



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
3/2018

COMITATO DI DIREZIONE Alexander Bell, Antonio Gullo, Luca Masera, Melissa Miedico, Alfio Valsecchi

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Francesco Lazzeri, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali, Stefano Zirulia

COMITATO SCIENTIFICO Emilio Dolcini, Novella Galantini, Alberto Alessandri, Jaume Alonso-Cuevillas, Giuseppe Amarelli, Ennio Amodio, Francesco Angioni, Roberto Bartoli, Fabio Basile, Hervé Belluta, Alessandro Bernardi, David Brunelli, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Michele Caianiello, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Francesco Caprioli, David Carpio, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Massimo Ceresa Gastaldo, Mario Chiavario, Luis Chiesa, Cristiano Cupelli, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Ombretta Di Giovine, Massimo Donini, Giovanni Fiandaca, Roberto Flor, Luigi Foffani, Gabriele Fornasari, Loredana Garlati, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Roberto E. Kistoris, Sergio Lorusso, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Jean Pierre Matus, Anna Maria Maugeri, Oliviero Mazza, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Santiago Mir Puig, Vincenzo Mongillo, Adan Nieto Martin, Francesco Mucciarelli, Renzo Orlandi, Íñigo Ortiz de Urbina, Francesco Palazzo, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Vicente Pérez-Daudí, Daniela Piana, Lorenzo Picotti, Paolo Pisa, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Joan Josep Queralt, Paolo Renon, Mario Romano, Gioacchino Romeo, Carlo Ruga Riva, Markus Rübenstahl, Francesca Ruggieri, Marco Scoletta, Sergio Seminara, Rosaria Sicurella, Placido Siracusano, Carlo Sotis, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Paolo Veneziani, Costantino Visconti, Matteo Vizzardi, Francesco Zacchè

Diritto Penale Contemporaneo è un periodico on line, ad accesso libero e senza fine di profitto, nato da un'iniziativa comune di Luca Santa Maria, che ha ideato e finanziato l'iniziativa, e di Francesco Viganò, che ne è stato sin dalle origini il direttore nell'ambito di una partnership che ha coinvolto i docenti, ricercatori e giovani cultori della Sezione di Scienze penalistiche del Dipartimento "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano. Attualmente la rivista è edita dall'Associazione "Diritto penale contemporaneo", il cui presidente è l'Avv. Santa Maria e il cui direttore scientifico è il Prof. Gian Luigi Gatta. La direzione, la redazione e il comitato scientifico della rivista coinvolgono oggi docenti e ricercatori di numerose altre università italiane e straniere, nonché autorevoli magistrati ed esponenti del foro.

Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

Le opere pubblicate su "Diritto penale contemporaneo" sono attribuite dagli autori con licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0" Italia (CC BY-NC 3.0 IT). Sono fatte salve, per gli aspetti non espressamente regolati da tale licenza, le garanzie previste dalla disciplina in tema di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio (l. n. 633/1941).

Il lettore può condividere, riprodurre, distribuire, stampare, comunicare al pubblico, esporre in pubblico, cercare e segnalare tramite collegamento ipertestuale ogni lavoro pubblicato su "Diritto penale contemporaneo", con qualsiasi mezzo e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, nei limiti consentiti dalla licenza *Creative Commons* "Attribuzione – Non commerciale 3.0 Italia" (CC BY-NC 3.0 IT), in particolare conservando l'indicazione della fonte, del logo e del formato grafico originale, nonché dell'autore del contributo.

La rivista fa proprio il Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics).

Peer review.

Salvo che sia diversamente indicato, tutti i contributi pubblicati nella sezione *papers* di questo fascicolo hanno superato una procedura di *peer review*, attuata secondo principi di trasparenza, autonomia e indiscusso prestigio scientifico dei revisori, individuati secondo criteri di competenza tematica e di rotazione all'interno dei membri del Comitato scientifico. Ciascun lavoro soggetto alla procedura viene esaminato in forma anonima da un revisore, il quale esprime il suo 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 del revisore. Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione.

Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Diritto penale contemporaneo*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 1/2017, p. 5 ss.

