, che normalmente si articola in tre livelli, il principio del *ne bis in idem* internazionale – a differenza del divieto di *bis in idem* interno[8] – trova riconoscimento, nella prospettiva dell'ordinamento giuridico italiano, nella sola CDFUE, mentre nessuna tutela è, invece, prevista nell'ambito della Carta Costituzionale e della CEDU, almeno sino a quando la Corte Costituzionale e la Corte europea, su ulteriore stimolo degli operatori del diritto, non muteranno opinione. Ad un ridotto panorama di testi normativi di riferimento si accompagna un minor ventaglio di giurisdizioni in grado di decidere sull'applicazione del principio: infatti, sull'eventuale violazione di tale diritto non ha alcuna giurisdizione *ratione materiae* la Corte europea dei diritti dell'uomo[9], perlomeno fino al momento in cui i giudici di Strasburgo non decideranno, anche in assenza di una espressa previsione, di invertire la rotta ritenendo di poter accertare la violazione del *ne bis in idem* internazionale. Dunque, chiudendo il cerchio, anche in tale specifica prospettiva, che potrebbe costituire l'oggetto di un ulteriore ed autonomo filone di indagine, emergono manifestamente delle distinzioni – troppo spesso sottovalutate – tra il *ne bis in idem* interno e internazionale.

Malgrado, dunque, parte della giurisprudenza di legittimità sembri esprimersi diversamente[10] , l'art. 54 CAAS non è completamente in linea con la previsione dell'art. 649 c.p.p. e le questioni interpretative che vengono sollevate in relazione a tali disposizioni, per quanto possano toccare aspetti simili, quali, ad esempio, l'individuazione del significato di identità soggettiva, di *idem factum* e definitività del giudizio, vanno impostate e risolte seguendo un diverso percorso argomentativo.

Sulla base di tali premesse, non è condivisibile la tesi accolta dal giudice nella sentenza

6. Nella prospettiva dell'ordinamento giuridico italiano si v., per il *ne bis in idem* interno, F. Callari, *La* firmitas *del giudicato penale: essenza e limiti*, Milano, 2009, pp. 17 ss., nonché F. Cordero, *Procedura Penale*, Roma, 2000, pp. 1201 ss., mentre per il *ne bis in idem* internazionale, M. Paglia, Ne bis in idem *internazionale e riconoscimento di sentenze straniere,* in *Dig. Dis. Pen*., *Agg.*, 2005, III, pp. 927 ss.

7. Tra tutti R. Calò, Ne bis in idem*: l'art. 54 della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen tra garanzia dei diritti dell'uomo ed istanze di sovranità nazionale*, cit., pp. 1120 ss.

8. Quanto detto, inoltre, non significa che non sussiste alcun legame tra il divieto di un secondo giudizio riconosciuto dall'art. 50 CDFUE e quello consacrato nell'art. 4, Protocollo n. 7 allegato alla CEDU: infatti, la disposizione della Carta, oltre a sancire il *ne bis in idem* internazionale, sembra sancire altresì il divieto di *bis in idem* interno. D'altra parte, ma qui si dischiudono diversi scenari problematici, i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte, ai sensi dell'art. 6, comma 3, TFUE, del diritto dell'Unione in quanto principi generali. Ben più complesso è, infine, il discorso laddove si consideri l'adesione dell'U.E. alla CEDU. Su tale ultima tema, in generale, C. Sotis, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, in V. Manes – V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo nell'ordinamento penale italiano*, op. cit., pp. 109 ss.

11. Il dialogo tra le Corti su tale principio, almeno per ora, non coinvolgendo – a differenza di quanto accade per altri diritti – la Corte europea dei diritti dell'uomo, che può pronunciarsi sulle sole eventuali violazioni del *ne bis in idem* interno, non può non considerarsi fortemente menomato. Malgrado ciò, va rammentato, tuttavia, che, il 10 febbraio 2009, la *Grande Chambre* della Corte EDU, nella storica sentenza *Zolotukhin c. Russia,* instaurando un dialogo 'universale' con altre Corti, si è pronunciata sulla prospettata violazione del *ne bis in idem* processuale interno sancito nell'art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, facendo ricorso, in ordine all'interpretazione dell'*idem factum*, anche all'orientamento accolto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sull'art. 54 CAAS. Per una sintesi della sentenza, pubblicata sul sito della Corte europea (*http://www.echr.coe.int*), v. *Cass. pen*., 2009, pp. 2196-2197.

12. Criticabile è, ad esempio, quanto affermato da Cass. Pen., sez. I, 2 febbraio 2005, n. 10426, commentata peraltro da G. De Amicis, *Osservazioni in tema di* ne bis in idem *europeo*, in *Cass. pen*., 2006, pp. 989 ss., allorché ha evidenziato che «L'art. 54 è del tutto corrispondente alla norma interna italiana di riferimento e cioè all'art. 649 c.p.p. italiano in quanto entrambe le norme escludono la possibilità di un secondo giudizio, sia quindi in ambito italiano che in ambito europeo, qualora una persona sia stata «giudicata con sentenza definitiva per i medesimi fatti» da altro giudice italiano, nel caso di cui all'art. 649 c.p.p., ovvero da altra parte contraente, nel caso del giudice straniero. Non a caso l'istituto europeo viene denominato *ne bis in idem* internazionale proprio perché ripropone la stessa formulazione e le stesse questioni interpretative poste dalla norma corrispondente italiana, con la quale, come si è già rilevato, è del tutto in linea».

in commento nella parte in cui è stato rilevato che l'art. 649 c.p.p. «non contrasta» con l'art. 50 CDFUE[11]: nella prospettiva applicativa del *ne bis in idem* internazionale, una valutazione di compatibilità/incompatibilità tra le due norme citate è fuorviante poiché i rispettivi campi di applicazione e le problematiche da esse scaturenti sono diverse[12] .

In conclusione, deve constatarsi che, in alcuni casi, sono state sovrapposte diverse 'espressioni' del divieto di *bis in idem* che hanno indotto il giudice di merito ad effettuare delle affermazioni non condivisibili.

3

L'art. 50 CDFUE riconosce un ne bis in idem internazionale inderogabile ed è direttamente applicabile

Dopo aver illustrato il quadro normativo di riferimento, il giudice ha messo a fuoco, da un lato, l'art. 54 CAAS che riconosce il divieto di *bis in idem* internazionale in seno all'Unione Europea e, dall'altro lato, le eccezioni all'operatività di tale principio sancite nell'art. 55 CAAS, tra cui rileva, in particolare, la deroga fondata sull'applicazione del principio di territorialità, di cui il legislatore italiano pur si è avvalso, attraverso la dichiarazione resa all'atto della ratifica, all'art. 7 l. 30 settembre 1993, n. 388, determinando così «l'inapplicabilità dell'art. 11 c.p. sul rinnovamento del giudizio *in idem* (…), fatte salve le citate deroghe». In virtù del citato art. 7 deve essere pertanto rinnovato il giudizio per l'*idem factum* in Italia qualora i fatti oggetto della sentenza straniera siano avvenuti sul territorio italiano in tutto o in parte (eccezione) e purché non siano stati commessi in parte sul territorio della Parte contraente – nella specie, la Germania – nel quale la sentenza è stata pronunciata (contro-eccezione)[13].

Dopo aver sottolineato che gli Accordi di Schengen sono stati integrati, con il Trattato di Amsterdam, nel quadro istituzionale dell'Unione, e aver elencato una serie di dati normativi e giurisprudenziali europei dai quali si evince che «ancor prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, una tensione verso il superamento di quei limiti che le autorità nazionali avevano posto al riconoscimento del (…) principio»[14] del *ne bis in idem* internazionale, il giudice ha individuato le novità generali introdotte dal Trattato di Lisbona che sono, da un lato, l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e, dall'altro lato, la costruzione di un diritto penale dell'Unione.

Nello specifico, inoltre, secondo il giudicante, per effetto dell'entrata in vigore della Carta è mutato il 'volto' del *ne bis in idem* in ambito europeo. Infatti, l'art. 50 CDFUE è una norma che sancisce l'inderogabilità del principio del *ne bis in idem* internazionale in seno all'Unione ed è altresì direttamente e immediatamente applicabile nell'ambito

13. Trib. Milano, Uff. Indagini Preliminari, 6 luglio 2011, (sent.) Giud. Curami, *cit*., p. 19, evidenzia che «non vi è contrasto tra la normativa comunitaria entrata a far parte del nostro ordinamento con il Trattato di Lisbona e norme interne: ed infatti il divieto di un secondo giudizio per lo stesso medesimo fatto è un principio fondamentale riconosciuto dal nostro ordinamento interno nell'art. 649 c.p.p.».

14. Dunque, in ordine al *ne bis in idem* (processuale) internazionale viene in evidenza la relazione tra l'art. 11 c.p. e l'art. 50 CDFUE. Diversamente, in relazione al *ne bis in idem* (processuale) interno rileva il rapporto tra l'art. 649 c.p.p. e l'art. 50 CDFUE.

15. Per quanto concerne il *caso de quo*, in un passaggio argomentativo della motivazione si legge chiaramente che i fatti sono stati commessi dagli imputati tedeschi nel territorio italiano e neppure in parte in Germania (Trib. Milano, Uff. Ind. Prel., 6 luglio 2011, (sent.) Giud. Curami, cit., p. 21).

16. A sostegno di tale soluzione Trib. Milano, Uff. Ind. Prel., 6 luglio 2011, (sent.) Giud. Curami, cit., pp. 10-14, richiama: *a)* la giurisprudenza elaborata dalla Corte di Lussemburgo che ha dilatato, sulla base dei principi della reciproca fiducia tra gli Stati membri dell'Unione e del mutuo riconoscimento delle decisioni giurisdizionali, l'ambito di applicazione del principio sancito nell'art. 54 CAAS; *b)* il Programma di misure per l'attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali, ove è stato stabilito, al § 1.1., che «andrebbero riesaminate le possibilità di riserve previste all'articolo 55 di tale convenzione, segnatamente quelle che autorizzano uno Stato a dichiarare di non essere vincolato dal principio «*ne bis in idem*» quando «i fatti oggetto della sentenza straniera sono avvenuti ... in parte nel suo territorio ...» »; *c)* la decisione quadro sul Mandato d'Arresto Europeo (d'ora in avanti MAE) che «ha introdotto un obbligo incondizionato di rifiutare la consegna nei casi di violazione del *ne bis in idem*, confermando la disciplina sostanziale del *ne bis in idem* contenuta nella convenzione di Schengen, ed escludendo che gli Stati membri possano non riconoscere il divieto del *bis in idem* attraverso le dichiarazioni unilaterali previste dall'art. 55 della Convenzione Schengen»; *d)* la Decisione quadro 2008/909/GAI del Consiglio del 27 novembre 2008 relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle sentenze penali che irrogano pene detentive o misure privative della libertà personale, ai fini della loro esecuzione nell'U.E. che, all'art. 9, par. 1, lett. c), prevede che «la competente autorità dello Stato di esecuzione può rifiutare il riconoscimento della sentenza e l'esecuzione della pena, quando quest'ultima "sarebbe in contrasto con il principio del *ne bis in idem*"»; *e)* la Decisione quadro 2009/948/GAI del Consiglio del 30 novembre 2009 sulla prevenzione e la risoluzione dei conflitti relativi all'esercizio della giurisdizione nei procedimenti penali; *f)* talune conclusioni degli Avvocati Generali della Corte di Giustizia Europea soprattutto nella parte in cui è stato affermato, in nome della reciproca fiducia tra gli Stati membri, che il divieto di un secondo processo deve essere applicato da parte di uno Stato anche qualora dall'applicazione del diritto penale straniero potrebbero conseguire soluzioni diverse rispetto a quelle a cui condurrebbe il proprio diritto penale interno.

dell'ordinamento giuridico italiano. Tale disposizione, innanzitutto, è direttamente applicabile – anche alla luce della giurisprudenza costituzionale e comunitaria sulle fonti – poiché: *a)* ha origine in una fonte di rango primario che è vincolante per tutti gli Stati membri dal 1 dicembre 2009; *b)* in tale direzione si è già espressa parte della giurisprudenza di legittimità italiana; *c)* le violazioni della Carta possono dar origine all'apertura di una procedura d'infrazione ad opera della Commissione Europea. A sostegno della tesi dell'inderogabilità del principio soccorrono le Spiegazioni relative alla Carta. In base a tale strumento interpretativo, infatti, le eccezioni al *ne bis in idem* europeo sono disciplinate dalla clausola orizzontale dell'art. 52 § 1 CDFUE in virtù della quale: «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui». D'altra parte, anche sulla base dell'art. 53 CDFUE, nessuna disposizione della Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti ivi riconosciuti.

Ne consegue, dunque, che l'art. 7 l. n. 388 del 1993 – mediante il quale il legislatore italiano si è avvalso della possibilità di prevedere le deroghe sancite nell'art. 55 CAAS – non si applica dopo l'introduzione dell'art. 50 CDFUE, pur non essendo ancora scaduto il termine quinquennale di cui all'art. 10 § 3 del Protocollo n. 36 allegato al Trattato di Lisbona a cui è ancorata la cessazione degli effetti degli Accordi di Schengen[15] . Fra l'altro, dal momento che il principio del *ne bis in idem* europeo è ricompreso tra i principi fondamentali di cui all'art. 6 § 2 TUE, «non vi è (…) spazio (…) per una ultrattività delle norme derogatrici di cui all'art. 55 CAAS, contrastanti con uno dei principi fondamentali del diritto comunitario».

4 (segue) L'ambito di applicazione della Carta: una questione irrisolta

Il giudice, nell'applicare direttamente l'art. 50 CDFUE, non si è interrogato – nonostante l'interessante passaggio argomentativo incentrato sull'art. 82 TFUE – sull'ambito di applicazione della Carta e, in particolare, sulla portata dell'art. 51 § 1 CDFUE ai sensi del quale le disposizioni della CDFUE «si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati»[16] .

Tale previsione, nella parte in cui «vincola gli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione», è interpretabile, secondo autorevole dottrina pena-

15. D'altra parte, facendo «un passo indietro», il magistrato ha evidenziato che l'art. 50 CDFUE «non contrasta» con la norma interna («art. 649 c.p.p.») e comunitaria (art. 54 CAAS): «l'unica divergenza attiene la circostanza che l'Italia con legge, e con atto unilaterale (sia pure previsto dalla stessa normativa comunitaria – art. 54) aveva posto alcune deroghe rispetto alla piena operatività del principio in argomento (*ex* art. 7 L. 388/93). Tali deroghe non possono più ritenersi operative, per i motivi che sopra si sono esposti, dovendosi riconoscere al principio generale del divieto di azione *in idem* una portata generale».

16. Al § 2 è, inoltre, previsto che «La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati». D'altra parte, in tale prospettiva rilevano anche l'art. 6, comma 1, TUE in base al quale «Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati» e il punto n. 1 della Dichiarazione A relativa alla CDFUE, allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona, ove è stato previsto che «La Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati». M. Cartabia, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di dir. amm.*, 2010, 3, p. 222, rileva che «Curiosamente, dunque, il medesimo concetto risulta ribadito tre volte. Segno di serietà o segno di debolezza? Difficile indovinare. Certo è che la storia passata di organizzazioni federali come gli Stati Uniti e la storia passata delle stesse istituzioni europee narrano di una forza di pressione considerevole che i diritti tendono ad esplicare sul riparto delle competenze, chiaramente a favore di un movimento centripeto. Solo un impegno serio con i principi del federalismo e della sussidiarietà potranno trasformare in argini reali principi così insistentemente ripetuti sulla carta, affinché non rimangano *une tigre de papier*».

listica[17], in base a differenti letture che possono seguire tre direzioni ermeneutiche: minimalista, articolata ed estensiva. A ciascuna delle diverse impostazioni, a loro volta suscettibili di ulteriori snodi interpretativi, possono conseguire differenti soluzioni. Tralasciando, in questa sede di commento, le varie ricostruzioni dottrinali, deve porsi attenzione soprattutto al dato giurisprudenziale.

Dando uno sguardo al diritto 'vivente', la giurisprudenza 'eurounitaria'[18] e costituzionale italiana[19], nell'operare una prima ed embrionale interpretazione dell'art. 51 § 1 CDFUE, ha ritenuto che le disposizioni della Carta rilevano solo in rapporto a fattispecie in cui il diritto dell'Unione è applicabile (c.d. *interpretazione tendenzialmente restrittiva*).

Per quanto concerne l'applicazione dell'art. 50 CDFUE alla luce del successivo art. 51, l'Avvocato Generale della Corte di Giustizia, di recente[20], seppur in rapporto ad un diverso "volto" del principio, ha preso in considerazione quale parametro di riferimento dell'«attuazione del diritto europeo» la sanzione. Sviluppando tale tesi deve ritenersi che l'art. 50 CDFUE è applicabile laddove il fatto nuovamente giudicato sia punito in base ad una sanzione introdotta dal legislatore interno in attuazione di un obbligo imposto dal diritto europeo. In base a tale impostazione, il principio sancito nella Carta non è applicabile al caso *de quo* poiché il reato di omicidio è sanzionato negli ordinamenti giuridici interni (Italia e Germania) al di là di uno specifico obbligo sanzionatorio imposto dall'Unione.

Tra l'altro, in linea con quanto sostenuto in passato da parte della dottrina in relazione all'art. 54 CAAS, potrebbe prendersi come riferimento per l'applicazione dell'art. 50 CDFUE l'*idem factum*, che costituisce la componente sostanzialpenalistica del principio: la norma sarà di conseguenza applicabile laddove il fatto – per il quale si procede nuovamente – sia previsto quale reato da una norma interna con cui si è dato "attuazione" alla normativa europea[21]. Tuttavia, anche alla luce di tale orientamento, l'art. 50 CDFUE non potrebbe applicarsi al caso *de quo* poiché il reato di omicidio aggravato, per il quale ha proceduto l'autorità giudiziaria italiana, non costituisce un'attuazione del diritto europeo né tantomeno rappresenta una sfera di criminalità rispetto alla quale sussiste, allo stato attuale, una competenza dell'Unione.

Tali soluzioni, presentando diversi profili critici, tra cui merita di essere segnalata la problematica di un'applicazione differenziata e, dunque discriminatoria, di tale diritto fondamentale, non sembrano praticabili. Deve allora percorrersi una diversa strada interpretativa, in cui i passaggi logici sono i seguenti: *a)* in ordine all'interpretazione dell'ambito di applicazione dell'art. 51 CDFUE dovrebbe accogliersi, per non restringere eccessivamente la portata dei diritti fondamentali consacrati nella Carta, la tesi

17. S. Manacorda, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, op. cit., 160-161.

18. Di recente, C-GE (C-256/11), 15 novembre 2011, *Dereci e altri*, § 71, ha stabilito che «le disposizioni della Carta si applicano, ai sensi dell'art. 51, n. 1, della medesima, agli Stati membri esclusivamente in sede di attuazione del diritto dell'Unione. In virtù del n. 2 della medesima disposizione, la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati. Pertanto, la Corte è chiamata a interpretare, alla luce della Carta, il diritto dell'Unione nei limiti delle competenze riconosciute a quest'ultima (v. sentenze McB., cit., punto 51, nonché 15 settembre 2011, cause riunite C-483/09 e C 1/10, Gueye e Salmerón Sánchez, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 69)».

21. Corte Cost., (dec.) 7 marzo 2011, (dep.) 11 marzo 2011, n. 80, in *www.cortecostituzionale.it*, § 5.5, ha escluso che «la Carta costituisca uno strumento di tutela dei diritti fondamentali oltre le competenze dell'Unione europea, come, del resto, ha reiteratamente affermato la Corte di giustizia, sia prima (tra le più recenti, ordinanza 17 marzo 2009, C-217/08, Mariano) che dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (sentenza 5 ottobre 2010, C-400/10 PPU, McB; ordinanza 12 novembre 2010, C-399/10, Krasimir e altri). Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è, dunque, che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto».

22. Si v., al riguardo, le Conclusioni presentate dinanzi alla Corte di Giustizia Europea dall'Avv. Gen. Juliane Kokott, C-489/10, *Prokurator Generalny c. Łukasz Marcin Bonda*, il 15 dicembre 2011, in http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CC0489:IT:HTML

23. In tal senso, seppur in relazione ad un diverso 'volto' del *ne bis in idem* consacrato nell'art. 50 CDFUE, l'Avv. Gen. Julian Kokott, C-489/10, 15 dicembre 2011, §§ 16-19, la quale si riferisce, per definire l'ambito di applicazione della norma, alle 'sanzioni' di fonte comunitaria. Tra l'altro, le conclusioni si segnalano per l'utilizzo dei c.d. criteri *Engel* – adottati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo – relativi alla nozione autonoma di materia penale.

intermedia in base alla quale le norme della CDFUE vincolano gli Stati membri laddove sussista una «competenza» dell'Unione *ex* artt. 82 ss.[22]; *b)* l'art. 82 § 1 TFUE, dopo aver stabilito che «*La cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie*», sancisce che il «Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano le misure intese a: *a) definire norme e procedure per assicurare il riconoscimento in tutta l'Unione di qualsiasi tipo di sentenza e di decisione giudiziaria; b) prevenire e risolvere i conflitti di giurisdizione tra gli Stati membri*»; *c)* dunque, l'Unione Europea potrà introdurre – alla luce delle competenze attribuite ad essa dall'art. 82 TFUE – delle norme che regolano il divieto di *bis in idem* internazionale: siffatto principio, infatti, costituisce uno strumento di risoluzione *ex post* dei conflitti positivi di giurisdizione. Tra l'altro, con lo stesso viene riconosciuta altresì autorità negativa al giudicato penale straniero; *d)* d'altro canto, il potere delle istituzioni europee di introdurre norme processuali sul *ne bis in idem* internazionale non sembra limitato – in assenza di un'espressa previsione – alle «sfere di criminalità» di cui all'art. 83 TFUE; *e)* sussistendo, dunque, la competenza dell'Unione, il principio del *ne bis in idem* internazionale consacrato nell'art. 50 CDFUE non può non vincolare lo Stato al di là del tipo di reato o di sanzione che viene in rilievo nel caso specifico.

In ogni caso, pur accedendo alla tesi restrittiva, la Carta – per ora – dovrebbe ritenersi comunque applicabile laddove si faccia leva sulla natura processuale del principio, anziché sulla sola componente sostanziale (*idem factum*) o sanzionatoria: infatti, gli artt. 54 ss. CAAS, almeno fino a quando resteranno in vigore, costituiscono diritto derivato dell'Unione attuato trasversalmente nell'ambito dell'ordinamento giuridico italiano per effetto della legge di ratifica. L'Italia – e, in particolare, i giudici – saranno pertanto vincolati all'applicazione dell'art. 50 CDFUE nell'attuazione di tale diritto (processuale) dell'Unione.

In conclusione, pur se – in talune pagine dottrinali e giurisprudenziali – sembra profilarsi un'interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione dell'art. 50 CDFUE, da cui dovrebbe scaturire l'inapplicabilità della norma della Carta – ma non degli artt. 54 ss. CAAS! (rispetto ai quali non opera un filtro analogo a quello dell'art. 51 CDFUE) – a casi simili a quello *de quo*, vi sono diverse ragioni logico-argomentative – certamente ulteriori e più pregnanti rispetto a quelle di carattere tecnico-giuridico indicate – che dovrebbero indurre ad adottare un'interpretazione estensiva dell'art. 50 CDFUE che, facendo leva sulla natura processuale del principio, svincoli l'applicazione del divieto dal tipo di fattispecie penale o di sanzione di riferimento ed attribuisca pertanto 'piena autonomia' al menzionato *corpus* di competenze e regole processuali.

5

L'art. 7 l. n. 388 del 1993 non è applicabile a far data dall'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam

Nonostante il giudicante, all'esito di un *iter* argomentativo davvero complesso e articolato, sia pervenuto alla conclusione che il *ne bis in idem* internazionale in ambito europeo non ammette più eccezioni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, adopera successivamente un diverso «argomento (…) dirimente» per risolvere la questione: l'art. 7 l. n. 388 del 1993, di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen – con la quale l'Italia si è avvalsa della facoltà di dichiarare di non essere vincolata all'applicazione del principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 54 della Convenzione medesima, nei casi indicati dal successivo art. 55 – è inapplicabile a far data dall'avvenuta incorporazione della Convenzione nell'Unione Europea ad opera del Trattato di Amsterdam. Ciò in quanto l'incorporazione della Convenzione di Applicazione dell'Accordo di Schengen nel Trattato di

24. Ritiene preferibile tale tesi S. Manacorda, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e CEDU: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa?*, op. cit., 160. L'A. evidenzia che «l'incidenza della Carta dovrebbe estendersi alle aree di competenza ripartita, oramai estremamente ampie, non solo nel diritto penale economico ma anche nel nucleo del diritto e della *procedura penale* per effetto degli artt. 82 ss. TFUE» (il corsivo è nostro).

Amsterdam non ricomprende le eventuali dichiarazioni che gli Stati contraenti abbiano presentato in applicazione della Convenzione stessa, le quali, pertanto, in assenza di espressa rinnovazione, devono ritenersi non più operanti.

Sul punto, tuttavia, sembra registrarsi un contrasto dottrinale. Parte della dottrina, che peraltro non si è occupata specificamente della questione, sembra aver accolto, così come si evince tra le righe delle note e degli articoli, la soluzione in base alla quale le deroghe di cui all'art. 7 l. n. 388 del 1993 sono ancora operanti. Dunque, alla luce di siffatto orientamento, il *ne bis in idem* internazionale di cui all'art. 54 CAAS non sarebbe applicabile dalle autorità giudiziarie italiane nel *caso de quo* giacché il fatto di omicidio aggravato, già giudicato in Germania, è stato commesso sul territorio italiano e neppure in parte sul territorio tedesco. Dunque, opera l'eccezione, ma non la contro-eccezione di cui all'art. 55 § 1, lett. a).

Secondo altra parte della dottrina italiana[23] e straniera[24] , che riceve un avallo da parte del Tribunale di Milano, e che sembra essere maggiormente condivisibile, le deroghe sancite nel summenzionato art. 7 non sono applicabili in seguito alle modifiche apportate dal Trattato di Amsterdam. Infatti, partendo dal semplice presupposto che le dichiarazioni rese dagli Stati *ex* art. 55 CAAS, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, non sono state integrate nel quadro dell'Unione, non si può non pervenire alla conclusione che, in assenza di una ulteriore dichiarazione di volontà dello Stato, le deroghe al *ne bis in idem* non operano più. Dunque, alla luce di tale impostazione, la soluzione finale muta: il principio si applica senza eccezioni.

Risolta negativamente, alla luce di tale seconda impostazione, la questione dell'operatività delle deroghe fondate sul principio di territorialità, il giudice ha ritenuto sussistenti tutti i presupposti per l'applicazione del principio. Infatti, sotto il profilo processuale, i due imputati sono stati già condannati dalle autorità tedesche con una sentenza di merito passata in giudicato e la pena, inoltre, è stata eseguita interamente in Germania. Dal punto di vista sostanziale, non vi è dubbio che sussiste l'*idem factum* secondo l'accezione storico-naturalistica accolta nella giurisprudenza europea e altresì – come precisa il giudice – nella giurisprudenza di legittimità italiana in relazione all'art. 649 c.p.p. Infine – osserva il giudicante – non è necessario che il reato debba ricevere analogo o identico trattamento sanzionatorio nell'ordinamento italiano e in quello straniero: non ha pertanto alcuna rilevanza ai fini dell'applicazione del summenzionato principio il fatto che W. P. e G. siano stati condannati dai giudici tedeschi alla pena di cinque anni e sei mesi di reclusione, mentre il correo R. C. sia stato condannato dalle autorità giudiziarie italiane alla pena dell'ergastolo. D'altro canto, secondo il giudice, per quanto tale soluzione «possa destare turbamento» deve rammentarsi, in linea con le conclusioni dell'Avvocato Generale della C-GE nel caso *Bourquain*, che ognuno degli Stati membri deve accettare l'applicazione del diritto penale vigente negli altri, anche quando il proprio diritto condurrebbe a soluzioni diverse[25].

All'esito di tale percorso argomentativo, il giudice ha pronunciato, in ordine al capo di imputazione per il reato di omicidio aggravato, sentenza di non luogo a procedere giacché entrambi gli imputati sono stati già giudicati per lo stesso fatto dalle autorità tedesche. I delitti di incendio doloso e sequestro di persona sono stati ritenuti prescritti.

25. In questi termini C. Amalfitano, *Conflitti di giurisdizione e riconoscimento delle decisioni penali dell'Unione Europea*, cit., p. 73, nt. 106.

26. F. Leidenmühler, *In merito all'integrazione dell'*acquis *di Schengen nel quadro dell'Unione Europea sull'esempio del principio del* "ne bis in idem", in *Eur. Legal Forum*, 2002, p. 255.

27. In tale prospettiva vengono in rilievo tematiche complesse, come il rapporto tra *forum shopping* e confessione del reo, l'applicazione dell'ergastolo nell'ordinamento giuridico italiano, la fiducia tra gli Stati nelle sue multiformi sfaccettature, l'armonizzazione delle legislazioni penali e processuali, l'irrilevanza del trattamento sanzionatorio nell'applicazione del *ne bis in idem* internazionale, e così via.

6
Nuovi scenari applicativi

Nonostante i traguardi recenti[26], il futuro applicativo del *ne bis in idem* internazionale in seno all'Unione Europea, per effetto del nuovo 'sisma' normativo generato dall'introduzione della Carta dei diritti fondamentali, è ancora da definire.

I nodi problematici, infatti, con i quali occorrerà confrontarsi, sono molteplici: vale la pena di ricordare, a mo' di esempio, oltre che i diversi profili controversi concernenti l'applicazione della Carta, altresì le tematiche relative all'operatività della c.d. condizione dell'esecuzione prevista espressamente dall'art. 54 CAAS e non, viceversa, dall'art. 50 CDFUE, le conseguenze connesse ad un'eventuale dichiarazione con la quale lo Stato italiano si avvalga nuovamente delle deroghe fondate sui principi di territorialità e protezione *ex* art. 55 CAAS, l'efficacia *ratione temporis* – per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – delle disposizioni di cui agli artt. 54 ss. CAAS, e così via.

Inoltre, non potrà non riflettersi, alla luce dell'art. 50 della Carta, anche sui presupposti applicativi, soggettivi e oggettivi, del principio. In ordine al primo profilo, occorrerà interrogarsi sull'applicazione del divieto consacrato nella Carta agli enti, giacché si registrano sempre più frequentemente delle duplicazioni di giudizi per gli illeciti da essi commessi che, oltre ad incidere sulla vita dell'ente stesso, sono peraltro di ostacolo alla libertà di stabilimento e alla costruzione effettiva di un mercato unico. Per quanto concerne, invece, il presupposto oggettivo e, in particolare, l'interpretazione dell'*idem factum*, non vi è dubbio che, laddove venga accolta un'interpretazione restrittiva dell'ambito di applicazione dell'art. 50 CDFUE, che abbia quale parametro di riferimento l'*idem factum*, si verrebbe ad attribuire alla nozione di «medesimo fatto» una connotazione prevalentemente normativa giacché il giudice dovrà verificare, prima di applicare il divieto, se la fattispecie normativa in base alla quale è giudicato di nuovo un soggetto costituisca o meno "espressione" del diritto europeo.

Queste sono solo talune delle molteplici tematiche con le quali occorrerà confrontarsi con maggiore intensità nell'immediato futuro. In tale prospettiva, la costruzione del nuovo 'volto' del *ne bis in idem* internazionale nell'Unione Europea è affidata, ancor più del passato, alla sapiente ed equilibrata opera interpretativa dei giudici interni ed europei, che attraverso il loro attivismo alimentano da tempo il cammino europeo.

26. Sui traguardi v., tra tutti, N. Galantini, *Il* ne bis in idem *nello spazio giudiziario europeo: traguardi e prospettive*, loc. ult. cit. Per quanto concerne le prospettive, l'A.ce si sofferma, in particolare, sulla tematica della litispendenza e dei conflitti di giurisdizione. Sulla litispendenza internazionale, di recente, L. Luparìa, *Litispendenza internazionale e principio del "*ne bis in idem*",* Milano, 2008.

ARTICOLO SOTTOPOSTO A PEER REVIEW

Piero Gaeta

La prescrizione del reato come compensazione del processo irragionevolmente lungo: ovvero del criterio del "pregiudizio importante" nella giurisprudenza di Strasburgo

Sommario

1. Premessa. – 2. La vicenda processuale Gagliano Giorgi e la decisione della Corte EDU. – 3. Durata irragionevole del processo, equa riparazione e prescrizione del reato: la giurisprudenza nazionale. – 4. Condotta dell'imputato e ragionevolezza dei tempi processuali nella giurisprudenza della Corte EDU. – 5. La svolta di Strasburgo: il criterio del "pregiudizio importante" e le sue applicazioni. – 6. Alcune riflessioni sul criterio del "pregiudizio importante". – 7. Ipotesi su scenari futuri.

1 Premessa

È una Corte di Strasburgo realista, rigorosa, quasi puntuta, a tratti persino polemica, quella che perviene all'*arrêt Gagliano Giorgi c. Italie* del 6 marzo 2011 (Sezione II, *Requête* n. 23563/07): una Corte assai consapevole della portata delle novità affermate con la pronuncia, ma anche dell'essenza del proprio ruolo («*… assurer le respect des droits de l'homme tels que garantis dans la Convention et ses Protocoles…*») e piuttosto infastidita, invece, da quello di "contabile" della riparazione dei diritti violati («*plutôt que de compenser, minutieusement et de manière exhaustive, les préjudices subis par les requérants*») che, nella compulsione ricorsiva a Strasburgo, si tende ad attribuirle. Ma la traccia emotiva, che pure traspare dalla pronuncia[1], non ne costituisce la precipua ragione di interesse; a farne un sicuro *leading case* è piuttosto l'inaspettata affermazione di un inedito principio, di considerevole impegno teorico e dagli indubbi risvolti pratici. Il principio, che in linguaggio civilistico potrebbe qualificarsi come *compensatio lucri cum damno*, può così esprimersi: la declaratoria di prescrizione del reato ascritto all'imputato – e la connessa eliminazione della pena inflitta – "compensa o riduce significativamente" i pregiudizi normalmente derivanti dalla eccessiva ed irragionevole durata del processo. Dunque, in presenza di un esito processuale quale quello che estingue il reato per prescrizione, il nocumento derivante all'imputato per una irragionevole durata del processo non assurge più a "pregiudizio importante": con la conseguenza che esso non attinge la "soglia minima di gravità" necessaria per configurare la violazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione EDU ed il relativo ricorso diviene pertanto irricevibile.

La pronuncia ha dunque una duplice valenza di assoluta novità: per un verso, costituisce la prima applicazione, nella materia penale, del criterio di irricevibilità del ricorso fondato sull'"assenza di pregiudizio importante"[2]; per altro verso, l'applicazione di tale nuovo criterio avviene nella delicata tematica dell'equa riparazione per durata

1. … e che, dal canto suo, legittima l'interprete ad un interrogativo di non poco momento: e cioè *quanto* a tale basso profilo "ragionieristico" abbia contribuito la stessa giurisprudenza della Corte nel passato.
2. Come sottolinea anche il comunicato stampa ufficiale che accompagna la pubblicazione della sentenza.

irragionevole del processo ed in relazione agli effetti della prescrizione del reato, così realizzando una significativa svolta nella giurisprudenza di Strasburgo. È agevole poi prevedere che entrambe tali novità risulteranno foriere di effetti a cascata sulla giurisprudenza nazionale in materia: ciò che ulteriormente amplifica la portata della statuizione in commento.

2
La vicenda processuale Gagliano Giorgi e la decisione della Corte EDU

Per apprezzare questo notevole evento sussultorio, conviene muovere dalla ricostruzione della vicenda, così fissando, innanzitutto, le coordinate del *decisum* del giudice di Strasburgo. Mario Gagliano Giorgi, ispettore presso l'Ufficio stranieri della Questura di Milano, viene tratto in arresto il 5 settembre 1988 con l'accusa di falso in atto pubblico e concussione in relazione al rilascio di alcune autorizzazioni relative a soggetti stranieri. La "storia" del processo è emblematica per il tempo che essa divora e rende purtroppo obbligati, a costo della pedanteria, i riferimenti temporali: il 22 giugno 1990 interviene la condanna in primo grado (quattro anni e sei mesi di reclusione), confermata solo in parte in grado di appello (sentenza 26 novembre 1993), dove è ridotta l'entità della pena (anni tre e mesi otto di reclusione). Nella fase di legittimità, la Corte di cassazione (sentenza del 29 settembre 1994) annulla la pronuncia per un difetto di notifica. A questo punto, la Corte d'appello, quale giudice di rinvio – con pronuncia dell' 1 marzo 1996 – riqualifica i fatti di concussione in corruzione e ne dichiara la prescrizione, condannando l'imputato per il solo reato di falso (un anno di reclusione, oltre pena accessoria interdittiva dai pubblici uffici). Anche tale pronuncia viene annullata dalla Corte di cassazione (sentenza del 7 ottobre 1997), ancora una volta per l'irregolare notifica del decreto di citazione a giudizio ed, in sede di (ulteriore) giudizio di rinvio, la Corte d'appello (sentenza dell'11 giugno 1998) conferma sia l'estinzione per prescrizione del reato di corruzione, che la condanna per il reato di falso: il relativo ricorso per cassazione viene rigettato con sentenza della Corte Suprema del 14 aprile 1999. Dunque, è di poco più di dieci anni e mezzo l'arco temporale necessario alla definizione dell'intera vicenda giudiziaria.

All'esito di quest'ultima, si apre quella finalizzata alla richiesta dell'equa riparazione, per irragionevole durata del processo, ai sensi della legge 24 marzo 2001, n. 89 (legge Pinto), nel frattempo entrata in vigore. Il Gagliano Giorgi adisce infatti la Corte d'appello di Brescia (ricorso del 16 ottobre 2001) richiedendo il ristoro del pregiudizio morale e materiale subìto (quantificato in 60 milioni di vecchie lire) a causa della durata della procedura. La Corte d'appello riconosce la violazione dell'art. 6, § 1, della Convenzione EDU unicamente per i tempi processuali compresi tra la definizione del giudizio di primo grado (sentenza del Tribunale di Milano del 22 giugno 1990) e la prima pronuncia d'appello (sentenza della Corte d'appello di Milano del 29 novembre 1993), senza tuttavia liquidare alcun indennizzo: ciò in ragione sia della mancata dimostrazione del danno materiale e morale subito, sia dell'esito di condanna della procedura principale, che, secondo la Corte bresciana, escludeva il danno materiale "da durata" del processo. Annullata tale pronuncia dalla Corte di legittimità (24 ottobre 2003), nel successivo giudizio rescissorio, altra sezione della Corte d'appello di Brescia (decreto del 21 luglio 2004) rigettava il ricorso, per non avere il Gagliano Giorgi comprovato il danno morale subìto ed evidenziava altresì come l'imputato avesse avuto interesse al prolungamento della procedura principale al fine di ottenere la prescrizione per i reati di cui era accusato. La Corte di cassazione – con una complessa motivazione relativa alla formazione di un giudicato interno originato dalla precedente delibazione di legittimità (che in questa sede non mette conto specificare) –, con sentenza del 6 dicembre 2006 rigettava il ricorso. Dunque, la durata della "procedura Pinto", per due gradi di giurisdizione (senza fase di esecuzione), risulta protratta per quattro anni e due mesi, senza che, peraltro, il ricorrente abbia ottenuto alcun indennizzo.

Invocando la violazione dell'art. 6, § 1, della Convenzione, il Gagliano Giorgi ha

quindi adito (richiesta del 31 maggio 2007) la Corte EDU, lamentando innanzitutto la durata eccessiva della procedura principale che aveva condotto alla sua condanna; poi, la circostanza che la procedura di cui alla legge Pinto non gli avesse consentito di ottenere l'equa riparazione; infine, la durata eccessiva della stessa procedura di cui alla legge Pinto.

Il ricorrente ha anche denunciato la violazione dell'art. 13 della Convenzione (diritto ad un ricorso effettivo), sostenendo che, in ragione dei criteri d'indennizzo estremamente ristretti e di una durata eccessiva, la procedura di cui alla legge n. 89 del 2001 non garantisce uno strumento di ricorso effettivo.

Come accennato in premessa, con la decisione che si annota, la Corte di Strasburgo ha ritenuto irricevibile la doglianza principale relativa alla violazione del principio della durata ragionevole del processo non essendosi concretizzato un "pregiudizio importante" per l'imputato in ragione della dichiarata prescrizione. La stessa Corte ha invece ritenuto esistente la violazione dell'art. 6, § 1, della Convenzione per la complessiva durata della "procedura Pinto", risultando superato il fisiologico limite temporale – fissato dalla giurisprudenza della stessa Corte in due anni e sei mesi, salvo circostanze eccezionali – per ottenere l'equa riparazione da ritardo processuale, condannando lo Stato italiano al versamento di 500 euro in favore del ricorrente, a titolo di *satisfaction équitable* per il danno morale. La Corte ha infine escluso la violazione dell'art. 13 della Convenzione: pur nell'assenza di una equa riparazione statuita dalla giurisdizione italiana e anche in presenza di una violazione dei tempi processuali di definizione, il rimedio rappresentato dal meccanismo della legge Pinto è stato invero ritenuto "effettivo" ed i suoi esiti pratici, nel caso di specie, non "sufficientemente importanti" per metterne in dubbio, appunto, l'effettività.

3

Durata irragionevole del processo, equa riparazione e prescrizione del reato: la giurisprudenza nazionale

Per apprezzare il *novum* di tale decisione, occorre compiere un passo indietro ed esaminare lo "stato dell'arte" della giurisprudenza nazionale e di quella convenzionale quanto al rapporto tra declaratoria di prescrizione del reato e valutazione della irragionevole durata del processo in cui tale estinzione è pronunciata.

Un primo dato di assoluta pregnanza va in proposito evidenziato: nella decisione in commento, la rilevanza della prescrizione prescinde dalle "cause" che l'hanno determinata, poiché di essa viene considerato l'oggettivo effetto di estinzione del reato (e di eliminazione della relativa pena), idoneo ad elidere gli effetti pregiudizievoli del ritardo nella definizione della vicenda giudiziaria. Proprio relativamente a tale profilo, si apprezza la distanza della decisione *Gagliano Giorgi* innanzitutto rispetto agli arresti della giurisprudenza nazionale di legittimità.

Quest'ultima ha infatti costantemente mantenuto fermo il principio della indipendenza dell'equa riparazione per violazione della durata ragionevole rispetto alla eventuale prescrizione del reato: nel senso precipuo che la prima non può essere esclusa per il semplice fatto che il lamentato ritardo nella definizione del processo penale abbia prodotto *anche* la seconda.