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPER

F. FIORENTIN, <i>L'ergastolo "ostativo" ancora davanti al giudice di Strasburgo</i>	5
B. HEINRICH, <i>Punibilità per corruzione ed élite politica</i>	21
L. GIORDANO, <i>La nuova domiciliatura "assentita" presso il difensore di ufficio</i>	33
M. GRIFFO, <i>Una resistenza ermeneutica non scontata a vantaggio di una prassi decisamente consolidata</i>	45
J. DELLA TORRE, <i>Spunti sul rapporto tra direttiva 2016/343/UE e regole di giudizio nel patteggiamento</i>	59
D. GIUNTI, <i>Motivazione dell'ordinanza di custodia cautelare e pericolo di recidiva: la Corte di cassazione conferma le proprie posizioni</i>	79
L. MIAZZI, <i>La coltivazione della cannabis è reato?</i>	105
O. POLIPO, <i>Gard c. Regno Unito: un'altra occasione persa della Corte EDU in materia di end-of-life decisions</i>	125
A. CADOPPI, <i>L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin e i rimedi interpretativi ipotizzabili</i>	153

NOVITÀ LEGISLATIVE – PROGETTI E PROPOSTE

E. DOLCINI, <i>A proposito di "leggi svuotacarceri"</i>	225

NOVITÀ LEGISLATIVE – LEGGI APPROVATE

S. FELICIONI, <i>In vigore le nuove disposizioni per la protezione dei testimoni di giustizia</i>	231

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

A. GALLUCCIO, <i>Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice a quo perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia</i>	234
S. MARTELLI, <i>Alla Consulta l'art. 576 c.p.p.: continuano le ostilità sul fronte tra azione civile e processo penale</i>	239
S. FELICIONI, <i>Revoca prefettizia della patente di guida per condanne in materia di stupefacenti: la misura può essere applicata retroattivamente perché non è una sanzione penale ma è illegittima la sua applicazione automatica</i>	242

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – SEZIONI UNITE

C. CUPELLI, <i>L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle sezioni unite: un'interpretazione "costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile</i>	246
S. FELICIONI, <i>L'estinzione del reato per intervenuta prescrizione non si estende al coimputato non impugnante</i>	258

C. MASIERI, <i>Per le sezioni unite penali non è ancora decorso il termine di prescrizione delle azioni di cui all'art. 35-ter, co. 1 e 2, ord. pen. per violazioni dell'art. 3 CEDU avvenute prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 92 del 2014</i>	262
NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ	
A. F. TRIPODI, <i>Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time</i>	270
E. ANDOLFATTO, <i>Omesso versamento di ritenute certificate (art. 10-bis del d.lgs. 74/2000): è sufficiente il "modello 770" per provare l'avvenuta certificazione? la questione alle Sezioni Unite</i>	279
NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI MERITO	
C. MOSTARDINI, <i>Un singolare caso di 'truffa matrimoniale': la sentenza (assolutoria) del Tribunale di Roma nel caso Lollobrigida</i>	282
OSSERVATORIO SOVRANAZIONALE – UNIONE EUROPEA: GIURISPRUDENZA	
A. GALLUCCIO, <i>La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem</i>	286
OSSERVATORIO SOVRANAZIONALE – CONSIGLIO D'EUROPA E CEDU	
G. MENTASTI, <i>La libertà personale dello straniero al vaglio della Corte EDU: illegittimità della proroga del trattenimento adottata de plano e diritto alla riparazione per ingiusta detenzione</i>	295
F. ZACCHÈ, <i>Brevi osservazioni su Drassich (n. 2) e diritto alla prova</i>	298

L'ERGASTOLO "OSTATIVO" ANCORA DAVANTI AL GIUDICE DI STRASBURGO

*Brevi note sulle [osservazioni scritte presentate nella causa Viola c. Italia \(n. 77633/16\)](#),
[pendente davanti alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo](#),
[dall'Associazione "L'Altro diritto" onlus](#)*

di Fabio Fiorentin

SOMMARIO: 1. L'"affaire" Viola c. Italia. – 2. Una questione che da tempo bussa (invano) alla porta del legislatore italiano. – 3. "Quaerendo invenietis". – 4. Lo scenario europeo. – 5. "Quanto all'alba?".

*La notte, udite, sta per finire, ma il
giorno ancora non è arrivato,
sembra che il tempo nel suo fluire resti
inchiodato...
Ma io veglio sempre, perciò insistete,
voi lo potete, ridomandate,
tornate ancora se lo volete, non vi stancate...
(F. Guccini, "Shomér ma mi-llailah?", 1983)¹*

1. L'"affaire" Viola c. Italia.

Il ricorso pendente alla Corte di Strasburgo cui accede l'*amicus curiae* depositato dall'Associazione "L'Altro diritto" onlus, riguarda un detenuto in carcere ininterrottamente dal 1992². Condannato dapprima a 12 anni di reclusione per associazione a delinquere di stampo mafioso, aggravata dalla qualità di promotore e organizzatore, in un secondo processo egli è stato condannato alla pena dell'ergastolo, poiché gli sono stati attribuiti anche reati di omicidio, con il riconoscimento delle

¹ La canzone trae ispirazione da un passo biblico che profetizza la caduta di Babilonia per mano dei Persiani: «Qualcuno chiama da Seir: "Sentinella, quando finisce la notte? Quanto manca all'alba?" La sentinella risponde: "Arriva l'alba, ma presto anche la notte. Se volete fare altre domande, tornate di nuovo"». (Isaia, 21,11).

² Si segnala che, nell'ambito del procedimento *Viola c. Italia*, è stato presentato un altro *amicus* elaborato da D. Galliani e A. Pugiotto e allegato a D. GALLIANI - A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, in *Rivista AIC*, 4/2017, pp. 1-56.

aggravanti mafiose. La pena perpetua è divenuta definitiva nel 2004. Viola si è sempre proclamato innocente. Nel 2011 e nel 2013 ha formulato domanda di permesso premio, ottenendo sempre una risposta negativa, mentre ha sempre ottenuto la liberazione anticipata. Nel marzo 2015, Viola chiede la liberazione condizionale al Tribunale di sorveglianza, confermando la professione di innocenza, la quale, a suo giudizio, impedisce la utile collaborazione con la giustizia, chiedendo una pronuncia incidentale di inesigibilità della medesima. Nell'istanza, il detenuto chiede al Tribunale di sorveglianza di sollevare questione di costituzionalità dell'art. 4-*bis*, comma 1, ord. penit. per contrasto con la funzione rieducativa della pena (art. 27, comma 3, Cost.) e per violazione dell'art. 3 della Convenzione (assunto quale norma interposta *ex art.* 117, comma 1, Cost.). Il Tribunale di sorveglianza dichiara inammissibile e infondata la questione di costituzionalità e respinge l'istanza, ritenendo che la professione di innocenza non abbia rilievo nella fase esecutiva. La Cassazione, adita su ricorso avverso la decisione del Tribunale di sorveglianza, si pronuncia nel 2016 rigettando il ricorso e denegando di sollevare la questione di costituzionalità. A questo punto il Viola si rivolge alla Corte edu, invocando la violazione di quattro articoli della Convenzione: l'art. 3: non aver collaborato con la giustizia ha comportato il mancato riesame della detenzione, tanto è vero che i giudici non hanno mai motivato nel merito il rigetto della condizionale; l'art. 5, § 4: la detenzione non è mai stata considerata «*lawfull*» (legittima) sulla base di una valutazione nel merito; l'art. 6, § 2: il diritto al silenzio è una conseguenza della presunzione di innocenza; l'art. 8: l'obbligo di collaborare con la giustizia viola l'integrità morale della persona e la pone in perenne conflitto con la propria coscienza. La CEDU ha ritenuto «ammissibili» le doglianze in riferimento ai soli artt. 3 e 8, contrariamente a quelle relative agli artt. 5, § 4 e 6, § 2, giudicate inammissibili³.

2. Una questione che da tempo bussa (invano) alla porta del legislatore italiano.

La nostra Carta costituzionale stabilisce, anzi, impone, che “le pene” (dunque, ogni tipologia di pena) abbia lo scopo di rieducare il colui che vi è sottoposto (art. 27, comma 3, Cost.). Ma, se alla piena affermazione di un diritto costituzionalmente sancito alla rieducazione⁴, cioè ad un percorso di risocializzazione che culmina con il reingresso del condannato nella società libera, viene tributato, sul piano dei principi fondamentali, un ossequio formalmente incondizionato, è invece sul piano dell'immanenza che la sua concreta attuazione si scontra con una faglia critica dell'ordinamento penale italiano: l'ergastolo “ostativo”. Si tratta di una tipologia di pena non prevista in origine dal codice penale, bensì nata dal connubio applicativo che salda la disposizione codicistica ove è contemplato l'ergastolo ordinario (art. 22 c.p.) alla norma dell'art.4-*bis*, comma 1 e 1-*bis*,

³ Per una illustrazione del caso, si rinvia al saggio di D. GALLIANI - A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit., par. 8 e ss.