Tale indirizzo giurisprudenziale ha infatti ripetutamente chiarito che – ai fini del diniego di accoglimento della domanda di equa riparazione ai sensi della legge 24 marzo 2001, n. 89 – occorre valutare se l'effetto estintivo del reato sia intervenuto o meno a seguito dell'utilizzo, da parte dell'imputato, di tecniche dilatorie o di strategie sconfinanti nell'abuso del diritto di difesa: ciò perché un effetto del genere ben può prodursi, in tutto o almeno in parte (ed, in questa seconda ipotesi, con valenza preponderante), indipendentemente da simili tecniche e da tali strategie (ovvero dalla reale volontà dell'imputato) ed a causa, piuttosto, del comportamento delle autorità procedenti. In quest'ultimo caso – secondo la giurisprudenza di legittimità – non vi è ragione per negare al ricorrente il riconoscimento dell'equa riparazione: né la mancata rinuncia alla prescrizione ad opera dell'imputato medesimo può ritenersi rilevante, perché di per sé

inidonea ad elidere il danno, patrimoniale o non patrimoniale, conseguente alla durata irragionevole[3]. La logica della giurisprudenza nazionale è, per vero, di stringente coerenza. Essa muove innanzitutto dalla generale premessa – logicamente ineccepibile – che il diritto all'equa riparazione prescinde dall'esito del giudizio irragionevolmente protrattosi[4]; considera poi – quale ulteriore passaggio logico – che "l'ansia da durata" del processo – costituente il fondamento della pretesa risarcitoria non patrimoniale – non è esclusa per il solo fatto che l'irragionevole durata del processo determini, quale effetto, *anche* quello dell'estinzione del reato per prescrizione; e perviene quindi alla conclusione, ampiamente giustificata da tali premesse, che tale esclusione (e, con essa, anche quella all'equa riparazione) può affermarsi solo se, fin dall'inizio, l'imputato abbia la consapevolezza dell'esito "positivo" del processo per il presumibile inverarsi della causa estintiva del reato[5]. Del resto – si aggiunge in alcune pronunce[6] – la definizione del processo penale per estinzione del reato non necessariamente corrisponde all'interesse dell'imputato, tenuto conto della esigenza morale dell'imputato di vedere affermata in modo pieno ed inequivocabile la propria estraneità al reato contestatogli.

Il corollario che discende dal sillogismo sopra sintetizzato è di solare evidenza: l'"ansia da durata" del processo è esclusa (e, con essa, tutte le sue giuridiche conseguenze) solo allorquando la durata stessa del processo è finalità perseguita dall'imputato per conseguire la prescrizione, divenendo quest'ultima strategia precipua ed evidente della stessa difesa in giudizio. In breve, secondo la giurisprudenza di legittimità, vi è la possibilità logica di poter discernere una prescrizione quale accadimento oggettivo ed effetto di diseconomie del sistema, da una prescrizione "consapevole", perseguita dall'imputato quale effetto diretto della stessa attività difensiva. Come testualmente si legge in alcune pronunce, c'è dunque spazio valutativo per un'indagine sul comportamento dell'imputato in merito alla durata del processo[7]. Nondimeno, questa sottile linea di confine – che individua e delimita le diverse cause della prescrizione – risulta assai problematica. È

3. Orientamento inaugurato da Cass. civ., sez. I, 5 novembre 2002, n. 15449, rv. 558220, pronuncia "storica", per svariati profili, sulla legge Pinto, come evidenziato nei numerosi commenti: v., per tutti, P. Ziviz, *Legge Pinto e danno esistenziale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2003, p. 81, G. Ponzanelli, *Prova del danno non patrimoniale ed irrilevanza del danno esistenziale*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 266 e, soprattutto, per i profili che qui più interessano, A. Didone, *Danno da irragionevole durata di processo penale per reato prescritto*, in *Giur. it.*, 2003, p. 21. A tale pronuncia, segue una giurisprudenza pressoché costante sul punto: v. Cass. civ., sez. I, 15 aprile 2005, n. 7808, rv. 580698; Cass. civ., sez. I, 18 novembre 2010, n. 23339; rv. 614868; Cass. civ., sez. I, 18 novembre 2011, n. 24376, rv. 620650. In generale, per un quadro della giurisprudenza italiana sui complessivi profili della l. n. 89 del 2001, v. L. Salvato, *Profili controversi dell'equa riparazione per l'irragionevole durata del processo: il punto sulla giurisprudenza*, in *Corr. giur.*, 2010, 7, p. 881. Sull'analisi comparativa di detta giurisprudenza con quella della Corte europea, v., fra i molti, la completa analisi di I. Falcone, *La ragionevolezza del processo: tra vincoli europei e autonomia dell'ordinamento interno*, in *Giust. civ.*, 2010, 5, p. 251 ed *ivi* ulteriori, ampi richiami. Sull'"infausta applicazione" della legge Pinto e sui suoi "notevoli guasti per la giustizia in Italia", si v. le polemiche considerazioni critiche di C. Consolo, *La improcrastinabile riforma della legge Pinto, la nuova mediazione* ex *d.lgs. n. 28 del 2010 e l'esigenza del dialogo con il Consiglio d'Europa sul rapporto fra Repubblica Italiana e art. 6 CEDU*, in *Corr. giur.*, 2010, 4, p. 425. In una prospettiva, invece, di analisi culturale dei tempi del processo penale, v. oggi G. Riccio, *Note sulla ragionevole durata del processo penale,* in *Cass. pen.*, 2011, 12, p. 4525.

4. Discendendo tale assunto, per necessaria implicazione logica, dallo stesso disposto dell'art. 4 della legge n. 89 del 2001, che consente la proposizione della domanda anche durante la pendenza del processo che si assume irragionevolmente lungo.

5. Sul punto, la giurisprudenza di legittimità ha integralmente (e quasi letteralmente) recepito le considerazioni svolte dalla dottrina: v., in particolare, M. Converso, *Il fatto generatore del danno nella legge 24 marzo 2001, n. 89*, in *Rass. dir. civ.*, 2002, 3, spec. par. 2.4.3.1., il quale afferma che, nel caso di processo che si prolunghi fino a rendere ampiamente plausibile la declaratoria di estinzione del reato legata al decorso del tempo, in capo all'imputato «si associa, nel decorrere del tempo, progressivamente, la certezza della prescrizione, con un effetto psicologico di rilevante bilanciamento», sí che «acquisita la certezza della prescrizione, l'incertezza psicologica da irragionevole durata è del tutto eliminata».

6. Cass. civ., sez. I, 2 agosto 2006, n. 17552, rv. 596339.

7. Va detto anche che, rispetto a tale tetragona impostazione, non era per vero mancata un'opinione giurisprudenziale di segno contrario, assai vicina, quanto ad argomenti ed assiologie, alla soluzione della Corte EDU qui in commento. Precisamente, si era affermato (Cass. civ., sez. I, 2 maggio 2006, n. 10124, rv. 590530) che – se è pur vero che il giudice, una volta accertata e determinata l'entità della violazione relativa alla durata ragionevole del processo secondo le norme della legge n. 89 del 2001, non può che ritenere sussistente il danno non patrimoniale – questa inesorabile conseguenza risulta tuttavia paralizzata dalla sussistenza di «circostanze particolari» idonee a «positivamente escludere» che il danno sia effettivamente subito dal ricorrente; tali circostanze sarebbero ravvisabili «quando il protrarsi del giudizio risponde ad un interesse della parte, o è comunque destinato a produrre conseguenze che questa percepisce a sé favorevoli, e sia quindi utile per la parte stessa», come nell'ipotesi che il procedimento penale a carico del ricorrente si sia concluso con una declaratoria di estinzione per prescrizione. La stessa pronuncia, peraltro, statuiva l'irrilevanza della eventuale impugnazione di tale pronuncia di prescrizione da parte dello stesso ricorrente, avendo il giudice del merito correttamente collegato il vantaggio derivante dal ritardo nella trattazione del processo alla mancata rinuncia alla prescrizione. Nondimeno, questa isolata ermeneutica – benché antitetica rispetto a quella dominante nell'àmbito della stessa I[a] sezione civile della Corte di cassazione – non è mai approdata ad una delibazione di contrasto presso le Sezioni Unite ed è stata immediatamente "riassorbita" dall'indirizzo dominante.

ben vero che tale confine rileva esclusivamente per la detrazione del "ritardo imputabile al comportamento della parte"[8] e che, dunque, il distinguo si risolve in un'analitica cernita tra segmenti temporali; ma, anche solo in tale prospettiva di aritmetica computazione, si tratta di un valico teorico estremamente impervio e pericoloso. Esso infatti introduce nel più classico dei giardini proibiti, quello delle garanzie di difesa: impegna, cioè, l'interprete nella valutazione della stessa attività difensiva, dei suoi "limiti" di fisiologica attuazione, dei suoi eccessi dilatori. In breve, coinvolge direttamente il delicato àmbito dell'abuso del processo[9]. Non è quindi un caso se la giurisprudenza nazionale, pur enunciando in astratto il criterio distintivo delle "origini" alternative della prescrizione, non risulti poi averlo in concreto mai applicato. Ad una verifica del panorama giurisprudenziale (per quanto difficoltosa nell'àmbito della giurisprudenza di merito), infatti, non è dato rinvenire pronunce nelle quali si sia *in concreto* negata l'equa riparazione per essere stata la prescrizione del reato rilevante in quanto effetto diretto di "tecniche dilatorie o di strategie sconfinanti nell'abuso del diritto di difesa"da parte dell'imputato.

Ciò che comunque rimane scolpito quale principio della giurisprudenza nazionale è che alla prescrizione *in sé* non possa annettersi effetto compensativo del danno conseguente all'irragionevole durata del processo. Conseguenza, questa, che al più può maturare solo in esito all'accertamento di una patologia della condotta difensiva dell'imputato e di una contraddittorietà del suo comportamento: abusare delle scansioni temporali del processo, ma, al contempo, farne oggetto di doglianza. È la strumentalità dell'esito processuale – non l'esito in sé – che viene ritenuta in contraddizione con il danno lamentato: è come se il danno fosse da escludersi per il difetto di buona fede di chi lo invoca, nonostante il suo oggettivo prodursi.

4 Condotta dell'imputato e ragionevolezza dei tempi processuali nella giurisprudenza della Corte EDU

In realtà, questa giurisprudenza nazionale – dalle evidenti venature etiche – risulta essere calco pressoché fedele di quella elaborata, fino alla decisione in commento, dalla stessa Corte europea in merito al rapporto tra condotta dell'imputato e ragionevolezza dei tempi del processo.

I giudici di Strasburgo, ben prima della genesi della legge Pinto, hanno costantemente affermato, infatti, che l'esito del processo oggetto del ricorso per violazione del "termine ragionevole" è ininfluente ai fini dell'esperibilità dell'istanza internazionale, potendo il processo concludersi, indifferentemente, in modo positivo o negativo per il ricorrente: dunque, con la condanna o con il proscioglimento nel caso di processo penale[10]. L'esito processuale è solo potenzialmente incidente sulla determinazione dell'entità del danno. Ovvio che, in tale prospettiva, per la Corte di Strasburgo risulti del tutto irrilevante, ai fini della affermazione della violazione dell'art. 6 § 1 CEDU, la dichiarata prescrizione del reato oggetto del procedimento protrattosi per un tempo irragionevole[11]. Risulta emblematica la circostanza che, in uno dei primi e più famosi arresti della Corte di Strasburgo relativo alla irragionevole durata del processo italiano[12], la dichiarata prescrizione di tutti

8. A. Didone, *Danno da irragionevole durata*, cit., p. 22.

9. Su cui si v. le insuperate riflessioni sistematiche di G. Leo, *L'abuso del processo nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 4 e 5, p. 508 ss. e p. 627 ss.

10. D'altra parte, l'affermazione della irrilevanza dell'esito processuale ai fini della possibile delibazione della irragionevole durata, si sposa con quella più generale secondo cui l'art. 6 della Convenzione "non consacra un diritto ad ottenere un determinato risultato all'esito di un processo penale, né, in conseguenza, alla pronuncia di decisioni espresse di condanna o di assoluzione rispetto all'accusa formulata": v. *Kart c. Turquie* [GC], 3 dicembre 2009, n. 8917/05, § 68; *Withey c. Royaume-Uni*, 26 agosto 2003, n. 59493/00; *Poncelet c. Belgique*, 30 marzo 2010, n. 44418/07, § 59. Tale affermazione è, all'evidenza, finalizzata anche ad escludere che la pronuncia di prescrizione possa in qualche modo ritenersi violazione del principio di presunzione di innocenza dell'imputato. Per una peculiare ipotesi di pronuncia civile in tema di potestà genitoriale (modalità di visite alla figlia) di soggetto affetto da malattia mentale – e, dunque, di giudizio che, sebbene formalmente esulasse da un tradizionale esito di accoglimento/rigetto, è stato ritenuto soggetto al principio di durata ragionevole di cui all'art. 6, § 1, della Convenzione – , v. *H. c. Royaume-Uni*, 8 luglio 1987, n. 9580/81.

11. V. *Capone et Centrella c. Italie*, 16 ottobre 2007, n. 45836/99; *Didu c. Roumanie,* 14 aprile 2009, n. 34814/02, § 27-30.

12. V. *Foti et autres c. Italie*, 10 dicembre 1982, n. 7604/76.

i reati ascritti a due dei quattro ricorrenti sia completamente ignorata in motivazione: la Corte si limita a registrare tale evento processuale, a riportarne – come sempre – la relativa normativa nazionale, ma non un cenno viene speso sulla sua eventuale incidenza nella complessiva valutazione di violazione dell'art. 6, § 1, della Convenzione: *tamquam non esset*. Segno evidente dell'assoluta irrilevanza dell'esito processuale rispetto alla delibazione della durata irragionevole del processo: è diverso, cioè, l'oggetto del giudizio.

Esattamente inverso e speculare è invece il caso in cui la prescrizione dichiarata nel processo penale abbia impedito l'esercizio dell'azione civile in esso ospitata: vale a dire, l'ipotesi nella quale a dolersi della durata eccessiva della procedura (e della conseguente prescrizione) sia la parte civile costituita nel processo irragionevolmente lungo. La Corte, in tali ipotesi, ha normalmente ritenuto sussistente la violazione dell'art. 6, § 1, della Convenzione, reputando che il difetto di esame dell'azione civile fosse dovuto a circostanze imputabili alle autorità giudiziarie: particolarmente, a ritardi eccessivi nel corso della procedura che si pongono quale antefatto causale della prescrizione[13].

Occorre inoltre evidenziare come, al di là di tali generali affermazioni, la giurisprudenza della Corte EDU abbia poi progressivamente provveduto a definire le coordinate entro cui può ammettersi l'incidenza del comportamento dell'imputato nella valutazione della "ragionevolezza" dei tempi processuali. In proposito, va rammentato che tutte le pronunce della Corte relative al *délai raisonnable* adottano – enunciandoli con una formula di stile pressoché sempre uguale – i criteri predeterminati di apprezzamento della durata processuale, volti ad assicurare uniformità e prevedibilità nell'interpretazione della regola di diritto. Essi, com'è noto, sono costituiti dalla complessità della procedura, dal comportamento del ricorrente e da quello delle autorità giurisdizionali nazionali. Nelle pronunce più recenti, si affianca, talora, anche il riferimento alla "posta in gioco" per l'interessato[14]. Si tratta di una serie di criteri di valutazione probatoria, il cui oggetto e la cui sequenza logica risultano in qualche modo vincolati. Ciò in un duplice senso: per un verso, l'accertamento non contempla normalmente la possibilità di altri oggetti (ma solo il gioco combinatorio tra i tre predetti criteri); per altro verso, detto accertamento si scandisce sempre nel medesimo ordine, essenzialmente per una ragione di economia logica. Se i primi due criteri forniscono infatti un risultato negativo (quindi, non è apprezzata alcuna complessità della procedura, né alcun comportamento dilatorio del ricorrente), allora la durata ragionevole refluisce necessariamente sul terzo elemento, il comportamento dell'autorità giudiziaria nazionale, intesa quale complessiva efficienza dell'apparato giudiziario. Ma non è vera la reciproca: procedure riconosciute complesse o la cui notevole durata è dipesa *anche* dal comportamento del ricorrente ben possono integrare egualmente violazione del parametro convenzionale. L'apprezzamento della Corte è, insomma, improntato ad una sorta di *favor* per il ricorrente, di presunzione di fondatezza del ricorso proposto.

In proposito, la Corte ha più volte affermato il principio secondo il quale non sussiste violazione dell'art. 6, § 1, della Convenzione tutte le volte in cui è dato apprezzare "*une certaine responsabilité*"dell'imputato nel prolungarsi di una procedura oltre il "termine

13. V. *Anagnostopoulos c.Grèce*, 3 aprile 2003, n. 54589/00, §§ 31-32; *Gousis c. Grèce*, 29 marzo 2007, n. 8863/03, §§ 34-35; *Atanasova c. Bulgarie*, 2 ottobre 2008, n. 72001/01, §§ 44-47: particolarmente in tale ultima pronuncia, la Corte ha ritenuto che fosse unicamente il ritardo con il quale l'autorità giudiziaria penale aveva trattato la vicenda ad aver determinato la prescrizione del reato e, quindi, l'impossibilità per la ricorrente di richiedere ed ottenere il risarcimento nell'àmbito del processo penale, con violazione dell'art. 6, § 1, della Convenzione (§ 45). La violazione non è stata invece dichiarata in una particolarissima, recente fattispecie – *Lacerda Gouveia c. Portugal*, 1 marzo 2011, n. 11868/07, § 78 – nella quale la prescrizione del reato non è stata ritenuta il solo motivo di impedimento dell'esercizio dell'azione civile nel processo penale: ciò in quanto la vicenda penale si era conclusa con un provvedimento di sostanziale archiviazione (con motivazione di ben 803 pagine, per una vicenda giudiziaria durata circa 25 anni) e, sulla successiva richiesta di riapertura del processo avanzata dai ricorrenti, sia la Corte d'appello che quella di Cassazione portoghese avevano evidenziato come, nel frattempo, si fosse comunque maturata la prescrizione di tutti i reati, rigettando la richiesta stessa. La Corte di Strasburgo ha dunque ritenuto che – anche in considerazione della possibilità per i ricorrenti di adire in via autonoma il giudice civile – non la prescrizione del reato *in sé* fosse stata la vera causa impeditiva dell'esercizio dell'azione civile nel processo penale, quanto la stessa inconsistenza della accusa penale.

14. La formula tipo è la seguente: "*La Cour rappelle que la durée raisonnable d'une procédure doit s'apprécier suivant les circonstances de la cause et à l'aide des critères suivants: la complexité de l'affaire, le comportement du requérant, celui des autorités compétentes, et l'enjeu du litige pour l'intéressé*". Superflue, perché sterminate, le possibili citazioni sul punto.

ragionevole"[15]: ma tale generale affermazione è stata poi concretamente mitigata dalla cernita, nelle concrete fattispecie, di quei comportamenti processuali idonei a prolungare in maniera patologica la procedura. Così, nella materia civile – nella quale domina il principio generale secondo cui l'esercizio del diritto ad un esame della causa in un tempo ragionevole è subordinato alla diligenza dell'interessato[16] –, mentre il necessario intervento della parte volto a colmare, su invito del giudice, lacune formali degli atti di parte integra contributo causale rilevante per l'indebito prolungamento dei tempi processuali[17], viceversa, le modificazioni della domanda iniziale, le domande di esonero dalle spese di giustizia, quelle di designazione di un difensore di ufficio (*i.e.* di gratuito accesso alla difesa), di consultazione del *dossier*, di replica alle conclusioni degli esperti[18] non sono stati ritenuti comportamenti "rimproverabili" alle parti. Essi sono infatti espressione di "*une garantie du droit à un procès équitable*" e, pertanto, non possono essere considerati causa di ritardo processuale ascrivibile alla parte.

Più in generale, il problema riguarda il grado di collaborazione richiesto alla parte processuale (nel rito civile) o all'imputato (in quello penale) al fine della rapida definizione della vicenda processuale. In tale prospettiva, la giurisprudenza di Strasburgo – pur nella natura casistica dei propri deliberati – sembra orientata ad esigere una misura di collaborazione in àmbito civilistico maggiore[19] rispetto a quella richiesta all'imputato nel processo penale. Relativamente a tale ultimo contesto, sono state, ad esempio, ritenute cause di ritardo ascrivibili all'imputato l'avere costui richiesto un rinvio del processo esclusivamente per l'interesse difensivo del coimputato o il non essersi presentato, alla vigilia dell'udienza, *à la maison d'arrêt*, per ragioni di salute poi verificate insussistenti[20] o l'essersi dato alla fuga o alla latitanza[21].

Ma, al di là di tali specifiche ipotesi, la Corte ha costantemente affermato, nella materia del processo penale, il fondamentale principio secondo cui l'art. 6, § 1, della Convenzione non richiede una collaborazione attiva dell'interessato con le autorità giudiziarie[22] al fine di contenere la durata di un processo entro i limiti di un termine ragionevole[23]. La Corte, insomma, afferma costantemente che giammai si potrebbe rimproverare agli imputati "di aver tratto pieno vantaggio dalle possibilità loro offerte dal diritto interno" e che dunque la norma convenzionale non può esigere, ai fini del contenimento dei tempi processuali, che la collaborazione dell'imputato si spinga fino al punto di limitare il diritto a difendersi con ogni strategia processuale.

In caso contrario, infatti, si rischierebbe la collisione anche con il diritto "a non essere costretto a deporre contro se stesso od a confessarsi colpevole", sancito dall'art. 14, par. 3, lettera *g*), del Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966, oltre che con la presunzione di innocenza consacrata nell'art. 6, par. 2 della stessa Convenzione.

15. V. *H. c. France*, 24 ottobre 1989, § 55; *Vernillo c. France*, 20 febbraio 1991, n. 11889/85, § 35.
16. V. *Pretto et autres c. Italie*, 8 dicembre 1983, n. 7984/77, § 33.
17. V. *Bejer c. Pologne*, 4 ottobre 2001, n. 38328/97.
18. V. *Bejer c. Pologne*, cit.; *Zawadzki c. Pologne*, 20 dicembre 2001, n. 34158/96.
19. Ad esempio, ritenendo non collaborativa (e, dunque, dilatoria) la mancata o intempestiva produzione della parte di propria documentazione medica ai fini di un accertamento medico-legale (*Martins Moreira c. Portugal*, 26 ottobre 1988, n. 11371/85, § 50). Ma non mancano significativi esempi di segno contrario: nella pronuncia *Sürmeli c. Allemagne,* 8 giugno 2006, n. 75529/01, spec. § 131, la Corte ha ritenuto rilevante in senso negativo il comportamento processuale del ricorrente che, nel corso della procedura principale, aveva: richiesto diciassette rinvii per prospettare proprie osservazioni; ricusato quattro volte i giudici; richiesto più volte la nomina di consulenti e ricusato tre volte quelli nominati; richiesto l'apertura di un procedimento disciplinare nei confronti di uno di essi; concesso oralmente in un'udienza e poi ritirato in quella successiva il proprio consenso per un accordo transattivo della controversia. Ebbene, la Corte ha sì ritenuto che, con tali comportamenti, il requirente ha contribuito a prolungare la durata del processo, ma ha riconosciuto comunque la violazione dell'art. 6, § 1, della Convenzione, affermando che, in ogni caso, risultavano decisivi i ritardi delle autorità giudiziarie preposte.
20. V. *Kemmache c. France*, 27 novembre 1991, n. 12325/86 e 14992/89, § 64.
21. V. *Gelli v. Italy* 19 ottobre 1999, n. 37752/97, § 44 (testo disponibile solo in inglese).
22. La formula, anch'essa divenuta tralaticia con marginali variabili linguistiche, è la seguente: "*Quant au comportement du requérant, la Cour rappelle que l'article 6 n'exige pas des intéressés une coopération active avec les autorités judiciaires*".
23. Si vedano in proposito: *Eckle c. Allemagne*, 15 luglio 1982, n. 8130/78, § 82; *Corigliano c. Italie*, 10 dicembre 1982, n. 8304/78, § 42; *Dobbertin c. France*, 25 febbraio 1993, n. 13089/87, §§ 43 e 44; *Saccomanno c. Italie*, 12 maggio 1999, n. 36719/97, § 24; *P.B. c. France*, 1 agosto 2000, n. 38781/97, §§ 43-46; *Richet c. France*, 13 febbraio 2001, n. 34947/97, § 75; *Jalloh c. Allemagne*, 11 luglio 2006, n. 54810/00, § 97.

In breve, neppure il riferimento ad indiscussi valori oggettivi del processo, quale quello della sua ragionevole durata, potrebbe giustificare la sterilizzazione dei diritti di difesa dell'imputato, *in primis* quello di non contribuire alla propria incriminazione, garantito dallo stesso art. 6 della Convenzione[24]. Non tutti i diritti dell'imputato, pertanto, si collocano sul medesimo piano: esiste una precisa graduatoria di assiologie.

Dunque, i comportamenti dilatori di un imputato nel corso del processo costituiranno un "fatto oggettivo", non imputabile allo Stato nazionale e da poter singolarmente considerare nel computo dei tempi processuali ai fini della durata ragionevole del processo: ma la violazione dell'art. 6, par. 1, della Convenzione non potrà escludersi – è questa l'implicita conclusione della giurisprudenza della Corte – per il solo fatto che l'imputato non abbia collaborato alla velocizzazione del suo processo, risultando pressoché impossibile che il ritardo sia ascrivibile interamente all'attività difensiva.

5 La svolta di Strasburgo: il criterio del "pregiudizio importante" e le sue applicazioni

È di tutta evidenza come, su tali complesse e sistematiche premesse, la giurisprudenza della Corte europea non potesse pervenire né ad ascrivere l'esito processuale della prescrizione all'imputato, né, più in generale, ad annettere rilevanza alcuna alla prescrizione in relazione al danno subìto dall'imputato per l'eccessiva durata del processo. Tale portato, come si accennava, risulta quindi perfettamente in linea con la giurisprudenza nazionale sul punto.

La decisione Gagliano Giorgi in commento ribalta integralmente questa prospettiva: non tanto nelle premesse, quanto nelle conseguenze. Essa, invero, non arriva ad affermare un "obbligo di collaborazione" dell'imputato per la celerità del suo processo, ma attribuisce un diverso valore all'effetto prescrittivo, ritenendolo non più "neutro" come in passato, ma attribuendovi valenza positiva per la sfera di interessi dell'imputato: dunque, idoneo a compensare il danno per le lungaggini processuali. Il problema è che tale soluzione non soltanto sconfessa, negli esiti, tutta la faticosa costruzione giurisprudenziale di cui sopra si è data sintesi, ma finisce anche per tradirne, in qualche modo, le stesse premesse teoriche, per come si dirà.

Prima di tale dimostrazione, tuttavia, è utile porre sotto lente lo strumento "nuovo" di cui la Corte si serve per pervenire a tale risultato, vale a dire il criterio del c.d. "pregiudizio importante": ad esso è infatti dovuto il radicale mutamento che si apprezza tra il precedente assetto giurisprudenziale e la pronuncia in commento.

Il 1° giugno 2010 è entrato in vigore il *Protocollo n. 14 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (del 13 maggio 2004), il cui art. 12 ha modificato il par. 3 dell'art. 35 della Convenzione. In seguito a tale modifica – e per quel che interessa in questa sede – il testo modificato prevede che "*La Corte dichiara irricevibili tutti i ricorsi individuali (…) allorché ritiene: (…) b) che il ricorrente non abbia subito alcun pregiudizio importante, salvo che il rispetto dei diritti dell'uomo garantito dalla Convenzione e dai suoi Protocolli esiga un esame del ricorso nel merito ed a condizione di non rigettare per questo motivo alcun caso che non sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno*"[25].

24. Ciò risulta in piena sintonia con le affermazioni della Corte costituzionale, la quale, nei notissimi passaggi della sentenza n. 317 del 2009 (est. Silvestri), ha, ad esempio, affermato: "(…) il diritto di difesa ed il principio di ragionevole durata del processo non possono entrare in comparazione, ai fini del bilanciamento, indipendentemente dalla completezza del sistema delle garanzie. Ciò che rileva è esclusivamente la durata del «giusto» processo, quale delineato dalla stessa norma costituzionale invocata come giustificatrice della limitazione del diritto di difesa del contumace. Una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti. Un processo non «giusto», perché carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale, quale che sia la sua durata. In realtà, non si tratterebbe di un vero bilanciamento, ma di un sacrificio puro e semplice, sia del diritto al contraddittorio sancito dal suddetto art. 111 Cost., sia del diritto di difesa, riconosciuto dall'art. 24, secondo comma, Cost.: diritti garantiti da norme costituzionali che entrambe risentono dell'effetto espansivo dell'art. 6 CEDU e della corrispondente giurisprudenza della Corte di Strasburgo".

25. In generale, sul Protocollo n. 14 e sulla nuova condizione di ricevibilità, v. U. Villani, *Il protocollo n. 14 alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *La Comunità internazionale*, 2004, p. 487 ss.; O. Pollicino-V. Sciarabba, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte di giustizia nella prospettiva*

La nuova condizione di ricevibilità sancisce dunque l'accertamento di un elemento negativo (inesistenza di "pregiudizio importante") e di due clausole di salvaguardia (secondo l'espressione utilizzata nel *Rapporto esplicativo* al *Protocollo*)[26] ed è finalizzata ad un deflazione dell'immane mole di lavoro da cui è soffocato il giudice di Strasburgo. È la stessa Corte, nelle prime pronunce applicative (compresa quella in commento) del nuovo criterio, ad affermare che esso è il precipitato normativo dell'adagio *de minimis non curat praetor*, introdotto per consentire "di trattare rapidamente le richieste a carattere futile, al fine di potersi concentrare sulla propria missione essenziale, che è quella di assicurare al livello europeo la protezione giuridica dei diritti garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli"[27]. In ragione di tale finalità[28], la ricevibilità del ricorso non consegue *tout court* alla violazione di un diritto, quale che sia la sua "realtà" da un punto di vista strettamente giuridico, ma è piuttosto subordinata all'apprezzamento di "una soglia minima di gravità" idonea a giustificare l'esame da parte di una giurisdizione internazionale[29].

Le applicazioni da parte della Corte del nuovo criterio, in questo primo biennio di vigenza, non sono state numerose e paiono essere state assai prudenti: quasi a testare, con un po' di timidezza, un motore deflativo in realtà assai potente, quindi anche assai pericoloso, se spinto verso il massimo dei giri. La Corte lo ha timidamente avviato innanzitutto su ricorsi bagatellari quanto al pregiudizio economico sofferto dal ricorrente. Così, è stata affermata l'assenza di un "pregiudizio importante" in ipotesi: di mancato rispetto di clausole contrattuali da cui era derivato al ricorrente (che denunciava la non equità della procedura) un danno di 90 €[30]; di mancato versamento al ricorrente da parte dello Stato di somme liquidate da un Tribunale nazionale ed ammontanti a meno di un euro[31]; di omesso versamento di una somma dovuta dallo Stato a titolo di rivalutazione monetaria conseguente a ritardo nel pagamento, somma ammontante a circa 25 €[32]; di una procedura (penale) la cui valutazione di "equità" è stata pretermessa sia in ragione della condanna a 150 € di ammenda (oltre alla diminuzione di un punto di patente) sia in ragione della circostanza che il ricorrente non avesse subito "conseguenze significative sulla sua situazione personale"[33]. In altri casi, tuttavia, il solo modesto pregiudizio economico non è stato ritenuto sufficiente a giustificare l'applicazione del nuovo criterio di ricevibilità. Ciò è avvenuto allorquando la Corte ha ritenuto che la violazione del diritto avesse inciso e compromesso irrimediabilmente il diritto ad un processo equo, come nell'ipotesi di violazione del principio del contraddittorio in una procedura in materia civile[34]; ovvero, nell'ipotesi in cui il ritardo nella definizione di una procedura esecutiva

della giustizia costituzionale, in (a cura di L. Mezzetti), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, II, Padova, 2011, spec. pp. 29-33 del *paper*; e, più di recente, B. Randazzo, *Il giudizio dinnanzi alla Corte europea dei diritti: un nuovo processo costituzionale*, in *AIC-Associazione italiana dei costituzionalisti* (rivista consultabile nell'omonimo sito web), 2011, 4 (data pubblicazione: 29 novembre 2011), spec. pp. 18-19 del *paper*.

26. Secondo O. Pollicino – V. Sciarabba, *La Corte europea*, cit., delle due clausole di salvaguardia, la prima – che fa generico riferimento alle esigenze di rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione – risulterebbe a sua volta "elastica e utilizzabile con una certa discrezionalità dalla Corte", mentre la seconda, pur essendo "minimalista" e "più rigida", sarebbe comunque "non priva di spazi interpretativi d'intervento, anche estensivo" ad opera della Corte. Dunque, la discrezionalità di quest'ultima non risulterebbe, in sostanza, davvero limitata.

27. V. *Stefanescu c. Roumanie*, 12 aprile 2011, § 35; *Giusti c. Italie*, 18 ottobre 2011, n. 13175/03, § 24, oltre che nella pronuncia in commento. Ampi ragguagli sulle tappe preparatorie e sulle finalità delle modifiche apportate, sul punto, dal Protocollo 14 sono contenute nel relativo *Rapporto esplicativo* ai §§ 20-33; per la nuova condizione di ricevibilità, cfr. specificamente i §§ 39 e 77-85.

28. Di allarmante impellenza, considerando che "*il est très probable que le nombre de requêtes individuelles auprès de la Cour continuera d'augmenter, jusqu'à un point où les autres mesures prévues par le présent protocole risquent fort de s'avérer insuffisantes pour empêcher que le système de la Convention ne se trouve totalement paralysé*" (così il Rapporto esplicativo, § 78).

29. *Korolev c. Russie*, 1 luglio 2010, n. 25551/05.

30. *Adrian Mihai Ionescu c. Roumanie*, 1 giugno 2010, n. 36659/04, prima applicazione in assoluto del nuovo criterio di ricevibilità.

31. *Korolev c. Russie*, cit.

32. *Graftoniuc c. Roumanie*, 22 febbraio 2011, n. 30934/05.

33. *Rink c. France*, 19 ottobre 2010, n. 18774/09.

34. *Benet Praha c. Rèpubblique tchèque*, 24 febbraio 2011, n. 33908/04, §§ 132-136 (testo solo in inglese). Come la stessa Corte riconosce nella citata pronuncia (§ 135), questo caso risultava all'apparenza simile, ma in realtà diverso da quello oggetto della decisione *Holub v. Czech Republic*, 14 dicembre 2010, n. 24880/05, nella quale vi era stata declaratoria di irricevibilità, rispetto ad un ricorso incentrato sulla pretesa violazione del diritto al contraddittorio in una procedura svolta dinnanzi alla Corte costituzionale ceca per non avere il ricorrente sofferto un pregiudizio importante ai sensi e per gli effetti del

– pur se relativa a somme esigue – abbia comunque comportato una violazione grave per il cospicuo ritardo della sua definizione[35]; o quando, prescindendo dal valore economico dei beni, il ricorrente avesse fatto valere nella procedura nazionale un pregiudizio legato al valore affettivo e la questione sottoposta ai giudici nazionali costituiva, per lui, "una questione di principio"[36]; o, infine, quando il fatto stesso che la procedura nazionale si sia protratta per oltre quindici anni (indipendentemente dal valore, pure importante della controversia) comprova in sé l'esistenza di un pregiudizio importante[37].

6 Alcune riflessioni sul criterio del "pregiudizio importante"

Come dimostra la breve rassegna che precede, quella relativa al criterio del "pregiudizio importante" è ancora una giurisprudenza sperimentale, lontana da ogni stabilizzazione, aliena – se mai le potrà avere – da possibili direttive in funzione prognostica. È una giurisprudenza che sarà soggetta ad espansione casistica ed incremento quantitativo se prevarrà – come si fa notare dalla più avvertita dottrina[38] – il fine di "alleggerire il ruolo" della Corte europea, quale filtro "a salvaguardia del buon funzionamento del meccanismo di tutela". Ma è un criterio che, fin d'ora, lascia intravedere un'anamorfosi della stessa funzione della Corte e del meccanismo di tutela dei diritti fondamentale dinnanzi ad essa.

Affermare, infatti, che la violazione di un diritto deve attingere una soglia minima di gravità per giustificare l'esame di una giurisdizione internazionale, a prescindere dalla "realtà" della violazione da un punto di vista strettamente giuridico (e, c'è da aggiungere, anche dalla specifica realtà del diritto violato) significa adottare una prospettiva di tipo assiologico-sostanzialistico, che sostituisce integralmente quella giuridico-formale. La Corte cessa di essere giudice di *tutti* i diritti fondamentali in relazione a *tutte* le loro possibili violazioni (dunque, la giustizia comunque del caso concreto, ma di *ogni* caso concreto) e si assegna piuttosto una funzione maggiormente sbilanciata verso l'oggettiva identificazione dei diritti fondamentali e, con essi, delle violazioni più gravi e rilevanti di essi[39]. Non è ancora l'alternativa secca tra giurisdizione "individuale" del caso concreto e giurisdizione (costituzionale?) "dei diritti fondamentali", ma di certo il *trend* è verso quest'ultima.

Non è solo la Corte, infatti, a stabilire in concreto *quale* sia il diritto espresso dalla convenzione, ad "estrarre" cioè dalla genericità della norma il profilo specifico di tutela da essa espressa; e non è solo la Corte a stabilire, come in passato, *cosa* costituisce violazione di quella specifica tutela accordata dal diritto della Convenzione. Ma è pure la Corte ad affermare la *effettiva rilevanza* della violazione che, pur esistente in astratto, può non attingere una soglia di gravità tale da giustificare un esame in sede di giurisdizione internazionale. Emerge, insomma, com'è stato opportunamente notato[40], una sorta di "franchigia" nella giurisdizione dei diritti fondamentali, idonea a spostare "il confine tra ciò che è lecito, o comunque destinato a restare non sanzionato, e ciò che è illecito e concretamente sanzionato, a tutto svantaggio dei singoli e a tutto vantaggio degli Stati".

Guardando, infatti, ai criteri cui tale valutazione si ispira, non ci si può sottrarre

novellato art. 35 § 3, lett. b) della Convenzione. Nel caso *Holub*, infatti, si era affermato che il mero difetto di tempestiva comunicazione al ricorrente delle note depositate dalla altre parti nel corso del processo costituzionale non integrasse un "pregiudizio importante" per la mancata esplicitazione, da parte del ricorrente, di eventuali argomenti o elementi di replica che avrebbe potuto sottoporre alla Corte, rispetto agli argomenti, già oggetto di comune conoscenza tra le parti, affrontati nelle note avversarie.

35. *Gaglione et autres c. Italie*, 21 dicembre 2010, n. 45867/07, §§ 14-19, decisione che, secondo B. Randazzo, *Il giudizio dinnanzi alla Corte europea*, cit., evidenzierebbe, in via generale che "il solo valore patrimoniale del ricorso non è sufficiente a giustificare l'applicazione della condizione" (p. 19).

36. *Giuran c. Roumanie*, 21 giugno 2011, n. 24360/04.

37. *Giusti c. Italie*, cit., § 35.

38. B. Randazzo, *loc. ult .cit.*

39. Su questo punto si focalizza particolarmente la fine riflessione di B. Randazzo nelle pagine del saggio più volte citato, specie in relazione alla dinamica del rapporto con la Corte costituzionale: pp. 35 ss.

40. O. Pollicino-V. Sciarabba, *La Corte europea*, cit., p. 32, da cui è tratta la citazione che segue nel testo.

alla sensazione che, sul punto, la Corte goda di margini di discrezionalità di inusitata ampiezza, anche per una Corte di diritti fondamentali. Invero, secondo questa prima giurisprudenza, il criterio di rilevanza di gravità della violazione si ispira a tre diverse evenienze: a) la natura del diritto che si assume violato; b) la "gravità dell'incidenza della violazione allegata" sull'esercizio del diritto; c) le eventuali conseguenze della violazione sulla situazione personale del ricorrente. Si tratta di elementi (che compongono il criterio) di sterminata latitudine, ciascuno dei quali implicante un apprezzamento fattuale difficilmente suscettibile di valutazione logica. Un discrimine circa la "natura" del diritto asseritamente violato rimanda ad un ordine di gerarchia assiologica difficilmente compatibile con una tavola in cui compaiono, per definizione, "diritti fondamentali". Ora, è ben vero che il diritto a non essere torturati palesi gravità legate alla sua violazione (e relative impellenze di tutela) ovviamente diverse rispetto al diritto alla ragionevole durata di un processo civile di scarsissimo valore economico. Ma, a ben riflettere, tale criterio – se adottato con rigore – risulterebbe *ex se* esaustivo: la *minima* violazione del diritto a non essere torturati non potrebbe mai entrare "in bilanciamento" con *la più grave* delle violazioni in tema di diritto alla durata ragionevole del processo. Sarebbe, insomma, la "natura del diritti" ad essere dirimente al fine di far apparire comunque bagatellari alcune violazioni al cospetto di altre, per lo sfondo su cui esse si innestano.

Questa riflessione apre l'orizzonte sul vero problema del criterio della "soglia minima di gravità", rivelato anche dagli altri due elementi che lo compongono: vale a dire, la natura estremamente relativa ed insopprimibilmente casistica dei criteri medesimi. Allorquando fa riferimento alla "gravità dell'incidenza" della violazione sull' "esercizio del diritto", la Corte non utilizza evidentemente un'endiadi: il giudizio di gravità non è cioè riferito alla violazione *in sé*, ma, appunto, alla sua incidenza sull'esercizio del diritto allegato. Possono cioè prodursi – pare di capire – violazioni anche macroscopiche del diritto vantato, senza che tuttavia esse incidano, in concreto, sul suo effettivo esercizio; e, viceversa, violazioni persino sottili – o talora subdole e criptiche – ben possono incidere in maniera decisiva sull'esercizio del diritto. E' il principio – *mutatis mutandis* – delle nullità processuali innocue. Ma, mentre in quest'ultimo ambito, il criterio assiologico può, in ipotesi, correggere la rigidità formale del sistema chiuso e "tipico", del tutto diverso è un sistema che – prescindendo da ogni aspetto formale e tipico – lega il giudizio di rilevanza della violazione al grado di pregiudizio effettivo nell'esercizio del diritto. Criterio, questo, che oltre ad essere appunto insuscettibile di ogni generalizzazione (e che dunque va ad incrementare ulteriormente la frantumazione casistica della giurisprudenza d Strasburgo), appare di difficile applicazione per diritti che non sono propriamente suscettibili di "esercizio" da parte del titolare di essi, ma che si traducono in specifiche garanzie di tutela di aspettative di diritto. La "ragionevole durata del processo" è uno di questi: è essenzialmente una garanzia, un'aspettativa di chi affronta la giurisdizione nazionale, una "pressione" su quest'ultima, prima ancora che un diritto da esercitare in senso tecnico.

7 Ipotesi su scenari futuri

Tutto ciò, apre a qualche finale considerazione sugli scenari che la pronuncia in commento prospetta nell'àmbito della giurisdizione nazionale.

Innanzitutto, i riflessi sulle pronunce dei giudici nazionali relative alla legge Pinto. Dopo la pronuncia Gagliano Giorgi, non è dubbio che la giurisprudenza nazionale mostra una tutela più intensa in tema di violazione della ragionevole durata del processo rispetto a quella derivante dalla giurisprudenza europea quanto alle ipotesi di estinzione per prescrizione del reato. Poco male, si potrebbe obiettare: in materia di tutela dei diritti umani, la protezione multilivello dei diritti impone il principio ermeneutico della prevalenza della fonte che conferisce la tutela più intensa, in questo caso, la fonte nazionale. Si tratterebbe, insomma, della più classica delle applicazioni del principio di sussidiarietà e, precisamente, dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

europea[41]. Il che significa che "la Carta non [può] mai determinare un'interpretazione restrittiva dei diritti garantiti nei diversi ordinamenti che, nel sistema cosiddetto multilivello di tutela, sono contemporaneamente applicabili"[42]. D'altra parte, allo stesso risultato – quello cioè di privilegiare l'interpretazione che conferisca la tutela più intensa del diritto fondamentale – si potrebbe pervenire attraverso l'insegnamento della Corte costituzionale relativo al principio della "massima espansione delle garanzie" (sentenza n. 317 del 2009), secondo cui non sarebbe conforme a Costituzione "un diritto di origine convenzionale che, pur non essendo in contrasto con alcuna singola norma costituzionale, provocasse, una volta entrato in bilanciamento con gli altri diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione italiana, una diminuzione complessiva delle garanzie già apprestate dall'ordinamento interno"[43]. Come dire, con le parole della Consulta, che il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa.