⁴ Sulle varianti linguistiche utilizzate in dottrina e giurisprudenza per identificare il concetto di “rieducazione”, cfr. M. RUOTOLO, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti. Atti del convegno del 19-20 maggio 2016 per i sessanta anni della Corte costituzionale*, Milano, 2016, 533.

dell'ordinamento penitenziario (l. 26 luglio 1975 n.354), introdotta dal decreto-legge 8 giugno 1992, n.306 (Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa), con la quale ha assunto un ruolo centrale nell'economia dell'istituto la collaborazione con la giustizia disciplinata nell'art. 58-ter ord. penit.. Per i delitti "ostativi" indicati nella norma penitenziaria, infatti, l'eventuale condanna all'ergastolo non consente, in assenza della collaborazione con la giustizia ai sensi dell'art. 58-ter, ord. penit., l'accesso ai benefici penitenziari, fatta eccezione per la liberazione anticipata che, tuttavia, non ha alcun effetto pratico su una pena che è condanna perpetua e immutabile, una «pena fino alla morte»⁵.

E pure, fino ad oggi, ogni tentativo di *reductio ad Constitutionem* del controverso istituto si è infranto di fronte alla linea assunta dalla Corte costituzionale, che ha sempre "salvato" la costituzionalità di un tale assetto, affermando che la natura perpetua di quella pena non risiede in un vizio strutturale della stessa, bensì riposa pur sempre su una autonoma scelta del condannato, libera e reversibile, di collaborare (o no) con la giustizia.⁶ Ad avviso del Giudice delle leggi tale assetto discriminante trova giustificazione costituzionale per l'intrinseca natura dei reati commessi, in rapporto ai quali sarebbe ragionevole la presunzione che soltanto la fattiva collaborazione con la giustizia – certificando *per facta concludentia* il distacco del soggetto dall'organizzazione mafiosa – proverebbe la volontà di emenda del condannato, rendendolo meno pericoloso e rimuovendo la preclusione impeditiva dell'accesso ai benefici esterni⁷: la collaborazione, dunque, quale indice legale «della rottura dei collegamenti con la criminalità organizzata, che a sua volta è condizione necessaria, [...], per valutare il venir meno della pericolosità sociale ed i risultati del percorso di rieducazione e di recupero del condannato, a cui la legge subordina [...] l'ammissione alle misure alternative alla detenzione e agli altri benefici previsti dall'ordinamento penitenziario» (Corte cost., sentenza n. 273 del 2001).

Come si è rilevato in dottrina, peraltro, una siffatta presunzione è facilmente confutata dal rilievo che, secondo *l'id quod plerumque accidit*, ben può aversi una collaborazione con la giustizia senza ravvedimento (le cronache giudiziarie offrono abbondante materiale a riprova), così come può esistere un'effettiva e non strumentale presa di distanza dall'ideologia criminale da parte della persona che, pure, non collabora⁸. La stessa Consulta ha, del resto, osservato, che la scelta collaborativa «ben

⁵ Così C. MUSUMECI - A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali*, Napoli, 2016, 65; cfr. anche A. PUGIOTTO, *Scheda di lavoro in tema di riforma degli artt. 4-bis e 58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354*, predisposta nel corso dei lavori del Tavolo XVI degli Stati Generali per la riforma dell'esecuzione penale e dell'ordinamento penitenziario, Roma, 2015.

⁶ Corte cost., 9-24 aprile 2003, n. 135, in www.cortecostituzionale.it.

⁷ Corte cost., 9-24 aprile 2003, n.135, cit. e 5-20 luglio 2001, n.273, entrambe in www.cortecostituzionale.it; A. PACE, *L'art.4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità «governo dell'insicurezza sociale»*, in *Costituzionalismo.it*, 2015, 2, 6.

⁸ Cfr. Corte cost., 4 ottobre 2010, n. 291, in www.cortecostituzionale.it, secondo la quale «si deve partire dal costante orientamento di questa Corte, che esclude, nella materia dei benefici penitenziari, rigidi automatismi e richiede invece che vi sia sempre una valutazione individualizzata» (su tale sentenza si veda, volendo, F. FIORENTIN - L. DELLI PRISCOLI, *"Tre colpi e sei fuori": una regola incompatibile con la finalità rieducativa*

può essere frutto di mere valutazioni utilitaristiche», così come «la mancata collaborazione non può essere assunta come indice di pericolosità specifica»⁹. Sulla stessa linea si colloca la dottrina che sottolinea il valore meramente indiziario, sul piano dell'emenda del reo, della collaborazione attiva con la giustizia (che potrà, al massimo, comprovare il distacco del soggetto collaborante dal sodalizio criminale di appartenenza) ed osserva come le motivazioni che inducono una persona a intraprendere la strada della collaborazione ovvero quella di non collaborare può dipendere anche da valutazioni di natura etica (quali, a es. il concreto timore per l'incolumità dei propri familiari; il ripudio morale di accusare parenti o soggetti legati da vincoli affettivi; l'impossibilità di rendere dichiarazioni collaborative, in quanto innocente vittima di errore giudiziario, e così via)¹⁰.