Ma questa generale prospettiva – che escluderebbe ogni incidenza della pronuncia Gagliano Giorgi sulla più intensa tutela che la giurisprudenza nazionale assicura in casi analoghi – non pare tuttavia interamente applicabile alla disciplina della legge Pinto. Va infatti ricordato che l'art. 2 della legge n. 89 del 2001 sancisce il diritto all'equa riparazione per il danno patrimoniale o non patrimoniale quale effetto diretto "di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (…) sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione".

La violazione dell'art. 6, § 1, della Convenzione è cioè il precetto direttamente evocato dalla norma nazionale: quello (ma solo quello) la cui violazione genera il danno. La norma convenzionale, cioè, nel sistema della legge Pinto, non è *un* parametro di riferimento: è essa stessa la fonte dell'obbligo, dunque, la misura dell'eventuale violazione. Ne discende che, se non è ravvisabile una sostanziale violazione della norma allorquando la prescrizione del reato "compensa" la lungaggine del processo, allora anche tale precetto vien meno anche a livello della normativa nazionale. Nel sistema della legge Pinto, insomma, il danno consegue direttamente dalla violazione della norma convenzionale, senza ulteriore mediazione normativa. Ora, poiché le norme pattizie vivono esclusivamente attraverso la «funzione interpretativa eminente che gli Stati contraenti hanno riconosciuto alla Corte europea»[44], la lettura da parte di quest'ultima circa la "non violazione" sostanziale di una norma convenzionale per mancanza di "pregiudizio importante" sembrerebbe destinata a chiudere la partita. Si vuol dire che, da oggi in avanti, a fronte di un processo irragionevolmente lungo, ma conclusosi con la declaratoria di prescrizione (a cui l'imputato non ha rinunciato), ben difficilmente il giudice nazionale potrebbe trascurare il criterio dell'assenza di un "pregiudizio importante".

Si è detto "ben difficilmente": *et non pour cause*. Invero – ed è questo il punto davvero problematico degli effetti della pronuncia – benché la Corte di Strasburgo, nella pronuncia in commento, abbia enunciato una specifica *ratio decidendi* e non un mero *obiter dictum*, è in teoria possibile enucleare un certo "margine di apprezzamento" per il giudice nazionale per casi simili, ancorché non sovrapponibili, a quello già deciso da Strasburgo.

Si vuol dire che la peculiarità che caratterizza la giurisprudenza CEDU sta pur sempre "nell'ancorare il *dictum* di una sentenza (…) alla particolare fisionomia degli atti di

41. Secondo il disposto del quale «Le disposizioni della Carta non possono essere interpretate come limitative o lesive dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo campo di applicazione, dal diritto UE, dal diritto internazionale e dalle Costituzioni degli Stati membri»

42. Così efficacemente, *ex multis*, C. Favilli, *Il principio di sussidiarietà nel diritto dell'Unione europea*, in *Arch. giur.*, 2011, 3, p. 282.

43. V. – anche qui *ex multis* – E. Lamarque, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010, 7, p. 955.

44. Secondo il famoso passaggio della sentenza n. 348 del 2007 della Corte costituzionale.

causa, che è il cuore della distinzione tra precedente secondo la tradizione del *Common Law,* e precedente in senso debole, secondo la tradizione di *Civil Law*"[45]. E' ben vero, insomma, che il precedente del "pregiudizio importante" costituirà un criterio ermeneutico fortemente condizionante (conformante?) per il giudice nazionale: ma esso non potrà tuttavia strutturarsi quale precedente assoluto, proprio in quanto ancorato alla particolare ed irripetibile natura degli atti di causa. Il giudice nazionale, cioè, ben potrebbe ritenere importante il pregiudizio subito dal ricorrente in ordine alla durata del processo anche in ipotesi di estinzione del reato per prescrizione, qualora le concrete circostanze della vicenda giudiziaria ne segnalassero l'assoluta peculiarità. Insomma, una sorta di "*clear and presente danger test*", sul modello della Corte Suprema americana, fondata esclusivamente su *factual question*[46]. Certo – è da riconoscerlo – si tratterà di ipotesi davvero remote (una volta si sarebbe detto: di scuola), perché è invece ampiamente prevedibile che il giudice nazionale utilizzerà il precedente di Strasburgo per escludere, senza troppe sottigliezze, la sussistenza del danno da processo irragionevolmente lungo nel caso di dichiarata prescrizione del reato. Con il che, tuttavia, la prescrizione stessa si porrà comunque quale causa di oggettiva preclusione, sia in sede nazionale che internazionale, alla valutazione del decorso temporale del processo, con una connotazione, insomma, sempre e comunque di *beneficio compensativo*, che ridonda a vantaggio dell'imputato. Il che è una lettura impegnativa per l'istituto della prescrizione.

Il problema è più generale e riguarda il diverso ruolo della Corte EDU non più "giudice della violazione", ma, innanzitutto, "della *rilevanza* della violazione" del diritto fondamentale. Se applicata al processo penale, questa nuova prospettiva – com'è intuibile – apre variegate e suggestive quinte di scena.

Ma questa – come direbbe Moustache, il barista filosofo del genio di Billy Wilder – è un'altra storia.

45. A. Guazzarotti, *Uso e valore del precedente CEDU nella giurisprudenza costituzionale e comune posteriore alla svolta del 2007*, relazione al Seminario di studi: "*La CEDU tra effettività delle garanzie e integrazione degli ordinamenti*", Università degli studi di Perugia, Facoltà di Giurisprudenza, 17 novembre 2011, p. 2 del *paper*: saggio di notevole suggestione.

46. Traggo lo spunto da A. Guazzarotti, *loc. ult. cit.* che cita R. Bin, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992, p. 123.

Vico Valentini

ARTICOLO SOTTOPOSTO A PEER REVIEW

Legalità penale convenzionale e obbligo d'interpretazione conforme alla luce del nuovo art. 6 TUE

Euroscetticismo, euroentusiasmi e tutela dei diritti fondamentali, oggi

Sommario

1. Rango ed efficacia della normativa convenzionale. 2. Euroentusiasmo «all'italiana» (moderato, opportunista) ed eurocentrismo olistico (integralista, *taliban*). 3. *The dark side of the moon*: euroscetticismo e tensioni giuridico-culturali. 3.1 Ermeneutica vittimo-centrica e prevenzione generale «sistemica». 3.2. Corte europea e terrorismo politico-razionale (e nazionale) *ante* 2001. 3.3. Il divieto di retroattività occulta e l'obbligo di stretta interpretazione. 4. Concludendo.

1 Rango ed efficacia della normativa convenzionale

È una zona d'ombra che si può decidere di non illuminare[1], una realtà aggirabile con artifizi argomentativi[2], ma si tratta pur sempre di coperte troppo corte: le disposizioni

1. Come ad es. ha fatto la Consulta partorendo la "prima gemella" (Corte cost., sent. n. 348/2007, in *www.giurcost.org*), allorché, dopo aver ribadito che, rispetto alla normativa «scrittovivente» convenzionale, non è «individuabile [...] alcuna limitazione di sovranità» e, perciò, non funzionano i principi di *primauté* e diretta efficacia *ex* art. 11 Cost. (§ 3.3.); e dopo aver confermato il dato, altrettanto innegabile, che quella normativa non rientra neppure nell'ambito di operatività dell'art. 10 co. 1 Cost. (§ 3.4.), ha chiarito che le disposizioni della Convenzione EDU, nell'interpretazione datane dalla Corte strasburghese, penetrano il tessuto *sub*-costituzionale attraverso l'art. 117 co. 1 della Carta fondamentale. Perciò, qualora il giudice comune non riesca ad appianare il conflitto fra disciplina convenzionale e disciplina nazionale in via interpretativa, dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale (§§ 4.3.-4.5.). Tutte verità tecnico-giuridiche difficilmente contestabili, certo, esattamente come l'affermazione secondo cui «[c]on l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un ordinamento più ampio, di natura sopranazionale, cedendo parte della sua sovranità [...] con il solo limite dell'intangibilità dei principi e dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione. La Convezione EDU, invece, non crea un ordinamento giuridico sopranazionale e non produce quindi norme direttamente applicabili negli Stati membri». Ci chiediamo, però: e se la normativa convenzionale viene innestata dentro al sistema comunitario, dentro a quello "ordinamento giuridico sopranazionale"? In questo caso, ed a prescindere dalla circostanza, a questi fini del tutto irrilevante, che quell'innesto avvenga *de facto* (ossia in via giurisprudenziale, com'è stato per circa quarant'anni: cfr. per es. Tatham, *EC Law in practice: a Case-Study Approach*, Budapest, 2006, 24 ss.; Rohleder, *Grundrechtsschutz im europäiscen Mehrebenen-System*, Baden-Baden. 2009, 365 ss., 376 s.), oppure *de iure* (ossia in base ad una regola positivizzata, come avviene oggi in forza del nuovo art. 6, co. 3, TUE), è davvero possibile negare la "comunitarizzazione" del diritto europeo dei diritti umani? La Corte nulla dice in proposito, "dribblando" elegantemente la questione.

2. Nella seconda *tranche* del "parto gemellare" (Corte cost., sent. n. 349/2007, in *www.giurcost.org*), invece, la Consulta affronta *ex professo* il problema della "comunitarizzazione" della normativa CEDU (per l'antefatto, v. retro nt. 1). Dopo aver riproposto il consueto sistema di «varchi costituzionali» alla disciplina sovranazionale (l'art. 10 per il diritto internazionale consuetudinario e il diritto internazionale pattizio che lo "cristallizza"; l'art. 11 per il diritto UE; e l'art. 117 per il restante diritto internazionale pattizio: § 6), infatti, la Corte precisa che, nonostante siano quarant'anni che la Corte di Giustizia afferma essere la normativa CEDU parte dei principi generali di diritto comunitario (ossia autentico diritto comunitario originario), e nonostante tale *case law* sia stata recepita nell'art. 6 TUE, non sarebbe comunque possibile far «valere in maniera indiretta» il parametro *ex* art. 11 Cost. (§ 6.1.). Non che il diritto «scrittovivente» CEDU, nell'ottica del Giudice delle leggi, sia utilizzabile solo in funzione argomentativa, dal momento che il nuovo art. 117, co. 1, Cost., ha conferito ad esso un rilievo *sub*-costituzionale autonomo (§§ 6.1.1. ss. Conf. Corte cost., sent. 236/2011, in *www.giurcost.org*, § 11); tuttavia, l'art. 11 Cost. e, quindi, pure il meccanismo della paralisi-disapplicazione, riguarderebbero esclusivamente la disciplina unionista. Ciò per svariate ragioni, alcune delle quali davvero poco convincenti: perché il Consiglio d'Europa è una realtà «giuridica, funzionale e istituzionale distinta dalla [...] Unione europea»; perché «il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri, non essendovi in questa materia una competenza comune [...], è un rapporto variamente ma saldamente disciplinato da ciascun ordinamento nazionale»; perché in punto di diritti fondamentali non sarebbero comunque pensabili limitazioni di sovranità; perché le disposizioni convenzionali e le sentenze della Corte europea non investono immediatamente la posizione di individui, ma si rivolgono a Stati (e il neonato "diritto" di richiedere la revisione del giudicato *ex* art. 630 c.p.p. nel caso di condanna della Corte europea? Più "individuale" e "immediato" di così...); e perché comunque, si faccia bene attenzione, i principi generali di diritto comunitario-normativa CEDU rilevano esclusivamente rispetto a fattispecie alle quali tale diritto sia applicabile, "ma non è il nostro caso". Auto-contraddizioni a parte, è come dire: possiamo pure ammettere, tutto sommato, che la normativa convenzionale è diritto comunitario *stricto sensu* inteso (rientrerebbe "in teoria" nell'art. 11 Cost...); tuttavia, il caso specifico esula dal campo di applicazione dello *jus commune* (...ma, *hic et nunc*, il problema non si pone). Davvero un ombrello buono per tutte le stagioni, se solo si pensa che, tornando sul punto successivamente al vigore del trattato portoghese (Corte cost., sent. 80/2011, in *www.giurcost.org*), la Consulta finisce per convenire sul fatto che la normativa CEDU, che in precedenza «non assumeva rilievo come tal[e]», costituisce una vera e propria fonte del diritto UE, e ciò sia in forza al novellato art. 6 co. 3 TUE (§ 5.2.), sia in forza della clausola *ex* art. 52 co. 3 della Carta di Nizza, a sua volta comunitarizzata (§ 5.4.); ciò

della Convenzione EDU (il catalogo...), nell'interpretazione datane dalla Corte europea (...i contenuti, l'estensione e la gerarchia dei diritti convenzionali), sono diritto europeo-comunitario. L'art. 6, co. 3, TUE, nella versione *post*-Lisbona, lascia ben pochi dubbi al riguardo:

> «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali [...], fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali».

Non che prima fosse sostanzialmente diverso, intendiamoci.

Sono oltre quarant'anni che la Corte di Giustizia UE, di fronte all'*aut-aut* dei nostri giudici costituzionali, si prodiga per rimediare all'originario silenzio dei Trattati istitutivi [3], i quali, quando evocavano una qualche libertà fondamentale (es. artt. 12, 39, 141 TCE), ne funzionalizzavano la tutela a logiche economico-mercantilistiche[4]; e sono circa quarant'anni che il Tribunale di Lussemburgo, per implementare e dotare di contenuto la macro-categoria di diritto comunitario deputata ad ospitare i diritti umani (principi generali di diritto comunitario, *general principles of EC law*), si serve principalmente, se non proprio esclusivamente, della normativa convenzionale. Il diritto «scrittovivente» CEDU, insomma, non è mai stato davvero una mera fonte di conoscenza. O meglio, lo è stato "dal punto di vista" dei giudici lussemburghesi, i quali, non disponendo di un documento comunitario *ad hoc,* s'ispirarono ai colleghi di Strasburgo; una volta che quelle *sources of inspiration* venivano «riversate» nel sistema attraverso la macro-categoria, però, ne acquisivano giocoforza, e automaticamente, il rango[5].

Da questo punto di vista, dunque, il trattato portoghese si limita a formalizzare un rinvio-innesto "mobile" che, in via giurisprudenziale, avviene costantemente e sistematicamente da decenni[6]: la normativa convenzionale *continua* a far parte dei principi generali dell'ordinamento europeo-comunitario, e quei principi *continuano* ad essere una categoria di diritto giurisprudenziale (*unwritten...*) comunitario originario (*...and primary law*). L'unica e, agli effetti pratici, non lieve differenza è che oggi, diversamente da ieri, il "transito" del diritto europeo dei diritti umani nell'ordinamento unionista avviene *de iure* e «automaticamente» (in base ad una regola positivizzata di rango

nonostante, affinché le norme sovranazionali poste a tutela dei diritti fondamentali (la CEDU, ma anche la Carta UE) possano rilevare *ex* art. 11 Cost. (e cosa significa, questo, se non che la normativa convenzionale è "in teoria" diritto comunitario?), è essenziale che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice rientri nel campo d'applicazione del diritto UE (inerisca cioè ad atti dell'Unione, ad atti nazionali che implementano l'azione dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte dagli Stati per una misura nazionale altrimenti incompatibile col diritto UE: §§ 5.4. ss.). E nel caso di specie, guarda caso, «tale presupposto difetta: la stessa parte privata, del resto, non ha prospettato alcun tipo di collegamento tra il thema decidendum del giudizio principale e il diritto» unionista (§§ 5.4. e 5.5.). Lo "statuto di efficacia domestica" della normativa CEDU (*EU unwritten primary human rights law*) e della Carta di Nizza (*EU written primary human rights law*), insomma, è identico: pure la seconda, per ricevere applicazione diretta e, quindi, "pietrificare" la confliggente disciplina domestica, deve riguardare materie disciplinate dal diritto UE.

3. Cfr. ad es. Darmon, *La prise en compte des droits fondamentaux par la Court de justice des Communautés européennes*, in Delmas-Marty (cur.), *Vers un droit pénal communautaire?*, Paris, 1995, 23 ss.; Betten/Grief, *EU law and human rights*, London-New York, 1998, spec. 53 ss., 124 ss.; Arnull, *The European Union and its Court of Justice*, Oxford, 1999, 190 ss

4. Sempre ammesso, ma non concesso, che l'interprete comunitario non abbia poi finito per cavalcare, oggi come ieri, le medesime logiche: in questo senso, v. ad es. Fischer-Lescano/Möller, *Europäische Grundrechte und die Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa,* in Fischer-Lescano/Rödl/Schmid (cur.), *Europäische Gesellschaftsverfassung. Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa,* Baden-Baden, 2009, 353 ss., 365 ss.; Wiethoff, *Das konzeptionelle Verhältnis von EuGH und EGMR,* Baden-Baden, 2008, spec. 19 ss. Un affresco assai istruttivo dei (numerosi) punti di frizione fra la *case law* della Corte EDU (protesa alla protezione dei diritti fondamentali) e la giurisprudenza della Corte di giustizia UE (che invece ri-visita quei diritti in funzione dell'integrazione economico sociale), anche in Busch, *Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention für den Grundrechtsschutz in der Europäischen Union,* Baden-Baden, 2003, spec. 128 ss. Del resto, per convincersi di come il sistema unionista, scritto ma anche vivente, "prioritarizzi" l'integrazione economica alla tutela dei diritti fondamentali, basta una ricognizione della *attuale* disciplina comunitaria in punto di tutela dei consumatori: tanto le regole "costituzionali" positivizzate (art. 12 TFUE; art. 169 TFUE, specie nel richiamo all'art. 114), quanto la giurisprudenza della Corte (v. ad es. CGUE, 9.9.2003, C-231/01; C-239/02, tutte consultabili in *http://curia.europa.eu*), infatti, chiariscono che misure di tutela dei diritti (più e meno) fondamentali dei consumatori-vittime vulnerabili possono essere adottate solo se, e solo quando, ciò migliori al contempo il funzionamento del mercato e il gioco della libera concorrenza: sul punto, fra gli altri, v. Defalque, *Vers un plus grande cohérence dans la protection du consommateur?*, in De Malsche/Levi (coord.), *Mélanges en hommage à Geoges Vandersanden. Promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, 2008, 461 ss.

5. Sul punto, fra i molti, Ehlers (cur.), *European fundamental rights and freedoms*, Berlin, 2007, 11 ss.; Pustorino, *Sull'applicabilità diretta e la prevalenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano,* in *RIDU,* 1995, 97 ss.

6. *Retro,* nt. 1.

"costituzionale"...), anziché *de facto* e «volta per volta» (...anziché grazie allo "attivismo" dell'interprete).

Ora, la circostanza che normativa CEDU, *ora come allora*, sia autentico diritto comunitario (anzi, ad esser precisi *Primarrecht* della "nuova" Unione Europea)[7], implica, fra le altre, due conseguenze:

1) *dal punto di vista sistemico*, ciò spiega perché l'art. 6, co. 1, TUE, che trasforma la Carta di Nizza (proclamazione 7.12.2000, *maquillage* 12.12.2007) in *written primary law*, attribuendo al documento lo stesso valore giuridico dei Trattati, non stravolge l'architettura UE in punto di tutela dei diritti umani: se prima erano riconosciuti nel diritto non scritto, ora lo sono, con un «curioso raddoppiamento», anche in quello scritto[8]. *Ma sempre di diritto comunitario originario stiamo parlando*. Il Trattato di Lisbona, insomma, non ri-qualifica il rango dei diritti fondamentali dentro al sistema dell'Unione.

2) *dal punto di vista del rapporto fra sistemi,* tutto quanto il diritto comunitario, pure quello non-scritto, *dovrebbe* soggiacere ai principi di prevalenza e diretta efficacia. Scenario scontato, questo, per il diritto positivizzato auto-applicativo (e per relativa interpretazione «autentica»), che in materia penale non esiste quando la *primauté* ridondi a sfavore del reo[9], ed esiste eccome, persino oltre il giudicato[10], là dove produca effetti favorevoli; e scenario non nuovo neppure per il «diritto giurisprudenziale dei principi», visto che la CGUE, in diverse occasioni, ha chiarito che la "sua" interpretazione/ricostruzione di un principio generale comunitario *prevale* sulla *diversa* interpretazione/ricostruzione del *corrispondente* principio domestico, quand'anche a pronunciarsi sia stato il Giudice delle leggi[11]. Il tutto sempre che, ovviamente, tale prevalenza ridondi *in bonam partem*.

> Esempio: qualora, nell'includere il diritto-principio di retroattività della *lex mitior* fra i principi basici dello *ius commune,* la Corte di giustizia ne avesse affermato l'imponderabilità/inderogabilità (cosa che non ha fatto), oppure ne avesse esteso il raggio di copertura sino a comprendere certe regole processuali (cosa che ha fatto, quattro anni dopo, la Corte EDU), avremmo potuto servirci della *primauté* comunitaria per "far transitare" nel sistema domestico una tutela "rafforzata" di quel diritto-principio, che da noi è considerato derogabile e non copre l'evoluzione di norme processuali[12].

Tutto ciò, tradotto in termini positivo-costituzionali, significa che la "normativa CEDU-principi generali comunitari" *dovrebbe* penetrare il tessuto *sub*-costituzionale già attraverso l'art. 11 Cost. (prevalenza e diretta efficacia; disapplicazione *case by case* con sindacato diffuso d'illegittimità europeo-costituzionale), anziché attraverso l'art. 117 Cost. (sindacato centralizzato d'illegittimità europeo-costituzionale).

Cosa che però, come dicevamo poc'anzi[13], la Consulta persiste nel rifiutare, affermando che la normativa CEDU deve continuare a servirsi della «porta» *ex* art. 117 Cost.

Sia come sia, sta di fatto che tanto le norme UE (quelle *self executing*), quanto il diritto convenzionale (oltre che quello unionista non autoapplicativo), prima di paralizzare

---

7. Cfr. Stricker, *Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention und der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen für den Grundrechtsschutz der Europäischen Union,* Frankfurt a. M., 2010, 117 ss.; Munding, *Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz im Rechtssystem der Europäischen Union,* Berlin, 2010, 150 ss., 164 ss.; Stock, *Der Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention als Gemischtes Abkommen?,* Hamburg, 2010, 113 ss.

8. Così, pressoché testualmente, Grosche, *Die Grundrechte,* in Marchetti/Demesmay (cur.), *Der Vertrag von Lissabon. Analyse und Bewertung,* Baden-Baden, 2010, 111 ss., 119, il quale, a proposito dell'art. 6, co. 3, TUE, parla di una mera conferma (*Bekräftung*) del rango di *Primarrecht* europeo-comunitario della normativa «scrittovivente» convenzionale.

9. Molto chiari, sul punto, Insolera/Manes, *La sentenza della Corte di giustizia sul «falso in bilancio»: un epilogo deludente?,* in *CP,* 2005, 2768 ss., 2775.

10. Cfr. ad es. gli effetti di "disapplicazione generalizzata" innescati da CGUE, Sez. I, 28.4.2011, El Dridi, consultabile in *http://curia.europa.eu*. In argomento, mi permetto di rinviare a Valentini, *Diritto penale intertemporale. Logiche continentali ed ermeneutica europea*, Milano, 2012, 402 ss., ivi anche per gli essenziali riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

11. Manes, *L'applicazione retroattiva della pena più mite: prove di dialogo* multilevel, in *QC,* 2/2007, 374 ss., 377.

12. In argomento, sia consentito rinviare ancora a Valentini, *Diritto penale intertemporale*, cit., 217 ss., 222 ss., 234 ss.

13. *Retro,* spec. nt. 2.

l'applicazione (*ex* art. 11 Cost.) o rendendere giustiziabile (*ex* art. 117 Cost.) la confliggente disciplina domestica, s'impongono al giudice penale quali parametri ermeneutici.

Con una significativa differenza, però: la normativa unionista, per poter "prevalere" e per poter orientare l'interpretazione, non deve compromettere i diritti fondamentali e i principi supremi dell'ordinamento costituzionale (cd. controlimiti); la normativa convenzionale, invece, per poter funzionare da parametro interposto e per poter orientare l'interpretazione, deve superare un *test* decisamente più duro: *a*) dev'essere coerente con *tutti* i principi costituzionali, non solo con quelli basici (cd. controlimiti "allargati")[14], e *b)* deve assicurare un livello di tutela *maggiore* di quello garantito nell'ordinamento interno[15].

Eccesso di premure? Xenofobia giuridico-culturale? Probabilmente no, anzi: è acquisita consapevolezza di «diversità convenzionali» da cui schermare il sistema interno. Proviamo a vedere perché.

2

Euroentusiasmo «all'italiana» (moderato, opportunista) ed eurocentrismo olistico (integralista, *taliban*)

È innegabile che la Corte EDU ci regali, peraltro piuttosto spesso, *inputs* individualgarantisti assai significativi, ossia proposte interpretative capaci di amplificare i presidi della giustizia penale liberale: dalle aperture in punto di giudicato (ad es. i casi "Cat Berro" e "Dorigo")[16] alla ri-qualificazione giuridica del fatto (penso al "caso Drassich")[17]; dalla nozione onnivora di pena (ad es. il "caso Sud Fondi")[18] a quella sostanziale di materia punitivo-penale[19], passando per la consacrazione (tardiva e anomala, ma meglio tardi che mai) di un diritto fondamentale alla retroattività delle modifiche migliorative che «aggancia» anche *leges intermediae* e norme processuali "con effetti sostanziali"[20].

Da questa prospettiva, chi non guarderebbe all'Europa con entusiasmo?

Tuttavia, il sistema con cui ci tocca dialogare non è solo questo. *È anche molto altro.*

Non che la corrente di pensiero euro-euforica "moderata" non ne sia cosciente; esistono terreni, infatti, su cui il dialogo non è né sarà mai possibile: quello degli obblighi positivi[21], per esempio, e quello dell'ermeneutica di lotta [22], del giudice, cioè, chiamato ad abbandonare "anacronistiche" posizioni di equidistanza ed a praticare interpretazioni "evolutive" (ampliative per le incriminazioni, restrittive per le disposizioni di favore)

14. L'azzeccata formula è di Giupponi, *Corte costituzionale, obblighi internazionali e "controlimiti allargati": che tutto cambi perché tutto rimanga uguale?,* in *www.forumcostituzionale.it*; sul punro, cfr. ad es. Corte cost., sent. n. 348/2007, cit., § 4.7.; Corte cost., sent. n. 311/2009, in *www.giurcost.org*, § 6; Corte cost., sent. n. 80/2011, § 2.

15. Cfr. Corte cost., sent. n. 349/2007, cit., § 6.2.; Corte cost., sent. n. 311/2009, cit., § 6; Corte cost., sent. n. 317/2009, in *www.giurcost.org*, § 7. Da questo punto di vista, perciò, è corretto affermare che fra i diritti fondamentali catalogati nella Costituzione e i diritti convenzionali non intercorre una relazione gerarchica, ma un rapporto di virtuosa coesistenza (*Nebeneinander*), in quanto, nel caso di una «divergenza contenutistica» fra gli uni e gli altri, l'art. 53 Conv. EDU comanda di preferire il sistema in cui essi ricevono una maggior tutela (*höheres Schutzniveau*): v. per es. Albers, *Verfassungsgerichtsbarkeit und der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte*, in Erbguth/Masing (cur.), *Verfassungs-und Verwaltungsgerichtsbarkeit im Mehrebenensystem*, Stuttgart, 2008, 51 ss., 54.

16. In argomento, v. De Matteis, *Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e giudicato penale: lo stato della questione,* in Aa.Vv., *La tutela dei diritti e delle libertà nella CEDU,* in *GMer,* 2008, suppl. n. 12, 152 ss.

17. Sul punto, fra gli altri, G. Abbadessa, *L'accelerazione dei rapporti tra Cedu e processo penale: la sentenza Drassich c. Italia della Corte europea sulle modifiche in diritto dell'accusa e le risposte del giudice nazionale*, in *Ius17@unibo.it,*, 1/2009, 45 ss.

18. Cfr. da ultimo Fr. Mazzacuva, *L'interpretazione evolutiva del* nullum crimen *nella recente giurisprudenza di Strasburgo,* in Manes/Zagrebelsky (cur.), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano,* Milano, 2011, 411 ss.

19. Riferimenti a iosa in Manes, sub *Art. 7/1 Cedu,* in Bartole/De Sena/Zagrebelsky (cur.), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo,* Padova, 2011, 17 ss.

20. Sul "caso Scoppola" v. ad es. C. Pecorella, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo (parte II),* in *RIDPP,* 2010, 397 ss.; Gambardella, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole,* in *CP,* 2010, 2020 ss.

21. Cfr. G. Abbadessa, *Il nuovo rango (*sub-*)costituzionale della Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: riflessi sul diritto e sul processo penale domestico*, in *Ius17@unibo.it,* 2/2008, 399 ss.

22. La formula è di Donini, *Diritto penale di lotta*. Ciò che il dibattito sul diritto penale del nemico non deve limitarsi a esorcizzare, in *SQC*, 2/2007, 55 ss., spec. 74 ss.; cfr. anche, più di recente, Id., *Le logiche del pentimento e del perdono nel sistema penale vigente*, in Brunelli (cur.), *Studi in onore di Franco Coppi*, Torino, 2011, 871 ss., ove si sottolinea come la magistratura giudicante, quando raccoglie il programma politico di lotta attraverso l'interpretazione estensivo-analogica delle incriminazioni, trasformi la lettura delle figure criminose e la stessa pena applicata in uno strumento di prevenzione generale-*deterrence*.

in nome della sicurezza dei diritti della comunità delle *virtual victims*[23].

E' la nostra consapevole "parzialità", dunque, che ci consente di guardare al sistema convenzionale come a un luogo in cui pescare modelli da importare, quasi fosse un frutto esotico prelibatissimo, che però, per metà, è già guasto[24]; la stessa consapevolezza, insomma, che traluce dal saggio *triage* che la giurisprudenza anche costituzionale svolge costantemente, cavalcando le indicazioni delle Corte europea per estendere il principio di irretroattività *sfavorevole* a misure ablative reali[25], per potenziare le garanzie processuali *dell'accusato*[26], per consentire di ridiscutere giudicati[27] o pseudo-giudicati[28] *di condanna*, e via discorrendo.

L'uscio del sistema domestico, dunque, va certo aperto, ma tenendo sempre una mano sul pomello: lasciando entrare solo ciò che calza sulla «logica reocentrica» che innerva la giustizia penale continentale, e che, tutto sommato, è imposta dal diritto penale costituzionale vetero-democratico.

Non che il penale, da noi, non serva per difendere la società; anzi, esiste ed è più vitale che mai uno strumentario preventivo-promozionale *attraverso* cui tutelare beni e diritti di vittime. Visto che, però, non siamo a Londra o Manchester, *come invece pare idealmente auto-collocarsi la Corte europea*[29], dobbiamo sempre rammentare che, nell'adempiere la sua missione collettivo-garantista, il "nostro penale" incontra limiti formalizzati e anelastici.

Perciò, a coloro che spalancano l'uscio alla normativa convenzionale e, quindi, anche alla logica punitivista del giusdicere che l'attraversa[30], non resta che ricordare che l'unico "giudice di scopo" che tollera il diritto penale costituzionale continentale è quello che *diminuisce* la sofferenza che la pena reca con sé, *anziché accrescerla* in nome della tutela dei beni e dei "cittadini onesti"[31]. Del resto, l'approccio vittimo-centrico ed "effettivistico" che la Corte chiede ai giudici domestici non è limitato a far giustizia degli abusi commessi da agenti statali o poliziotti troppo zelanti: *non è solo Bolzaneto, insomma*.

Ma tant'è; come ogni buon bicchiere mezzo vuoto, lo si può vedere anche mezzo pieno.

---

23. Su questa tendenza ermeneutica della Corte EDU v. ad es. Manes, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea e i nuovi "vincoli" per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno,* in Manes/Zagrebelsky (cur.), *La Convenzione europea,* cit., 1 ss., 49 ss., 52 ss.; nonché Valentini, *Le garanzie liberali e il protagonismo delle vittime. Uno schizzo sistemico dell'attuale giustizia penale europea,* in *Ius17@unibo.it*, 1/2011, 77 ss., 81 s., a cui mi permetto di rinviare.

24. In argomento, sia consentito rinviare ancora a Valentini, *Diritto penale intertemporale,* cit., spec. 87 ss.

25. Cfr. Cass., III, 24.9.2008, in *CP,* 2009, 3417 ss., con nota di Fr. Mazzacuva; Corte cost., sent. n. 196/2010, *ivi,* 2011, 70 ss., con nota di Manes.

26. Corte cost., sent. n. 317/2009, cit., ove peraltro la Consulta, con una presa di posizione estremamente significativa, lascia intendere che il riferimento alla normativa CEDU deve tradursi in un ampliamento dei diritti fondamentali *dell'accusato/reo*. Censurando la disciplina del processo contumaciale, infatti, la Corte costituzionale precisa che «[...] il diritto di difesa e il principio di ragionevole durata del processo *non possono* entrare in comparazione [...] Una diversa soluzione introdurrebbe una contraddizione logica e giuridica all'interno dello stesso art. 111 Cost., che da una parte imporrebbe una piena tutela del principio del contraddittorio e dall'altra autorizzerebbe tutte le deroghe ritenute utili allo scopo di abbreviare la durata dei procedimenti. Un processo "non giusto", perché carente sotto il profilo delle garanzie, *non è conforme al modello costituzionale, quale che ne sia la durata*» [corsivi aggiunti]. In parole più semplici: il "principio di ragionevole durata" va comunque concepito come una garanzia per l'accusato, *non già come una regola funzionale alla "pronta" tutela dei diritti-interessi delle vittime*.

27. Ci si riferisce, ovviamente, a Corte cost., sent. n. 113/2011, fra l'altro in *www.giurcost.org*, con cui la Corte ha dichiarato la parziale illegittimità dell'art. 630 c.p.p., per contrasto con l'art. 117 Cost., «nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire l'apertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, paragrafo 1, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo».

28. Cfr. SSUU, n. 18288/2010 (dep. 13.05.2010), Beschi, reperibile in *www.cortedicassazione.it*. Sul dirompente significato culturale e sistemico della pronuncia, sia con riguardo al sistema delle fonti, sia con riguardo ai (connessi) profili intertemporali, v. da ultimo Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, Milano, 2011, 92 ss.

29. In argomento, v. Zagrebelsky, *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in *ius17@unibo.it*, 1/2009, 57 ss.; per una prospettiva d'analisi (più) critica, sia consentito rinviare ancora a Valentini, *Diritto penale intertemporale*, cit., spec. 159 ss.

30. Nella dottrina italiana, il più entusiasta sostenitore dell'approccio vittimo-centrico e punitivista sposato dalla Corte europea ci pare, attualmente, Viganò, *Obblighi convenzionali di tutela penale?,* in Manes/Zagrebelsky (cur.), *La Convenzione europea,* cit., 243 ss.; Id., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sovranazionali,* in Corso/Zanetti (cur.), *Studi in onore di M. Pisani,* II, *Diritto processuale penale e profili internazionali. Diritto straniero e diritto comparato,* Milano, 2010, 617 ss.; da ultimo, v. anche Id., *L'arbitrio del non punire. Sugli obblighi di tutela penale dei diritti fondamentali,* in Aa.Vv., *Studi in onore di M. Romano,* IV, Napoli, 2011, 2645 ss.; e Id., *Il diritto penale sostanziale,* in Viganò/Mazza, *Europa e giustizia penale,* num. spec. *DPP,* 2011, 22 ss.

31. Così, pressoché testualmente, Donini, *Europeismo giudiziario e scienza penale,* cit., 78-80.

Dipende dall'angolazione.

Quando si dice che il divieto di retroattività occulta, connaturale al concetto di legalità materiale elaborato a Strasburgo (*infra*, § 3.3.), è stato esteso dalla Corte *anche* al settore dei reati artificiali[32], si afferma indubbiamente il vero (il bicchiere è mezzo pieno: si può fare affidamento sul diritto vivente anche quando la condotta sanzionata non è *heinous* e non c'e una vittima).

Se però si aggiungesse che la "sentenza Pessino"[33] è *l'unica occasione* in cui la Corte ha riconosciuto la violazione «in via ermeneutica» del precetto intertemporale, mentre in tutti gli altri casi di (ben più) macroscopica retroattività occulta essa ha considerato "ragionevolmente prevedibile" il *reversal* punitivo, qualcuno potrebbe cominciare a porsi qualche interrogativo; e l'unica maniera per guadagnare qualche risposta, è sforzarsi di guardare quel bicchiere, almeno per un momento, come se fosse mezzo vuoto.

3

The dark side of the moon: euroscetticismo e tensioni giuridico-culturali

Ancora un paio di notazioni preliminari. L'ordinamento convenzionale:

i) è dominato da chi lo interpreta, essendoci pochissimo diritto scritto[34];

ii) è ontologicamente fluido (*souple, blurred*): un po' per il suo oggetto[35], un po' per il suo "statuto di funzionamento" (art. 17 Conv.)[36], e un po' per il metodo con cui la Corte apprezza l'eventuale violazione delle libertà convenzionali[37];

iii) ed è un congegno in cui non esistono beni giuridici che funzionano da criteri di legittimazione negativa dell'intervento punitivo; ci sono invece, *al loro posto*, diritti fondamentali di vittime che, facendo continuamente capolino dietro locuzioni più o meno riconducibili al concetto di «ordine pubblico europeo» (*sûreté publique*, *protection de l'ordre*, *prévention du crime*, *protection des droits et libertés d'autrui,* etc.)[38], reclamano protezione positiva (anche) attraverso il penale[39].

In altri termini, è un "posto" in cui *niente*, neppure il divieto di tortura[40], è incondizionato e assoluto (non esistono *rules*...), perché *tutto*, a dispetto di quanto statuisce la clausola *ex* art. 15 Conv., è ponderabile-bilanciabile (...ma solo *principles*); ed è un meccanismo che, essendo pensato per tutelare vittime di una lesione dei diritti fondamentali, è necessariamente ipersensibile alle vittime.

Perciò, anche la giustizia penale che un sistema del genere è in grado di partorire

32. Manes, sub *Art. 7/1 Cedu*, cit., 18.

33. Corte eur., *Pessino c. Francia*, 10.10.2006, in *www.echr.coe.int*.

34. E di questo, peraltro, solo una "piccola percentuale" riguarda direttamente la giustizia penale (artt. 3, 5, 6 e 7 CEDU).

35. I diritti umani, appunto, che sono entità "ontologicamente" bilanciabili: Alexy, *Theorie der Grundrechte,* Frankfurt a.M., 1986, 99 ss.; Delmas-Marty, *Le flou du droit,* Paris, 2004, 329 ss.; Bin, *Bilanciamento degli interessi e teoria della Costituzione,* in Angiolini (cur.), *Libertà e giurisprudenza costituzionale,* Torino, 1991, 46; più di recente, v. Zucca, *Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA,* Oxford, 2007, 49 ss. e *passim*.

36. Il sistema ruota attorno alla "clausola di coerenza" *ex* art. 17 CEDU (*abus de droit*), la quale, nello stabilire che *nessun* diritto convenzionale può essere invocato per legittimare atti o attività rivolti a distruggere altri diritti consacrati nella Convenzione, chiarisce *i*) che *ogni* libertà fondamentale perde automaticamente in «forza di resistenza» là dove il suo riconoscimento implichi la trasgressione di altri diritti convenzionali, e, quindi, *ii*) che *nessun diritto convenzionale* è inderogabile e assoluto, ma è sempre *bilanciabile* con altri diritti di pari rango e, perciò, pure *soccombente* dinnanzi a diritti di rango superiore. Sul punto, v. Stieglitz, *Allgemeine Lehren im Grundrechtsverständnis nach der EMRK und der Grundrechtsjudikatur des EuGH*, Baden-Baden, 2002, 96 s.; sull'inesistenza di diritti convenzionali autenticamente assoluti, cfr. ad es. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights,* Leiden-Boston, 2009, pp. 83 ss.

37. Il giudizio della Corte, infatti: è *olistico*, perché le situazioni denunciate vengono valutate globalmente e integralmente, senza guardare ai singoli aspetti se non come ai "tasselli di un intero"; è *multifattoriale*, perché tiene conto di tutti gli attori (pubblici e privati) e di tutti gli elementi (normativi, ma anche fattuali e situazionali) che entrano in gioco in quelle situazioni; ed è *antiformalistico*, in quanto intende verificare se le situazioni denunciate abbiano effettivamente e concretamente vulnerato i diritti convenzionali. In argomento, già Vogliotti, *La logica* floue *della Corte Europea dei diritti dell'uomo tra tutela del testimone e salvaguardia del contraddittorio: il caso delle «testimonianze anonime»*, in *Giur. it.,* 1998, IV, 851 ss.; v. anche Letsal, *A theory of interpretation of the European Convention of Human Rights,* Oxford, 2009, 120 ss.; Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention Européenne des droits de l'homme, Essai sur un instrument nécessaie dans une société démocratique,* Aix-en-Provence, 2005, *passim*; e Šušnjar, *Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers,* Leiden-Boston, 2010, 85 ss.

38. Cfr. artt. 8-11 CEDU. Sono solo alcuni fra gli *objectifs légitimes* che giustificano una restrizione dei diritti riconosciuti dalla Convenzione.

39. Sul punto, sia consentito rinviare a Valentini, *European Criminal Justice and Continental Criminal Law – A Critical Overview,* in *EuCLR,* 2011, 188 ss.

40. Ne prende atto, di recente, anche Ashworth, *L'emersione dell'interesse pubblico nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'affievolimento della tutela in materia penale,* in *Criminalia,* 2009, 249 ss.

partecipa *inevitabilmente* di questa fluidità (non conosce regole e limiti inflessibili...) ed è *inevitabilmente* vittimocentrica (...e intende proteggere vittime).

La domanda, allora, sarà: chi è le vittima *nella* giustizia penale? Sono coloro che vanno tutelati *mediante* la giustizia penale, oppure chi va protetto *dalla* giustizia penale?

Noi, sempre perché non siamo a Nottingham o Edimburgo[41], diremmo serenamente entrambi: il "nostro" diritto penale, pacchetti sicurezza e giudici innamorati della prevenzione generale a parte, è uno strumento che, nel perseguire il suo obiettivo (la difesa sociale), incontra limiti impenetrabili (i diritti fondamentali di chi aggredisce la società). Il che, in sostanza, significa che le barriere che circondano e custodiscono l'*habeas corpus* del reo restano ferme, inflessibili, non reagiscono a nessuna contro-istanza.

Perché? Perché la logica continentale è quella della *composizione* fra idea dell'intervento e idea del limite, fra sicurezza dei diritti delle vittime e sicurezza dei diritti del reo: il penale può e deve adempiere la sua missione, certo, ma seguendo percorsi predeterminati e senza mai travalicare certi argini.

Orbene, ci si aspetterebbe lo stesso dall'idealtipo disegnato a Strasburgo; un apparato *geneticamente* vittimocentrico, infatti, dovrebbe esserlo anche *integralmente*, ossia non dovrebbe dimenticare che anche il reo è una vittima (del penale)[42].

Così, però, accade davvero di rado: nonostante i giudici europei dichiarino di continuo di andare alla ricerca di un *fair balance* fra garanzie individuali e garanzie collettive, finiscono altrettanto continuamente per essere "sbilanciati" sulle seconde; e visto che reo e vittima, salvo sparute eccezioni, occupano posizioni *radicalmente confliggenti* (nel processo, nel diritto materiale, nelle politiche criminali)[43], *preferire* diritti e interessi della seconda significa *menomare* le garanzie che circondano la posizione del primo.

La logica che informa la giustizia penale convenzionale, insomma, non è quella della composizione, ma quella della *preferenza/gerarchizzazione*: i diritti fondamentali del reo *cedono* di fronte ai contro-diritti delle vittime; e la logica della prioritarizzazione delle istanze di difesa sociale implica che le garanzie-armatura che «custodiscono» le libertà fondamentali del reo vengano fluidificate e, all'occorrenza, sacrificate in nome della tutela delle vittime .