La prevalenza assoluta che l'ordinamento assegna, nelle ipotesi riconducibili all'ergastolo "ostativo", alle esigenze di prevenzione generale e di difesa sociale, associabili alla sanzione penale, appare, inoltre, incompatibile con il principio per cui il perseguimento di tali obiettivi non può «autorizzare il pregiudizio della finalità rieducativa espressamente consacrata dalla Costituzione nel contesto dell'istituto della pena»¹¹ che la stessa Consulta ha ribadito in molteplici occasioni¹² ed amputa, altresì, il percorso di esecuzione penale del costituzionalmente necessario vaglio del giudice di sorveglianza sulla effettiva sussistenza della pericolosità sociale del condannato, che

della pena, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 4, 1879; Corte cost., 7 luglio 2010, n. 265, in www.cortecostituzionale.it, per cui «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di uguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'id quod plerumque accidit»; Corte cost., 14 aprile 2010, n. 139, in www.cortecostituzionale.it, che afferma: «l'irragionevolezza della presunzione assoluta si può cogliere tutte le volte in cui sia agevole formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta alla base della presunzione stessa».

⁹ Corte cost., 8 giugno 1993, n. 306, cit. Con riguardo ad analoghi profili, cfr. Corte EDU, 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*, § 69: «la Corte ritiene che bisogna tenere conto del fatto che il procedimento a carico del ricorrente riguardava delitti legati alla criminalità di stampo mafioso. Ora, la lotta contro questo flagello può, in certi casi, portare all'adozione di misure che giustificano una deroga alla norma fissata dall'articolo 5 Cedu, che mira a tutelare, prima di tutto, la sicurezza e l'ordine pubblico, nonché a prevenire la commissione di altri reati penali gravi. In questo contesto, una presunzione legale di pericolosità può essere giustificata, in particolare quando non è assoluta, ma si presta ad essere contraddetta dalla prova contraria».

¹⁰ A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena e i suoi sfregi*, in *Riv. AIC*, 2014, 3; D. CHINNICI, *I "buchi neri" nella galassia della pena in carcere: ergastolo ostativo e condizioni detentive disumane*, in *Arch. pen. (web)*, 2, 2015: «non hanno speranza alcuna di liberazione anticipata, sempre che non decidano di parlare e mettere un altro dentro, al posto loro». L'Autrice evoca anche la possibilità che la collaborazione sia impossibile perché il condannato è vittima di un errore giudiziario.

¹¹ Corte cost., sent. 26 giugno-2 luglio 1990, n. 313, in www.cortecostituzionale.it. Cfr. in termini A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena e i suoi sfregi*, cit., 3.

¹² In tal senso, *ex plurimis*, Corte cost., 4 febbraio 1966, n. 12, in www.cortecostituzionale.it, secondo cui «un trattamento penale ispirato ai criteri di umanità è necessario presupposto per un'azione rieducativa del condannato»; nonché, nello stesso senso, le più recenti pronunce della Corte cost., 8-11 febbraio 1999, n. 26; 23 ottobre 2006, n. 341, tutte in www.cortecostituzionale.it, e 22 novembre 2013, n. 279, in *questa Rivista*, 19 dicembre 2013, con nota di A. DELLA BELLA, [Il termine per adempiere alla sentenza Torreggiani si avvicina a scadenza: dalla corte costituzionale alcune preziose indicazioni sulla strategia da seguire](#).

costituisce la sede in cui si raggiunge il punto di sintesi tra le esigenze preventive e quelle rieducative nel caso concreto¹³.

La posizione del Giudice costituzionale è stata condivisa anche dalla Cassazione, che ha dichiarato manifestamente infondate le numerose questioni di costituzionalità sollevate in relazione a tale profilo ostativo¹⁴, sulla scorta della dottrina che, al contrario, da tempo rimarca l'intrinseca contraddizione di un meccanismo che fa dipendere l'accesso del condannato al percorso rieducativo non già – come sarebbe naturale – dall'evoluzione della sua personalità e dal concreto impegno dell'interessato nel trattamento rieducativo, bensì da un dato di natura processuale, quale la collaborazione con la giustizia, benché quest'ultima costituisca un dato storico che non presenta alcuna diretta connessione con la finalità rieducativa della pena sancita dalla Carta fondamentale.