In short: la Corte europea tende a condizionare la «forza di resistenza» di diritti e garanzie individuali (dal *set* di cautele *ex* art. 5 ai presidi cristallizzati nell'art. 6; dal divieto di retroattività *ex* art. 7 alle libertà *ex* artt. 8-11 Conv.) all'assenza di contro-istanze di tutela riconducibili alla comunità degli innocenti; quei diritti e quei presidi, poi, riacquisiranno "validità sostanziale" là dove la loro ri-affermazione non comprometta la sicurezza e le libertà di una vittima (es. reati artificiali; pericoli "normali" e ordinari; soggetti pericolosi già neutralizzati, etc.).

Ecco perché Strasburgo offre molti spunti in chiave individual-garantista (che noi, peraltro, raccogliamo puntualmente: *retro*, § 1), ma anche moltissimi altri di segno opposto: una «anima liberale» ce l'ha, ma è recessiva rispetto a quella social-difensivistica.

L'approccio vittimo-centrico e securitarista cavalcato a Strasburgo, infatti, *tocca tutti gli angoli della giustizia penale*, persino quelli più remoti e indiscussi; comincia dal processo [44], e poi via via si estende al diritto sostanziale fino a coinvolgere l'intero

41. E, quindi, quando interpretiamo e applichiamo la legge penale, non siamo soliti utilizzare (almeno "in chiaro") principi come *social defence, thin-ice, welfare, ease of proof,* etc. per correggere «eccessi di garantismo»: cfr. Ashworth, *Principles of criminal law*, Oxford, ed. 6, 2009, 23 ss., 53 ss.

42. E' la cd. vittimizzazione terziaria: così García-Pablos de Molina, *El rescubrimiento de la victima: victimización secundaria y programa de reparación del daño. La denominada 'victimización terciaria' (el penado come víctima del sistema legal),* in Aa.Vv., *La victimología,* Madrid, 1993, 108 ss., nonché Landrove Díáz, *La moderna victimología,* Valencia, 1998, 191 ss.

43. In argomento, fra i moltissimi, v. Silva Sánchez, *La consideración del comportamiento de la víctima en la teoría jurídica del delito. Observaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la "victimo-dogmática",* in Aa.Vv., *La Victimología. Cuadernos de Derecho Judicial,* Madrid, 1993, 11 ss; Fletcher, *The grammar of criminal law: american, comparative and international,* I, *Foundations,* Oxford, 2007, 255 ss.; Orvis, *Balancing criminal victims' and criminal defendants' rights,* in Moriarty (cur.), *Controversies in Victimology,* Cincinnati, 2003, 1 ss.; Subijana Zanzunegui, *El principio de protección de las victimas en el orden jurídico penal. Del olvido al reconocimiento,* Granada, 2006, 99 s.; Martinez Arrieta, *La victima en el proceso penal (I),* in *AP,* 4/1990, 44 ss.

44. Dal "tallone d'Achille" della giustizia penale. La legalità processuale penale, infatti, gode di uno statuto "debole" e incerto già a livello nazionale: v.

sistema.

Perché nessuno si domanda mai: ma se Drassich avesse abusato della sua nipotina oppure avesse progettato un attacco terroristico, invece di commettere reati contro la PA e la fede pubblica, avrebbe ugualmente guadagnato una vittoria?

È un caso che la Corte consideri 'tortura' un terzo grado, 'degradante' la detenzione in carceri afflitte da barriere architettoniche, ed 'inumana' la collocazione in celle troppo piccole, solo quando si tratta di crimini e delinquenti "comunissimi" (es. ricettatori extracomunitari)[45] o già neutralizzati (soggetti depressi costretti su una sedia a rotelle)[46], e non anche quando il soggetto s'iscriva in fenomeni criminali che sopravvivono alla sua neutralizzazione e, perciò, continuano a minacciare la collettività (es. il «regime del 41 *bis*»)?[47].

Perché mai affermare che regole processuali con "curvature sostanziali", ove più favorevoli, vanno applicate retroattivamente quando il ricorrente è un paraplegico semiimputabile[48], e non anche quando è un sicario "su commissione" e, per di più, infanticida[49]?

È casuale, infine, ma il gioco delle domande retoriche potrebbe continuare a lungo, che il giudice di Strasburgo «attragga» nelle garanzie della legalità penale misure patrimoniali (il *confiscation order* previsto dal *Drug Trafficking Offences Act* del 1986[50]; oppure la cd. confisca urbanistica *ex* D.P.R. 380/2001)[51], addirittura aprendo a parvenze di principio di colpevolezza[52], solo quando ad entrare in gioco sono illeciti artificiali (non-*heinous,* come quelli contro l'assetto urbanistico) e senza vittima (come quelli in materia di stupefacenti)?

3.1 Ermeneutica vittimo-centrica e prevenzione generale «sistemica»

Proviamo ancora a guardare il bicchiere come se fosse mezzo vuoto.

È ri-visitando le disposizioni convenzionali in chiave vittimo-centrica e securitarista, che i giudici di Strasburgo hanno teorizzato obblighi positivi di intervento e tutela dei diritti fondamentali attraverso la giustizia penale, rendendone destinatari tutti i soggetti istituzionali: il legislatore, onerato dell'obbligo di predisporre incriminazioni concretamente dissuasive e di disegnare una disciplina processuale che ne consenta la «facile attuazione»; gli investigatori e gli inquirenti, onerati del dovere "procedurale" di condurre indagini effettive, diligenti e complete, affinché i colpevoli non sfuggano alla punizione e, quindi, la minaccia penale «acquisti credibilità»; gli agenti statali (militari, forze di sicurezza e polizia, assistenti sociali, etc.), sui quali grava il dovere di predisporre e adottare in concreto tutte le misure pratico-operative necessarie a prevenire lesioni dei diritti fondamentali, e ciò sia quando i suddetti agenti siano effettivamente a conoscenza della minaccia incombente, sia quando avrebbero potuto ragionevolmente prevederla e, quindi, scongiurare l'epilogo lesivo; infine i giudici, gravati dell'obbligo di punire senza far troppi bizantinismi quando sullo sfondo ci siano vittime da tutelare o "ristorare"[53].

Negri, *Corte europea e iniquità del giudicato penale. I confini della legalità processuale*, in *DPP*, 2007, 1229 ss.

45. Corte eur., *Sulejmanovic c. Italia,* 16.7.2009, in *www.echr.coe.int*. Anche le aperture garantiste in punto di costodia di sicurezza (*Sicherungsverwahrung*), guarda caso, riguardavano un delinquente ordinario (un rapinatore psicotico): Corte eur., *M.* c. *Germania*, 17.12.2009*, ivi.*

46. Da ultimo, v. Corte eur., *Cara-Damiani c. Italia*, 7.2.2012, in *www.echr.coe.int*.

47. Considerato compatibile con la Convenzione nonostante la relativizzazione del divieto *ex* art. 3 e la profonda compressione della libertà *ex* art. 8 Conv.: v. ad es. Corte eur., *Zara c. Italia,* 20.01.2009, e Corte eur., *Cagarella c. Italia,* 15.1.2008, entrambe in *www.echr.coe.int*.

48. Corte eur., GC, *Scoppola c. Italia,* 17.9.2009, in *www.echr.coe.int*.

49. Corte eur., GC, *Kafkaris c. Cipro,*12.2.2008, in *www.echr.coe.int*.

50. Corte eur., *Welsh c. Regno Unito,* 9.2.1995, in *www.echr.coe.int*.

51. Ci si riferisce ancora al già citato caso *Sud Fondi e altri c. Italia*.

52. Che viene ricondotto, in modo piuttosto inedito (ma sistemicamente coerente) alle istanze di prevedibilità-conoscibilità di comando e condanna penali espresse dalla "norma-contenitore" *ex* art. 7 CEDU: in argomento, v. Fr. Mazzacuva, *Un* "hard case" *davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *DPP,* 2009, 1540 ss.

53. Su tutti questi aspetti, mi permetto di rinviare nuovamente a Valentini, *Diritto penale intertemporale,* cit., spec. 47 ss., ivi anche per i necessari richiami dottrinali e giurisprudenziali.

La Corte europea, dunque, esige da tutti gli attori statali un'attività positiva che, pur conoscendo diverse declinazioni a seconda del diverso 'ruolo' occupato da ciascuno, è comunque limpidamente orientata alla prevenzione ed informata di logiche opposte alla sussidiarietà-*extrema ratio*.

Tutto il sistema, insomma, viene declinato in chiave di prevenzione generale-*deterrence,* ossia guarda alla comunità delle *virtual victims*: il *core-aim* è 'dissuadere' i potenziali rei, anche a costo di "strumentalizzare" quello in carne ed ossa. Ed è ovvio che non sarebbe neppure pensabile un *dovere* multi-livello di proteggere-prevenendo diritti umani mediante l'apparato punitivo, se ad esso non corrispondesse un *diritto* alla "protezione mediante prevenzione" vantato da chi è potenzialmente esposto a comportamenti criminali: un autentico, autonomo e *autonomamente giustiziabile* diritto alla sicurezza (*Recht auf Sicherheit*, *droit à la sécurité*) di cui godono tutte le vittime potenziali (da reato, da delitto non convenzionale, del processo, di privati, di agenti pubblici, vulnerabili, non vulnerabili, "colpevoli", innocenti, e chi più ne ha più ne metta)[54].

3.2 Corte europea e terrorismo politico-razionale (e nazionale) *ante* 2001

Si può immaginare cosa sia in grado di partorire un sistema così sbilanciato sul garantismo collettivo di fronte a una minaccia così totale ed extra-ordinaria come quella scagliata dal terrorismo internazionale apocalittico.

Ma prima? Quale era l'atteggiamento del «garante europeo dei diritti umani» nei confronti di prassi poliziesche, metodi investigativi, processi e misure legislative di contrasto al terrorismo, quando questo fenomeno non minacciava le radici profonde della comunità internazionale, ma era una faccenda tutta domestica?

Ebbene: già prima della catastrofe delle *Twin Towers,* la Corte suggeriva e avallava una giustizia penale differenziata per i terroristi che non aveva davvero *nulla da invidiare* alla famigerata legislazione anti-terrore varata dall'amministrazione Bush.

> E così, mentre per gli *ordinary crimes* poteva valere la *ordinary criminal procedure* o «*standard route*»*,* per i terroristi politico-indipendentisti i giudici di Strasburgo 'suggerivano' un diverso ed eccezionale regime processuale: tribunali *ad hoc* (bastava che non fossero corti marziali), processi *wholly in secret* (bastava affermare ricorressero «speciali circostanze») e inversioni dell'onere probatorio (bastava che non si arrivasse a compulsare l'imputato ad auto-incriminarsi), a cui si aggiungeva, per il giudice, la possibilità di inferire dal silenzio dell'accusato una *evidence against him* (bastava che non fosse la sola) e, per il pubblico ministero, il potere di limitare discrezionalmente la *discovery* delle prove a carico (bastava che ciò avvenisse in maniera «il più possibile compatibile» col principio di parità delle armi)[55]. Anche le disposizioni materiali, naturalmente, conoscevano declinazioni extra-ordinarie quando si dovevano fare i conti col terrorismo. Così, anzitutto, l'art. 5, co. 1, lett. c), CEDU, che normalmente esige un fondato sospetto di commissione del reato per sottoporre taluno a misure liberticide, ne poteva fare *eccezionalmente* a meno quando si trattava di carpire informazioni su attività terroristiche[56]; così, ancora, l'art. 5, co. 2, CEDU, che normalmente comanda che all'arrestato siano comunicate senza ritardo (*dans le plus court délai*) le ragioni che fondano la misura restrittiva, consentiva *eccezionalmente* di ritardare tale comunicazione, e persino di ometterla *tout court*, là dove sul soggetto gravasse il «*suspicion of being involved in terrorism*»[57]. Così, infine, anche la regola secondo cui la misura liberticida deve essere sottoposta «subito» (*aussitôt, promply*) al

54. È un'*altra* giustizia penale: un sistema marcatamente *opferorientiert* e, quindi, anche spiccatamente *sicherheitsorientiert,* che, per implementare e rendere effettivo il diritto alla sicurezza-protezione che riconosce in capo alla "comunità delle potenziali vittime", si prodiga in una serie di attività di doverosa neutralizzazione dei rischi da reato, di doverosa «tranquillizzazione della paura» e di doverosa rassicurazione dal timore di crimini (*Verbrechensfurcht*), a ciò rendendo funzionali le strategie politiche criminali, le attività investigative e l'interpretazione del quadro normativo positivizzato: cfr. Valentini, *Diritto penale intertemporale,* cit., 10 ss., nonché Cap. II, spec. 52 ss.

55. Per un impietoso affresco del «processo penale per i terroristi» disegnato dalla Corte europea prima del 2001, v. Warbrick, *The principles of the European Convention on Human Rights and the response of State to Terrorism,* in *EHRLR,* 2002, 287 ss.

56. In ragione delle *eccezionali* difficoltà che connotano la lotta al terrorismo: cfr. Comm., *McVeigh et al. c. Regno Unito,* 18.3.1981, in *www.echr.coe.int.*

57. Corte eur., *Fox et al c. Regno Unito,* 30.8.1990, in *www.echr.coe.int.*

controllo-convalida dell'autorità giudiziaria conosceva attuazioni estremamente elastiche, non ostando a detenzioni «informali» di ben sette giorni (si pensi al plaudito *seven-day power* inglese) qualora ciò fosse *strictly required by the exigences* di lotta al terrorismo[58]. Coerentemente, poi, la Corte escludeva un conflitto con l'art. 5 CEDU anche qualora, dopo la convalida dell'arresto, si abusasse della carcerazione preventiva (ossia: non si liberasse il sospetto terrorista, nonostante non lo si giudicasse *dans un délai reasonnable*) perché ricorrevano «particolari esigenze probatorie»[59]. Infine, il particolare *background* del terrorismo giustificava interferenze eccezionali anche nel diritto *ex* art. 8 CEDU, legittimando intercettazioni di conversazioni e «misure di sorveglianza» *normalmente* illegali[60], e persino nella libertà *normalmente* iper-tutelata *ex* artt. 10 CEDU, giustificando limitazioni alla (e punizioni della) attività di disseminazione di opinioni di sostegno meramente ideologico alla causa terrorista[61].

Niente male, per un garante *super partes* dei diritti di tutti gli esseri umani...

3.3 Il divieto di retroattività occulta e l'obbligo di stretta interpretazione

Spostiamoci un momento nell'altro angolo, e guardiamo la luna dal suo *bright side*.

Come noto, la Corte identifica la *legge* penale col *diritto* penale ("*law*"), ossia con un *quid* composto da disposizioni scritte e relativa interpretazione: nel sistema convenzionale, dunque, per «leggi penali» s'intendono le *norme* incriminatrici. Non solo, però. La Corte considera il «diritto vivente» come un'autentica fonte del diritto, andando oltre il ruolo co-costitutivo del giudice[62]: precetti e sanzioni punitivi, infatti, possono essere prodotti da fonti *sub*-primarie, da fonti sovranazionali *e da fonti non scritte*, come la giurisprudenza (anche nazionale) e la consuetudine (anche internazionale).

Visto che, tuttavia, c'è anche il "figliolo continentale" con cui dialogare, allora occorrerà contro-bilanciare la "quota di sicurezza" perduta nell'aprire a fonti ulteriori alla legge formale, estendendo al diritto giurisprudenziale tutte le garanzie della legalità penale «classica», a cominciare dal divieto di retroattività, che nei sistemi britannici non copre la *case-law* (l'*overruling* si applica retroattivamente ai fatti oggetto del giudizio...)[63] e, nella *statutory law,* è una mera presunzione interpretativa che il giudice e il Parlamento possono vincere (*rebuttal*) al bisogno[64].

Il precetto intertemporale, nella sua «versione europea», vieterebbe dunque all'interprete di discostarsi dalla più favorevole interpretazione costantemente e uniformemente pratica al momento del fatto.

Nella speculare prospettiva sincronica[65], poi, la Corte onera il giudice-fonte di un obbligo di stretta interpretazione o, se si vuole, di un "divieto di interpretazione estensiva a sfavore dell'accusato". *Non solo divieto di interpretazione analogica*, quindi, che anzi è considerata una mera *species* del *genus* "estensione interpretativa"[66].

Ebbene: la «legalità penale convenzionale», vista così, pare essere molto più

58. Corte eur., *Branningan e McBride c. Regno Unito*, 26.5.1993, in *www.echr.coe.int*.
59. Corte eur., *Chahal c. Regno Unito*, 15.11.1996, in *www.echr.coe.int*, §117.
60. Corte eur., *Klass c. Germania,* 6.9.1978, in *www.echr.coe.int*.
61. Comm., *Purcell et al. c. Irlanda*, 16.4.1991, in *www.echr.coe.int*.
62. Sul punto, già Chiavario, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale,* Milano, 1969, 89 ss.; v. anche Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme,* Paris, 2006, ed. 8, 422.
63. Il dato è pacifico (*declaratory theory* a parte, s'intende): cfr. ad es. Card/Cross/Jones, *Criminal law,* Oxford, 2008, ed. 18, 17.
64. Juratowitch, *Retroactivity and the Common Law,* Oxford-Portland, 2008, 32 s.
65. Il problema dei rapporti fra irretroattività penale e interpretazione giudiziale, è quasi scontato precisarlo, non è altro che il problema dei *limiti* a cui è soggetta quell'interpretazione, i quali saranno apprezzabili privilegiando una prospettiva sincronica (rispetto/violazione dell'obbligo di stretta interpretazione-divieto di analogia) oppure diacronica (rispetto/violazione del divieto di retroattività cd. occulta). Del resto, nella natura stessa dell'attività interpretativa è insito un *ineliminabile* effetto retroattivo, visto che il giudice del giudizio stabilisce, ora per allora, significato, contenuti e "raggio" di una disposizione: così, fra i molti, Arnull, *The European Union*, cit., 198.
66. V. ad es. Corte eur., *CR c. Regno Unito,* 22.11.1995, in *www.echr.coe.int*, § 33. Sottolinea il dato anche Manes, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti* in malam partem, in *CP*, 2010, 101 ss., 109 s.

verbrecherfreundlich di quella continentale, in quanto:

i) vieta *non solo* ragionamenti analogici, *ma anche* interpretazioni estensive *contra reum* (operazione, questa, del tutto legittima in continente).

ii) vieta *non solo* la retroattività palese, *ma anche* quella occulta.

Attenzione, però: le garanzie della legalità penale, in Europa, non vengono ricostruite in chiave oggettiva (constatando "impersonalmente" il fatto in sé che il giudice si sia discostato dall'interpretazione "vigente" al momento della condotta; apprezzando "impersonalmente" la distinzione fra analogia ed estensione interpretativa), bensì, per così dire, dal punto di vista dei destinatari[67].

E così, il giudice non può discostarsi dal granitico orientamento favorevole praticato al momento del fatto, *salvo che* quello "scollamento" non fosse ragionevolmente prevedibile; analogamente, dal punto di vista sincronico, non è decisivo stabilire se il giudice si sia limitato a interpretare estensivamente o, invece, abbia finito per procedere analogicamente: ciò che veramente conta è verificare se quell'estensione *oppure quell'autentica creazione* fossero o meno ragionevolmente prevedibili.

Proviamo a cambiare nuovamente angolazione, assumendo un atteggiamento euro-critico.

i.a) Sdrammatizzare la distinzione fra analogia e interpretazione estensiva, ed affidarsi esclusivamente ad un *test* di ragionevole prevedibilità, significa anche *legittimare* implicitamente il ragionamento analogico; per questa via, insomma, l'analogia cessa di essere un'operazione comunque vietata**,** un'interpretazione sempre illegittima, per divenire praticabile ogni qualvolta la punizione di una condotta *non prevista dalla legge come reato* fosse ragionevolmente prevedibile[68]. Una contro-indicazione mica da ridere. Per identificare il *range* operativo della garanzia, dunque, occorrerà stabilire *quando* un epilogo ermeneutico possa o meno dirsi "prevedibile".

ii.b) Lo stesso vale per il divieto di retroattività occulta: altro, infatti, è vietare *seccamente* al giudice di discostarsi dall'interpretazione stabilmente praticata al momento del fatto, collegando a tale divaricazione una sorta di presunzione invincibile di "imprevedibilità"; ben altra cosa, invece, è affermare che il precetto intertemporale potrà dirsi trasgredito solo allorché quel *reversal* ermeneutico (estensivo o analogico per l'incriminazione; restrittivo o abrogante per le disposizioni di favore) non fosse ragionevolmente prevedibile. In questo secondo caso, è autoevidente, la forbice operativa della garanzia dipenderà da *quanti* (numero) e *quali* (natura) sono i fattori che compongono la «base ontologica» del giudizio di ragionevole prevedibilità.

È proprio questo il punto: la Corte è solita includere nella base ontologica del giudizio di prevedibilità, accanto a «variabili» giuridico-normative, vaghissimi e inafferrabili elementi di carattere socio-politico e culturale (iniziative e dibattiti parlamentari, progresso culturale, evoluzione della coscienza sociale *et sim.*), giungendo ad affermare che un'interpretazione *contra reum* è ragionevolmente prevedibile se è coerente con la "civiltà moderna" e, perciò, con la "giustizia penale del presente"[69].

Ma quand'è, in particolare, che un mutamento interpretativo è coerente con la giustizia penale «dei tempi moderni» e può dirsi, di conseguenza, ragionevolmente prevedibile?

A giudizio della Corte di Strasburgo, sembra che il «diritto penale della modernità» sia quello che considera "criminale" e punisce tutto ciò che viola il diritto europeo dei diritti umani: basta la natura barbarica e spregevole della condotta (*heinousness*), il suo porsi in palmare conflitto coi diritti fondamentali, a renderla intollerabile.

Nella visione dei giudici convenzionali, insomma, pare che, per considerare una

67. Così, sostanzialmente, anche Ambos, *Principios e imputación en el derecho penal internacional*, Barcelona, 2008, 35 ss., 43 s.

68. L'avevo già sottolineato in Valentini, *European Criminal Justice and Continental Criminal Law,* cit., 197 s., a cui mi permetto di rinviare.

69. Così, testualmente, Schermers, *General Course on the European Convention on Human Rights,* in Aa.Vv., *Collected courses of the Academy of European Law,* VII, 2, *The protection of human rights in Europe,* The Hague-Boston-London, 1996, 1 ss., 38.

condanna ragionevolmente prevedibile e, quindi, conforme alla regola di cui all'art. 7, co. 1, Conv., non ci sia bisogno né di una vittimizzazione di massa, e neppure di una singola vittima da reato: basta una vittima da cd. delitto non convenzionale[70].

> I quattro *leading cases* di (macroscopica) retroattività occulta sono stranoti; due concernono *ordinary crimes* avvenuti in un contesto 'normale', mentre gli altri due riguardano illeciti «di sistema» collegati al contesto 'anormale' della transizione tedesca. Nei primi due casi[71], la Corte dichiarò la ragionevole prevedibilità di un autentico *overruling*, in quanto avallò la condanna per *attempt of rape* a cui le Corti inglesi pervenirono negando *per la prima volta* l'applicazione della cd. *marital immunity*, una causa di non punibilità senza dubbio vigente al tempo dei fatti[72]. Nei secondi, invece, la Corte ratificò la punizione inflitta a tre alte cariche e ad una guardia di frontiera dell'*ex* DDR, considerando convenzionalmente legittima e, in particolare, non confliggente con la garanzia intertemporale *ex* art. 7, co. 1, CEDU, la re-interpretazione «amica dei diritti umani» delle norme *ex* artt. 213 *DDR StGB,* 27 *Gg* da parte delle Corti tedesche[73]. In nessuna delle quattro pronunce, si badi bene, la Corte europea ha invocato la «clausola di Norimberga», ritenendo che la *(re)interpretatio abrogans* della disposizione di liceità nella prima ipotesi, e la re-interpretazione *menschenrechtsfreundlich* nella seconda, fossero «ragionevolmente prevedibili»; ed in tutte le quattro pronunce, la Corte ha ritenuto *del tutto superfluo* verificare se la condotta, al momento in cui veniva commessa, fosse o meno prevista dalla legge come reato: è stato più che sufficiente constatare che quei contegni violavano gli scopi della Convenzione, *ossia il (neo)diritto naturale dei diritti umani*[74].

Ora, in tutti i suindicati casi*,* un giudice continentale sereno ed equidistante, ossia *non* condizionato da pesanti eredità storiche (come quella nazionalsocialista), *né* afflitto da preoccupazioni general-preventive, *avrebbe dovuto* prosciogliere gli imputati, per quanto, *rebus sic stantibus,* lo avrebbe fatto per difetto di colpevolezza (perché il fatto non costituiva reato), anziché per violazione del divieto di retroattività (perché il fatto non era previsto dalla legge come reato). Ad una Corte italiana, in effetti, sarebbe (teoricamente, s'intende) bastato constatare che il diritto vivente «vigente» al momento dei fatti ne escludeva *pacificamente* la punizione, per riconoscere un errore inevitabile sul precetto *ex* art. 5 c.p. e, di qui, escludere la rimproverabilità soggettiva dei maritistupratori e del *Mauerschütz*.

Si dirà: ma la scusante *ex* art. 5 c.p., che già di suo non convince[75], è di fatto ignorata dalla giurisprudenza[76]! Verissimo, ma proviamo a pensarla "europeizzata": l'autore dell'illecito sarebbe rimproverabile se, pur avendo dimostrato di aver confidato nella positiva indicazione di un pubblico amministratore, e pure avendo dato prova dell'esistenza di uniformi orientamenti giurisprudenziali favorevoli, non avesse però tenuto

70. Ossia la vittima di una condotta che, pur non costituendo reato né secondo la legge penale nazionale, né secondo quella internazionale, viola però il diritto europeo dei diritti umani: sulla nozione di vittime di delitti non-convenzionali, v. ancora Subijana Zunzunegui, *El principio,* cit., 20 s.

71. Corte eur., *CR c. Regno Unito,* 22.11.1995, cit.; Corte eur., Corte eur., *S.W. c. Regno Unito*, 22.11.1995, in *www.echr.coe.int*

72. Il dato è assolutamente pacifico anche nella dottrina britannica: v. ad es. Jefferson, *Criminal law*, Harlow, 2003, 4; Card-Cross-Jones, *Criminal law*, London-Edinburgh, 2004, 18.

73. Corte eur., GC, *Streletz, Kessler, Krenz e K-H. W. c. Germania,* 22.3.2001, in *www.echr.coe.int.*

74. In occasione dei *marital rape cases,* infatti, la Corte affermò che «[...] the abandonment of the unacceptable idea of an husband being immune against prosecution for rape of his wife was in conformity not only with *civilised concept* of marriage but also, *and above all,* with the *fundamental objectives of the Convention, the very essence of which is respect for human dignity and human freedom*»; perciò, il giudice europeo «*does not find necessary* to enquire whether the facts in the applicant's case were covered» dalla immunità maritale: Corte eur., *CR c. Regno Unito,* cit., §§ 42-43 [corsivi aggiunti]. Con riguardo agli omicidi lungo il confine intertedesco, poi, la Corte statuì più radicalmente che «la pratica statale della DDR relativa alla sorveglianza della frontiera, *che violava in maniera flagrante i diritti fondamentali e soprattutto il diritto alla vita*, non può essere protetta attraverso il richiamo all'art. 7, co. 1. Questa politica [...] *non può essere considerata* '*diritto*'» ai sensi del sistema convenzionale; il che, seguitarono i giudici strasburghesi, «dispensa la Corte dal verificare se la condanna si legittima sulla base dell'art. 7, co. 2»: Corte eur., GC, *Streletz, Kessler, Krenz e K-H. W. c. Germania,* §§ 7 e 16 [corsivi aggiunti].

75. "Scaricando" sui cittadini le responsabilità di un legislatore criptico e pasticcione: condivisibilmente critici, sul punto, Ferrajoli, *Lo stato di diritto tra passato e futuro,* in Costa/Zolo (cur.), *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica,* Milano, 2002, 349 ss., 364; e Stortoni, *L'introduzione nel sistema penale dell'errore scusabile di diritto: significati e prospettive*, in *RIDPP,* 1988, 1313 ss.

76. Torna di recente sull'argomento Donini, *Serendipità e disillusioni della giurisprudenza. Che cosa è rimasto della sentenza C. cost. n. 364/1988 sull'ignorantia legis,* in Foffani/Fregni/Lambertini (cur.), Liber Amicorum *per Massimo Bione,* Milano, 2011, 173 ss.

conto che "nella società", e nel contingente dibattito politico, serpeggiavano istanze criminalizzanti; oppure, più semplicemente, si fosse mosso su una "lastra di ghiaccio sottile", tenendo un comportamento antisociale *border line* con la legalità.

4 Concludendo

E' in atto una rivoluzione, è sotto gli occhi di tutti. Il vecchio principio di separazione dei poteri sta agonizzando "sotto i colpi" dell'influsso europeo, e dà spazio a fenomeni che, solo dieci anni fa, sarebbero stati impensabili.

Le decisioni delle magistrature sovranazionali vengono percepite e "trattate" come autentici atti normativi, come autentiche leggi: vincolanti e, quindi, pure dotate di attitudine abolitiva. E così, le *massime* generalizzanti della Corte di Giustizia UE legittimano istanze di revoca *ex* art. 673 c.p.p, ed i *precedenti* della Corte europea la revisione del giudizio *ex* art. 630 c.p.p.

La cultura della «interpretazione vincolante e con efficacia iperretroattiva», poi, si estende a macchia d'olio, coinvolgendo anche le magistrature nazionali (specie se superiori, specie se in seduta plenaria), e forse, domani, gli arresti della Sezioni unite travolgeranno autentici giudicati[77].

In questa temperie, a nostro sommesso avviso, è essenziale evitare paradossi e rammentare le buone ragioni della cultura dei controlimiti.

I paradossi da scongiurare: anzitutto, l'interpretazione del Giudice delle leggi non può restare a lungo quello che è, ossia una proposta "non vincolante"[78]; in secondo luogo, l'equiparazione fra *interpretatio* e *dispositio*, se vale per la retroattività favorevole, dovrà *a maggior ragione* valere per l'opposto canone intertemporale, rispetto al quale si pongono *autentici* problemi di garanzia[79].

La cultura dei controlimiti: nell'aprire all'Europa, occorre sempre avere a mente che interpretazioni conformi a Costituzione vanno preferite a interpretazioni orientate al diritto supranazionale; perciò, è essenziale evitare che il "culto delle vittime" e della prevenzione generale *(ri)penetri le maglie di interpretazioni consentite*, ossia convinca gli interpreti, ad es., a ri-spolverare la categoria della colpa per inosservanza nelle ipotesi "miste" a contesto illecito di base[80], a ri-obiettivizzare la responsabilità degli amministratori non esecutivi[81], a ri-svalutare la distinzione fra dolo eventuale e colpa[82], a ri-fare a meno della colpevolezza colposa[83], a ri-espungere dai delitti di attentato il requisito dell'idoneità degli atti, e via dicendo.

L'europeismo giudiziario non può essere combattuto, certo, ma può e dev'essere "controllato" e calibrato sulla nostra identità.

77. Basti l'esempio della assai articolata questione di costituzionalità dell'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della *res iudicata* in caso di mutamento interpretativo favorevole intervenuto con decisione delle SSUU, sollevata dal Trib. Torino in data 27.6.2011 e leggibile in *Diritto penale contemporaneo*.

78. Rileva l'aporia Insolera, *Luci e ombre del diritto penale vivente. Tra legge e diritto delle Corti,* in Aa.Vv., *Studi in onore di M. Romano,* IV, Napoli, 2011, 2351 ss.

79. Avevo già rilevato questo *eclatante* paradosso in Valentini, *Diritto penale intertemporale,* cit., 436 ss.

80. Solo di recente abbandonata in favore della necessità di accertare la trasgressione di pseudo-regole cautelari: v. SSUU, 29.5.2009, in *www.cortedicassazione.it*.

81. Nel senso della personalizzazione della responsabilità, invece, Cass., V, 4.5.2007, fra l'altro in *DPP,* 2007, 77 ss.

82. Valorizzano di recente la componente psicologica del dolo (colpevolezza dolosa) SSUU, 26.11.2009, in *www.cortedicassazione.it*. Per un articolato commento della decisione, v. Donini, *Dolo eventuale e formula di Frank nella ricettazione. Le Sezioni unite riscoprono l'elemento psicologico,* in *CP,* 2010, 2555 ss.

83. Esempi del (e relativo commento al) l'orientamento più virtuoso in Castronuovo, *La colpa penale*, Milano, 2009, 577 ss.

ARTICOLO SOTTOPOSTO A PEER REVIEW

Anna Maria Maugeri

La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni

Sommario

1. Premessa. - 2. Fondamento e ambito di applicazione della direttiva. - 3. Confisca conseguente alla condanna e confisca per equivalente (art. 3). - 4. Confisca allargata (art. 4): *standard* della prova civilistico? - 4.1. Presupposti dei poteri allargati di confisca: la natura analoga dell'attività criminale. - 5. La confisca non basata sulla condanna (art. 5). - 6. (segue) La separazione del procedimento patrimoniale: modelli a confronto. Il procedimento di prevenzione patrimoniale. - 7. Confisca nei confronti di terzi - art. 6 (l'applicabilità della confisca antimafia nei confronti dei terzi). - 8. Il congelamento dei beni. - 9. La compatibilità delle moderne forme di confisca allargata con il modello delineato dalla decisione quadro 2005/212 e dalla proposta di direttiva.

1 Premessa

La proposta di direttiva in esame è un'ulteriore espressione dell'ormai consolidata presa di coscienza del fatto che la lotta contro la criminalità organizzata non può essere efficace se non si colpisce il "motore principale" di tale forma di criminalità e cioè il profitto, e non si sottraggono i patrimoni illeciti accumulati nel tempo che consentono alle organizzazioni criminali di infiltrarsi e inquinare l'economia lecita e i gangli decisionali del potere; non solo la direttiva dovrebbe rappresentare l'ennesimo, forse risolutivo strumento, volto a garantire la cooperazione internazionale in materia.

La cooperazione giudiziaria finalizzata all'esecuzione dei provvedimenti di confisca è stata perseguita a partire dalla Convenzione di Vienna del 1988 contro il narcotraffico che già sollecitava l'introduzione di meccanismi di inversione dell'onere della prova circa l'origine dei profitti o degli altri beni da confiscare, al fine di garantire un'applicazione efficace della confisca, e dalla Convenzione di Strasburgo del 1990, n. 141 sul riciclaggio e la confisca dei proventi di reato che sollecita la cooperazione giudiziaria in materia di indagini, sequestro e confisca di proventi illeciti provenienti da qualunque crimine e non solo dal traffico di stupefacenti, prevedendo dei meccanismi di cooperazione più incisivi di quelli previsti dalla Convenzione di Vienna. Entrambi gli strumenti prevedono l'introduzione della confisca di valore. Anche la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale del 2000[1], ribadisce la necessità di introdurre l'inversione dell'onere della prova circa l'origine dei profitti. Nel 1998, poi, viene adottata dal Consiglio l'Azione comune 98/699/GAI sul riciclaggio di denaro e l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o il sequestro e la confisca degli

1. In tale Convenzione si obbligano gli Stati aderenti: a criminalizzare la condotta di partecipazione in un gruppo criminale organizzato (art. 3) e la condotta di riciclaggio (art. 4); a prevedere una normativa idonea ad imporre alle banche ed ad altri operatori finanziari (nonché ad altri operatori che possono essere coinvolti in attività di riciclaggio) attività di collaborazione per prevenire il riciclaggio e per segnalare le operazioni sospette; la creazione di una sorta di *financial intelligence unit* nazionale, avente lo scopo di cooperare con le autorità degli altri paesi; la criminalizzazione della corruzione dei pubblici ufficiali; la previsione della responsabilità penale delle persone giuridiche.

strumenti e dei proventi di reato[2], con l'obiettivo di potenziare la lotta contro la criminalità organizzata, in complementarietà con quanto già predisposto dal Consiglio d'Europa con la Convenzione di Strasburgo del 1990 n. 141; a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, l'azione comune del 1998 viene sostituita nel 2001 con la "decisione quadro" n. 2001/500/GAI[3].

Viene, quindi, adottata la decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio; tale decisione, il cui ambito di applicazione è limitato alle sole decisioni provvisorie, dispone il reciproco riconoscimento delle decisioni di sequestro probatorio, emanate dall'autorità giudiziaria in base al diritto interno, per prevenire qualsiasi operazione volta a distruggere, trasformare, spostare, trasferire o alienare beni che potrebbero rilevare come prova o essere oggetto di confisca.

Un importante passo in avanti nel cammino della cooperazione nella lotta contro il potere economico della criminalità è rappresentato dalla decisione quadro relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, approvata dal Consiglio il 24 febbraio 2005, che prevede l'introduzione negli Stati membri di "poteri estesi di confisca" (2005/212)[4], che oltre ad imporre la confisca obbligatoria dei proventi e degli strumenti del reato (art. 2), prevede l'introduzione di poteri estesi di confisca dei proventi del reato (art. 3) nel settore della lotta contro il crimine organizzato (in relazione a reati gravi, puniti con pena massima compresa almeno tra 5 e 10 anni – almeno 4 anni per il reato di riciclaggio – , e di natura tale da produrre profitto economico). La disposizione di cui all'art. 3, n. 2, nel prevedere i poteri estesi di confisca che gli Stati membri devono introdurre al loro interno, esordisce con l'espressione "perlomeno": la decisione sembrerebbe, quindi, voler stabilire i poteri minimi che devono essere introdotti, salva la possibilità per ciascun Stato membro di introdurre dei poteri più estesi. Nello stabilire tali poteri minimi, il legislatore europeo ha sancito le garanzie "massime" che devono essere riconosciute: condanna; prova dell'origine illecita sulla base di fatti circostanziati e limitazione dell'ambito di operatività a beni acquisiti in un periodo anteriore ragionevole; o addirittura in relazione ad attività analoghe svolte in un periodo anteriore ragionevole; o in relazione a beni di valore sproporzionato e di origine illecita sulla base di fatti circostanziati. Si consente, però, agli Stati membri la possibilità di prevedere poteri più estesi corrispondenti a minori garanzie.

I poteri estesi di confisca sono subordinati ad una condanna penale; la direttiva ammette che il legislatore nazionale possa prevedere per l'applicazione del provvedimento di confisca procedure diverse da quella penale, come quelle di stampo civilistico previste dal sistema inglese, ma presuppone comunque una condanna (si fa riferimento a beni della "persona condannata"). La direttiva non dovrebbe, quindi, fare riferimento a quei procedimenti *in rem* previsti in alcuni ordinamenti che consentono l'applicazione di forme di confisca allargata a prescindere da una pronuncia di condanna (basti pensare al *civil forfeiture* inglese, irlandese, statunitense e australiano); anche il sistema delle misure di prevenzione patrimoniale esorbita dai limiti delineati dalla decisione quadro (salvo se sia stata pronunciata una condanna contro il preposto in un parallelo procedimento penale per i reati da cui derivano i proventi illeciti). Si deve evidenziare, a tal proposito, che la Convenzione di Strasburgo del 1990, non presuppone una condanna[5].

La decisione quadro non prevede l'inversione dell'onere della prova per facilitare l'applicazione dei poteri estesi di confisca, ma, pur prescindendo dalla prova del nesso

2. In Gazzetta ufficiale L 333/1, del 9.12.1998.
3. In Gazzetta ufficiale L 182, p. 1 del 05.07.2001.
4. Decisione quadro 2005/212/GAI in Gazz. Uff. dell'Unione europea L 68/51 del 15 marzo 2005.
5. Cfr. Maugeri, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano 2001, 597 (nel prosieguo Maugeri, *op. cit.*); *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. di dir. pen. econ*. 2007, 569 ss.; Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale – Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone giuridiche*, Bologna 2007, 120 ss.

pertinenziale tra ciascun bene e uno specifico reato, pretende che il giudice sia pienamente convinto sulla base di fatti circostanziati dell'origine illecita del bene; l'uso del termine "fatto circostanziato" sembrerebbe escludere la possibilità di fondare la confisca sulla base di meri sospetti (mera congettura ipotetica), che non assumono per lo meno la dignità di indizi ("una forma del ragionamento attraverso il quale da un fatto noto, attraverso l'applicazione di un medio rappresentato da una regola scientifica, tecnica o dell'esperienza, è possibile indurre l'esperienza di un fatto ignoto"[6], se non di una vera e propria prova. L'accusa, quindi, deve riuscire a provare l'origine illecita del bene, anche attraverso una prova indiziaria (indizi gravi, precisi e concordanti) e non può accontentarsi di mere presunzioni o sospetti[7]. Ciò non vuol dire provare i crimini dai quali provengono i beni, ma fornire sufficienti elementi (fatti circostanziati) dai quali emerga che i beni non siano stati acquistati in maniera lecita.

La norma non specifica lo *standard* della prova accolto, ma l'uso dell'espressione "pienamente convinto" sulla base di "fatti circostanziati" (non meri sospetti) richiama il principio del libero convincimento del giudice di stampo continentale, che viene ormai interpretato dalla dottrina nel senso che si deve raggiungere la prova oltre ogni ragionevole dubbio, lo *standard* penalistico di *common law*, o, perlomeno si dovrebbe richiedere un quadro indiziario chiaro e convincente (*the clear and convincing evidence*), sempre usando le categorie dello *standard* della prova dei sistemi giuridici anglosassoni; non sembra conciliabile con l'espressione usata lo *standard* civilistico della prova preponderante (*by a preponderance of the evidence,* considerata sufficiente nei *civil cases* perché "la società ha un interesse minimo circa gli esiti di tali cause private"[8]. Chiaramente una simile interpretazione potrebbe porre dei problemi circa l'ammissibilità delle forme di confisca allargata fondate su *standard* della prova civilistici (*confiscation* inglese, ad esempio).

Con la decisione quadro 2006/783/GAI si introduce il principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, superando la reciproca diffidenza[9]; l'obiettivo di tale decisione è quello di facilitare la cooperazione tra gli Stati membri in materia di reciproco riconoscimento ed esecuzione delle decisioni di confisca dei proventi, in modo che uno Stato membro riconosca ed esegua nel proprio territorio le decisioni di confisca pronunciate da un tribunale competente in materia penale di un altro Stato membro. Tale decisione è legata alla decisione 2005/212/GAI in quanto pone alla base del mutuo riconoscimento i modelli di confisca previsti dalla precedente decisione quadro.

La Decisione 2007/845/GAI del Consiglio, concernente la cooperazione tra gli uffici degli Stati membri per il recupero dei beni nel settore del reperimento e dell'identificazione dei proventi di reato o altri beni connessi[10], è stata infine introdotta al fine di garantire una stretta cooperazione tra le autorità competenti attraverso l'istituzione o la designazione di "un ufficio nazionale per il recupero dei beni incaricato di facilitare il reperimento e l'identificazione dei proventi di reato e altri beni connessi con reati che possono essere oggetto di un provvedimento di congelamento, sequestro, ovvero confisca, emanato dall'autorità giudiziaria competente nel corso di un procedimento penale o, per quanto possibile nel rispetto del diritto nazionale dello Stato membro interessato, di un procedimento civile". Si dovrebbe così facilitare la comunicazione diretta tra le autorità competenti incaricate del reperimento di proventi illeciti e altri beni passibili di confisca[11].

6. Cfr. Fassone, *Riflessioni sul tema della prova*, in *Quest. giust*. 1985, 509; Gialanella, *Il punto sulla questione probatoria nelle misure di prevenzione antimafia*, in *Quest. giust*. 1994, n. 4, 794; Trevisson Lupacchini, *"Indizio", segno equivoco o plurivoco per forza di connotazione?*, in *Riv. it. proc. pen*. 1995, 312.

7. Gli indizi sono prove indirette che devono far apparire, nel rispetto del principio del libero convincimento del giudice (e quindi del principio in dubio pro reo) e in base ad un ragionamento conforme alle regole del pensiero e dell'esperienza (in conformità con la presunzione d'innocenza come garanzia della qualità della prova) come altamente probabile l'origine illecita dei beni da confiscare.

8. Così Addington 441 U.S. at 423, U.S. Sentencing Commission Guidelines Manual 1 (West 1993); cfr. Maugeri, op. cit., 876 ss.

9. GU Un. Eu. 24-11-2006 L 328/59.

10. GU L 332 del 18.12.2007, 103–105 (BG, ES, CS, DA, DE, ET, EL, EN, FR, IT, LV, LT, HU, MT, NL, PL, PT, RO, SK, SL, FI, SV).

11. Per una più ampia disamina delle decisioni quadro citate cfr. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale – Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone giuridiche*, Bologna 2007, 79 ss.; Maugeri, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti*, cit., 487

Da ultimo è intervenuta in materia la risoluzione del Parlamento europeo del 2011 che esprime, in vista della prossima direttiva, un approccio più funzionalista e meno garantista rispetto alle indicazioni della direttiva 212/2005, attraverso l'auspicio dell'adozione di una vera e propria *actio in rem* nella lotta contro la criminalità organizzata. Nella risoluzione si auspica l'elaborazione di norme per: l'utilizzo efficace di strumenti quali la confisca allargata e la confisca in assenza di condanna; l'attenuazione dell'onere della prova in seguito alla condanna di una persona per reato grave (ivi compresi quelli connessi alla criminalità organizzata) per quanto concerne l'origine dei beni in suo possesso; l'introduzione negli ordinamenti nazionali di strumenti per attenuare, nell'ambito del diritto penale, civile o fiscale, a seconda dei casi, l'onere della prova per quanto concerne l'origine dei beni detenuti da una persona imputata di un reato connesso alla criminalità organizzata; consentire il sequestro e la successiva confisca nel caso di intestazione di beni a terzi; attribuire rilevanza penale al comportamento del prestanome poiché finalizzato ad eludere l'applicazione di misure di prevenzione patrimoniali o ad agevolare la consumazione dei reati di ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro di provenienza illecita; precisare che il concetto di provento di reato esplicitato nella Convenzione ONU di Palermo e ripreso nella decisione quadro 2008/841/CE è più vasto rispetto a quello di profitto (invita sin da subito gli Stati membri a recepire correttamente tale concetto nei loro ordinamenti in maniera da permettere che qualsiasi entrata connessa direttamente o indirettamente al compimento di reati nell'ambito delle organizzazioni criminali possa essere oggetto di sequestro e confisca)[12].

2 Fondamento e ambito di applicazione della direttiva

La necessità di introdurre la direttiva nasce dalla considerazione che la decisione quadro n. 212/2005 offrendo modelli alternativi di confisca allargata e, si potrebbe aggiungere, consentendo agli Stati membri non solo di scegliere alternativamente uno di questi modelli, ma più a monte di introdurre forme ulteriori di confisca ancor più efficienti anche se meno garantiste, ha finito con il compromettere la cooperazione; nella prassi si rifiuta il mutuo riconoscimento previsto dalla direttiva 783/2006 laddove il modello di confisca accolto dallo Stato richiedente sia diverso rispetto a quello dello Stato richiesto (in quest'ultima decisione pur sancendo il principio del mutuo riconoscimento, innanzitutto, in relazione ai provvedimenti di confisca assunti in base ai poteri corrispondenti a quelli indicati nella precedente decisione quadro 2005/212, si ammette tra i motivi di rifiuto previsti dall'art. 8 la circostanza che la decisione di confisca esula dal campo di applicazione dell'opzione adottata dallo Stato di esecuzione ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 2, della decisione quadro 2005/212/GAI)[13].

Più in generale le relazioni relative alle decisioni quadro 2005/212/GAI[14], 2003/577/GAI[15] e 2006/783/GAI[16], hanno evidenziato come gli Stati membri hanno recepito con lentezza tali decisioni e le relative disposizioni sono spesso state attuate in modo incompleto o scorretto; anche in Italia ad esempio non è stata data attuazione alla decisione quadro 212/2005 (nonostante la delega al Governo della l. n. 34/2008). È pertanto necessario armonizzare ulteriormente le disposizioni relative ai poteri estesi

ss. e *Il reciproco riconoscimento dei provvedimenti di confisca: una realtà o un'utopia?,* in *Tutela dei beni giuridici e costituzione per l'Europa"*, a cura di L. Picotti, in corso di pubblicazione.

12. Cfr. Balsamo-Lucchini, *La risoluzione del 25 ottobre 2011 del Parlamento europeo: un nuovo approccio al fenomeno della criminalità organizzata. A proposito della Risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 sulla criminalità organizzata nell'Unione europea (europea (2010/2309 (INI))*, in *Dir. pen. contemporaneo*.

13. Cfr. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 6 Ottobre 2009, case C-123/08, *Wolzenburg*, in GU C 116 del 9.5.2008, 18.

14. Relazione della Commissione, a norma dell'articolo 6 della decisione quadro del Consiglio del 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato (2005/212/GAI), (COM (2007) 805 definitivo del 17.12.2007).

15. Relazione della Commissione, a norma dell'articolo 14 della decisione quadro 2003/577/GAI del Consiglio, del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio (COM (2008) 885 definitivo del 22.12.2008).

16. Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio ai sensi dell'articolo 22 della decisione quadro 2006/783/GAI del Consiglio, del 6 ottobre 2006, relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, (COM (2010) 428 definitivo del 23.8.2010).

di confisca definendo un unico insieme di norme minime. La direttiva dovrebbe parzialmente sostituire le decisioni quadro 2001/500 e 212/2005.

La proposta di direttiva è innanzitutto interessante in quanto rappresenta un'applicazione dell'art. 83, § 1, del TFUE nell'ambito della lotta contro gravi reati, tanto è vero che si precisa che i reati ai quali può essere applicata la direttiva sono quelli elencati nella norma in esame – il terrorismo, la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, il traffico illecito di stupefacenti, il riciclaggio di denaro, la corruzione, la contraffazione di mezzi di pagamento, la criminalità informatica e la criminalità organizzata – , ferma restando l'applicazione delle precedenti disposizioni vigenti dell'Unione in materia di confisca – in particolare decisioni quadro – per gli altri reati. Si restringe così l'ambito di applicazione ad alcuni gravi reati connessi al crimine organizzato e anzi proprio attraverso l'inserimento della sfera di criminalità relativa alla "criminalità organizzata", si consentirà l'applicazione della direttiva ad altri reati purchè realizzati in forma organizzata alla luce della definizione di organizzazione criminale fornita dalla decisione quadro 2008/841/GAI relativa alla lotta contro la criminalità organizzata[17].

Tale delimitazione sembra particolarmente opportuna in relazione a forme di confisca allargata, applicabili anche in mancanza di condanna, che comportano un evidente affievolimento nell'applicazione delle garanzie della materia penale, al limite ammissibile solo nell'ambito della lotta al crimine organizzato in considerazione delle peculiarità e della gravità di tale fenomeno criminale.

La proposta di direttiva, innanzitutto, contiene una definizione di "provento" di reato più ampia di quella già accolta nella decisione quadro 212/2005 al fine di includere la possibilità di confiscare non solo i proventi diretti ma anche tutti gli utili valutabili, anche indiretti, che derivano dai proventi di reato. Si comprendono, quindi, sia i surrogati (ogni successivo reinvestimento o trasformazione di proventi diretti da parte dell'indagato o imputato) in cui gli originari profitti siano stati investiti, sia gli utili valutabili; quest'orientamento sembrava già accolto in realtà dalla Suprema Corte italiana nella decisione Miragliotta ("l'indiretto profitto..., siccome frutto di reimpiego da parte del reo del denaro o di altre utilità direttamente ottenuti dai concussi"[18], espressamente ispirata alla Convenzione di Palermo contro il crimine organizzato del 2000 e alla decisione quadro 212/2005, nei limiti in cui fosse possibile tracciare il legame causale tra i diretti profitti e gli utili derivati[19], anche se la successiva sentenza delle S.U. Caruso del 2009 esclude la confiscabilità degli utili, restringendo ai soli surrogati[20]. Rimane il problema di delimitare tale nozione di utili valutabili laddove i proventi siano investiti in attività lecite; si può ricordare a tale proposito che nell'ordinamento tedesco pur essendo prevista espressamente non solo la confisca degli *Originalobjekte*

17. Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata (GU L 300 dell'11.11.2008, pag. 42).

18. Cass. pen., sez. un., 6 marzo 2008, n. 10280: "Il bene costituente profitto è confiscabile ai sensi degli articoli 240 e 322 ter, comma I, prima parte c.p. ogni qualvolta sia ricollegabile causalmente in modo preciso alla attività criminosa posta in essere dall'agente. E' necessario, pertanto, che siano indicati in modo chiaro gli elementi indiziari sulla cui base determinare come i beni sequestrati possano considerarsi in tutto o in parte l'immediato prodotto di una condanna penalmente rilevante o l'indiretto profitto della stessa, siccome frutto di reimpiego da parte del reo del denaro o di altre utilità direttamente ottenuti dai concussi (ne consegue che anche l'immobile acquistato con il danaro ottenuto dai concussi deve considerarsi profitto del reato)".

19. Cass., sez. un., 6 marzo 2008, n. 10280, Miragliotta, in *CED*, rv. 23870. Su tale questione cfr. Maugeri, *La confisca per equivalente* – ex *art. 322*-ter – *tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, p. 794 ss.

20. Sez. Un. - C.C. 25 giugno 2009 (dep. 6 ottobre 2009), N. 38691 – Pres. Gemelli-. Rel. Fiale – Caruso, con nota di Maugeri, *La confisca per equivalente* – ex *art. 322*-ter, cit.; cfr. Alessandri, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in Dolcini-Paliero (a cura di), *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, Milano 2006, p. 2125; Id., voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, vol. III, Torino 1989, 52; Fornari, *Art. 240 c.p.*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di Crespi-Forti-Zuccalà, V ed., Padova 2008, p. 626; Epidendio, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *Dir. pen. e proc.* 2008, n. 10, p. 1272; Id., *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Padova 2011, 104 ss.; Mongillo, *Art. 322*-ter, in *Codice penale – Rassegna di giurisprudenza e di dottrina,* vol. VII, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano 2010, 272; Bottalico, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.* 2009, 1731; sull'adozione del più ampio concetto di *proceeds* nei documenti internazionali cfr. Pistorelli, *Il profitto oggetto di confisca* ex *art. 19 d.lgs. 231/2001 nell'interpretazione delle Sezioni unite della Cassazione*, in *La resp. amm. delle soc. e degli enti* 2008, 139.

(primo comma dell'art. 73 che disciplina l'ablazione pubblica dei profitti, il *Verfall*[21], ma anche la confisca dei *Surrogaten*[22] e dei *Nutzungen* (utilità)[23] (secondo comma), non vengono colpiti dal *Verfall* i profitti indiretti, come la vincita alla lotteria o i profitti derivanti dagli investimenti in un'azienda o da una speculazione in borsa. Il loro accertamento imporrebbe, infatti, al giudice dei problemi irrisolvibili (basti pensare ai profitti ottenuti attraverso l'investimento del ricavato del delitto nell'azienda del reo o in una speculazione)[24].

Nel preambolo si esprime la volontà di far rientrare nella nozione di provento anche "il valore corrispondente a tutte le perdite evitate", e quindi i c.d. risparmi di spesa nei limiti, si potrebbe precisare, in cui siano economicamente valutabili attribuendo al giudice un potere di stima, già espressamente previsto in molti ordinamenti (ad esempio § 73 b, *Schätzung*, StGB tedesco[25] o art. 70 ult. comma StGB svizzero) e che deve essere esercitato adempiendo ad un congruo obbligo di motivazione, consentendo il contraddittorio sul punto. Al di là delle ipotesi espressamente disciplinate in cui la confisca del profitto consiste necessariamente nella confisca del risparmio di quanto dovuto, la nostra Suprema Corte a Sezioni unite ha precisato che la confisca del "risparmio di spesa" "presuppone un ricavato comunque introitato, che non venga decurtato dei costi che si sarebbero dovuti sostenere: secondo questa interpretazione per poter parlare di profitto come risparmio di spesa conseguito sarebbe stato necessario individuare un risultato economico positivo concretamente determinato dalla contestata condotta"[26].

21. Se si tratta per contro di vantaggi patrimoniali, che non si concretizzano in oggetti determinati ma in favori, risparmi, investimenti, vantaggi in un concorso, o profitti simili che devono essere calcolati, può mancare un oggetto originale da sottoporre al *Verfall*; in questo caso si prende in considerazione il *Wertersatzverfall* ai sensi del § 73 a., così Eser, § 73, in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di Schönke-Schröder-Lenckner, 27 ed., 2006.

22. L'inflizione della confisca in relazione ai *Surrogaten* è affidata alla discrezionalità del giudice, come si deduce dall'uso dell'espressione "*kann*" (Abs. 2 S. 2); il giudice, però, deve scegliere se applicare la confisca dei surrogati o la confisca di valore, *ex* § 73 a (il *Wertersatzverfall*). Rientrano nella categoria dei *Surrogaten* sottoponibili a *Verfall*: il ricavato della vendita (anche l'oggetto realizzato attraverso la vendita di una cosa o di un diritto ottenuti dal fatto); il compenso per la distruzione, il danneggiamento o la privazione dell'oggetto originale (ad esempio da parte di un'assicurazione), essendo indifferente se il *Surrogat* consiste in una cosa corrispondente all'oggetto originale (una nuova auto in sostituzione di quella distrutta nell'incidente) o in una pretesa al risarcimento economico; ciò che viene acquisito in base ad un diritto conseguito, ad esempio attraverso la confisca di un credito, cfr. Dreher-Tröndle, § 73, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 47 ed., München 1995, 542.

23. I *Nutzungen* (utilità) sono, così come il vantaggio ottenuto direttamente, obbligatoriamente sottoposti al *Verfall*. Qualora sia presente un oggetto, che non può essere sottoposto al *Verfall* perché, ad esempio, l'autore del fatto non ne è diventato il proprietario e lo ha restituito, possono essere confiscate le utilità indirettamente ricavate, cfr. Dreher-Tröndle, *§ 73*, cit., 542; Horn, *§ 74 Vorausetzungen der Einziehung,* in *StGB Systematischer Kommentar*, 18 ed., parte I, *Allgemeiner Teil*, a cura di Rudolphi, Horn, Samson, dicembre 1992, 12, il quale precisa che possono essere confiscati anche i profitti derivanti dal funzionamento della cosa, purché non siano dovuti alle prestazioni o alle capacità di colui, al quale viene confiscata la cosa; sono confiscabili gli interessi bancari, non quelli più elevati.

24. Cfr. Dreher-Tröndle, *§ 73*, cit., 631; Lackner, *§ 73*, in *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München 1995, 471; Hildenstab, *Die Gewinnabschöpfung im Umwelstraverfahren*, Köln 1990, 43 ss.

25. Il *§ 73 a* StGB prevede il *Verfall des Wertersatzes*.

26. Cass., sez. un., 27 marzo (2 luglio) 2008, n. 26654, Soc. Fisia e altro, in *CED*, rv. 239926; Cfr. Cass. 7 novembre 1991, Cerciello, in *Rep. Foro it*., 1992, voce *Truffa*, n. 8, c. 3481; Maugeri, *Relazione introduttiva. I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato*, in (a cura di) Id., *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano 2008, pp. 29-30; Mongillo, *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo del profitto a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato*, in *Cass. pen*. 2011, p. 2332; Pelissero, *Commento all'art. 3 l. 29 settembre 2000*, in *Leg. Pen*. 2001, 1027. Il profitto può consistere nella riduzione dei costi aziendali: Corte d'Appello Palermo, Sez. IV penale, 18/03/2011 (ud. 4/03/2011), n. 889. In termini più ampi sulla confisca dei vantaggi immateriali cfr. Fornari, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim dir. pen. ec.* 2005, 90, il quale non ritiene possibile utilizzare la confisca di valore per sottrarre importi corrispondenti a utilità immateriali economicamente valutabili; conforme Alessandri, *Criminalità economica*, *op. cit*., 2123-2155; Piergallini, *Reati e responsabilità degli enti*, a cura di Lattanzi, Milano 2010, 244 ss.; Mongillo, *Art. 322*-ter, cit., 281; Bottalico, *op. cit*., pp. 1732-1733; *contra* Epidendio, *Sequestro preventivo speciale e confisca*, in *La resp. amm. delle soc. e degli enti* 2006, 77 ss.; Acquaroli, *Confisca e tassazione. Proposte di riforma e ipotesi di un modello integrato di disciplina della ricchezza "di origine illecita"*, in *La riforma del sistema sanzionatorio fiscale*, a cura di Acquaroli, Macerata 2007, p. 170; Lottini, *Il sistema sanzionatorio*, in Garuti (a cura di), *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova 2002, 170. Cfr. GIP Trib. Milano, ord. 27 aprile 2004, Siemens AG, in *Foro it.* 2004, II, 434, in cui si afferma che il profitto dell'attività corruttrice non è costituito solo da componenti materiali ma anche "nell'altissimo valore del monopolio raggiunto a discapito dei concorrenti, monopolio destinato a proiettarsi nel tempo con ingenti profitti"; Trib. Milano, 11 dicembre 2006, parla di ogni conseguenza vantaggiosa collegabile all'attività illecita. Cfr. ancora Cass. 23 giugno 2006, n. 32627, La Fiorita società cooperativa arl, in *CED,* rv. 235636 e in *Guida al dir.* 2006, 42, p. 61.

3

Confisca conseguente alla condanna e confisca per equivalente (art. 3)

La proposta di direttiva prevede, innanzitutto, una forma di confisca, conseguente alla condanna, sia dei proventi e degli strumenti del reato sia dell'equivalente (art. 3); si tratta della forma classica di confisca del profitto fondata sull'accertamento del nesso di causalità tra proventi e uno specifico reato. Molti ordinamenti stranieri prevedono già da molti anni il carattere obbligatorio della confisca dei profitti e la confisca di valore con discipline di carattere generale che si possono applicare a tutti i reati, mentre nell'ordinamento italiano si impone una riforma del nostro 240 cp. che continua a prevedere il carattere facoltativo della confisca dei profitti, prevista come obbligatoria solo da fattispecie di parte speciale. Lo stesso discorso per la confisca di valore in quanto in via generale è prevista esclusivamente da una norma di carattere procedurale, l'art. 735-*bis* c.p.p., al fine di garantire l'esecuzione in Italia di un provvedimento di confisca disposto da un'autorità straniera, disposizione introdotta in seguito alla ratifica da parte dell'Italia della Convenzione di Strasburgo del 1990, non essendo state ancora recepite nel nostro ordinamento le sollecitazioni europee e internazionali ad introdurre una disciplina generale della confisca per equivalente – a partire dalla Convenzione di Strasburgo del '90 sino alla decisione quadro 212/2005 – ; da ultimo la l. 3 agosto 2009, n. 116[27] (Ratifica ed esecuzione della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 2003[28]) si limita in materia di confisca a introdurre gli articoli 740-*bis* e 740-*ter* c.p.p. che disciplinano la devoluzione ad uno Stato estero delle cose confiscate[29]. In Italia la legge comunitaria 2007 (l. n. 34/2008), un decreto legislativo cui non è stata data attuazione, prevedeva una serie di principi direttivi per adeguare la disciplina interna alle indicazioni dell'art. 2 della decisione quadro 212/2005 sia in relazione alla confisca degli strumenti sia in relazione alla confisca dei profitti del reato (all'art. 31). Si prevedeva, ad esempio, la necessità di garantire l'obbligatorietà della confisca del prodotto e del prezzo del reato, nonchè del profitto, derivato direttamente o indirettamente dal reato, e del suo impiego, nella parte in cui non debbano essere restituiti al danneggiato, nel caso di condanna, o di applicazione della pena su richiesta delle parti e l'obbligatorietà della confisca per equivalente[30] del prezzo, prodotto o profitto del reato, con eccezione dei beni impignorabili ai sensi dell'art. 514 c.p.c.

4

Confisca allargata (art. 4): standard della prova civilistico?

L'art. 4 della proposta di direttiva impone l'adozione delle "misure necessarie per poter procedere alla confisca totale o parziale dei beni che appartengono a una persona condannata per un reato laddove, sulla base di fatti specifici, l'autorità giudiziaria ritenga molto più probabile che i beni in questione siano stati ottenuti dal condannato mediante attività criminali analoghe, piuttosto che da attività di altra natura".

In relazione allo *standard* della prova non si richiede come nella decisione quadro 212/2005 che "un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto", espressione quest'ultima che fa pensare alla richiesta di uno *standard* della prova penalistico, oltre ogni ragionevole dubbio, o perlomeno dello *standard* intermedio previsto negli ordinamenti di *common law*, prova chiara ed evidente, ma piuttosto la proposta di direttiva usa l'espressione "molto più probabile". Non è chiaro, però, se sia sufficiente lo *standard* civilistico previsto in diversi ordinamenti di *common law* anche

27. In G.U. n. 188 del 14.8.2009.
28. Firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003, nonchè norme di adeguamento interno e modifiche al c.p. e al c.p.p.
29. Cfr. sull'esigenza di riforma della confisca *ex* art. 240, Maugeri, *op. cit.*, 144 ss.; Nunziata, *Linee evolutive della confisca penale: progetti di riforma e tendenze di politica criminale*, in *Ind. Pen.* 2004, p. 981; Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale – Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone giuridiche*, Bologna 2007; Grasso, *Art. 240 c.p.*, in Romano-Grasso-Padovani, (a cura di), *Commentario sistematico del Codice penale*, vol. III, Milano 2011, 604 ss.; Manes, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti* in malam partem, in *Cass. pen.* 2010, p. 101; Maiello, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, in *Dir. pen. e proc.* 2010, p. 433; Vergine, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano 2009, pp. 14 ss.; Gaito, *Nuovi modelli di intervento penale: sequestro e confisca per equivalente*, in *Giur. it.* 2009, p. 2066
30. Maugeri, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti*, cit., p. 489 ss.; Id., *La confisca per equivalente* – ex *art. 322-*ter – *tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 2011, 777.

in relazione a forme di confisca applicate in seguito ad una condanna in sede penale, come il *criminal forfeiture* nordamericano o il *confiscation* inglese, e cioè la prova del 51%, più probabile che no, perché la norma richiede che sia molto probabile, espressione che induce a pretendere qualcosa di più del 51% e magari fa pensare allo *standard* intermedio, prova chiara ed evidente. La versione inglese è più ambigua in realtà non richiedendo che sia "molto probabile" ma piuttosto semplicemente che sia "sostanzialmente più probabile" ("*a court finds it substantially more probable that the property in question has been derived by the convicted person from similar criminal activities than from other activities*"); la versione francese "*nettement plus probable*" è più chiara nel richiedere che la probabilità a favore dell'origine illecita debba prevalere in maniera decisa sulle probabilità contrarie, si potrebbe dire in "maniera chiara ed evidente". Fermo restando che non è possibile pretendere lo *standard* penalistico, si potrebbe parlare di uno *standard* civilistico rafforzato un "sicuro più probabile che no" in relazione all'origine criminale.

Del resto nella relazione introduttiva alla proposta di direttiva al "§ 2.4. Sussidiarietà, proporzionalità e rispetto dei diritti fondamentali", sempre nella versione italiana si precisa che "La confisca estesa è autorizzata solo nella misura in cui l'autorità giudiziaria ritenga che, sulla base di fatti specifici, il condannato per un reato sia in possesso di beni che, secondo quanto è più probabile, sono il frutto di altre attività criminali analoghe, piuttosto che di attività di altra natura. Al condannato è data la possibilità di confutare detti fatti specifici"; l'art. 8 in materia di garanzie precisa che "Nei procedimenti di cui all'articolo 4, l'indagato o l'imputato hanno l'effettiva possibilità di contestare la probabilità in base alla quale i beni in questione sono considerati proventi di reato": si fa riferimento a un mero criterio civilistico, pur precisando la necessità di garantire i diritti della difesa.

La norma, inoltre, precisa "sulla base di fatti specifici" in termini simili a quanto previsto dalla decisione 212/2005 che richiede "fatti circostanziati"; l'uso del termine "fatto specifico", così come "fatto circostanziato", sembrerebbe escludere la possibilità di fondare la confisca sulla base di meri sospetti (mera congettura ipotetica), che non assumono per lo meno la dignità di indizi, se non di una vera e propria prova. Si deve evidenziare, inoltre, che la norma usa l'espressione "fatti specifici" al plurale, indicando che sono necessari una pluralità di indizi, e non un unico indizio per quanto significativo come la sproporzione (la decisione quadro 212/2005, infatti, non si accontenta della prova della sproporzione come fondamento della confisca allargata, ma pretende anche l'ulteriore accertamento di fatti circostanziati circa l'origine illecita).

Lo *standard* civilistico, pur rafforzato, comporterebbe in ogni caso, un inevitabile affievolimento delle garanzie della materia penale, a partire dalla presunzione d'innocenza e dal diritto alla difesa; si accoglierebbe l'orientamento, sposato anche in qualche sentenza della Suprema Corte italiana, per cui laddove viene in gioco la tutela della proprietà non si applica o si applica in maniera affievolita la garanzia della presunzione d'innocenza, art. 27 comma 2 Cost., che sarebbe ineluttabilmente connessa solo alla tutela della libertà personale, art. 13 Cost. ("in quanto nella specie non si tratta di presumere la colpevolezza di un soggetto, ma la provenienza illecita di un patrimonio"[31]); "il diritto al silenzio attiene al momento dell'accertamento della responsabilità penale, sicché non assume rilievo in presenza di una condanna, restando così superata la presunzione di non colpevolezza"[32].

In tale direzione del resto la Corte europea dei diritti dell'uomo non solo ha sempre valutato la confisca misura di prevenzione italiana (*ex* art. 2-*ter* l. 575/65, oggi art. 24

31. Cass. Sez. un., 17 dicembre 2003 (19 gennaio 2004), Montella, in C. pen. 2004, 1188; Fornari, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova 1997, 222, il quale ritiene che, in virtù di un nesso teleologico tra l'art. 27, c.p. 2 e l'art. 13 della Costituzione, l'operatività del principio si esplica in maniera inderogabile solo in relazione alla tutela della libertà personale; in tale direzione cfr. Gialanella, *Funzionalità e limiti garantisti dell'ordinamento penale alla difficile "prova" delle misure di prevenzione patrimoniale*, in *Crit. dir.* 1999, 548.
32. Cass. Sez. un., 30 maggio 2001, Derouach, in *Foro it*. 2001, II, 502.

del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione introdotto dal d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159[33] conforme ai principi del giusto processo e della presunzione d'innocenza (che in realtà ad avviso della Corte non verrebbe in rilievo perché non si tratta di una pena), come ricorda del resto la stessa relazione alla proposta di direttiva (si ricorda che "l'applicazione della normativa italiana è stata considerata una restrizione necessaria dei diritti fondamentali nella misura in cui costituisce un'"arma necessaria" nella lotta contro la mafia"[34] ma la Corte ha evidenziato che nei procedimenti per l'applicazione di forme di confisca allargata come il *confiscation* britannico o olandese, fondati su *standard* della prova civilistici, non viene in gioco la tutela della libertà personale perché non comportano l'imputazione di un reato ai sensi dell'art. 6, c. 2 CEDU (presunzione d'innocenza) o meglio una "nuova imputazione" (*new charge*) oltre a quella oggetto della condanna presupposta per l'applicazione della confisca, ritenendo sufficiente l'applicazione dell'art. 6, c. 1, ferma restando la necessità che le presunzioni siano confutabili e si garantiscano i diritti della difesa[35].

In realtà laddove si ammettono forme allargate di confisca che possono colpire interi patrimoni sul presupposto di una presunta attività illegale sembrerebbe preferibile in termini di rispetto della presunzione d'innocenza e del diritto al silenzio, nonché del diritto di proprietà e di proporzione, che si richieda all'accusa la prova dell'origine illecita del bene attraverso una prova indiziaria (indizi gravi, precisi e concordanti), piuttosto che accontentarsi della prova civilistica; la prova indiziaria non imporrebbe l'accertamento dei crimini dai quali provengono i beni, ma la prova di sufficienti elementi (fatti circostanziati o fatti specifici) dai quali emerga che i beni non siano stati acquistati in maniera lecita. Anche la dottrina nordamericana continua a criticare la disciplina del *civil forefiture* e a richiedere un innalzamento dello *standard* probatorio: "*Increasing the evidentiary burden would prevent the government from seizing property based on flimsy evidence, such as the commonly used theory that possession of a large sum of cash itself indicates criminal activity*"[36].

4.1 Presupposti dei poteri allargati di confisca: la natura analoga dell'attività criminale

La decisione quadro n. 212/2005 prevede tre modelli di confisca come accennato: in base al primo è sufficiente il convincimento del giudice sull'origine del bene da confiscare da attività criminali temporalmente connesse a quelle per cui il reo è stato condannato; in base al secondo più garantista si richiede non solo la connessione temporale, ma anche che le attività abbiano natura simile (siano analoghe); in base al terzo si richiede il convincimento del giudice in ordine sia all'origine criminale sia al valore

33. In Gazz. Uff. 31 ottobre 2011.

34. Si cita la sentenza CEDU, 22 febbraio 1994, *Raimondo v. Italy*, in *Pubblications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1994, Série A vol. 281, 7; conformi Commission Eur., 15 aprile 1991, Marandino, n. 12386/86, in *Decisions et Rapports* (DR) 70, 78; 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97; 22 febbraio 1989, *Ciulla c. Italie*, *ivi*, Série A vol. 148, 17; 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italie*, *ivi*, Série A vol. 39, 37; 25 marzo 2003, *Madonia c. Italia*, n. 55927/00, in *www.coe.int*, 4; 20 giugno 2002, Andersson c. Italia, n. 55504/00, ivi, 4; 5 luglio 2001, Arcuri e tre altri c. Italia, n. 52024/99, ivi, 5; 4 settembre 2001, Riela c. Italia, n. 52439/99, ivi, 6; Bocellari e Rizza c. Italia, n. 399/02, ivi, 8. Solo un recentissimo orientamento della Corte Europea ha evidenziato un aspetto della procedura delle misure di prevenzione patrimoniali considerato incompatibile con le garanzie del giusto processo previste dall'art. 6 CEDU, e cioè la mancanza di un'udienza pubblica, così CEDU, Bocellari, cit.; 8 luglio 2008, Perre et autres c. Italie, n. 1905/05, ivi; 5 gennaio 2010, Bongiorno c. Italia, n. 4514/07. Cfr. Corte costituzionale, 12 marzo 2010, n. 93; cfr. Corte Cost., 7 marzo 2011, n. 80, in G.U. 13/03/2011, che nega la necessità dell'udienza pubblica nel ricorso in Cassazione e Cass., sez. un., 25 marzo 2010, n. 13426; Cass., sez. V, 17 novembre 2011, n. 7800, C. e altro, in *www.dejure.giuffre.it*, che ribadisce, citando la giurisprudenza della Corte EDU, che " L'istituto della confisca di prevenzione non è in contrasto con quanto disposto dall'art. 1 del Protocollo n.1 alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo".

35. Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Grayson & Barnham v. The United Kingdom*, n. 19955/05 e 15085/06, in *www.coe.int*, § 37 ss.; Corte eur. dei dir. dell'uomo, Phillips c.p. Royaume-Uni, 12 dicembre 2001, Requete n. 41087/98, ivi, § 32-34; Corte eur. dei dir. dell'uomo, Butler c. Royaume-Uni, 26 giugno 2002, Requete n. 41661/98, ivi, 6; Corte eur. dei dir. dell'uomo, Van Offeren c. the Netherlands, Caso n. 19581/04, 5 luglio 2005, ivi. Contra Corte eur. dei dir. dell'uomo, Welch v. United Kingdom, 9 febbraio 1995 (1/1994/448/527), in Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme 1995, Série A, vol. 307, 1 ss., § 27 ss. 34 (Leg. pen. 1995, 522). Per la giurisprudenza della Corte europea sulla confisca misura di prevenzione cfr. Maugeri, La lotta contro l'accumulazione di profitti illeciti, cit., 541 ss.; in generale da ultimo cfr. Abbadessa-Mazzacuva, La giurisprudenza di Strasburgo 2008-2010: il diritto di proprietà (art. 1 Prot. 1 CEDU), in Dir. Pen. Cont. 2011, n. 1, p. 323.

36. Cfr. Moores, *Reforming the Civil Asset Forfeiture Reform Act Civil,* in *Arizona Law Review* 2009, Vol. 51, 777 ss.; United States v. $124,700, 458 F.3d 822, 826 (8th Cir. 2006).

sproporzionato dei singoli beni (non si richiede connessione temporale o natura simile delle attività criminali).

La proposta di direttiva accoglie in parte il modello più garantista previsto dalla decisione quadro 212/2005 richiedendo che il giudice accerti non solo l'origine criminale dei beni, ma anche che i proventi provengano da "attività criminali analoghe, piuttosto che da attività di altra natura".

L'opzione scelta dalla proposta di direttiva esprime probabilmente una sorta di compromesso in termini di garanzie nel senso che il *minus* richiesto in relazione allo *standard* della prova, più probabile che no, anche se rafforzato, sarebbe compensato da tale limitazione circa la "natura dell'attività" che dovrebbe essere la stessa dei reati per i quali il soggetto è condannato; il giudice dovrebbe ritenere che il soggetto ha realizzato altri reati della medesima natura, che lui non riesce a provare ai fini della condanna, ma dai quali il soggetto avrebbe tratto i proventi presenti nel suo patrimonio. Il carattere analogo delle attività fonte dei proventi imporrebbe all'accusa uno sforzo probatorio più preciso, anche se solo nei limiti dello *standard* civilistico; il legislatore presume insomma che il soggetto abbia svolto la medesima o simili attività in maniera continuativa, pressocchè professionale accumulando nel tempo quei cespiti patrimoniali consolidati nel suo patrimonio non riconducibili al reato/i oggetto di condanna.

Chiaramente tale limite del carattere analogo delle attività assume un carattere relativo laddove si tratta del reato di partecipazione in un'organizzazione criminale, potendo l'organizzazione realizzare reati diversi, però rimane fermo che si dovrebbe trattare di proventi di reati realizzati dall'organizzazione.

Nell'ordinamento austriaco si prevede una forma di confisca allargata, la restituzione dei profitti estesa (art. 20, c. 2 öStGB)[37], che presuppone la condanna per i più gravi *Verbrechen* (§ 17) e la sussistenza di indizi circa la provenienza dei beni da un'attività criminale di uguale natura e anche temporalmente connessa a quella oggetto di condanna (tale regola si applica anche in relazione ai beni ottenuti dal reo in "connessione temporale" con la sua partecipazione ad un'organizzazione criminale – § 278a – o terroristica – § 278b) (art. 20, c. 3 öStGB).

La proposta di direttiva, invece, non pone alcun limite temporale richiedendo l'accertamento dell'eventuale correlazione temporale tra il momento dell'acquisto del bene e i reati per i quali il soggetto è stato condannato o, comunque, tra le presunte ulteriori attività illecite e i reati accertati; il limite temporale è previsto in alcuni ordinamenti costringendo l'accusa ad un ulteriore impegno probatorio circa la "correlazione temporale" tra la presunta ulteriore attività illecita e l'acquisto dei proventi, come ad esempio in Austria, o al fine di delimitare l'ambito di applicazione delle forme allargate di confisca, come i sei anni previsti nell'ordinamento britannico. Anche ai fini dell'applicazione della confisca misura di prevenzione patrimoniale la giurisprudenza più garantista richiede la correlazione temporale tra il momento dell'acquisto dei beni da confiscare e gli indizi di appartenenza all'associazione criminale o di svolgimento delle attività criminali presupposte (tra la pericolosità e l'acquisizione dei beni confiscati[38]). La richiesta del requisito della correlazione temporale avrebbe reso la confisca allargata maggiormente

37. Woratsch, *Risposte al questionario On the reversal of the onus of proof. Looking for an answer to the criminal economy – Production of Study Report on The Reversal of the burden of proof regarding the apparently illicit derivation of profits and assets in the context of the fight against the criminal economy* UNOV/ISPAC Contract No. 97/548, 25, n. 2102; Forrenger, *§ 20 StGB, Abschöpfung der Bereicherung,* in *StGB und ausgewählte Nebengesetze. Manzsche Kurzkommentar*, 7 ed., 102; Maugeri, *op. cit*., 542, nota 14.

38. Cass. 13 maggio 2008, n. 21357, E.; Cass. 16 aprile 2007, n. 21048; Cass. 23 marzo (16 maggio) 2007, Cangialosi e altro, n. 18822, *CED Rv.* 236920; Cass. 16 gennaio 2007, n. 5234, L. e altro, in *Guida al dir.* 2007, 1067 parla di ragionevolezza temporale; Cass. 3 febbraio 1998, Damiani, in *Arch. n. proc. pen*. 1998, 424; Cass., 3 febbraio 1997, in *Arch. n. proc. pen*. 1998, 424, con nota di Grillo, *Fra misura di prevenzione personale e misura di prevenzione patrimoniale nella legislazione antimafia*; Cass. 2 maggio (15 luglio) 1995, n. 2654, Genovese, *CED Rv.* 202142. Cfr. Maugeri, *Profili di legittimitá costituzionale delle sanzioni patrimoniali (prima e dopo la riforma introdotta dal decr. n. 92/2008): la giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Suprema Corte*, in (a cura di) Cassano, *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, NelDiritto Editore – Bari 2009, p. 39 ss.; Id., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in Mazza-Vigano', *Il "Pacchetto sicurezza" 2009 (Commento al d.l. 23 febbraio 2009, n. 11 conv. in legge 23 aprile 2009, n. 38 e alla legge 15 luglio 2009, n. 94),* Torino 2009, p. 425.

conforme alla presunzione d'innocenza come "regola dell'esclusività dell'accertamento della colpevolezza in via processuale", in quanto il fatto di colpire solo gli ingiustificati arricchimenti temporalmente connessi con l'attività criminale accertata consente di alleggerire il rischio che si debbano subire le conseguenze di fatti non accertati. Certo questo rischio aumenta sempre più quanto più in sede interpretativa si allarghi tale concetto di connessione temporale[39].

Nell'ordinamento britannico, ancora, si discute se sia necessaria la prova dell'origine dei beni da reati aventi la medesima natura ai fini dell'applicazione del *civil forfeiture*[40]; si osserva che la Parte 5 del POCA 2002 stabilisce alla sezione 241(3) che la Corte non deve identificare lo specifico reato da cui derivono i beni da confiscare, ma la Corte deve decidere in base al bilancio delle probabilità che "*that any matters alleged to constitute unlawful conduct have occurred*" e ai sensi della stessa sezione 241, "*unlawful conduct*" è definita "*conduct considered criminal in the country where it occurs, be that the UK or elsewhere*"; si deve accertare inoltre che "i beni sono stati ottenuti attraverso una condotta di uno o più tipologie, ognuna delle quali dovrebbe essere stata illecita" ("*that the property was obtained through conduct of one of a number of kinds, each of which would have been unlawful conduct*") ai sensi della sezione 242. Nelle note esplicative, come osservato dalla Corte nel caso Angus v United Kingdom Border Agency [2011], per risolvere la questione si richiama la subsezione 296 (2)(b) che stabilisce che "*it is not necessary to show that property was obtained though a particular kind of unlawful conduct, so long as it can be shown to have been obtained through unlawful conduct of one kind or another. So it will not matter, for example, that it cannot be established whether certain funds are attributable to drug dealing, money laundering, brothel-keeping or other unlawful activities, provided it can be shown that they are attributable to one or other of these in the alternative, or perhaps some combination*". Insomma dovrebbe essere fornita in positivo la prova, sia pure civilistica, dell'origine da determinati crimini, qualunque sia o siano le fattispecie realizzate e quindi accertate, non sarebbe sufficiente la prova di una generica e indefinita origine criminale. Questa regola si applica sia ai fini del "*recovery*" in *civil proceedings* davanti all'*High Court* sia per l'applicazione del *forfeiture of cash* nei procedimenti dinanzi la *Magistrates' court*[41]. Questo vuol dire, si ritiene in dottrina, che non è sufficiente la sola prova della mancanza di giustificazione circa l'origine lecita ai fini della confisca - come confermato nel caso R (Director of Assets Recovery Agency) v Green [2005] EWHC 3168 (Admin) -, ma devono essere fornite altre prove dell'origine criminale: "evidence of crime of one sort or another may be sufficient to satisfy the requirements for Part 5"[42]. Anche se poi alla Corte basta ritenere che il denaro da confiscare rappresenti il profitto del reato di riciclaggio, ritenendo che chi detiene i beni non è l'autore del crimine a monte, per procedere ai sensi della sezione 298(2)(b) senza fornire alcuna prova del tipo di reato da cui deriva il denaro.

Ai fini dell'applicazione della direttiva si porrà allora il problema di stabilire che cosa si intenda per attività aventi la medesima natura. Nella relazione alla proposta di direttiva si precisa che si deve trattare di attività di "natura o gravità analoghe" a quelle del reato per il quale la persona è condannata: non solo non si chiarisce la nozione di natura, ma si fa riferimento a un criterio profondamente diverso come la "gravità", che

39. Cfr. Maugeri, *op. cit*., p. 838.

40. Winch, PoCA 2002 and 'kinds of unlawful conduct', 23 June 2011, Case law, Civil recovery, Confiscation, Money laundering, Prosecutions, in

41. Angus v United Kingdom Border Agency [2011] EWHC 461 (Admin), in *www.bailii.org.*

42. In the *Court of Appeal judgment in* Assets Recovery Agency Director v Szepietowski & others [2007] EWCA Civ 766, § 107 Lord Justice Moore-Bick ha precisato che "it is sufficient, in my view, for the Director to prove that a criminal offence was committed, even if it is impossible to identify precisely when or by whom or in what circumstances, and that the property was obtained by or in return for it. In my view Sullivan J. was right, therefore, to hold that in order to succeed the Director need not prove the commission of any specific criminal offence, in the sense of proving that a particular person committed a particular offence on a particular occasion. Nonetheless, I think it is necessary for her to prove that specific property was obtained by or in return for a criminal offence of an identifiable kind (robbery, theft, fraud or whatever) or, if she relies on section 242(2), by or in return for one or other of a number of offences of an identifiable kind".

a parte la difficoltà di un simile giudizio di valore, – riconducibile ad un mero confronto tra le sanzioni previste dalle fattispecie in gioco – , potrebbe estendere l'applicazione della confisca a proventi derivanti da reati che, pur avendo natura assolutamente diversa, prevedano pene analoghe. Probabilmente il legislatore europeo vuole fare innanzitutto riferimento a reati che aggrediscono il medesimo bene tutelato o beni omogenei contro forme di aggressione considerate parimenti gravi in termini di risposta punitiva. La proposta vuole così tenere conto del fatto che la direttiva è volta ad imporre norme minime solo per i reati di cui all'art. 83 TFUE, e quindi si vuole limitare l'applicazione di questa forma di confisca allargata solo in relazione ai profitti che si ritiene provengano da reati simili piuttosto che da qualunque reato; si impone un più preciso sforzo probatorio all'accusa che dovrà fornire la prova indiziaria, pur nei limiti civilistici, non di una generica origine illecita dei cespiti patrimoniali accumulati nel tempo, ma del fatto che l'interessato svolge pressocché in materia professionale quel tipo specifico di attività delittuosa, avendo commesso o essendo stato coinvolto in altri reati aventi natura simile, anche se non possono essere provati in giudizio.