Guardato dalla prospettiva costituzionale, l'idea della progressione del condannato nel percorso di rieducazione proporzionato ai risultati conseguiti dal trattamento penitenziario implicito nella norma iscritta nell'art. 27 Cost. è, dunque, negata in radice nel caso degli ergastolani condannati per i particolari delitti "ostativi" e non collaboratori e cede il passo ad un assetto la cui chiave di volta di accesso ad una prospettiva di fine-pena è costituita dalla collaborazione con la giustizia la cui mancanza, abbassando «le saracinesche sul trattamento rieducativo dei condannati»¹⁵, preclude radicalmente la possibilità del reinserimento nella società libera mediante una pena flessibile e modulabile attraverso misure rispondenti alle esigenze rieducative dell'individuo.

L'ultimo tentativo, in ordine di tempo, per riformare l'ergastolo "ostativo" è stato compiuto dagli Stati Generali dell'esecuzione penale. Si legge, infatti, nella Relazione illustrativa all'articolato progetto di riforma dell'esecuzione penale e penitenziaria proposto dal quel laboratorio di idee parole che non ammettono equivoci: *«Non sono ammesse presunzioni legali di irrecuperabilità sociale. Nessuna pena deve rimanere per sempre indifferente all'evoluzione psicologica e comportamentale del soggetto che la subisce. Postulati, questi, che debbono ritenersi impliciti nella funzione rieducativa assegnata alla pena dalla nostra Costituzione: quel dovere di "tendere" alla rieducazione significa che il risultato non deve mai essere né imposto, né certo, ma neppure deve essere mai ritenuto impossibile. In definitiva, va riconosciuto al condannato il diritto alla speranza, che peraltro si traduce sovente in una spinta motivazionale in grado di promuovere positive evoluzioni psico-comportamentali in vista di un proficuo, anticipato rientro nel consorzio civile. Il diritto alla speranza non può essere negato*

¹³ Come è stato efficacemente rilevato, «è, infatti, la "natura" della pena a non rendere costituzionalmente sostenibile la prevalenza predeterminata e rigida di una delle sue funzioni – nel caso di specie la funzione generalpreventiva – sulle altre e, allo stesso tempo, ad imporre che il magistrato abbia sempre la possibilità di compiere un bilanciamento fra di esse, in modo tale che, a seconda delle circostanze del caso concreto, possa dare la prevalenza alla funzione generalpreventiva o a quella rieducativa» (A. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, cit., 16).

¹⁴ V. da ultimo Cass., Sez. 1, 17 luglio 2015, Papalia, in A. PUGIOTTO, *Scheda di lavoro in tema di riforma degli artt. 4-bis e 58-ter della legge 26 luglio 1975, n. 354*, cit.

¹⁵ ; G. GIOSTRA, *Questione carceraria, insicurezza sociale e populismo penale*, in *Quest. giust.*, 27 giugno 2015, 1. V. anche G. GIOSTRA (A CURA DI), [Carceri: materiali per la riforma. Working Paper](#), in questa Rivista, 17 giugno 2015.

neppure al condannato all'ergastolo, come ha di recente statuito anche la Corte di Strasburgo, incardinandolo sull'art. 3 C.e.d.u.16: il sistema deve sempre prevedere un riesame che permetta «di verificare se, durante l'esecuzione della pena, il detenuto abbia fatto dei progressi sulla via del riscatto tali che nessun motivo legittimo relativo alla pena permetta più di giustificare il suo mantenimento in detenzione»17. In conclusione. Dalla nostra Costituzione e dalla normativa sovranazionale è possibile desumere una linea di confine invalicabile dal legislatore e dall'amministrazione penitenziaria nel regolare l'esecuzione penale: niente può mai autorizzare lo Stato a togliere, oltre alla libertà, anche la dignità e la speranza».