Uno dei risultati positivi della richiesta della medesima natura dell'attività criminale sarà quello di impedire la possibilità di confiscare i beni laddove l'attività criminale di origine è l'evasione fiscale; in base alla giurisprudenza pressoché uniforme in relazione alla confisca *ex* art. 12-*sexies* d.l. 306/92 e alla confisca misura di prevenzione è sufficiente la dimostrazione dell'illecita provenienza dei beni confiscati, qualunque essa sia, anche se si tratti dell'evasione fiscale[43], solo una recente pronuncia in relazione alla confisca *ex* art. 12-*sexies* esclude correttamente tale possibilità in base alla considerazione – avanzata da tempo dalla dottrina – che la norma in questione richiede la sproporzione tra i beni e il reddito o l'attività economica, intendendo anche l'attività economica lecita non dichiarata (lo stesso dovrebbe valere per la confisca *ex* art. 24 del codice antimafia)[44]; la previsione legale per cui la sproporzione deve sussistere non solo rispetto ai redditi denunciati ai fini delle imposte, ma anche rispetto all'attività economica comunque svolta dal soggetto, precluderebbe, infatti, l'assimilazione tra il reddito oggetto di evasione fiscale e il reddito di origine illecita, in quanto altrimenti la norma richiederebbe la sproporzione cumulativamente rispetto al duplice parametro della quantità di reddito denunciata e della quantità di reddito avente fonte in attività economiche lecite anche se taciute al Fisco[45].

La richiesta della natura simile dell'attività criminale a monte dei presunti profitti illeciti potrebbe essere valutata meno positivamente in termini di efficienza del modello di confisca allargata in esame, perché se da una parte si abbassano le garanzie accontentandosi della prova civilistica, più probabile che no, dall'altra si delimita l'ambito di applicazione della confisca; e se il giudice accerta, anche se in base allo *standard* civilistico, che i beni provengono da reati aventi natura diversa? Non li può confiscare e si dovrebbe iniziare un altro procedimento per ottenere una condanna e applicare

43. Cass., 10 giugno 1994 n. 2860, Moriggi, in *CED Rv.* 198941; Cass., 14 ottobre 1996, Scarcella, n. 5202, in *CED Rv.* 205738; per la confisca misura di prevenzione patrimoniale Cass. 27 maggio 2003, n. 36762, Lo Iacono e altro, in *Cass. pen*. 2005, m. 115 e Cass., 22 febbraio 1996, n. 148, Anzelmo, in *Riv. pen*. 1996, 1153; da ultimo cfr. Cass., sez. II, 24 maggio 2011, n. 22782, G., in *www.dejure.giuffre.it*.

44. Cass. pen., Sez. VI, 31 maggio 2011 (dep. 26 luglio 2011), n. 29926 Pres. Mannino, Rel. Conti, ric. TG e altri, con nota di Menditto, *Sulla rilevanza dei redditi non dichiarati al fisco ai fini del sequestro e della confisca di cui all'art. 12-*sexies *del d.l. n. 306/92, conv. dalla l. n. 356/92*, su questa rivista. La Corte precisa che: "Se il presupposto di operatività dell'istituto di cui al D.L. n. 306 del 1992, art. 12-*sexies,* è la presunzione di illiceità della provenienza delle risorse patrimoniali di un dato soggetto, appare evidente che ove le fonti di produzione del patrimonio siano identificabili, siano lecite, e ne giustifichino la titolarità in termini non sproporzionati ad esse, è irrilevante che tali fonti siano identificabili nei redditi dichiarati a fini fiscali piuttosto che nel valore delle attività economiche che tali entità patrimoniali producano, pur in assenza o incompletezza di una dichiarazione dei redditi. Diversamente, si verrebbe a colpire il soggetto, espropriandosene il patrimonio, non per una presunzione di illiceità, in tutto o in parte, della sua provenienza ma per il solo fatto della evasione fiscale; condotta, questa, che all'evidenza non può dirsi riconducibile allo spirito e alla *ratio* dell'istituto in questione, che mira a colpire i proventi di attività criminose e non a sanzionare la infedele dichiarazione dei redditi, che si colloca in un momento successivo rispetto a quello della produzione del reddito, e per la quale soccorrono specifiche norme in materia tributaria, non necessariamente implicanti responsabilità penali".

45. Locatelli, *La confisca del patrimonio di valore sproporzionato. Note all'art. 12-*sexies *della l. 7.8.1992, nr. 356,* in *Il Fisco* 1996, 8304; in tale direzione Mariella, *L'aggressione ai patrimoni illeciti ed alle attività economiche della criminalità organizzata: quadro normativo e tecniche di indagine*, in *Quaderni del C.S.M.* 1998, n. 104, 589; Maugeri, *op. cit*., 326.

la confisca nei confronti di questi beni. Si potrebbe tentare di interpretare la richiesta del carattere similare come riferito alla natura criminale *tout court* piuttosto che alla specifica tipologia di reati, contrapposta con attività di natura lecita; si dovrebbe interpretare nel senso che il legislatore europeo si limiti a richiedere che sia più probabile che i beni in questione derivino da "attività criminali simili piuttosto che da altre attività" lecite, limitandosi a richiedere semplicemente la prova della mera origine criminale in contrasto con una possibile provenienza da altre attività lecite. Si dovrebbe intendere "*similar*" come riferito alla mera natura criminale piuttosto che alla specifica tipologia di reato/i. Tale interpretazione sembra difficilmente sostenibile se si considera che sia nella relazione introduttiva sia nel preambolo all'articolato si fa riferimento espressamente a reati di "natura o gravità analoghe" ("*other criminal activities of similar nature or gravity*"[46], "*other criminal offences, of similar nature or gravity as the criminal offence for which the person is convicted*"[47] e nella decisione quadro 212/2005 tale ipotesi, e quindi tale modello di confisca, viene prevista specificamente come alternativa a quella fondata sull'accertamento della mera origine illecita dei beni da confiscare, senza richiedere la medesima natura dell'attività criminale fonte ma piuttosto la correlazione temporale oppure la sproporzione. In ogni caso nella prassi, a parte ipotesi limite come quella dell'evasione fiscale, trattandosi di fornire una mera prova civilistica, più probabile che no, dell'origine da reati di natura analoga, l'accusa finirà per dimostrare la mera mancanza di prove circa l'origine lecita e quindi per presumere la continuità nel passato di un'attività criminale similare a quella oggetto di condanna e fonte del patrimonio del condannato; mentre la difesa cercherà di provare l'origine lecita, non avendo interesse a fornire prove per dimostrare che l'imputato ha svolto attività criminale di natura diversa rispetto a quella presunta.

In relazione a questa forma di confisca la proposta di direttiva prevede in termini garantistici dei *limiti* alla sua applicazione laddove per gli ulteriori presunti reati, da cui sarebbero derivati i presunti profitti illeciti, l'interessato è stato assolto in un processo pendente o in altri casi in cui si applica il principio del *ne bis in idem* o laddove le attività analoghe non abbiano potuto essere oggetto di un processo penale a motivo della prescrizione ai sensi del diritto penale nazionale. Normalmente nelle discipline nazionali non si pongono simili limiti all'ambito di applicazione di forme di confisca allargata, presupponendosi del resto che non si riesca ad accertare quali siano gli specifici reati a monte dei singoli beni o cespiti patrimoniali, ma piuttosto che l'accusa fornisca una prova indiziaria dell'origine criminale dei beni da confiscare, a partire dalla prova della mancanza di giustificazioni lecite, – come avviene in relazione al *Verfall* tedesco *ex* art. 73 StGB – , o dalla prova della sproporzione del valore del bene rispetto ai redditi o alle attività economiche al momento dell'acquisto, – come avviene nell'ordinamento italiano ai fini della confisca *ex* art. 12-*sexies* l. 356/92.

Sembra a questo punto auspicabile che dalle indagini non emerga la prova dell'origine criminale dei beni da reati ormai prescritti, perché ciò impedirebbe la confisca pur in presenza di indizi circa l'origine criminale dei beni; del resto se i reati non sono prescritti si potrebbe procedere nei loro confronti, quindi alla difesa converrebbe per assurdo provare l'origine criminale del bene da un reato prescritto per sottrarre il bene alla confisca.

Più ragionevole in termini di bilanciamento tra esigenze di efficienza e quelle di garanzia, nonché di rispetto del principio del *ne bis in idem*, come evidenziato nel preambolo della proposta, sembra, invece, la scelta di impedire la confisca di beni provenienti da attività sospette in relazione alle quali l'interessato è stato però assolto, impedendo di sottoporre a questa sorta di pena minima della confisca un'attività considerata lecita in sede processuale. Ciò è invece sostanzialmente consentito dalla disciplina italiana delle

46. p. 11.
47. p. 15, § (10).

misure di prevenzione patrimoniale, nonché con il *civil forfeiture*, o anche in relazione alla *Vermögenseinziehung* contro le organizzazioni criminali *ex* art. 72 sStGB in Svizzera laddove, nonostante l'assoluzione, è possibile procedere alla confisca dei beni di cui si presume la disponibilità in capo all'organizzazione criminale, se si riesce a dimostrare la connessione con un delitto[48]. La Corte EDU, come emerge dal caso *Geerings*, relativo ad una forma di confisca allargata prevista dall'art. 36e § 2 del codice penale olandese, in relazione a profitti che si presume derivino da offese similari rispetto a quella oggetto di condanna, pur ammettendo la confisca anche nel caso di assoluzione, pretende, pena l'inosservanza della presunzione d'innocenza, che la verifica giurisdizionale sull'origine criminale non si fondi sulla semplice ricezione di risultanze investigative contrastanti con l'esito del giudizio dibattimentale e, comunque, richiede adeguati accertamenti sulla situazione patrimoniale del soggetto; il carattere relativo della presunzione di origine illecita dei proventi "deve trovare una puntuale realizzazione nella prassi applicativa, attraverso un'attenta considerazione delle spiegazioni alternative fornite dall'interessato, cui deve essere offerta una effettiva possibilità di confutazione della tesi dell'accusa"[49]. In generale, però, la Corte precisa che non è possibile considerare di origine illecita dei beni derivanti dal reato per il quale il soggetto è stato assolto[50].

5
La confisca non basata sulla condanna (art. 5)

L'articolo 5 introduce la vera novità della proposta di direttiva rispetto alle precedenti decisioni quadro e cioè la confisca "non basata sulla condanna". Pur avendo in altra sede criticato lo sganciamento dei procedimenti penali da una condanna penale, è stata evidenziata, però, la necessità di consentire l'attivazione di un procedimento *in rem* laddove non sia possibile un procedimento *in personam*, perché per ragioni sostanziali o procedurali il reo non è perseguibile (è morto, è già stato condannato e i beni da confiscare sono emersi successivamente, o per problemi giurisdizionali il proprietario dei beni non è perseguibile nel paese in cui si trovano i beni illeciti, è latitante per quegli ordinamenti che non consentono di agire in contumacia)[51].

La forma di confisca in esame può essere applicata laddove l'indagato non può essere processato perché "la morte o la malattia permanente dell'indagato o imputato impedisca di portare avanti l'azione penale, oppure la malattia o la fuga dell'indagato o imputato prima dell'azione penale o dell'emissione della condanna non consenta di agire penalmente entro tempi ragionevoli e comporti il rischio grave che l'azione penale sia invalidata dalla prescrizione". Un simile procedimento *in rem* può essere svolto innanzi al giudice penale, civile o amministrativo.

La norma stabilisce che "Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per poter procedere alla confisca dei proventi e strumenti di reato in assenza di una condanna penale a seguito di un procedimento che, se l'indagato o imputato avesse potuto essere processato, avrebbe potuto portare ad una condanna penale", senza precisare quali siano i presupposti di questa forma di confisca; anzi la norma si limita a parlare di confisca di strumenti e proventi di reato e non di confisca dei proventi di origine sospetta o, come stabilito nell'art. 4, "laddove, sulla base di fatti specifici, l'autorità giudiziaria ritenga molto più probabile che i beni in questione siano stati ottenuti dal condannato mediante

48. Cfr. Schmid, *Das neue Einziehungsrecht nach StGB Art. 58 ff.*, in *Schw. Zeit. für Strafrecht 1995, p. 350; Id. Einziehung (StGB Art. 58-60),* in *Einziehung Organisiertes Verbrechen Geldwäscherei*, Band I, Zürich 1998, pp. 188-189; Pieth-Natterer, *Relazione per la Svizzera,* in *MPI Freiburg: Gewinnabschöpfung im Internationalen Vergleich-Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung für Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Settembre 1996, 113.

49. Così Balsamo, *Il rapporto tra forme "moderne" di confisca e presunzione d'innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen*. 2007, 3936 in commento a Corte eur. dei dir. dell'uomo, 1 marzo 2007, Geerings v. the Netherlands, n. 30810/03.

50. Corte eur. dei dir. dell'uomo, *Geerings v. the Netherlands*, cit.: 48. "*Secondly, unlike in the Phillips and Van Offeren cases, the impugned order related to the very crimes of which the applicant had in fact been acquitted. 49. In the Asan Rushiti judgment (cited above, § 31), the Court emphasised that Article 6 § 2 embodies a general rule that, following a final acquittal, even the voicing of suspicions regarding an accused's innocence is no longer admissible*."

51. Maugeri, op. cit., 871-872; sulla necessità di creare un processo penale patrimoniale accessorio e autonomo cfr. 883 ss.; cfr. sui procedimenti autonomi previsti in alcuni ordinamenti 558 ss.

attività criminali analoghe". Ne deriverebbe che la confisca in assenza di condanna sarebbe possibile solo in relazione a proventi e strumenti di cui si accerti l'origine o la destinazione criminale nel procedimento, non sarebbe possibile applicare la confisca allargata in questo procedimento autonomo dal processo penale. La proposta di direttiva si limita a precisare all'art. 8 che "Nei casi di cui all'articolo 5, la persona i cui beni sono in causa nel provvedimento di confisca è rappresentata da un difensore durante il procedimento, al fine di esercitare i diritti della difesa relativamente all'accertamento del reato e all'identificazione dei proventi e degli strumenti di reato". Il giudice penale, civile o amministrativo dovrebbe accertare solo ai fini della confisca la realizzazione del reato e identificare i relativi proventi e strumenti confiscabili.

In tale direzione in Italia la legge comunitaria 2007 (l. n. 34/2008), non attuata, prevedeva per adeguare la disciplina interna alle indicazioni dell'art. 2 della decisione quadro 212/2005, la confisca obbligatoria del prodotto, del prezzo del reato, nonchè del profitto, nella parte in cui non debbano essere restituiti al danneggiato, nel caso di proscioglimento per mancanza di imputabilità o per estinzione di un reato, la cui esistenza sia accertata con la sentenza che conclude il giudizio dibattimentale o abbreviato. Quest'ultima disposizione, già prevista in diversi ordinamenti stranieri (come quello tedesco[52] avrebbe assicurato il recupero dei profitti illeciti, indipendentemente dalla condanna dell'autore del fatto, in base al presupposto che la confisca del profitto accertato non costituisce una pena, ma una misura di riequilibrio economico, volta alla restituzione di quanto il reo non ha diritto a trattenere non essendo il crimine un legittimo titolo di acquisto[53].

L'esclusione, però, della possibilità di applicare in mancanza di condanna la confisca allargata limiterebbe alquanto le prospettive di applicazione di questa forma di confisca, in contrasto probabilmente con la *ratio* che emerge dalla proposta di direttiva di garantire l'applicazione di efficaci strumenti di lotta contro l'illecita accumulazione patrimoniale della criminalità organizzata.

Si potrebbe tentare una diversa interpretazione ritenendo che la norma è volta a garantire l'applicazione senza condanna delle forme di confisca previste nelle disposizioni precedenti, sia della confisca di proprietà dei proventi e degli strumenti sia della confisca allargata dei proventi: anche se in mancanza di una condanna, il giudice deve essere convinto che i beni derivino da uno specifico reato o ha accertato in base allo *standard* civilistico rafforzato che i beni derivino da attività criminali della stessa natura del reato accertato.

In ogni caso la direttiva propone una forma di *actio in rem* che però può essere svolta solo in limitate situazioni in cui non è possibile procedere *in personam* perché il reo è deceduto, è affetto da malattia permanente o quando la fuga o la malattia non consente di agire in tempi ragionevoli; non si tratta quindi di una vera e propria *actio in rem* che consente di aggredire il patrimonio di origine sospetta indipendentemente dal processo penale *in personam*, come avviene ai fini dell'applicazione del *civil forfeiture* e sostanzialmente in relazione alle misure di prevenzione patrimoniali antimafia, ma si tratta

52. In base al progetto del 1962 l'acquisizione pubblica doveva presupporre un fatto colpevole, perché essa si poneva come un'integrazione della pena ("*neben der Strafe*"); nel caso di un fatto illecito non colpevole, sarebbero stati sufficienti gli strumenti civilistici. Il progetto alternativo (*Alternativ-Entwurfs*), invece, proponeva di rendere autonomo il *Verfall* dalla colpevolezza. Si riteneva, infatti, che non sussisteva nessuna ragione per lasciare i vantaggi patrimoniali ricavati dal fatto nella disponibilità del soggetto, che avesse trasgredito la legge non colpevolmente; inoltre si evidenziava l'esigenza politico-criminale di introdurre una forma di sottrazione dei profitti (*Gewinnabschöpfung*) applicabile "quando nonostante forti sospetti mancava la prova della colpevolezza". Il legislatore della riforma ha accolto la proposta del progetto alternativo, subordinando l'applicazione della sanzione in esame alla commissione di un "*rechtswidrigen Tat*", cfr. Güntert, *Die Gewinnäbschopfung als strafrechtliche Sanktion*, Köln 1983, 31. Parte della dottrina ha ravvisato nella rinuncia alla colpevolezza e allo scoglio dell'errore di diritto, un elemento di forza della disciplina del *Verfall* contro le persone giuridiche, così Eser, *§ 73, cit.*. Di contrario avviso è, invece, Lenz, *Einziehung und Verfall* – de lege lata *und* de lege ferenda, Hamburg 1986, 221 ss. Tale sanzione può essere inflitta solo in un processo penale, che viene condotto contro colui che ha concorso alla realizzazione del reato e ne ha tratto un vantaggio. Eccezionalmente viene in considerazione anche un'inflizione del *Verfall* cd. indipendente, che avviene al di fuori di un processo penale *in personam*, cfr. Eser, *§ 73,* cit., 801.

53. Cfr. Cass. 20 aprile 2010, n. 28238, che ammette la confisca in materia di lottizzazione abusiva anche nell'ipotesi di estinzione del reato; *contra* Cass. Sez. un., 15 ottobre 2008, n. 38834 in relazione alla confisca *ex* art. 240 c.p.

piuttosto di un procedimento "autonomo" che consente di aggredire i profitti illeciti solo in specifiche situazioni in cui non sia possibile procedere *in personam*.

Tale opzione sembra più garantista della scelta fatta invece in molti ordinamenti in cui l'*actio in rem*, destinata all'applicazione anche di forme allargate di confisca, è divenuta una sostanziale alternativa all'azione penale *in personam* e viene considerata preferibile in termini di efficienza perché consente di aggredire i patrimoni con minori garanzie (richiedendo spesso un più basso onere della prova o comunque l'accesso a prove non utilizzabili nel processo penale, o in seguito ad assoluzione laddove gli indizi non siano sufficienti per una condanna). Nell'ordinamento nordamericano, ad esempio, il procedimento della confisca *in rem* è diretto contro la "*tainted property*" (proprietà contaminata) come tale, davanti all'autorità giudiziaria del luogo in cui il bene è situato; si ricorre ad una sorta di *fictio iuris* in base alla quale è colpevole il bene e quindi è irrilevante la colpevolezza del proprietario[54]. E proprio questa finzione, in base alla quale si colpiscono le cose e non le persone, ha consentito di non applicare molte delle garanzie dell'imputato – come il diritto a un processo dinanzi ad una giuria, l'inammissibilità di certe tipologie di prove (come le testimonianze *de relato*), il *double jeopardy* (*ne bis in idem*) – e di abbassare l'onere della prova (*probable cause* o *by preponderance of evidence*) nei *forfeiture* procedimenti[55].

Nella stessa direzione il POCA 2002 inglese ha introdotto dei meccanismi di sottrazione dei profitti illeciti di carattere civile ("*civil recovery*" e "*cash forfeiture*")[56] che sono pronunciati dalla giurisdizione civile (la *High Court*) e destinati alla realizzazione in favore dello Stato di un valore la cui provenienza diretta o indiretta da un'attività illecita può ragionevolmente essere supposta; tale procedura di carattere civile è sussidiaria rispetto a quella penale e viene in considerazione se non è più possibile agire contro l'autore sul piano penale, perché non può essere identificato, è morto, non è sottoposto alla giurisdizione britannica o, semplicemente, perché le prove non sono sufficienti ai fini di una pronuncia in sede penale[57]. L'onere della prova dell'esistenza di un'attività illecita e della provenienza dei beni da questa, deve essere fornita dal *Director* dell'*Asset Recovery Agency* (le cui funzioni sono state trasferite, in seguito all'entrata in vigore del *Serious Crime Act* 2007, al SOCA - *Serious Organized Crime Agency* - e al *National Policing Improvement Agency*) in base allo *standard* ordinario applicabile in materia civile, al di sopra del "bilancio delle probabilità" (art. 241 n. 3 POCA), lo stesso utilizzato ai fini della confisca penale; non opera alcuna inversione dell'onere della prova[58].

La proposta di direttiva non accoglie, invece, *tout court* tale modello di *actio in rem*, ma si ferma a quello che possiamo definire un procedimento autonomo consentendo la confisca in mancanza di condanna solo in situazioni delimitate. Tale modello in parte

54. Cfr. Bennis v. Michigan, 1996 WL 88269 (U.S. Mar. 4, 1996), 116 S. Ct, e in *Money Laundering, Asset Forfeiture and International Financial Crimes*, IV, op. cit.; Calero Toledo v. Pearson Yacht Leasing Co., 416 U.S. 663, 686-88 (1974); sul punto cfr. Noya, *Hoisted by their own petard: adverse inferences in civil forfeiture,* in *Jour. Crim. Law & Crim.* 1996, vol. 86, 500; Reed, *On the importance of being civil: constitutional limitations on civil forfeiture*, in *Atti del Simposio: What price civil Forfeiture? Constitutional Implications and Reform Initiatives?*, New York Law School, 5 marzo 1994, in *New York Law School Law Review* 1994, vol. XXXIX, n. 1-2, 258 ss.

55. Così Luna Grant, *Fiction Trumps Innocence: the Bennis Court's Constitutional House of Cards,* in *Stanford L. Rev.* 1997, vol. 49, 410. Recentemente sulla necessità di riformare la disciplina del *civil forfeiture* per renderla più "giusta" cfr Moores, *op. cit.*, 777 ss.

56. Alldridge, *Money Laundering Law: Forfeiture, Confiscation, Civil Recovery, Criminal Laundering & Taxation of the Proceeds of Crime*, Oxford, Portland, Oregon 2003, 223 ss.-246 ss.

57. Cassani, *La "Proceeds of Crime Act 2002" du Royaume-Uni: présentation générale, confiscation, recouvrement civil et taxation des Profits illicites, première partie,* in *ZStrR*, 2004, 294, 284.

58. *In the High Court of Northern Ireland (Queen's Bench Division), In the matter of the Director of the Assets Recovery Agency and in the matter of Cecil Stephen Walsh and in the matter of the Proceeds of Crime Act 2002*, N. [2004] NIQB 21, 1 aprile 2004, in *www.courtsni.gov.uk/en-gb/judicial+decisions/judgments/j-j-cogf4120.htm*. La procedura è semplificata quando i beni ottenuti direttamente tramite la condotta illegale o il valore equivalente o i valori destinati a commettere il crimine, sono rappresentati da "cash" in base alla nozione fornita dall'art. 289 c. 6 e 7 (che fa rientrare in questa nozione assegni bancari, obbligazioni, denaro, ...). E' stata così generalizzata la procedura prevista dalla Parte II del DTA 1994 (e dal Terrorism Act 2000, art. 28-30, e annesso 1 dell'Anti Terrorism, Crime and Security Act 2001), che attribuisce notevoli poteri alla polizia e alle autorità doganali (Customs) per procedere alla confisca (forfeiture) del denaro proveniente dal traffico di stupefacenti (drug trafficking cash), cfr. Confiscation and Money Laundering: Law and Practise. A Guide for Enforcement Authorities, London: The Stationery Office, 1997, 61.

è accolto anche in ordinamenti fondamentalmente garantisti come quello tedesco che non conoscono l'*actio in rem*.

Anche nell'ambito, del resto, delle nuove forme di confisca allargata mentre in alcune fattispecie l'applicazione della confisca presuppone una condanna penale – sia la confisca concepita come pena (la *confiscation générale* francese, l'ormai abrogata *Vermögenstrafe* tedesca, il *criminal forfeiture* nordamericano), sia essa concepita come misura di sicurezza (per lo meno ad avviso di certa giurisprudenza, la confisca *ex* art. 12-*sexies* l. 356/92) o sanzione civile (il *confiscation* britannico o, secondo certa dottrina, la "*consecuencia accesoria*" *ex* art. 127 c.p. spagnolo) – , in altre fattispecie la confisca si applica indipendentemente dall'accertamento della colpevolezza del reo, come per il *Verfall* e per l'*Erweiterten Verfall* tedeschi o per l'*Abschöpfung der Bereicherung* austriaca[59] ed è addirittura possibile applicarla anche in un separato procedimento, autonomo dal processo volto all'accertamento della responsabilità per un determinato reato, come avviene per le forme di confisca previste dall'art. 72 del StGB svizzero o dall'art. 20 e 20b StGB austriaco; quest'ultime possono essere inflitte da una corte penale in un separato e indipendente procedimento di natura penale, anche se non diretto contro la persona (si parla di "procedimento oggettivo")[60].

6

(Segue): La separazione del procedimento patrimoniale: modelli a confronto. Il procedimento di prevenzione patrimoniale

A tal proposito si può ricordare che la tendenza che emerge dall'esame comparatistico, indipendentemente dal modello di confisca adottato – addirittura anche in relazione alla confisca di proprietà classica fondata sull'accertamento del nesso di causalità tra il bene e uno specifico reato -, è quella della separazione del procedimento volto all'accertamento della responsabilità penale da quello destinato all'accertamento dei presupposti della confisca, e ciò attraverso la creazione di un procedimento patrimoniale accessorio o di un procedimento *autonomo* laddove non sia possibile agire contro la persona – questo sembra il modello di riferimento dell'art. 5 della proposta di direttiva – , sino ad ammettere in taluni ordinamenti una vera e propria *actio in rem*.

Occorre distinguere, allora, queste tre ipotesi: l'ipotesi in cui la sanzione patrimoniale non è concepita come sanzione penale e viene applicata in un procedimento non penale, ma, in genere, di carattere amministrativo punitivo, o civile – come avviene per il *civil forfeiture* (nordamericano, australiano, irlandese, inglese) o per la confisca antimafia *ex* art. 2-*ter* l. 575/65 oggi art. 24 del codice delle leggi antimafia; l'ipotesi in cui sia possibile procedere "autonomamente" ai fini dell'applicazione della confisca anche qualora non sia possibile procedere *in personam*, o per un qualche motivo il processo penale si è concluso anticipatamente, come previsto ai fini dell'applicazione del *Verfalls* e dell'*Einziehung* tedeschi, della confisca *ex* artt. 70-72 StGB svizzero o della confisca contemplata dall'art. 20 StGB austriaco; l'ipotesi in cui il procedimento patrimoniale "*accessorio*" è parte di un più complesso procedimento penale, presupposto, da cui si sgancia per ragioni di praticità, garantendo in maniera più efficiente l'accertamento di un aspetto sufficientemente autonomo rispetto a quello oggetto del procedimento principale, come avviene per la confisca *ex* artt. 70 ss. StGB svizzero o per il *confiscation* inglese, o per il *criminal forfeiture* statunitense (qualcosa di simile avviene nell'ordinamento italiano consentendo l'applicazione della confisca *ex* art. 12-*sexies* in sede di

59. Tale forma di confisca è applicabile anche ad un reo contumace.

60. Artt. 443-445-446 del codice di procedura penale austriaco, öStPO; Woratsch, *op. cit*., n. 210723 - n. 2101, 27 - n. 2103; Hauptmann, con la collaborazione di esperti in materia, *Risposte al questionario On the reversal of the onus of proof, cit*., 27, n. 2103; Forreger, *op. cit*., 106. Con il StRÄG 1996 anche le regole processuali sull'"obiettivo ed autonomo procedimento" sono state ampliate e riformate. I presupposti dell'ablazione dell'arricchimento, del *Verfalls*, dell'*Einziehung* possono essere accertati non nell'ambito di un processo penale, ma in un autonomo procedimento in cui l'accusa deve presentare la proposta per l'applicazione di un simile provvedimento patrimoniale (§ 445 Abs. 1 StPO; il legislatore non parla di "*Sanktionen*", ma di "*Vermögensrechtlicher Anordnung*"); la Corte competente decide in un'udienza principale pubblica e orale, se applicare tali tipologie sanzionatorie all'interessato (non si parla di colpevole o di imputato).

esecuzione, soluzione che suscita qualche perplessità[61] – o come finisce per avvenire nella prassi laddove il procedimento per l'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale è parallelo ad un processo penale *in personam*)[62].

Tale separazione è in sé auspicabile in quanto nel procedimento *accessorio* non si deve accertare se l'imputato ha compiuto il fatto ed è di questo responsabile, ma piuttosto si tratta di verificare: il legame tra un bene o un patrimonio e il reato; ovvero, l'origine illecita del patrimonio o la mancanza di una spiegazione circa un'eventuale provenienza lecita; o piuttosto il rapporto tra il patrimonio e un'organizzazione criminale; tali accertamenti, a loro volta, presuppongono l'accertamento dell'appartenenza dei beni al reo o della disponibilità in capo allo stesso e la trattazione, talora, di complesse questioni di carattere strettamente civile, come quelle relative agli eventuali diritti dei terzi e alla stima del patrimonio. Tale separazione tra il procedimento penale principale e quello patrimoniale accessorio si presenta, quindi, particolarmente utile ai fini di una più efficace applicazione delle sanzioni patrimoniali. Fermi restando ovviamente i rischi intrinsecamente connessi all'adozione di forme di confisca allargata: i rischi di violazione della presunzione d'innocenza laddove in questi separati o autonomi procedimenti *si sottoponga a giudizio il soggetto per fatti anteriori o comunque ulteriori rispetto a quelli oggetto del procedimento principale, rilevanti in quanto considerati illeciti e fonte del patrimonio sospetto*; si rischia cioè di legittimare che si processi un soggetto per fatti penalmente rilevanti in maniera sommaria in un procedimento di carattere patrimoniale senza le garanzie del processo penale. Non ci si limita, infatti, ad esaminare in separata sede un aspetto dello stesso fatto oggetto del giudizio penale, e cioè la confiscabilità dei profitti del singolo specifico reato – come può avvenire nell'autonomo procedimento volto all'applicazione della confisca di proprietà, come per il *Verfall* o l'*Einziehung* – , ma attraverso delle presunzioni si allarga l'oggetto della valutazione nel procedimento patrimoniale ad altri fatti da cui possono provenire i beni, come si riconosce espressamente nell'ordinamento inglese dove nel procedimento accessorio volto all'applicazione del *confiscation*, i reati che in base alle presunzioni sarebbero fonte del patrimonio sospetto sono considerati come se fossero compresi, ai fini dell'applicazione dell'*Act*, nella condotta trattata come *relevant criminal conduct* nei confronti dell'imputato[63].

Tali rischi si accentuano laddove si agisce contro il patrimonio in un procedimento autonomo in base al modello accolto dalla direttiva perché non sia possibile procedere *in personam* in situazioni necessitate, come la fuga o la morte, in particolare laddove si tratti dell'applicazione di forme di confisca allargata in quanto si prescinde da una condanna che in qualche modo supporta la presunzione di quella professionalità criminale (o stile di vita criminale come afferma il POCA 2002 britannico) su cui si fonda la presunzione di origine illecita; tale modello può essere considerato ammissibile laddove si tratta solo di ipotesi limitate in cui emerge l'esigenza di garantire rispetto a gravi reati e soprattutto al crimine organizzato la funzione di prevenzione generale della confisca volta ad impedire l'infiltrazione criminale nell'economia lecita, nonché l'interdizione dell'organizzazione criminale sottraendole il principale strumento di azione e di potere

61. Cass. Sez. un., 30 maggio 2001, Derouach, *cit*., 502, spec. 504, affronta in particolare la questione circa la conformità della confisca *ex* art. 12-*sexies* all'art. 24 comma 2 Cost., art. 27, co. 2, art. 3 Cost. nella misura in cui se ne consente l'applicazione da parte del giudice dell'esecuzione; la Corte ritiene che tale possibilità non viola il diritto alla difesa in quanto il procedimento di esecuzione ai sensi dell'art. 666 c.p. prevede la piena attuazione del contraddittorio (comma 4) e la possibilità di completa acquisizione probatoria (comma 5 e art. 185 d. att.) in ordine alla quale si esalta l'esercizio del diritto di difesa; non viola la presunzione d'innocenza perché il diritto al silenzio attiene al momento dell'accertamento della responsabilità penale, sicché non assume rilievo in presenza di una condanna; non viola l'art. 3 Cost. in quanto è evidente la differenza di situazioni tra il comune cittadino e colui che ha subito una condanna o ha patteggiato la pena per uno dei reati indicati dall'art. 12-*sexies*, sintomatici della significatività negativa dei patrimoni ingiustificatamente posseduti in valore sproporzionato al reddito o all'attività economica. Cfr. tuttavia sulle perplessità che suscita l'applicazione della confisca nell'ambito del procedimento di esecuzione Maugeri, *op. cit*., 339; e Di Lena, *Giudice dell'esecuzione e confisca di valori ingiustificati: un principio di diritto non "innocuo" dal punto di vista costituzionale*, in *Ind. Pen*. 2005, 1205 ss.

62. Scarpinato, *Le indagini patrimoniali*, in (a cura di) Cassano, *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, *cit*., 239-240 il quale fa riferimento alla prassi della procura di Palermo.

63. Sez. 72AA(6) *DTA*. Cfr. Maugeri, *op. cit*., 831 ss.

(indipendentemente dalla persona fisica interessata). I c.d. procedimenti autonomi dal procedimento penale possono consentire, inoltre, come avviene in Svizzera, di colpire dei beni provenienti da reati eseguiti all'estero o che vengono individuati anche dopo la cessazione del processo penale; o, come sottolineato già dal rapporto del GAFI 1996-97 e confermato nella proposta di direttiva, si potrebbe consentire di colpire i proventi illeciti di un latitante (in particolare tale precisazione è rilevante per quei paesi in cui non è possibile procedere contro un imputato in contumacia)[64].

In tale direzione nell'ordinamento tedesco "si deve o si può ordinare autonomamente l'acquisizione pubblica o la confisca dell'oggetto o del valore equivalente o l'inutilizzabilità" nell'ambito di un procedimento autonomo quando si verificano i presupposti per l'applicazione di tali sanzioni, ma per ragioni di fatto nessuna persona può essere perseguita o condannata per il reato[65]; ovvero, in relazione alla confisca misura di sicurezza[66], quando il reato è prescritto e non è possibile per ragioni giuridiche perseguire nessuna persona determinata (e la legge non dispone altrimenti). In questo procedimento il giudice deve accertare tutti i fatti e gli elementi probatori che sono significativi per la decisione finale[67]. Tale procedimento autonomo può essere svolto anche dopo l'esaurimento del processo penale, quando ne maturano i presupposti successivamente[68]. Qualora si sia concluso l'accertamento della responsabilità, ma la richiesta di applicazione delle sanzioni patrimoniali imporrebbe la continuazione del processo, è possibile, nel rispetto di determinati presupposti, separare il procedimento patrimoniale (§§ 430, 442 I StPO)[69]; questo procedimento separato può essere destinato all'applicazione della confisca del valore equivalente o della confisca nei confronti dei terzi[70].

Anche in Svizzera, ai fini dell'applicazione della confisca contro le organizzazioni criminali, l'art. 72 sStGB non richiede che il soggetto sia già stato condannato in Svizzera o all'estero di partecipazione ad un'organizzazione criminale, o sia in corso un giudizio (anche se questa dovrebbe essere la situazione normale), in quanto tale forma di confisca, e la relativa inversione (presunzione che i beni siano nella disponibilità dell'organizzazione), può essere applicata autonomamente, in un giudizio penale *in rem* in cui si deve accertare che i valori patrimoniali presenti in Svizzera siano soggetti al potere di controllo di un'organizzazione criminale. In quest'ipotesi, allora, spetta al giudice decidere in base al diritto svizzero su quegli elementi che normalmente costituiscono l'oggetto del processo penale volto ad accertare la responsabilità; in altri termini il giudice deve provare *l'esistenza dell'organizzazione criminale e il rapporto con essa del destinatario della confisca*, ma non è necessario provare dei specifici delitti del reo o dell'organizzazione, come ad esempio i reati da cui derivano i beni in gioco[71]. In particolare un tale tipo di giudizio autonomo è necessario quando il reo è già morto o la sua residenza è sconosciuta, o lo Stato, nel quale l'organizzazione ha operato, non ha iniziato o non vuole iniziare un procedimento[72].

64. *Ibidem*.

65. § 76a I, § 440, 441 *StPO*. Cfr. Dreher-Tröndle, *§ 76, Selbständige Anordnung*, in *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, *cit*., 575-576. Ad esempio il *Verfall*, inteso come misura di sicurezza, *ex* art. 76a II 1 può essere applicato autonomamente in caso di mancanza di imputabilità, cfr. Eser, *§ 76a,* in *Strafgesetzbuch Kommentar*, a cura di Schönke-Schröder, *cit*., § 2, il quale esclude la possibilità del procedimento autonomo quando la confisca assume un carattere punitivo, e si ritiene applicabile il *Verfall* solo nei limiti del *Nettoprinzip*.

66. § 74, c. 2 n. 2, c. 3 e 74d.

67. § 244 II *StPO*; cfr. Gramckow, *Einziehung bei Drogendelikten in den USA*, Köln 1994, 244.

68. § 76 *StGB*, § 462 *StPO*.

69. Jescheck-Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts – Allgemeiner Teil*, V ed., Berlin 1996, 800.

70. Cfr. a tal proposito FATF, *Financial Action Task force on Money Laundering annexes of the annual report 1996 – 1997*, giugno 1997, FAFTAX97.PM5, in *www.ustreas.gov/fincen/fatfax97.pdf*.

71. Tale misura, insomma, consente di colpire gli esponenti dell'organizzazione criminale, anche laddove l'organizzazione è giuridicamente inesistente; la dottrina sottolinea, infatti, che lo scopo di tale norma è quello non tanto di migliorare l'applicazione della confisca, ma piuttosto di migliorare la cooperazione giudiziaria, soprattutto in relazione ai paesi angloamericani in cui vige il sistema del *plea bargaining* (una sorta di patteggiamento), così Schmid, *Einziehung*, *cit*., 156-157.

72. Cfr. Schmid, *Das neue Einziehungsrecht, cit*., 350; Id. *Einziehung*, *cit*., 188 - 189; Pieth-Natterer, *op. cit*., 113.

Particolarmente problematica risulta comunque l'ipotesi in cui l'interessato è morto, in quanto non potrà chiaramente esercitare il suo diritto alla difesa neanche ai fini di un accertamento in base allo *standard* civilistico; in Italia prima dei recenti interventi riformatori, infatti, la Suprema Corte consentiva tale possibilità solo laddove il provvedimento di confisca era già stato pronunciato ancorché non definitivo, presupponendo un accertamento in contraddittorio con l'interessato[73]. La l. 575/65, come riformata dal decr. n. 92/2008 e dalla legge n. 94/2009, e oggi il codice antimafia all'art. 18 consente la confisca anche nel caso di morte nei cinque anni precedenti[74]; è stata mossa una questione di legittimità costituzionale per l'incompatibilità di tale disciplina con il diritto di difesa – art. 24 Cost. – e con il diritto al giusto processo – art. 111 Cost., sbrigativamente risolta dalla Corte Costituzionale osservando che sono garantiti i diritti di difesa dei successori, che sono le parti processuali, ma soprattutto ribadendo la peculiarità del procedimento patrimoniale rispetto al processo penale e quindi l'impossibilità di riconoscere le medesime garanzie laddove viene in gioco il patrimonio e non la libertà personale; il tutto alla luce della *ratio* della confisca che, come ribadisce la Corte, «"comprende ma eccede quella delle misure di prevenzione consistendo nel sottrarre definitivamente il bene al "circuito economico" di origine, per inserirlo in altro, esente dai condizionamenti criminali che caratterizzano il primo" e, dall'altro, "a differenza di quella delle misure di prevenzione in senso proprio, va al di là dell'esigenza di prevenzione nei confronti di soggetti pericolosi determinati e sorregge dunque la misura anche oltre la permanenza in vita del soggetto pericoloso" (sentenza n. 335 del 1996)»[75].

I dubbi di compatibilità con i principi di uno Stato di diritto diventano ancora più rilevanti laddove si adotta l'ulteriore modello dell'*actio in rem* pura, normalmente dinanzi ad un giudice civile perché in quest'ipotesi quella presunzione di origine (o destinazione) illecita, su cui si fondano queste forme di confisca allargata, prescinde da una condanna o da qualunque accertamento di carattere soggettivo, anche in situazioni in cui si potrebbe agire *in personam*, prediligendo un modello efficientista a scapito del rispetto delle garanzie, dalla presunzione d'innocenza al diritto alla difesa, dal diritto di proprietà al principio di proporzione, spesso a scapito della tutela dei diritti dei terzi.

Nell'ordinamento italiano la confisca misura di prevenzione antimafia soddisfa le previsioni della proposta di direttiva consentendo la confisca nelle ipotesi contemplate dall'art. 5 (morte, fuga) anche in mancanza di espressa previsione (nell'ipotesi di malattia nulla impedisce l'attivazione del procedimento patrimoniale non richiedendosi l'attualità del giudizio di pericolosità sociale, ammesso che la malattia potesse essere considerata incompatibile con un simile giudizio). In realtà la disciplina delle misure di prevenzione è applicabile in maniera assolutamente più estesa anche in ulteriori ipotesi in cui pur non potendosi procedere *in personam*, si potranno comunque aggredire i beni di valore sproporzionato o che "risultino" di origine illecita (frutto o reimpiego) e addirittura non solo nei confronti di soggetti a pericolosità qualificata (indiziati di gravi reati indicati, come associazione di stampo mafioso o comunque connessi al crimine organizzato *ex* art. 51 c. 3-*bis* c.p.p. – art. 16 cod. ant. che richiama l'art. 4), ma anche nei confronti di soggetti a pericolosità generica (coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; coloro

73. Corte cost. 1993/465; Cass. 27 gennaio 2009, n. 8466, C. e altro; Cass., 31 gennaio 2005, n. 19914; Cass., 14 gennaio 2005, n. 6160; Cass., 17 luglio 1995, in *Riv. pen*. 1996, p. 526; Cass., Sez. un., 3 luglio 1996, Simonelli ed altri, *in Cass. pen.* 1996, 3609 – in cui si evidenzia che «il decesso […] potrebbe essere deliberatamente perseguito da terzi proprio al fine di riciclare i beni» – , con nota critica di Molinari; per una più ampia citazione della giurisprudenza cfr. Maugeri, *Profili di legittimitá costituzionale delle sanzioni patrimoniali*, cit., 47 ss.; Gialanella, *La confisca di prevenzione antimafia, lo sforzo sistemico della giurisprudenza di legittimità e la retroguardia del legislatore*, in (a cura di) Cassano, *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, *cit*., 133 ss.