Tra le proposte di riforma, spiccava quella elaborata dal Tavolo XVI, che si proponeva, per un verso, il superamento dell'attuale regime ostativo alla concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative alla detenzione (artt. 4-*bis* ord. penit.), e, per l'altro verso, ridisegnare l'istituto della collaborazione con la giustizia (art. 58-*ter*, ord. penit.), trasformando il giudizio di pericolosità cristallizzato nella previsione della mancata collaborazione con la giustizia da presunzione assoluta di pericolosità in presunzione relativa, come tale superabile, mediante adeguata motivazione, da parte del giudice di sorveglianza, mantenendo ferma la condizione dell'assenza dell'attualità di collegamenti dell'interessato con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva. Si era, precisamente, suggerito di introdurre – accanto alle attuali ipotesi di collaborazione “impossibile” o “irrilevante”, il cui accertamento consente il superamento delle preclusioni all'accesso ai benefici penitenziari – una fattispecie in cui la mancata collaborazione comunque motivata, sia stata tuttavia accompagnata da concrete condotte riparative: ipotesi, beninteso, che non prescinde dalla sussistenza degli altri presupposti richiesti dalla legge per la concessione dei benefici penitenziari e delle misure alternative18. La proposta emersa dai lavori degli Stati Generali eliminava il carattere di rigida preclusione della assenza di collaborazione con la giustizia e la rendeva bilanciabile con altri elementi evidenziati dai percorsi individuali dei detenuti (a es. la dissociazione esplicita, prese di posizione pubbliche, adesione a modelli di legalità, interesse per le vittime dei reati, radicamento del nucleo familiare in diverso contesto territoriale, l'impegno profuso per l'adempimento delle obbligazioni civili derivanti dal reato e, quindi, il concreto interesse dimostrato per attività di risarcimento o, più in generale, riparatorie in favore delle vittime del reato).

Gli Stati Generali avevano, altresì, proposto un intervento sull'art. 4-*bis* ord. penit., volta a circoscriverne l'ambito applicativo ai soli reati associativi di particolare gravità19, depurando l'attuale dizione normativa del riferimento alle numerose altre

¹⁶ «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pena o trattamenti inumani o degradanti».

¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Chambre, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*.

¹⁸ V. proposta n. 1 del Tavolo 16. La proposta riprende, a propria volta, quanto proposto dalla Commissione ministeriale “Palazzo” istituita per *Elaborare proposte di interventi in tema di sistema sanzionatorio penale*, che già aveva suggerito di trasformare l'attuale previsione della mancata collaborazione da presunzione assoluta di insussistenza dei requisiti per la concessione al detenuto o all'internato dei benefici penitenziari, in presunzione relativa, superabile con adeguata motivazione da parte del giudice.

¹⁹ Cfr. ancora la proposta n.1 del Tavolo 16, volta a ripristinare sostanzialmente l'originaria formulazione dell'art. 4-*bis*, ord. penit., mantenendo comunque salvo il vigente regime speciale previsto per i c.d. *sex offenders* trattandosi di una disciplina che non stabilisce alcuna preclusione assoluta, bensì prevede un

ipotesi di reato che attualmente precludono l'accesso ai benefici attraverso il richiamo all'evocato art. 4-bis.

Se queste proposte fossero state accolte dal Legislatore, la prospettiva riformatrice avrebbe portato alla neutralizzazione dell'ergastolo "ostativo", riconducendo a coerenza con la Costituzione anche questa tipologia di esecuzione penale²⁰.

La direzione imboccata dalle scelte politiche è stata – come sappiamo – molto distante dalle indicazioni provenienti dagli Stati Generali: la legge-delega 23 giugno 2017, n. 103, infatti, con riferimento alla pena dell'ergastolo, ha posto un criterio di delega che stabilisce (art. 1, comma 85, lett. e), l. 103/2017 cit.): *«eliminazione di automatismi e di preclusioni che impediscono ovvero ritardano, sia per i recidivi sia per gli autori di determinate categorie di reati, l'individualizzazione del trattamento rieducativo e la differenziazione dei percorsi penitenziari in relazione alla tipologia dei reati commessi e alle caratteristiche personali del condannato, nonché revisione della disciplina di preclusione dei benefici penitenziari per i condannati alla pena dell'ergastolo, salvo che per i casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per le condanne per i delitti di mafia e terrorismo anche internazionale»*.

Il tenore della direttiva ha imposto alla Commissione legislativa presieduta dal prof. Giostra, incaricata di formulare una proposta di attuazione della c.d. "delega penitenziaria", la scelta obbligata di operare assumendo che la clausola di salvezza ivi indicata fosse da intendersi nel senso che, nei confronti del condannato all'ergastolo, fosse consentita una mera "revisione" degli automatismi e delle preclusioni – sia quelli fondati sul titolo del reato, sia quelli riferiti alle caratteristiche soggettive del condannato – con la sola esclusione delle disposizioni ostative connesse alle condanne per "casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per i delitti di mafia e terrorismo"²¹. Tali limiti restano, comunque, immuni da qualsiasi intervento, anche di sola "revisione", quando si tratti di ergastolani per "casi di eccezionale gravità e pericolosità specificatamente individuati e comunque per i delitti di mafia e terrorismo"²².

Anche la riforma del 2018, in altri termini, lascia fuori dalla porta il tema dell'ergastolo "ostativo".

percorso particolarmente pregnante in relazione alle specifiche esigenze (soprattutto di natura psicologica) che accompagnano il trattamento di tali casi.