74. Sul limite dei cinque anni cfr. Cass., sez. VI, 20 ottobre 2011, n. 484, A., in *www.dejure.giuffre.it*

75. Corte cost. 9 febbraio 2012, n. 21, Pres. Quaranta, Rel. Lattanzi, in *Dir. pen. cont*, con nota critica di Menditto.

che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose, art. 1 cod. ant. richiamato dall'art. 4)[76]. Si tratta di una vera e propria *actio in rem*.

Si è auspicata un'interpretazione garantistica del "risultino" nel senso di richiedere la prova indiziaria *ex* art. 192 c.p.p. dell'origine illecita dei beni o dei cespiti patrimoniali da confiscare[77]. Anche se la norma continua ad accontentarsi della prova della sproporzione, infatti, non si ritengono sufficienti, come nella precedente formulazione, i sufficienti indizi dell'origine illecita, ma la norma richiede che i beni "*risultino di origine illecita*": i sufficienti indizi sono richiesti solo ai fini del sequestro, ma ai fini della confisca la norma riformata utilizza l'espressione "*risultino*", che sembra indicare che deve essere accertata l'origine illecita richiedendo per lo meno la prova indiziaria (indizi gravi, precisi, concordanti). In mancanza di un accertamento di pericolosità attuale che supporti la presunzione di origine illecita[78], la prova indiziaria dell'origine criminale rimane l'ultimo fondamento che può giustificare in uno Stato di diritto una forma di confisca che può diventare particolarmente estesa e invasiva, anche nei confronti dei terzi. In mancanza della condanna anche per un solo reato, o di indizi attuali circa lo svolgimento di attività criminale da parte del reo (pericolosità attuale), tale modello susciterebbe minori perplessità se la confisca di interi patrimoni o attività economiche fosse perlomeno fondata su una prova dell'origine criminale del patrimonio in base al più rigoroso *standard* probatorio, l'oltre ogni ragionevole dubbio; l'accusa dovrebbe riuscire a provare l'origine illecita del bene anche attraverso una prova indiziaria e non dovrebbe accontentarsi di mere presunzioni o sospetti attraverso l'utilizzo dello *standard* civilistico[79].

76. Cass., sez. V, 8 giugno 2011, n. 26044, A., in *www.dejure.giuffre.it*; Cass. 4 febbraio 2009, n. 6000, ivi; cfr. Cass., 5 febbraio 2008 (13 febbraio), n. 6841, Chiruzzi (238635), in Cass. pen. 2008, 4288, con nota di Molinari, Inapplicabilità della confisca antimafia ai beni provenienti da rapine; Id., voce Misure di prevenzione, in Enc. del dir., Agg., vol. II, Milano 1998, 576; Cass. 11 giugno 2008, n. 25676. Cfr. Maugeri, La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un actio in rem?, in Mazza-Vigano', Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125), Torino 2008, 131 ss.; Melillo, Attribuzioni processuali in tema di misure di prevenzione e di reati informatici, ivi, 203; Filippi-Cortesi, Novità sulle misure di prevenzione, in Il Decreto sicurezza – d.l. n. 92/2008 convertito con modifiche in legge n. 125/2008, a cura di Scalfati, Torino 2008, 254; Giordano, Senza controllo sull'effettiva applicazione la filosofia dell'inasprimento non basta, in Guida al diritto 2008, fasc. 32, 81.

77. Maugeri, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali*, *cit*., 156; Gialanella, *La confisca di prevenzione antimafia, lo sforzo sistemico della giurisprudenza di legittimità e la retroguardia del legislatore*, in (a cura di) Cassano, *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, cit., 133 ss.; accoglie tale interpretazione più garantista Tribunale di Palermo, sez. Misure di prevenzione, 25 ottobre 2010, Zummo, inedita. La riforma conferma l'orientamento più garantistico della Cassazione – Cass., 23 giugno 2004, in *Cass. pen*., 2005, 2704 – che, già in relazione alla precedente formulazione dell'art. 2-*ter*, riteneva che «il giudice della prevenzione, in sede di confisca, *non può più accontentarsi di semplici indizi, come nel sequestro, ma ha l'obbligo di dimostrare, per l'appunto, con argomenti esaustivi, l'illecita provenienza dei beni* (Sez. I, 7.8.1984, Aquilino). Così argomentando, si comprende come nessuna lesione della presunzione di colpevolezza, se non in maniera del tutto apparente, attui l'articolo 2-*ter*, comma 4, della legge numero 575 del 1965, nella parte in cui sembra attribuire al prevenuto l'onere di dimostrare la legittima provenienza dei beni». Sempre in tale direzione Cass., 16 gennaio 2007, n. 5234, L .e altro, in *Guida al dir.* 2007, 1067, ha precisato che «sia in ordine all'appartenenza del bene al prevenuto, sia in ordine alla provenienza illecita di detto bene, è richiesto un livello di dimostrazione diverso a seconda che si debba adottare il provvedimento di sequestro ovvero quello definitivo della confisca: nel primo caso, è necessaria e sufficiente una valutazione di "ragionevole probabilità", mentre ai fini della confisca la relativa dimostrazione (quand'anche effettuata facendo ricorso alla prova presuntiva) deve caratterizzarsi per la presenza dei requisiti della gravità, precisione e concordanza». Prima della riforma tale giurisprudenza così garantista da richiedere la prova indiziaria dell'origine illecita non era, però, pacifica (cfr. Cass., 16 febbraio 2006, n. 7616, C.A., P.R.A., P.S.C., CA.DO., R.R., CA.AN., C.D., in *Juris data online*, 9-10; Cass., Sez. V, 18 marzo 2002, Augugliaro; Cass., Sez. V, 19 febbraio 2002, Sollima; Cass., Sez. I, 28 gennaio 1998, De Fazio; Cass. 13 novembre 1997, n. 6369, Costantino, in *Cass. pen*., 1998, n. 1535, p. 2711, in cui si afferma che ai fini della confisca *ex* art. 2-*ter* comma 3 l. 575/65 non si richiedono elementi indizianti in ordine all'illecita provenienza "maggiori o diversi rispetto a quelli che, ai sensi del precedente comma 2, ne legittimano il sequestro"; Cass., 18 maggio 1992, Vicenti ed altri, in *Mass. Cass. pen*., 1992, 12, p. 111; Cass. pen. 21 aprile 1987, Ragosta, in *Giur. it*., 1988, II, p. 315); dopo la riforma tale orientamento garantista dovrebbe prevalere in quanto supportato dal testo normativo, anche se la norma continua ad accontentarsi della prova della sproporzione (in tale settore, del resto, la giurisprudenza tende a fondare i provvedimenti ablativi più sulla prova indiziaria dell'origine illecita che sulla prova della sproporzione, che, soprattutto in relazione a complessi aziendali, appare di difficile determinazione).

78. Non solo ma si consideri anche la delicatezza di questo giudizio di pericolosità, da ultimo Cass., sez. I, 29 aprile 2011, n. 20160, B., in *www.dejure.giuffrè.it*, precisa che "Nel giudizio di prevenzione, data l'autonomia dal processo penale, la prova indiretta o indiziaria non deve essere dotata dei caratteri prescritti dall'art. 192 c.p.p., e le chiamate in correità o in reità non devono essere necessariamente qualificate dai riscontri individualizzanti, ai fini dell'accertamento della pericolosità"; cfr. Maugeri, *Art. 2*-ter, in *Commentario breve alla Legislazione speciale*, a cura di Palazzo-Paliero, Padova 2007, 1792 ss.; *Dall'* actio in rem *alla responsabilità da reato delle persone giuridiche: un'unica strategia politico criminale contro l'infiltrazione criminale nell'economia*?, in Visconti-Fiandaca, *Scenari attuali di mafia. Analisi e strategie di intervento*, Torino 2010, 271 ss. e dottrina *ivi* citata.

79. Gli indizi sono prove indirette che devono far apparire, nel rispetto del principio del libero convincimento del giudice (e quindi del principio *in dubio pro reo*) e in base ad un ragionamento conforme alle regole del pensiero e dell'esperienza (in conformità con la presunzione d'innocenza come garanzia della qualità della prova) come altamente probabile l'origine illecita dei beni da confiscare.

La direttiva imporrebbe, invece, l'adozione dello *standard* civilistico, pur rinforzato, fondando eventualmente, – ammesso cioè che richieda l'applicazione senza condanna anche della confisca allargata – , l'applicazione di questa forma di confisca su presupposti probatori ancora più deboli, realizzando un bilanciamento tra le esigenze dell'efficienza e quelle delle garanzie che sembra eccessivamente sbilanciato nella prima direzione.

7

Confisca nei confronti di terzi – art. 6 (l'applicabilità della confisca antimafia nei confronti dei terzi)

L'art. 6 impone a ciascuna Stato membro l'adozione delle misure necessarie per poter procedere alla confisca in capo ai terzi cui siano stati trasferiti i beni di origine illecita oppure cui siano stati trasferiti anche i beni di origine lecita ma al fine di sottrar li alla confisca di valore; la confisca presso terzi è possibile anche in relazione alle ipotesi di cui all'art. 5 di confisca in mancanza di condanna che attiene, quindi, a soggetti indagati o imputati, ma non condannati. La proposta di direttiva non prevede una norma minima nel rispetto del principio di proporzionalità, in considerazione della diversità di disciplina in materia nell'ambito degli Stati membri.

La proposta di direttiva presuppone innanzitutto che si procede nei confronti dei terzi laddove non sia stato possibile confiscare i profitti presso il condannato o l'imputato o indagato nei casi di cui all'art. 5. Si dovrebbe ritenere, quindi, che si debba escludere la possibilità di procedere nei confronti dei terzi laddove sia in ogni caso possibile la confisca di valore nei confronti dei destinatari originari, nei limiti chiaramente in cui si consenta la confisca di valore, che nei diversi ordinamenti non è sempre consentita nei confronti delle forme di confisca allargata, ma normalmente solo rispetto alle forme di confisca dei profitti di accertata origine illecita, come del resto richiede la stessa proposta di direttiva. In realtà l'art. 6 potrebbe ingenerare degli equivoci laddove afferma al n. 2 che "La confisca dei proventi di reato o di beni di cui al paragrafo 1 è possibile qualora i beni siano suscettibili di restituzione, oppure laddove", lasciando intendere che se i beni siano suscettibili di restituzione si debba procedere sempre nei confronti dei terzi anche in mancanza delle condizioni oggettive e soggettive richieste dai commi seguenti. La relazione introduttiva chiarisce, però, che "la confisca nei confronti di terzi deve essere possibile solo una volta che si sia giunti alla conclusione, sulla base di fatti specifici, che la confisca dei beni del condannato, imputato o indagato non abbia probabilità di successo o in situazioni in cui determinati oggetti infungibili debbano essere restituiti al loro legittimo proprietario". La relazione sembrerebbe auspicare la confisca presso terzi anche in mancanza delle altre condizioni, dalle previsioni di insuccesso alle condizioni oggettive e soggettive di cui ai commi seguenti, solo nell'ipotesi di oggetti infungibili che debbano essere restituiti al legittimo proprietario e quindi al fine di garantire i diritti del legittimo proprietario e non le pretese confiscatorie dello Stato (si potrebbe pensare ad un'opera d'arte che sia stata rubata e venduta a terzi, magari inconsapevoli).

La proposta consente poi addirittura di confiscare presso i terzi non solo i beni confiscabili in quanto di origine illecita, ma anche gli eventuali beni di origine lecita trasferiti a terzi per sottrarli alla confisca di valore.

In ogni caso, però, devono essere soddisfatte due condizioni: dal punto di vista oggettivo "i proventi di reato o i beni siano stati trasferiti a titolo gratuito o in cambio di un importo inferiore al loro valore di mercato"; dal punto di vista soggettivo il terzo deve essere consapevole dell'origine illecita dei beni o, se si tratta di altri beni (di origine lecita), del fatto che vengono trasferiti per sottrali alla confisca, oppure, in mancanza di tale consapevolezza, si deve trovare in una situazione di incauto affidamento nel senso che una persona ragionevole nella sua stessa posizione avrebbe sospettato, in base a circostanze e fatti concreti, dell'origine illecita dei beni oppure, nel caso di altri beni, che erano trasferiti al fine di evitare la confisca.

La disciplina prevista dal legislatore europeo è volta ad impedire le manovre fraudolente destinate a sottrarre i beni alla confisca con la complicità o la colpevole negligenza

dei terzi (basti pensare alle banche), non soltanto i beni di origine illecita ma anche altri beni che potrebbero essere soggetti alla confisca di valore, così assumendo tale disciplina una notevole incisività.

Nell'imporre la confisca presso i terzi si adottano dei criteri considerati sintomatici della fittizietà dell'intestazione in capo al terzo previsti in molti ordinamenti, come il carattere gratuito del trasferimento o comunque in cambio di un valore inferiore al loro valore di mercato, nonché la malafede, cioè la consapevolezza dell'origine illecita, oppure, come avviene nell'ordinamento italiano, si ritiene sufficiente l'affidamento colpevole. Quest'ultima ipotesi risulta piuttosto problematica prevedendo una sorta di ipotesi colposa di incauto affidamento punita con la confisca dei beni acquisiti da parte di chi avrebbe dovuto rendersi conto del carattere illecito dei proventi oppure del carattere fraudolento del trasferimento volto a sottrarre i beni alla confisca, anche per equivalente; chiaramente le condizioni oggettive, trasferimento a titolo gratuito o in cambio di un valore inferiore a quello di mercato, dovrebbero rappresentare dei segnali di allarme, anche se soprattutto la seconda ipotesi può rivelarsi assolutamente ambigua (il terzo può ritenersi particolarmente abile negli affari...).

Si può ricordare a tal proposito che la giurisprudenza della Suprema Corte italiana, a partire dalla sentenza Bacherotti, ha sviluppato il criterio della buona fede ma come presupposto per garantire il riconoscimento dei diritti reali di garanzia, che il terzo vuole fare valere sui beni confiscati. Si parla di «*buona fede e di affidamento incolpevole*»[80], e cioè la mancanza di collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta criminosa o con l'attività illecita del proposto indiziato di mafia[81] oppure, nell'ipotesi in cui un simile nesso sia invece configurabile, l'affidamento incolpevole sarebbe ingenerato da una situazione di apparenza che rendeva scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza[82]. L'affidamento incolpevole è ravvisabile "*nella non conoscibilità – con l'uso della diligenza richiesta dal caso concreto – del rapporto di derivazione della loro posizione di vantaggio dalla condotta delittuosa del proposto*" (tale situazione è compatibile con l'aver "*ricevuto indirettamente un vantaggio dall'altrui attività criminosa*"[83]. Ai fini della valutazione della buona fede, insomma, si attribuisce rilievo anche ad atteggiamenti colposi del terzo, imponendo ai cittadini una sorta di obbligo generale di diligenza nello svolgimento degli affari, in linea con la previsione nell'ordinamento penale italiano della fattispecie dell'incauto acquisto[84]. Emerge quanto può diventare invasiva la confisca antimafia applicata nei confronti dei terzi aventi causa non in buona fede (soprattutto se si fa rientrare nella malafede anche l'atteggiamento colposo).

In relazione ai terzi creditori la giurisprudenza ritiene poi che spetta al terzo l'onere di provare la sua buona fede e il suo affidamento incolpevole[85], nonché la mancanza di qualsiasi collegamento del proprio diritto con l'attività illecita del proposto indiziato di

80. Cass. sez. un., 28 aprile 1999, Baccherotti, in *Foro it.* 1999, II, c.p. 580, relativa alla confisca *ex* art. 644 c.p.; Cass. 9-3-2005, in *Cass. pen*. 2006, 634; Cass. 227585/2003; 29 ottobre 2003, in *Gius* 2004, 1004; Cass. 19 novembre 2003, n. 47887, San Paolo IMI e altri, in *Cass. pen.* 2005, m. 870; Cass., 16 febbraio 2000, Ienna e altri, in *Cass. pen*. 2000, 2770 con nota di Molinari; Cassano, *Azioni esecutive su beni oggetto di sequestro antimafia e buona fede dei creditori*, in *Il Fallimento* 2002, 661; Id., *Confisca antimafia e tutela dei diritti dei terzi*, in *Cass. pen.* 2005, 2165.

81. Cass., 11 febbraio 2005, in *Cass. pen*. 2006, 638.

82. Cass., 11 febbraio 2005, in *Cass. pen*. 2006, 641. Cfr. Silvestrini (Magistrato Tribunale di Lecce), *Misure patrimoniali di prevenzione e tutela dei terzi creditori*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa*, Bari, 1997, p. 398, il quale osserva che la situazione del proposto viene paragonata a quella dell'imprenditore in stato di insolvenza: può risultare economicamente vantaggioso trattare con quest'ultimo, ma tutti sanno che è estremamente rischioso.

83. Cass. civ. 29-10-2003, 2004, *Dir. fall. soc. comm*. 2004, 16; Cass. civ., 29 ottobre 2003, in *Dir. fall. soc. comm*., 2004, 16.

84. Maugeri, *op. cit*., 395 ss.; Id., *La lotta contro l'accumulazione*, *cit*., 535 ss.. Si tende ad affermare una nozione oggettiva di buona fede e non soggettiva *ex* art. 1147 c.p.c., nel senso che le stesse Sezioni unite fanno ricorso al criterio del collegamento, necessario od occasionale, tra l'attività negoziale che viene in considerazione e l'illiceità d'impresa, consentendo la tutela di terzi tutte le volte in cui l'atto da cui il creditore scaturisce non sia ausiliare o strumentale all'attività illecita, ovvero non la agevoli obiettivamente; in tal modo si consente la salvaguardia di prestazioni che, pur realizzate nella consapevolezza del carattere di mafiosità di uno dei soggetti negoziali, non sono di particolare rilievo sociale e appaiono riconducibili all'ordinario svolgimento dei rapporti economici, come già proposto nel Progetto Fiandaca, così Cassano, *Azioni esecutive su beni oggetto di sequestro antimafia*, *op. cit*., 661.

85. Cass. 29 ottobre 2003, *cit.*, 1004.

mafia[86]. Tale giurisprudenza modifica il generale principio civilistico per cui la buona fede è presunta (art. 1147 c.c.) e inverte l'onere della prova della buona fede a carico del terzo. Tale inversione assume una particolare problematicità laddove si considera che essa si applica nei confronti di terzi, estranei alla valutazione di pericolosità sociale in quanto non indiziati dei reati presupposti[87], e sulla difficoltà di dare la prova negativa della malafede[88].

Per il resto si può osservare che la necessità di sottrarre i beni anche presso i terzi risponde ad una esigenza emergente nella prassi e in molti ordinamenti sono previste simili disposizioni, basti pensare alle previsioni dell'ordinamento statunitense e australiano, in cui la disciplina del *civil forfeiture* nel colpire le cose connesse al reato presso terzi non distingue se si tratta di strumenti del reato (forma di confisca che assume un carattere punitivo se non si tratta di cose in sé pericolose), da una parte, o di profitto, dall'altra. Nel primo, inoltre, si consente l'applicazione della *relation back doctrine*, in base alla quale il bene diventa proprietà dello Stato sin dal momento della commissione dell'illecito e, quindi, il titolo dello Stato sui beni prevale su quello derivante da ogni altro successivo acquisto o trasferimento[89]. Il *Civil Asset Forfeiture Reform Act 2000* ha, però, introdotto una più razionale disciplina a tutela del terzo "proprietario innocente", che abbia acquistato il bene in buona fede, in quanto non sapeva e non aveva ragionevolmente motivo di credere che il bene fosse soggetto a confisca, e in cambio di una adeguata controprestazione. Questi due parametri sono previsti anche nell'ordinamento svizzero per stabilire quando è possibile confiscare i beni presso i terzi.

In Spagna anche se il legislatore ha escluso l'applicabilità della confisca *ex* art. 127 N.C.P. ai terzi in buona fede, si tenta in dottrina di colpire i profitti illegali pervenuti ai terzi attraverso un'interpretazione restrittiva del concetto di terzo in buona fede e, in ogni modo, considerando un simile arricchimento senza causa *ex* art. 122 CP[90]. Non solo ma in base ad un'interpretazione del concetto di terzo in buona fede conforme alle finalità e alla funzione del *comiso*, in relazione alla confisca degli *instrumentos y efectos* del delitto non si ritiene applicabile il giudizio di buona fede al terzo, non solo quando ha ottenuto il bene dolosamente o negligentemente, ma anche quando non sia in grado di garantire l'adempimento del suo dovere di vigilanza sulla cosa al fine di evitare la sua utilizzazione in futuro per la commissione di nuovi fatti delittuosi (e questa regola si deve applicare anche alle persone giuridiche cui appartengono i beni)[91].

La possibilità di applicare la confisca anche presso i terzi sembra sicuramente accettabile e anzi auspicabile laddove si tratti di recuperare il profitto del reato, impedendo le manovre elusive del reo, purché, però, si rispettino gli eventuali diritti acquisiti dai terzi in buona fede, profilo che viene talora trascurato dalle normative nazionali, richiedendo

86. Cass., 11 febbraio 2005, *cit.*, pp. 638-641. Cfr. Tribunale di Palermo, sez. misure di prevenzione, 18 gennaio 2011, Sicilcassa in l.c.a., con nota di Maugeri in *Diritto penale contemporaneo.*

87. Cfr. Maugeri, *op. cit.*, 387-395; Id., *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti*, *cit.*, 536 ss.

88. Così Molinari, *Un passo avanti nella tutela dei terzi in buona fede titolari di un diritto reale di garanzia sui beni oggetto di confisca antimafia*, in *Cass. pen.*, 2006, 645; Izzo, *Criticità nella confisca di prevenzione*, in *Impresa*, 2005, 1309; cfr. Petrillo, *La tutela del terzo creditore ipotecario sui beni confiscati: prime aperture*, in *Merito*, 2006, 48. L'art. 52, n. 3 (*Diritti dei terzi*) del codice antimafia è intervenuto in ordine all'accertamento della buona fede del terzo creditore precisando che "Nella valutazione della buona fede, il tribunale tiene conto delle condizioni delle parti, dei rapporti personali e patrimoniali tra le stesse e del tipo di attività svolta dal creditore, anche con riferimento al ramo di attività, alla sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale nonché, in caso di enti, alle dimensioni degli stessi."

89. Cfr. Nkechi Taifa, *Civil forfeiture vs. civil liberties*, in *Atti del Simposio: What price civil Forfeiture? Constitutional Implications and Reform Initiatives?*, *New York Law School* , 5 marzo 1994, 113; Reed, *The Defense Case for RICO Reform*, in *Va. L. Rev.* 1990, vol. I, 756; *contra United States V. Parcel of Land – 92 Buena Vista Avenue*, 113 S. Ct. 1126, Nà. 91-781, 24 febbraio 1993, in *The Criminal Law Reporter*, 24 febbraio 1993, vol. 52, n. 20, 2231; precedentemente all'emanazione del *CFA* il settimo circuito aveva negato l'applicabilità di tale teoria a *in personam forfeitures*, cfr. *United States v. Alexander*, 741 F. 2d 962, 968 (7th Cir. 1984); Reed, *The Defense Case*, *op. cit.*, 757 e giurisprudenza *ivi* citata; Ford, *op. cit.*, 1408. In argomento cfr. Poller, *Government forfeiture of collateral: mortgagees and the innocent lien holder defense*, in *Banking Law Journal*, 534.

90. Art. 122 CP: Colui che in base ad un titolo oneroso ha goduto dei risultati di un delitto o contravvenzione, è obbligato alla restituzione della cosa o al risarcimento del danno nella misura della sua partecipazione. Cfr. Gracia Martìn-Boldova Pasaamar-Alastuey Dobon, *op. cit.*, pp. 454-455.

91. Gracia Martìn-Boldova Pasaamar-Alastuey Dobon, *Las consecuencias juridicas del delito en el nuevo codigo penale español,* Valencia 1996, 449. Cfr. Mapelli Caffarena, *Las consecuencias accesorias en el nuevo Códiigo Penal*, in *Revista Penal* 1997 n.1, 52.

un difficile bilanciamento tra opposte esigenze. In ogni caso, come auspicato in altra sede, si ritiene che deve essere garantita la confisca presso i terzi per conto dei quali il reo ha agito o consapevoli dell'origine criminosa, al di fuori delle ipotesi di concorso, come avviene nell'ordinamento tedesco (anche se opportunamente la Suprema Corte ha richiesto la riferibilità al reato del negozio che collega il reo al terzo, altrimenti si rischierebbe di coinvolgere dei terzi in buona fede assolutamente estranei al reato)[92]; sembrano, inoltre, adeguati i due parametri indicati nella proposta di direttiva e già presenti in alcuni ordinamenti, come accennato, per delimitare l'ambito di rilevanza dei diritti dei terzi acquistati dopo la consumazione del reato, e cioè la buona fede e il pagamento di una congrua controprestazione[93].

Nell'ordinamento italiano era possibile confiscare un bene presso terzi considerando l'ordine di confisca un *atto ablatorio a titolo originario*, che trasferiva la proprietà del bene in capo allo Stato, come avveniva, in base ad una certa interpretazione giurisprudenziale, in relazione alla confisca *ex* art. 2-*ter* l. 575/65 o, sempre in relazione a tale forma di confisca, è possibile confiscare presso il terzo attraverso una *presunzione semplice di disponibilità* del bene da parte dell'indiziato se il terzo sia il coniuge, il figlio od il convivente nell'ultimo quinquennio o applicando le presunzioni di intestazioni fittizie previste dall'art. 26 del codice antimafia, che riprende il testo dei commi 13 e 14 dell'art. 2-*ter* l. 575/65 – così come si presentava in seguito alla riforma introdotta dal d.l. n. 92/2008 – (Si presumono fittizi: a) i trasferimenti e le intestazioni, anche a titolo oneroso, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione nei confronti dell'ascendente, del discendente, del coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei parenti entro il sesto grado e degli affini entro il quarto grado; b) i trasferimenti e le intestazioni, a titolo gratuito o fiduciario, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione)[94].

Anche con tali presunzioni si introduce un'*inversione dell'onere della prova a carico del terzo*, in deroga alla previsione dello stesso art. 2-*ter*, oggi 24 del cod. antimafia, che stabilisce che spetta all'accusa la prova della disponibilità dei beni in capo al proposto. Nel caso di beni formalmente intestati a terzi, che si assumono nella disponibilità di persona sottoposta a misure di prevenzione personale, la Suprema Corte ha sempre precisato che spetta all'accusa l'onere di dimostrare "che i beni, formalmente intestati a terzi, siano nella disponibilità dell'indiziato e derivino dalla sua illecita attività", "infatti, non va dimenticato che la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale riguarda solo il soggetto ritenuto socialmente pericoloso"[95]. La giurisprudenza, però, riteneva che mentre in relazione al terzo estraneo l'indagine sulla disponibilità del bene doveva «essere rigorosa, non essendo consentito il ricorso a presunzioni come per il giudizio di pericolosità»[96], sussisteva una presunzione semplice di disponibilità del bene da parte dell'indiziato se il terzo fosse il coniuge, il figlio od il convivente nell'ultimo quinquennio (in virtù del disposto dell'art. 2-*bis* che consente le indagini nei loro confronti)[97].

92. BGH, 19 ottobre 1999, 5 StR 336/99 (LG Kiel), in *Wistra* 2000, 55.

93. Cfr. Maugeri, *op. cit*., 557 ss.

94. In base all'art. 26 il giudice, con il provvedimento che dispone la confisca, può dichiarare la nullità degli atti di disposizione quando accerta che il tentativo di occultamento/dispersione/distrazione dei beni confiscabili da parte del proposto sia avvenuto attraverso un atto dispositivo fittizio, in modo che l'accertamento della simulazione del trasferimento consente, – senza pregiudicare i diritti dei terzi, che non hanno alcun reale diritto da vantare, proprio in ragione della fittizietà del trasferimento – di recuperare il bene previa formulazione declaratoria della simulazione, cfr. Giunta-Marzaduri, *La nuova normativa sulla sicurezza pubblica – aggiornata alla legge 15 luglio 2009, n. 94*, a cura di, Milano 2010, p. 261.

95. Cass. 28 marzo 2002, in *Cass. pen*. 2003, 612; Cass. 23 giugno 2004, in *Cass. pen*. 2005, 2704; Cass. 226610/2003; Cass. 15 ottobre 2003, n. 43046, in *Cass. pen*. 2005, 2341; Cass. 4 giugno 2003, *ivi* 2005, 2066; Cass. 18 settembre 2002, in *Dir. pen. proc.* 2003, 1108; Cass. 5 febbraio 2001, in *Foro it*. 2002, II, c. 263; Cass. 26 novembre 1998, in *Cass. pen.* 1999, m. 1131; Cass. 10 novembre 1997, in *Giust. pen.* 1998, II, c. 512; Cass. 16 aprile 1996, in *Cass. pen.* 1997, 849; Cass. 4 luglio 1995, in *Riv. pen.* 1996, 526; C 18 maggio 1992, *ivi* 1993, 2377; App. Reggio Calabria 6 marzo 1986, *F. it.* 1987, 361; Cass. 7 agosto 1984, *ivi* 1985, II, 273, con nota di Fiandaca; cfr. le perplessità di Mangione, *op. cit*., 235-263 sulla stessa nozione di disponibilità.

96. Cass. 16 aprile 1996, in *Cass. pen.* 1997, 849.

97. Cass. 7 dicembre 2005, n. 2960; Cass. 5 dicembre 1996, in *Cass. pen.* 1997, 2847; Cass. 14 febbraio 1997, *ivi* 1997, 3171; la "disponibilità è presunta, senza necessità di specifici accertamenti" Cass. 4 giugno 2003, *ivi* 2005, 2066; Cass. 18 settembre 2002, in *Dir. pen. proc.* 2003, 1108; cfr. Corso, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in *La legge antimafia tre anni dopo,* a cura di Fiandaca-Costantino, Milano 1986,

La dottrina riteneva correttamente, però, che tale presunzione semplice sarebbe dovuta sussistere solo ai fini dell'indagine, ferma restando l'esigenza di un adeguato livello probatorio sul requisito della disponibilità in capo al prevenuto ai fini del sequestro e della confisca[98]. In tale direzione, infatti, la Suprema Corte aveva specificato che la «presunzione» in parola va letta connessa all'accertata assenza di disponibilità economiche proprie dei terzi intestatari, sintomatica della fittizietà dell'intestazione, e quindi quale lecito criterio interpretativo della situazione di fatto, non comportante illegittime inversioni di onere della prova a carico dei terzi»[99]. Il legislatore della riforma, senza indugi, ha invece introdotto delle vere presunzioni, con inversione dell'onere della prova, estendendole ai parenti sino al sesto grado e affini sino al quarto per gli atti a titolo oneroso e nei confronti di tutti per gli atti a titolo gratuito (o fiduciario), perseguendo il preciso disegno di semplificare gli accertamenti e di fare «terra bruciata» attorno ai «mafiosi»; l'aspetto positivo è che si prevede un limite temporale, che invece la giurisprudenza, sulla base dell'art. 2-*bis* oggi 19 cod. ant., non prevede.

Nell'ordinamento italiano, inoltre, laddove si accerti la condotta di intestazione fittizia finalizzata ad eludere l'applicazione delle misure di prevenzione dovrebbe essere applicata la fattispecie di cui all'art. 12-*quinquies*, comma 1, d.l. 8 giugno 1992 n. 306, conv. con modificazioni dalla l. 7 agosto 1992 n. 356, che punisce il trasferimento fraudolento e "fittizio" di valori[100].

Per il resto il problema alla base dell'art. 6 della proposta di direttiva di garantire la confisca nonostante le intestazioni fittizie dei beni in capo a terzi viene superato nell'ordinamento italiano consentendo innanzitutto di confiscare i beni nella *disponibilità* e non solo nella titolarità del condannato (art. 12-*sexies* l. 356/92) o dell'indiziato (art. 24 cod. ant.); a tal proposito si deve ricordare che nel dibattito in dottrina non è chiaro se il concetto di disponibilità sia assunto, per ragioni di indole probatoria, quale surrogato della proprietà (la presume) o se la confisca antimafia si possa applicare anche a beni di proprietà di terzi, senza intestazioni fittizie o reali, ma di cui l'indiziato abbia la disponibilità[101]. Da ultimo la dottrina ritiene che la disciplina delle intestazioni fittizie (art. 26 codice antimafia) confermerebbe la prevalenza e la sufficienza di una nozione di mera disponibilità di fatto[102]. Per contro già in relazione alla confisca *ex* art. 240 c.p., parte della dottrina ha precisato però che se è necessario eludere le intestazioni fittizie, accertando l'effettivo proprietario e non il mero titolare formale del bene, non è sufficiente la «mera disponibilità» del bene da parte dell'autore del reato a consentire l'applicazione della confisca, che finirebbe così per colpire i terzi proprietari[103]. Si osserva che è presupposto imprenscindibile della confisca il fatto che le attività illecite di cui i beni rappresentano il frutto od il reimpiego siano opera del presunto mafioso e non del terzo, altrimenti non si spiegherebbe la distinzione tra beni di origine lecita e illecita, essendo anche questi ultimi potenzialmente impiegabili per il

138, afferma che il «principio barbarico» della responsabilità familiare sostituisce il principio di civiltà racchiuso nella regola dell'art. 27 Cost.

98. Gialanella, *I patrimoni di mafia – La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie,* Napoli 1998, 130.

99. Cass. 28 marzo 2002, in *Cass. pen.* 2003, 605; Cass. 20 novembre 1998, in *Cass. pen.* 1999, 3238.

100. Cfr. Cass., 26 aprile 2007, n. 21250, D.C., in *Guida al diritto* 2007, 28, 72, che ha precisato che ai fini della configurabilità del reato previsto da tale disposizione il dolo specifico «richiesto dalla fattispecie incriminatrice, consistente (fra l'altro) nel fine di eludere le disposizioni di legge in materia di misure di prevenzione, può sussistere non solo quando sia già in atto la procedura di prevenzione – che darebbe luogo automaticamente a indisponibilità dei beni attraverso le cautele previste dagli art. 2-*bis* e 2-*ter* l. 31 maggio 1965 n. 575, rendendo il più delle volte impossibile la condotta di fittizia intestazione in cui si sostanzia sotto il profilo oggettivo il reato –- ma anche prima che la procedura sia intrapresa, quando l'interessato possa fondatamente presumerne imminente l'inizio».

101. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, 268.

102. Confermerebbe che «la prioritaria preoccupazione del legislatore della prevenzione è sempre stata quella di slegare i presupposti applicativi della misura reale dalla soluzione dei delicati e complessi temi sollevati dal mandato senza rappresentanza, dal negozio fiduciario o dalla simulazione. La riforma, nel prescrivere oggi la declaratoria di nullità degli atti di disposizione solo quando il giudice accerti l'intestazione fittizia dei beni a terzi, evidenzia che l'accertamento della proprietà del bene non costituisce mai l'oggetto prioritario e immancabile del procedimento di prevenzione reale», così Cassano, La tutela dei diritti nel sistema della prevenzione, in Visconti-Fiandaca, *Scenari attuali di mafia. Analisi e strategie di intervento*, Torino 2010, 418-419; cfr. Mangione, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, cit., 262.

103. Grasso, *Art. 240 c.p.*, in Romano-Grasso-Padovani, *Commentario sistematico del codice penale*, Volume III - Art. 150-240, Seconda edizione rinnovata e ampliata, Milano 2011, 620.

compimento di attività criminose e, inoltre, se fosse sufficiente una relazione di fatto, si graverebbe della misura patrimoniale direttamente il terzo (effettivo titolare di un bene proveniente dalla propria attività); con la nozione di "disponibilità diretta o indiretta" si vogliono far rientrare nella misura patrimoniale i beni che il prevenuto abbia ottenuto illecitamente e che, al fine di sottrarli alla confisca "ma senza spogliarsene in termini economico-sostanziali", attraverso schemi giuridico formali abbia fatto *risultare, anche solo fittiziamente, nelle titolarità di terze persone*[104]. La disponibilità, insomma, rappresenta per ragioni di indole probatoria un surrogato del diritto di proprietà, nel senso che il potere di fatto sul bene da parte del prevenuto rappresenta un elemento probatorio dal quale desumere la fittizietà dell'intestazione del bene, o la sussistenza di un mandato senza rappresentanza, o la sussistenza di un negozio fiduciario, che costituirebbero il reale oggetto dell'accertamento del giudice della prevenzione[105].

Il codice antimafia prevede, inoltre, all'art. 25, riprendendo il comma 10 dell'art. 2-*ter* (introdotto dal d.l. n. 92/2008) , la confisca per equivalente, avente ad oggetto denaro o altri beni di valore equivalente, quando i beni non possono essere confiscati in quanto trasferiti legittimamente, prima dell'esecuzione del sequestro, a terzi in buona fede. La confisca per equivalente dovrebbe intervenire, allora, solo nelle ipotesi in cui il giudice non riesca ad accertare il carattere fittizio del trasferimento oppure quando realmente il soggetto abbia ceduto, trasferito legittimamente, i beni a terzi in buona fede; se, invece, il giudice accerta nel corso del procedimento di prevenzione che l'intestazione o il trasferimento a terzi è fittizio, dovrà dichiarare la nullità dei relativi atti di disposizione con un provvedimento precedente e pregiudiziale rispetto a quello di confisca dei beni in questione (art. 26 cod. ant.)[106].

L'obbligo di tutelare i terzi in buona fede è in ogni caso sancito sia dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope, adottata a Vienna nel 1988, sia dalla Convenzione di Strasburgo sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi del reato del 1990, e ribadito dalla decisione quadro n. 212 del 2005 nonché dalla decisione quadro sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca n. 783 del 2006[107]; anche la Corte Costituzionale italiana ha ribadito l'esigenza di garantire la tutela dei terzi[108].

8 Il congelamento dei beni

L'art. 7 e successivi prevedono una serie di disposizioni per imporre l'adozione del congelamento, – termine non usato nel linguaggio giuridico italiano che probabilmente potrebbe farsi rientrare nella nozione di sequestro – , dei beni da confiscare al fine di garantire l'esecuzione della stessa contro i tentativi dell'interessato di disperdere, occultare o trasferire i beni al di fuori della giurisdizione; in generale si prevede che simili provvedimenti devono essere adottati dall'autorità giudiziaria, ma l'art. 7, n. 2 richiede anche l'adozione delle misure necessarie affinché le autorità competenti possano procedere

104. Così Aiello, *La tutela civilistica dei terzi nel sistema della prevenzione patrimoniale antimafia*, Milano 2005, 102-104, 116 ss.

105. Maisano, *Profili commercialistici della nuova legge antimafia*, in *Riv. crit. del dir. priv.* 1984, 419; Aiello, *La tutela civilistica*, *cit.,* 128 ss.; Id., *I "terzi" e le misure di prevenzione patrimoniali: una storia (in)finita?*, in *Scenari di mafia*, cit., 404, che richiama Cass., 23 giugno 2004, Palumbo, in *Cass. pen.* 2005, 2704. La giurisprudenza richiede la prova di «fatti che si connotino della gravità, della precisione e della concordanza, sì da costituire *prova indiretta* della mancanza di coincidenza tra titolarità apparente e disponibilità effettiva dei beni stessi» (cfr. Cass., Ced. n. 226610/2003 in questo caso la Corte ha annullato il decreto di confisca perché l'assunto accusatorio dell'intestazione fittizia era basato solo sulla mancanza di contestazioni; Cass., 15 ottobre 2003, n. 43046, in *Cass. pen.* 2005, 2341; Cass., 4 giugno 2003, *ivi* 2005, 2066; Cass. 18 settembre 2002, in *Dir. pen. proc.* 2003, 1108; Cass., 5 febbraio 2001, in *Foro it.* 2002, II, 263; Cass., 26 novembre 1998, in *Cass. pen.* 1999, m. 1131; Cass., 10 novembre 1997, in *Giust. pen.* 1998, II, 512; Cass., 16 aprile 1996, in *Cass. pen.* 1997, 849; Cass., 4 luglio 1995, in *Riv. pen.* 1996, 526; Cass., 18 maggio 1992, *ivi* 1993, 2377; App. Reggio Calabria 6 marzo 1986, in *Foro it.* 1987, c. 361; Cass., 7 agosto 1984, *ivi* 1985, II, c. 273, con nota di Fiandaca; conf. in dottrina Gialanella, *Il punto sulla questione probatoria nelle misure di prevenzione antimafia*, in *Quest. giust.* 1994, 804); "non può, quindi, pretendersi che siano i terzi a dover giustificare la titolarità dei beni, offrendo la dimostrazione che essi non derivino da illecite attività dei proposti" (Cass., 28 marzo 2002, in *Cass. pen.* 2003, 612).

106. Sulle perplessità relative all'introduzione della confisca per equivalente in connessione a una forma di confisca allargata cfr. Maugeri, *La riforma delle sanzioni patrimoniali*, cit., 163 ss.

107. Cfr. Maugeri, *op. cit*., p. 63 ss. e 601 ss.; Id., *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti*, cit., 535 ss.

108. Corte Cost., 19 maggio 1994, n. 190, in *Il Fallimento* 1994, 804.

immediatamente al congelamento di beni quando vi sia un rischio elevato che detti beni siano dispersi, occultati o trasferiti prima della decisione dell'autorità giudiziaria, fermo restando che tali misure devono essere confermate quanto prima dall'autorità giudiziaria.

La genericità della previsione tiene probabilmente conto della prassi di taluni paesi che consentono il congelamento-sequestro anticipato da parte di autorità di polizia salva successiva conferma dell'autorità giudiziaria; il codice antimafia continua a prevedere dei provvedimenti di urgenza, come il sequestro anticipato e il sequestro d'urgenza (art. 22) che possono essere richiesti dalle autorità competenti a richiedere le misure di prevenzione ma che comunque sono disposti dal presidente del Tribunale salva la convalida del Tribunale, senza contraddittorio con l'interessato.

La proposta di direttiva all'art. 8 precisa, poi, l'esigenza di informare prontamente l'interessato garantendo il diritto alla difesa - ad un ricorso effettivo- e alle impugnazioni; questi diritti sono garantiti anche in capo ai terzi o ai loro difensori che devono poter partecipare al procedimento nella misura necessaria a preservare efficacemente i diritti dell'interessato (tale persona gode quanto meno del diritto di essere ascoltata, del diritto di porre domande e del diritto di fornire prove prima che sia adottato un provvedimento definitivo di confisca). L'aspetto preoccupante è rappresentato dal fatto che un provvedimento di congelamento che può essere assunto da un organo non giudiziario possa essere applicato *inaudita altera parte*, poiché l'art. 8 impone il dovere di informare l'interessato successivamente all'esecuzione del provvedimento ("dopo la sua esecuzione"). L'effettiva tutela giurisdizionale dell'interessato e dei terzi è uno dei profili deboli di molte discipline in materia.

La necessità di garantire un'effettiva tutela giurisdizionale e il diritto di difesa è invece uno degli aspetti fondamentali che la Corte EDU impone al fine di considerare conformi ai principi dell'art. 6 CEDU la disciplina in materia. La Corte, ad esempio, ha valutato positivamente la procedura prevista in materia nell'ordinamento italiano, che garantisce il contraddittorio dinanzi a tre gradi di giurisdizione, Tribunale, Corte di Appello e Corte di Cassazione[109] (a parte l'esigenza di garantire la pubblicità dell'udienza)[110]. La procedura in questione è considerata rispettosa delle garanzie del dibattimento – "*toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue èquitablement*" – previste dall'art. 6, 1 c. Conv. eur., che si applicano anche alle sanzioni civili[111]; la dottrina, in realtà, evidenzia dei profili della procedura che non garantiscono pienamente i diritti della difesa[112].

9 La compatibilità delle moderne forme di confisca allargata con il modello delineato dalla decisione quadro 2005/212 e dalla proposta di direttiva

Si dovrebbe verificare a questo punto la compatibilità delle moderne forme di confisca allargata con il modello di confisca delineato nella proposta di direttiva nella prospettiva del mutuo riconoscimento che rappresenta l'obiettivo ultimo sancito dalla decisione quadro n. 783/2006.

Si procederà ad una previa disamina della compatibilità delle moderne forme di confisca con la decisione quadro 212/2005 che ha lasciato ampio margine di manovra agli Stati in quanto ha richiesto l'introduzione di quelli che si potrebbero definire dei "poteri minimi di confisca allargata", ammettendo attraverso l'inserimento dell'espressione "*perlomeno*" legislazioni meno garantiste e che prevedano poteri più estesi (fermo restando che in base al principio della prevalenza del diritto comunitario, il giudice

109. Commission Eur., Marandino, *cit*, 78; CEDU, Prisco, *cit*.; Arcuri, *cit*., 4-5; Riela, *cit*., 5; Bocellari, *cit*., 6-7; Licata c. Italia, n. 32221/02, in *www.coe.int*, 4; Madonia, *cit*., 4-5.

110. Cfr. nota 30.

111. CEDU, Licata, *cit*., 4; *Yildirim*, *cit*., 5, in relazione alla confisca del veicolo; *Andersson*, cit., 4; Arcuri, *cit*., 5; *Bocellari*, *cit*., 8; *Riela*, *cit*., 6. La mancanza di dibattimento pubblico dinanzi alla Corte di Cassazione è compensata dalle possibilità offerte in primo e secondo grado. Si considerano civili «*toute action ayant un objecte "patrimonial" et se fondant sur une atteinte alléguée à des droits aux aussi patrimoniaux*».

112. Cfr. Filippi, *Il diritto di difesa nel procedimento di prevenzione patrimoniale*, in Cassano, *misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, *cit*., p. 487; Palumbo, *Le misure di prevenzione patrimoniali, viste dall'avvocato*, *ivi*, p. 555 ss.; Mangione, *Le misure di prevenzione anti-mafia al vaglio dei principi del giusto processo*, cit., 21.

nazionale dovrebbe interpretare il diritto interno in conformità al diritto comunitario, comprese le decisioni quadro[113].

La confisca *ex* art. 12-*sexies* l. 356/92 pur presupponendo la condanna sembra in contrasto con il modello delineato dalla decisione quadro 212/2005 laddove si applica anche in settori diversi dal crimine organizzato come i reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione[114], si accontenta della mera sproporzione e non richiede anche la sussistenza di indizi circa l'origine illecita dei beni (come richiede l'art. 3, lett. c della decisione 212); né si richiede la piena convinzione del giudice circa la provenienza dei beni da attività criminose commesse durante un periodo anteriore alla condanna ritenuto ragionevole (art. 3, lett. a). Nell'ordinamento italiano, infatti, in relazione alla confisca *ex* art. 12-*sexies* la Suprema Corte a Sezioni Unite ha ribadito «l'irrilevanza del requisito della "pertinenzialità" del bene rispetto al reato per cui si è proceduto» o rispetto all'attività illecita dell'imputato, nonché l'irrilevanza della connessione temporale ("la confisca dei singoli beni non è esclusa per il fatto che essi siano stati acquisiti in epoca anteriore o successiva al reato per cui è intervenuta condanna o che il loro valore superi il provento del medesimo reato")[115], non accogliendo quell'orientamento, timidamente proposto in qualche sentenza, in base al quale occorrerebbe delimitare temporalmente l'accertamento della sproporzione o l'ambito di applicazione della confisca ai beni acquisiti in un periodo connesso a quello relativo al reato oggetto di condanna[116]. Le Sezioni Unite hanno evidenziato che tali requisiti non sono previsti dal legislatore e la loro delimitazione sarebbe affidata alla discrezionalità del giudice; non ritengono di potere richiedere una prova indiziaria circa l'origine illecita del patrimonio perché anche tale requisito non è richiesto dalla norma e si allargherebbe troppo il *thema decidendum*. Si cerca, invece, di valorizzare la prova della sproporzione richiedendo

113. Cfr. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale – Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone giuridiche*, Bologna 2007, 126; sul principio di interpretazione conforme anche in relazione alle decisioni quadro cfr. Corte di Giust., 16 giugno 2005, Pupino, in *Dir. pen. proc*. 2005, 1178; Grasso, *Il Trattato di Lisbona e le nuove competenze penali dell'Unione europea*, in AA.VV., *Studi in onore del Prof. Mario Romano*, Napoli 2011, in corso di pubblicazione, p. 2317; Bernardi, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in Grasso-Sicurella (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo*, Milano 2008, pp. 405 ss.; Marchegiani, *L'obbligo di interpretazione conforme alle decisioni quadro: considerazioni in margine alla sentenza Pupino*, in *Il Dir. dell'Unione Europea* 2006, p. 563; Colamussi, *Sequestro e confisca in territorio dell'Unione europea. Il punto in tema di norme italiane di attuazione*, in *Cass. pen*. 2010, p. 2473; Verri, *I rapporti tra diritto comunitario e diritto processuale penale alla luce della sentenza italiana sul "caso Pupino"*, in *Ind. pen*. 2010, pp. 371 ss. - 385 ss.; Manes, *L'incidenza delle "decisioni-quadro"*, cit., pp. 1150 ss.; Aprile, *I rapporti tra diritto processuale penale e diritto dell'Unione Europea, dopo la sentenza della Corte di giustizia sul caso "Pupino" in materia di incidente probatorio*, *ivi*, pp. 1174 ss.

114. Se può essere ammissibile in relazione alla corruzione, la presunzione di illecita accumulazione sembra infondata in relazione agli altri reati, cfr. Maugeri, *La lotta contro l'accumulazione*, *op. cit*., 497 s.

115. Cass., sez .un., 19-1-2004, Montella, in *Cass. pen.* 2004, 1188, mette in evidenza a tal proposito che qualora, colmando il silenzio del legislatore, si richiedesse un carattere immediato e diretto della pertinenza della cosa con il delitto, si finirebbe per ridurre l'ambito di applicazione dell'art. 12-*sexies* a quello dell'art. 240 c.p., con l'unica novità del carattere obbligatorio della confisca in questione; carattere già espressamente previsto per la confisca antimafia *ex* art. 416-*bis*, comma 7. Cfr. Maugeri, *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine organizzato*, in *Atti del Convegno* 'Pecunia olet', Campobasso 2006, 92 ss.; Id., *Art. 2*-ter, in *Commentario breve alla Legislazione speciale*, a cura di Palazzo-Paliero, Padova 2007, 1792 ss.

116. Cass., 23 aprile 1998, Bocca, in *C. pen.* 1999, 3551; Cass., 23 aprile 2001, Capomasi, in *C. pen.* 2002, 2374; Cass. 14 ottobre 1996, Scarcella, in *C. pen.* 1997, 2718; cfr. Cass., 5 febbraio 2001, Di Bella e altra, in *Foro it.* 2002, II, 263, in cui pur affermando che è possibile confiscare anche i beni acquisiti in epoca precedente al fatto contestato, a prescindere dall'epoca dell'acquisto, si precisa tuttavia "sempre che questi non risultino […] acquisiti in epoca talmente precedente la commissione dei reati per cui si procede da ..sia riconducibile a quell'attività delittuosa"; cfr. Nanula, *Le nuove norme sul possesso ingiustificato di valori*, in *Il Fisco* 1995, 10134; Mariella, *L'aggressione ai patrimoni illeciti ed alle attività economiche della criminalità organizzata: quadro normativo e tecniche di indagine*, in *Nuove forme di prevenzione della criminalità organizzata: gli strumenti di aggressione dei profitti di reato e le misure di prevenzione*, *op. cit*., 590. Si oppone a quest'orientamento garantistico la lettera dell'art. 12-*sexies*, laddove prevede la confisca "del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato, non può giustificare la provenienza [...]", senza richiedere in alcun modo un legame causale tra il reato presupposto e i beni (non si usa, ad esempio l'espressione "profitto del reato", utilizzata dall'art. 240 c.p., 2 comma); né, del resto, si limita l'operatività della fattispecie ai beni acquisiti in concomitanza con un'attività criminosa di carattere continuativo (che non viene presupposta dalla fattispecie). Cfr. Maugeri, *op. cit.*, 320; Mazza, *Commento artt. 1-2 d.l. 20/6/1994 n. 399, conv. con modif. dalla l. 8/8/1994 n. 501 – Disposizioni urgenti in materia di confisca di valori ingiustificati*, in *Leg. pen*. 1995, n. 1., 32-33; Locatelli, *La confisca del patrimonio di valore sproporzionato. Note all'art. 12-*sexies *della l. 7.8.1992, nr. 356*, in *Il Fisco* 1996, 8304 ss.; Bona Galvagno, *Principio di legalità, principio di non colpevolezza e nuove disposizioni dettate con la recente "legislazione antimafia",* in *Riv. di pol.* 1995, 118; Di Lena, *In tema di confisca per possesso ingiustificato di valori*, in *Ind. Pen*. 1999, 1221; Visconti, in Heine-Visconti, *I proventi illeciti ed il loro contrasto in Italia*, in Militello, Paoli, Arnold (a cura di), *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale. Forme di manifestazione, Prevenzione e Repressione in Italia, Germania e Spagna*, Programma Falcone U.E., Freiburg-Milano 2000, 310; Cass. 25 settembre 2000, Vergano, in *Cass. pen.* 2001, 3404; Cass., 23 settembre 1998, Simoni, *ivi* 1999, 3551; Cass., 22 settembre 1998, Sibio, *ivi* 1999, 3552; Cass. 26 marzo 1998, Bosetti, *ivi*, 1999, 3551; Cass., 15 aprile, Berti, *ivi* 1996, 3649; conforme nell'escludere la rilevanza del nesso causale: Cass. 22 febbraio 1999, Cesana, *ivi* 2000, 1950; Cass. 29 maggio 2002, Del Mistro, *ivi* 2003, 2314; Corte Cass., 28 gennaio 2003, Scuto e altri, in *Foro it.* 2003, II, 514.

l'accertamento del carattere sproporzionato del singolo acquisto in base al reddito e all'attività economica del reo in quel determinato momento storico; si sottolinea che il raffronto deve essere "oggetto di rigoroso accertamento nella stima dei valori economici in gioco". Una simile prova comporterà uno sforzo di indagini dell'accusa che dovrà, innanzitutto, accogliendo l'orientamento espresso già in alcune sentenze della Suprema Corte – come esaminato – , compiere un accertamento in relazione ad *ogni singolo bene*, in conformità alle indicazioni della decisione quadro, contestualizzando la prova della sproporzione in base alle circostanze del momento dell'acquisto.

Tale forma di confisca non appare neanche conforme al modello delineato dalla direttiva perché non richiede la prova, pur civilistica (rafforzata), della provenienza dei proventi da confiscare da reati aventi la medesima natura, accontentandosi dell'accertamento della sproporzione e della mancata giustificazione dell'origine lecita da parte del condannato proprietario.

La confisca misura preventiva, contemplata dall'art. 2-*ter* l. 575/65, oggi dall'art. 24 del codice delle leggi antimafia, non sembra compatibile con la decisione quadro 212/2005 in quanto, da una parte, non presuppone una condanna penale e nella sua attuale versione, e già in seguito alla riforma introdotta dal decr. n. 92/2008 e dalla l. n. 94/2009, sarà possibile sganciarne l'applicazione dalle misure personali, dall'altra, non richiede *necessariamente,* accanto alla prova del carattere sproporzionato del valore del bene, anche il convincimento del giudice circa l'origine illecita[117]. Si può ricordare che prima della riforma in qualche rara sentenza la Suprema Corte, in base ad un orientamento più garantista, richiedeva l'accertamento sia della sproporzione sia dei sufficienti indizi di origine illecita, osservando che la novella del '93, n. 256[118] avrebbe avuto «un'incidenza contenutistica meno marcata di quella suggerita ad una prima lettura»[119]. In base a tale orientamento, il possesso di sostanze di valore sproporzionato è solo un primo importante, ma non sufficiente, indizio, da inserire in un più ampio quadro indiziario circa l'origine illecita del patrimonio dell'indiziato. L'art. 2-*ter* l. 575/'65 riformato, e oggi l'art. 24 del codice antimafia, però, continuano a richiedere la prova della sproporzione o la prova dell'origine illecita alternativamente; la norma usa l'espressione "*nonché dei beni che risultino*", indicando chiaramente che si tratta di un'ipotesi alternativa. Fermo restando che, come accennato, anche se la norma continua ad accontentarsi della prova della sproporzione, sembra auspicabile valorizzare l'interpretazione del "*risultino di origine illecita*" nel senso di richiedere per lo meno la prova indiziaria *ex* art. 192 c.p.p. (indizi gravi, precisi, concordanti) dell'origine illecita[120].

Questo profilo della riforma, se interpretato nella proposta chiave garantistica, renderebbe la confisca misura di prevenzione maggiormente conforme alla decisione quadro che richiede il *pieno convincimento* del giudice circa l'origine illecita; d'altronde laddove si raggiunga una corretta prova indiziaria dell'origine illecita dei beni, si può considerare assorbita la prova della sproporzione[121].

Anche in relazione alla confisca antimafia un orientamento abbastanza consolidato

117. Cfr. Tona, *La confisca nella legislazione in materia di criminalità organizzata: normativa italiana e diritto europeo*, in *Il Sole 24 Ore*, 2005, n. 9, 54 ss.

118. L'art. 3 della L. 24 luglio 1993, n. 256, con il quale si era modificato l'art. 2 *-ter,* comma 2, della legge n. 575/65, stabiliva che il Tribunale ordina il sequestro dei beni del mafioso «quando il loro valore risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta, ovvero quando, in conformità a sufficienti indizi, si ha motivo di ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego»: ne conseguiva, come rilevato in giurisprudenza, che mentre prima si richiedeva la notevole sproporzione come indizio tra gli altri dell'illecita provenienza, in seguito a tale riforma l'indizio della mera sproporzione (la norma non richiedeva più che fosse notevole) era già di per sé indice di illiceità della medesima ricchezza in quanto nella disponibilità del presunto mafioso, cfr. per tutte Cass., 20 novembre 1998, Iorio e altri, n. 5760, in *Cass. pen.* 1999, 3238.

119. Cass., 23 giugno 2004, Palumbo, in *Cass. pen*. 2005, 2704; conforme Cass., 16 dicembre 2005, n. 1014, L.P.T., in *www.iuritalia.it/cpenale*.

120. Cfr. nota 78.

121. Si deve evidenziare, inoltre, che al 7° comma dell'art. 2-*ter* e oggi all'art. 18, c. 4 del cod. ant. la norma continua a parlare della confisca dei «beni che si ha motivo di ritenere che siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego»; probabilmente si tratta di una mera dimenticanza e di un mancato coordinamento, che fa, però, sorgere il dubbio che il legislatore non abbia attribuito un particolare significato garantistico all'uso del termine risultino (essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego). Non sembra ragionevole, d'altronde, ritenere che abbia voluto prevedere uno *standard* della prova inferiore in relazione alla confisca dei beni di soggetti assenti, residenti o dimoranti all'estero (anzi in quest'ipotesi la diminuita capacità di difesa dovrebbe essere compensata da un più rigoroso *standard* probatorio), tanto è vero che in quest'ipotesi non si ritiene sufficiente la prova della sproporzione.

della giurisprudenza di legittimità, inoltre, ha sempre richiesto, in conformità alle indicazioni della decisione quadro[122], che gli indizi dell'origine illecita dei beni da confiscare "devono essere inerenti a *ciascuno*" dei beni e/o delle somme impiegate per il loro acquisto[123], in quanto la possibilità che anche un indiziato di mafia possa avere dei beni acquistati legittimamente impone al giudice di merito, al momento dell'applicazione di misure patrimoniali, di condurre un'indagine su ogni singolo bene, "giacché altrimenti l'indiscriminato cumulo dei beni eluderebbe la necessaria individuazione di quelli che sono il frutto di attività illecite od il loro reimpiego[124]" (in qualche sentenza si richiede, addirittura, la dimostrazione logica e cronologica della provenienza di ogni bene sequestrato da quell'illecita attività o dal suo reimpiego, attraverso l'individuazione del *nesso di causalità* fra condotta mafiosa ed illecito profitto[125], o la correlazione temporale tra la pericolosità e l'acquisizione dei beni confiscati[126]).

Tale forma di confisca, come già esaminato, dovrebbe rientrare nel modello delineato dall'art. 5 della proposta di direttiva, in quanto non presuppone una condanna ammesso che l'art. 5 consenta l'applicazione in assenza di condanna anche di una forma di confisca allargata, – ipotesi assolutamente dubbia come esaminato –, ma va ben oltre i limiti delineati da tale norma prevedendo una vera e propria *actio in rem*, mentre la proposta di direttiva consente la confisca senza condanna solo in delle ipotesi limitate in cui non è possibile procedere *in personam* (morte, fuga e malattia); per il resto la direttiva richiederebbe la delimitazione del suo ambito di applicazione ai profitti derivanti da reati aventi la medesima natura e non da qualunque reato, – addirittura anche l'evasione fiscale, come affermato in giurisprudenza[127] –, e si accontenta dello *standard* civilistico, pur rafforzato, frustrando i tentativi di interpretazione più garantistica del "risultino".

Più difficilmente compatibile con i principi garantistici richiesti dalla decisione quadro n. 212/2005 rimane la confisca allargata contemplata dall'art. 3-*quinquies* della l. 575/65 e oggi dall'art. 34 (*L'amministrazione giudiziaria dei beni connessi ad attività economiche*), c. 7, del cod. antimafia. Il legislatore della riforma (decr. n. 92/08), più garantista – forse – in relazione all'accertamento dell'origine illecita ai fini della confisca *ex* art. 2-*ter*, che si applica a soggetti indiziati con pericolosità qualificata o generica, non ha mostrato tale sensibilità garantista nell'ipotesi della confisca *ex* art. 3-*quinquies* (oggi art. 34, c. 7), che si applica a soggetti che non sono neanche indiziati, ma la cui attività

122. Si veda Maugeri, *op. cit.*, 319 ss. - 373. Cfr. Izzo, *Sequestro preventivo strumentale alla confisca di ricchezza sproporzionata al reddito dichiarato. Poteri di controllo del giudice del riesame*, in *Il Fisco* 1994, 3423 ss.; Nanula, *Trasferimento fraudolento e possesso ingiustificato di valori*, in *Il Fisco* 1993, n. 32, 8632, in relazione all'art. 12-*quinquies*; Tribunale libertà Torino, 25 agosto 1994, Marando; Chiariello, *Sequestro peventivo* ex *art. 321 c.p. e 12 sexies l. n. 356 del 1992: misura di prevenzione o provvedimento cautelare*?, in *C. pen.* 1996, 1634-1635.

123. Cass., 1 marzo 1991, Piromalli ed altri, in *Giur. it.* 1992, II, c.p. 299; Cass., 17 novembre 1989, Nuvoletta ed altri, in *Giust. pen.* 1991, c.p. 354; Pascali-Cherubini, *La misura di prevenzione patrimoniale nella normativa antimafia. Il problema della tutela civile dei creditori*, Bari 1999, 71.

124. Così Cass., 18 maggio 1992, Vincenti ed altri, in *C. pen.* 1993, 2377; conforme C 23 giugno 2004, Palumbo, in *Cass. pen.* 2005, 2704; Cass. 28 marzo 2002, Ferrara, in *Cass. pen.* 2003, 605; Cass. 21 aprile 1999, Corria, *ivi* 2000, 1048; Cass., C.P.c.p., 20 novembre 1998, Iorio e altri, n. 5760, *ivi* 1999, n. 1708, 3238; Cass., 22 giugno 1988, Raffa, *ivi* 1989, m. 672; Cass. 13 marzo 1997, n. 1105, Mannolo, *ivi* 1998, n. 1070, 1774; conforme Molinari-Papadia, *Le misure di prevenzione nella legge fondamentale, nelle leggi antimafia e nella legge antiviolenza nelle manifestazioni sportive*, Milano 2002, 519; Gialanella, *I patrimoni di mafia – La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie,* Napoli 1998, 124; Cassano, *Misure di prevenzione patrimoniali e amministrazione dei beni – Questioni e materiali di dottrina e giurisprudenza*, Milano 1998, 54; Aiello, *La tutela civilistica*, cit., 204.

125. Cass., 23 giugno 2004, Palumbo, *C. pen.* 2005, 2704; Cass., 28 marzo 2002, Ferrara, ivi 2003, 605; Cass. 3 febbraio 1998, Damiani, in *Arch. n. proc.p. pen*. 1998, 424; Cass., 18 maggio 1992, Vincenti ed altri, in *C. pen.* 1993, 2377; Cass. 23 marzo 2007, n. 18822, C., in *CED Cass. pen*. 2007, che richiede la *correlazione temporale tra la pericolosità e l'acquisto dei beni*, e cioè che i beni «siano entrati nella sua disponibilità successivamente o almeno contestualmente al suo inserimento nel sodalizio criminoso», conforme Gialanella, *La Corte di Cassazione e l'Incompiuta della prevenzione patrimoniale antimafia, tra razionalità garantista e relativismi funzionalistici*, relazione presentata all'incontro di studio "*La prevenzione patrimoniale antimafia tra l'interpretazione della Corte di Cassazione ed i nuovi interventi legislativi*", organizzato dal CSM, ufficio formazione decentrata, presso la Cassazione, Roma 11 novembre 2007, 33 ss. dattilosritto; *contra* Cass., 8 aprile 2008, n. 21717, F. e altro, in *CED Cass. pen*. 2008; Izzo, *Disponibilità sproporzionata al reddito dichiarato e confisca di prevenzione*, in *Impresa c.i.* 1999, 389.

126. Cass., 3 febbraio 1997, in *Arch. n. proc.p. pen*. 1998, 424, con nota di Grillo, *Fra misura di prevenzione personale e misura di prevenzione patrimoniale nella legislazione antimafia,* in *Arch. n. proc. pen.* 1998. Accertamento che, si osserva giustamente, pone meno problemi nell'ambito dei reati associativi e specificatamente riguardo al delitto di associazione mafiosa e di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti, in quanto "la continuità del vincolo associativo, insita nella struttura del reato, già ampiamente testimonia anche della continuità del flusso di ricchezza illecita che possa pervenire all'associato", così Nanula, *Le nuove norme sul possesso ingiustificato di valor*i, *op. cit.*, 10134.

127. Cfr. nota 44.

"possa comunque agevolare l'attività" di persone indiziate ai fini dell'applicazione delle misure di prevenzione o imputate di taluni crimini connessi al crimine organizzato. In quest'ipotesi continua ad ammettersi "*la confisca dei beni che si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego*", ritenendo sufficiente qualcosa di meno di una prova indiziaria (si ha motivo di ritenere) ai fini della confisca e l'inversione dell'onere della prova in capo al proprietario su cui incombe un *obbligo* di giustificare la legittima provenienza dei propri beni di valore non proporzionato (art. 34, c. 1, cod. ant.)[128] (fermo restando che ai fini della sospensione dell'amministrazione dei beni *ex* art. 3-*quater* e oggi dell'amministrazione giudiziaria *ex* art. 34, c. 2, si richiedono *sufficienti indizi* per richiedere ulteriori indagini e *sufficienti elementi* per ritenere che il libero esercizio delle attività economiche agevoli l'attività dei soggetti indiziati o imputati)[129]. Ciò appare ancor più discutibile se si considera che, nella seppur limitata prassi applicativa, tale forma di confisca è divenuta particolarmente incisiva laddove non si è limitata a colpire i beni per la loro origine illecita, ma piuttosto per la loro destinazione illecita (non distinguendo più l'oggetto della sospensione dell'amministrazione e quello della confisca) in quanto coinvolti in attività illecite; la giurisprudenza si accontenta di «*elementi sufficienti a fare ritenere l'esistenza di un'obiettiva commistione di interessi tra attività d'impresa e attività mafiosa riferibile ad altri soggetti*» per procedere alla confisca «*non dei singoli beni, quanto ovviamente di quel complesso di beni che rende possibile l'esercizio dell'attività imprenditoriale agevolatrice*»[130].

Anche tale forma di confisca dovrebbe rientrare nel modello delineato dall'art. 5 della proposta di direttiva, non richiedendo una condanna, ma ne supera abbondantemente i limiti prevedendo una vera e propria *actio in rem*; l'art. 34 del cod. antimafia, inoltre, non si limita a prevedere né la confisca dei profitti accertati né la confisca dei profitti che derivino "molto probabilmente" da reati aventi la medesima natura – ipotesi contemplate dagli artt. 3 e 4 della proposta di direttiva – , ma si estende a tutti i profitti di presunta origine illecita di cui il proprietario non riesca a giustificare l'origine lecita.

Molto simile alla confisca *ex* art. 12-*sexies* l. 356/92 la nuova disciplina del *comiso ex* art. 127 del *Codigo Pénal* introdotta in Spagna dalla *Ley organica* del 2010 che prevede la confisca allargata dei profitti di valore sproporzionato rispetto al reddito del soggetto condannato per reati realizzati nell'ambito dell'organizzazione criminale o terroristica o comunque del delitto di terrorismo[131]. Tale disposizione è stata introdotta per dare

128. Su tale obbligo e in generale sulla disciplina di tale forma di confisca cfr. Maugeri, *op. cit.*, 414 e 409 ss. e Id., *Art. 3*-quater *e 3*-quinquies, in *Commentario breve alla Legislazione speciale*, a cura di Palazzo-Paliero, cit., 1837 ss.

129. Cfr. il tentativo di valorizzare tale differenza terminologica come una richiesta di progressione probatoria cfr. Maugeri, *op. cit.*, 418 ss.

130. Corte d'Appello di Catania, 21 novembre 1997, Spampinato, in *Cass. pen.* 1998, n. 1558, 2726; Trib. Palermo, decreto 3 giugno 1999, Soc. Sicilconcrete S.r.l.; Corte di Appello di Palermo decreto 1 ottobre 1996, Tre Noci s.r.l. ed altri, in *Cass. pen.* 1997, 2257; Corte di Appello Palermo, 16 luglio 2004, dep. 3 marzo 2005; Corte di Appello Palermo, decr. 14 (28) novembre 2006, inedito, Centralgas S.p.a., Vigorgas serbatoi S.r.l., Ital metano S.r.l. e Gas sud S.r.l.; *contra* Cass., 8 febbraio 1999, Crimi, in *Foro it.* 1999, II, c. 626; Cass., 14 giugno 2007 (29 agosto 2007), n. 33617 , Pesto (236968), in *Cass. pen.* 2008, 2054, con nota di Molinari, *Le condizioni per la confisca dei beni dei mafiosi*; Tribunale Reggio Calabria, 5 ottobre 2007, in *dejure.giuffre.it*; Trib. di Palermo, 29 ottobre 2009, in *Diritto penale contemporaneo,* con nota di Maugeri. La confisca *ex* art. 3-*quinquies* l. 575/1965: la nozione di agevolazione e l'oggetto della confisca. Da ultimo Cass. pen., sez. VI, 24 febbraio 2011 (dep. 14.3.2011), n. 10219, in *Diritto penale contemporaneo* – con nota di Maugeri –, interpreta in chiave garantistica la disciplina dell'art. 2-*ter* l. 575/65, richiedendo il corretto accertamento della confiscabilità dei beni e la necessità di stabilire i limiti di operatività dell'effetto ablativo nelle ipotesi di commistione di beni di origine lecita e di origine illecita, e cioè in cui il reimpiego del denaro proveniente da fonte sospetta di illiceità penale, avvenga mediante addizioni, accrescimenti, trasformazioni o miglioramenti di beni già nella disponibilità del soggetto medesimo, nel rispetto della garanzia costituzionale del diritto di proprietà. Cfr. Fallone, Luci ed ombre del procedimento di prevenzione patrimoniale, in Documenti Giustizia 1995, n. 4, 601; Nicastro, La confisca nella legislazione patrimoniale antimafia, in (a cura di) Maugeri, Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine, cit., 317; Scarpinato, op. cit., 245-246; Maugeri, Relazione Introduttiva, op. cit., 110 ss.; Id., Profili di legittimitá costituzionale delle sanzioni patrimoniali, cit., 97 s.; sulle nuove prospettive nei rapporti tra misure di prevenzione (e in particolare l'amministrazione giudiziaria ex art. 34 cod. ant.) e la responsabilità da reato degli enti ex d.lgs. n. 231/2001 cfr. Visconti, Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese (working paper). Un nuovo modello di contrasto alle infliltrazioni mafiose nelle attività economiche 'sane'? In margine a un recente provvedimento della Sezione Misure di prevenzione del Tribunale di Milano, in *Diritto penale contemporaneo.*

131. *El Juez o Tribunal deberá ampliar el decomiso a los efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista, o de un delito de terrorismo. A estos efectos se entenderá que proviene de la actividad delictiva el patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal o terrorista o por un delito de terrorismo cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos obtenidos legalmente por cada una de dichas personas.*

adempimento alla decisione quadro n. 212/2005 e si applica infatti nel settore del crimine organizzato, ma ne trascende i limiti laddove si limita a richiedere la prova della sproporzione e non anche dell'origine illecita, prova richiesta anche dalla proposta di decisione quadro, in forma qualificata (i proventi devono provenire da attività illecite della stessa natura). In conformità all'art. 5 della proposta di direttiva si consente l'applicazione della confisca dei profitti accertati e della confisca allargata anche in mancanza di una condanna, sempre che sia dimostrata la situazione patrimoniale illecita, ma in termini più ampi (4. *El Juez o Tribunal podrá acordar el* ***comiso*** *previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita*)[132].

L'*erweiterter Verfall* (§ 73d StGB), acquisizione pubblica allargata, dell'ordinamento tedesco che normalmente presuppone una condanna, potrebbe essere compatibile con la decisione quadro n. 212/2005 nella misura in cui si interpreta la norma in base alla più garantistica proposta avanzata dalla giurisprudenza; in altre parole il giudice dovrebbe poter pronunciare il provvedimento di confisca allargata solo quando raggiunge il ragionevole convincimento dell'origine illecita[133], non sarebbe sufficiente la mera verosimiglianza o meri sospetti, come prospettato in qualche sentenza[134]. La fattispecie in questione, però, rimane incompatibile in quelle ipotesi in cui se ne consente la pronuncia in mancanza di una condanna, e in ogni caso laddove non delimita l'ambito di applicazione della confisca ai beni acquisiti in un lasso di tempo ragionevolmente connesso (né a beni provenienti da attività analoghe), né a beni di valore sproporzionato; si potrebbe rendere facilmente compatibile laddove si faccia rientrare la sproporzione tra gli elementi da accertare ai fini della prova dell'origine illecita (art. 3, n. 2, c).

Ai fini della compatibilità con la proposta di direttiva se ne dovrebbe, invece, delimitare l'applicazione solo ai profitti derivanti da attività analoghe e accontentarsi dello *standard* della prova civilistico, pur rafforzato. Per il resto, come esaminato, l'ordinamento tedesco ammette in ipotesi delimitate l'applicazione della confisca del profitto accertato (*Verfall*) e della confisca allargata (*erweiterter Verfall*) in mancanza di condanna, anche se in termini più ampi di quanto previsto dalla direttiva (ad esempio nel caso di prescrizione).

La disciplina inglese del *confiscation* potrebbe essere considerata compatibile con la decisione quadro 212/2005, anche nella più recente versione prevista dal *Proceeds Act* 2002, laddove richiede la pronuncia di una sentenza di condanna quale presupposto della confisca e ne limita l'ambito di applicazione ai beni acquistati nei sei anni precedenti, sulla base della presunzione di uno stile di vita criminale (che dovrebbe fondare il convincimento della "*connessione*" temporale), ammesso che i sei anni antecedenti siano un periodo ragionevolmente connesso; tale disciplina si presenta, invece, assolutamente in contrasto con la decisione laddove si applicano le presunzioni circa lo stile di vita criminale e l'origine illecita dei beni senza alcun supporto probatorio (anche se la possibilità concessa al giudice di non applicare le presunzioni laddove comportano il rischio di ingiustizia, potrebbe indurre a ritenere che l'accusa deve sostenere uno sforzo probatorio). Qualche perplessità circa la compatibilità con la decisione quadro suscita, infine, lo *standard* civilistico della prova, previsto in materia dalla disciplina inglese[135].

132. Cfr. Fernández Ros, *Algunas notas sobre la Reforma del Código Penal sobre el comiso y el blanqueo de capitales*, marzo 2011, in noticia .juridicas.com/articulos/55-Derecho Penal.

133. BGH, 22-11-1994, 4 StR 516/94 (LG Bochum), NStZ 1995, 125 e 470, con commento di Schmidt, *Vorausetzungen der Anordnung des erweiterten Verfalls*, in *Jus* 1995, 463; conforme BGH, 14-1-2004, 2 BvR 564/95, *Lexetius.com*/2004, 579 [2004/5/13]; BGH, 10-2-1998 – 4 StR 4/98 (LG Bochum), NStZ 1998, 362; Urt. V. 17-6-1997 - StR 187/97; cfr. Möhrenschlager, *Bericht über das Justizkommunikationsgesetz und über EU-Rahmenbeschlüsse betreffend Verfall und Einziehung sowie Computerkriminalität*, in *Wistra* 2005, 5, VI; Benseler, *Möglichkeiten der Gewinnabschöpfung zur Bekämpfung der Organisierten Kriminalität*, Freiburg, 1996, 26.

134. BGH, 1-3-1995, 2 StR 691/94 (LG Gießen), in NJW 1995, 2235.

135. Cfr. Alldridge, *The Limits of Confiscation*, in *Criminal Law Review* 2011, n. 11, p. 828; Maugeri, *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento*,

Proprio tale *standard* potrebbe, invece, essere considerato compatibile con la proposta di direttiva, magari in una versione rinforzata, ma si dovrebbe richiedere la prova dell'origine da reati aventi la medesima natura rispetto a quello oggetto di condanna come sembra emergere, come esaminato, dalla sez. 242 del POCA 2002 (non sarebbe necessario il limite temporale); per il resto l'ordinamento britannico conosce delle forme di *civil forfeiture* che consentono l'applicazione della confisca con una vera e propria *actio in rem*, al di là dei limiti in cui l'art. 5 della proposta di direttiva prevede la confisca in assenza di condanna.

Anche la confisca allargata svizzera (art. 72 StGB) contro le organizzazioni criminali, pur presupponendo la condanna di un soggetto per partecipazione in un'organizzazione criminale (art. 260-*ter*) o sostegno alla stessa, diventa incompatibile con la decisione quadro 212/2005 laddove si applica a tutti i beni del reo in quanto se ne presume la destinazione illecita (la disponibilità dell'organizzazione criminale), in mancanza della prova dell'origine illecita, e se ne consente l'applicazione in un procedimento autonomo (*in rem*), indipendentemente da una sentenza di condanna[136]; simile la forma di confisca prevista dal § 20b StGB austriaco (*Verfall*) direttamente contro i beni dell'organizzazione criminale o terroristica[137], o la confisca contro l'organizzazione terroristica ai sensi della sezione 13 del *Prevention of Terrorism (Temporary provisions) Act 1989* inglese[138]. Maggiormente compatibili tali forme di confisca con la proposta di direttiva laddove se ne consente l'applicazione in certi limiti in mancanza di condanna, meno compatibili laddove si tratta di forme di confisca allargata fondate sulla presunzione di destinazione illecita e non di origine illecita da reati analoghi.

Sicuramente più compatibile con il modello di confisca allargata delineato dalla decisione quadro n. 212/2005 la restituzione dei profitti estesa (art. 20, c. 2 öStGB) dell'ordinamento austriaco[139], che presuppone la condanna per i più gravi *Verbrechen* (§ 17) e la sussistenza di indizi circa la provenienza dei beni da un'attività criminale di uguale natura e temporalmente connessa a quella oggetto di condanna; tale regola si applica anche in relazione ai beni ottenuti dal reo in "connessione temporale" con la sua partecipazione ad un'organizzazione criminale (§ 278a) o terroristica (§ 278b) (art. 20, c. 3 öStGB). Questa forma di confisca risulta anche la più compatibile con il modello di confisca allargata previsto dalla proposta di direttiva, come accennato, laddove richiede che i profitti derivino da reati di uguale natura, anche se non sarebbe necessaria la connessione temporale.

In linea con le indicazioni emergenti sia dalla decisione quadro n. 212/2005 sia dalla proposta di direttiva la *confiscation générale* dell'ordinamento francese, concepita come pena contro il patrimonio, si rivolge contro gravi reati connessi al crimine organizzato (come le più gravi fattispecie di traffico di droga *ex* art. 222-49, § 2 *du code pénal*[140] e di

op. cit., 135 e dottrina *ivi* richiamata.

136. "Il giudice ordina la confisca di tutti i valori patrimoniali di cui un'organizzazione criminale ha facoltà di disporre" (art. 72 StGB).

137. Tale forma di *Verfall* colpisce tutti i valori patrimoniali che si trovano nel potere di disposizione di un'organizzazione criminale (§ 278a, c. 1 öStGB), o che, pur traendo origine da una fatto punibile all'estero, si trovano in Austria, anche se il reo non sottostà alla giurisdizione austriaca, cfr. Schick, *Landesbericht Österreich*, in *Tagung für Rechtsvergleichung vom 24. bis 27. September 1997 in Granz – Arbeitssitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung "Grunderfordernisse des Allgemeinen Teils für ein europäisches Sanktionenrecht"*, in *ZStW* 1998, 475.

138. Nel 2000 è stato riformato nel Terrorism Act 2000, e successivamente è stato emanato il Prevention of Terrorism Act 2005 e il Terrorism Act 2006 (oltre al Terrorism (Northern Ireland) Act 2006).

139. Woratsch, *op. cit.*, 25, n. 2102; Forrenger, *op. cit.,* 102; Maugeri, *op. cit.*, 542, nota 14.

140. Article 222-49 Version en vigueur au 31 janvier 2012, depuis le 11 juillet 2010. *Dans les cas prévus par les articles 222-34 à 222-40, doit être prononcée la confiscation des installations, matériels et de tout bien ayant servi, directement ou indirectement, à la commission de l'infraction, ainsi que tout produit provenant de celle-ci, à quelque personne qu'ils appartiennent et en quelque lieu qu'ils se trouvent, dès lors que leur propriétaire ne pouvait en ignorer l'origine ou l'utilisation frauduleuse. Dans les cas prévus par les articles 222-34, 222-35, 222-36, 222-37 et 222-38, peut également être prononcée la confiscation de tout ou partie des biens du condamné, quelle qu'en soit la nature, meubles ou immeubles, divis ou indivis.*Per la disamina di tali sanzioni cfr. Maugeri, *op. cit.*, 167 ss., 194 ss., 247 ss.; Id., *Relazione introduttiva*, cit., 38 ss.

riciclaggio[141] e in particolare colpisce l'"*association de malfaiteurs*"[142], presuppone una condanna – come richiesto dalla decisione quadro e ai fini della confisca allargata *ex* art. 4 della proposta di direttiva – , ma consente la confisca di tutto o parte del patrimonio senza i limiti previsti da entrambi gli strumenti europei, non richiedendo alcuna prova dell'origina illecita[143], né tanto meno della medesima natura dell'attività criminale fonte, né della sproporzione o della correlazione temporale[144]. Tale modello di confisca, del resto, anche se potenzialmente efficace, sembra difficilmente compatibile con i principi di tassatività della pena, non essendo predeterminati i parametri di commisurazione della stessa – l'unico limite è rappresentato dall'entità del patrimonio da confiscare – , e con il principio di colpevolezza inteso come parametro di commisurazione della stessa pena; la pena patrimoniale, *Vermögenstrafe* dell'ordinamento tedesco, è stata infatti dichiarata incostituzionale dalla sentenza del *BverfGE* 105, 135 per violazione del principio di tassatività (art. 103, c. 2 *GG*)[145].

In una prospettiva internazionale il *criminal forfeiture nordamericano,* previsto dal *Comprensive Drug Abuse Act 1970*[146] e dal *RICO*[147], si presenta abbastanza corrispondente ai presupposti richiesti dalla decisione quadro n. 212/2005 laddove se ne delimita l'applicazione ai beni acquisiti durante il *pattern of racketeering activity*, anche se la disciplina in materia estende la confisca non solo ai proventi del reato (o ai guadagni di fonte ignota acquisiti durante la consumazione dell'attività criminale, che in base ad una presunzione si considerano provenienti da tale attività criminale), ma anche agli strumenti del reato, sia beni mobili sia beni immobili, nonché a tutti gli interessi illeciti nell'impresa[148]; non si presuppone inoltre il ragionevole convincimento del giudice circa l'origine illecita, ma ci si accontenta dello *standard* della prova civilistico, che sarebbe invece compatibile con la proposta di direttiva. Quest'ultima richiede anche l'accertamento dell'origine dei profitti da reati aventi la medesima natura che potrebbe essere considerata implicita nell'accertamento dell'acquisto dei beni durante il *pattern of racketeering activity.*

Sicuramente incompatibile con la decisione quadro dovrebbe essere, infine, il *civil forfeiture* nordamericano che non si fonda su una condanna penale e si applica alla *tainted property*, in cui si ricomprendono i profitti di presunta origine illecita senza alcuna delimitazione legata alla natura dell'attività illecita o di carattere temporale e in base ad una prova di carattere civilistico (*by a balance of probabilities*), nonché gli strumenti del reato o connessi al reato e i beni destinati al reato, confiscabili ai sensi della decisione quadro ma non in base a *poteri estesi di confisca*. Si tratta di una vera e propria *actio in rem* che, come esaminato, va ben oltre i limiti previsti dall'art. 5 della proposta di direttiva.

141. La pena complementare della confisca di tutti o parte dei beni, di qualunque natura, mobili o immobili, divisibili o indivisibili è prevista dall'art. 222-49 c. 2 per il reato di riciclaggio (di fondi provenienti dal traffico di stupefacenti) (art. 222-38), dall'art. 324-7, n. 12 C.P. (L. n° 20001-420 del 15 maggio 2001, modificata dalla LOI n°2012-409 du 27 mars 2012 - art. 13 (V)) per il riciclaggio previsto dall'art. 324-1, sia per le persone fisiche sia per le persone giuridiche; dall'art. 213-1, c. 4, per le persone fisiche e dall'art. 213-3, c. 2, per le persone giuridiche per il reato di genocidio e crimini contro l'umanità; dall'art. 225-25 (Modifié par LOI n°2012-409 du 27 mars 2012 - art. 13 (V)) per la tratta di esseri umani e sfruttamento della prostituzione («proxénétisme et des infractions qui en résultent»); dall'art. 422-6 code pénal per il terrorismo.

142. L. n° 2001-420, 15 May 2001 - Art. 450-5.

143. In Francia si è preferito adottare tale soluzione con la *confiscation général,* invece di introdurre l'inversione dell'onere della prova, circa l'origine dei beni, a carico dell'imputato, proprio per evitare che quest'ultimo riuscisse, in ogni caso, a sottrarsi alla confisca adempiendo fraudolentemente al proprio onere.

144. Maugeri, *op. cit.*, 194.

145. Cfr. BGH, 15, novembre 2002, 2 StR 302102 (LC Frankfurt a.M.), in *NStZ* 2003, 198; Dessecker, *Gewinnabschöpfung im Strafrecht und in der Strafrechtspraxis*, Freiburg 1992, 350-351; Krey-Dierlamm, *op. cit.*, 357; Dreher-Tröndle, *§ 43a*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., 492; Körner, *Betäubungsmittelgesetz*, München 1985, 235; Park, *op. cit.*, 64. Cfr. Maugeri, *op. cit.*, 170 ss., 664-725; Fondaroli, *op. cit.,* 465 ss.

146. Sezione 21 U.S.C. § 853(d).

147. § 18 U.S.C. 1963.

148. Maugeri, *op. cit.*, 259 ss.

Diritto Penale Contemporaneo

www.penalecontemporaneo.it