²⁰ Prima o poi dovremmo chiarire cosa realmente è l'ergastolo ostativo: una pena sostanziale o un diverso modo di eseguire una pena sostanziale?

²¹ Si legge, nell'Introduzione alla proposta di riforma in materia penitenziaria elaborata dalla Commissione legislativa "Giostra: «La Commissione è ben consapevole dei limiti del lavoro licenziato e sottoposto agli interlocutori istituzionali. Non si tratta – o almeno non solo – delle criticità eventualmente ascrivibili alla responsabilità di quanti hanno contribuito alla sua realizzazione, o di quelle indotte dagli strettissimi margini temporali imposti e dalla concitata fase di fibrillazione del quadro politico; né delle inevitabili aporie dovute ai limiti tracciati dalla Delega, che ha imposto, in molti casi, scelte obbligate cui non corrispondevano le soluzioni più vicine alle sensibilità maturate in seno alla Commissione e – per inciso – neppure a quelle che avevano connotato inizialmente il disegno di legge delega».

²² Cfr. Relazione illustrativa alla proposta di riforma dell'art. 4-bis, l. 26 luglio 1975, n. 354, contenuta nel Documento finale illustrativo dei lavori della Commissione legislativa "Giostra", in corso di pubblicazione.

3. “*Quaerendo invenietis*”²³.

Calato, almeno per il momento, il sipario sulla prospettiva di una riforma domestica della disciplina che modella l’ergastolo “ostativo”, il dibattito si sposta sulla scena europea, di fronte al Giudice dei Diritti dell’Uomo, che – per la prima volta – è chiamata al vaglio della compatibilità dell’istituto italiano dell’ergastolo ostativo con la Convenzione edu. Il Canone di Bach potrebbe, allora, fare da colonna sonora al tentativo di rilanciare il tema dell’ergastolo “ostativo” di cui si è fatta portavoce l’Associazione “L’Altro diritto” *onlus* che, autorizzata con lettera del 31.08.2017 del Presidente della Sezione (Prima) a presentare osservazioni scritte nella causa *Viola c. Italia* (n. 77633/16) pendente innanzi alla Corte di Strasburgo²⁴, cerca dal giudice europeo quella risposta che fino ad oggi è mancata di fronte ai giudici nazionali.

Il documento prende posizione in rapporto alla questione della compatibilità – costituzionale e convenzionale – del c.d. “ergastolo ostativo riproponendo quelle motivazioni ideali che a Roma non hanno trovato la via necessaria a tradurre in norma quella riforma che già gli Stati Generali avevano disegnato nei tratti essenziali e riflettono il sentimento, radicato in una parte della comunità scientifica e degli operatori del diritto, di contrarietà nei confronti di un istituto che si pone in stridente contraddizione con i principi su cui si fonda l’ordinamento costituzionale e, in ultima analisi, la civiltà giuridica del nostro Paese.

In sintesi, si possono individuare alcuni passaggi fondamentali contenuti nel documento dell’Associazione:

a) La rilevanza del giudizio che esprimerà la CEDU dipende anche dalla circostanza che, in Italia, la pena dell’ergastolo è, di fatto, quasi sempre della tipologia “ostativa”: secondo dati raccolti dal Ministero della Giustizia, Dipartimento dell’Amministrazione Penitenziaria, infatti, nel 2016, dei 1678 ergastolani, il 72,5%, ossia 1216, erano ergastolani ostativi. Si configura, pertanto, ad avviso dell’Associazione, una *violazione sistemica* della CEDU che dovrebbe condurre ad imporre all’Italia un mutamento di legislazione in conformità ai parametri normativi di matrice europea;

b) “La giustizia non deve fermarsi alle porte delle carceri” (CEDU, *Enea c. Italia*, sentenza del 17 settembre 2009, n. 74912/01): il potere punitivo incontra un limite assoluto e inderogabile: il rispetto della dignità della persona umana, presidiato anche dall’art. 3 CEDU in termini tali da assicurare alla detta tutela di prevalere su ogni altro interesse o esigenza dello Stato, addirittura anche nei casi in cui sia in gioco l’integrità stessa dell’ordinamento statale. In questa prospettiva, il “diritto alla speranza” di una fine-pena, che la Corte alsaziana ha iscritto tra quelli propri del patrimonio di ogni condannato (CEDU, sent. *Vinter c. Regno Unito*) non può risolversi in un generico

²³ [J. S. Bach: Canon a 2 quaerendo invenietis A, BWV 1079](#): l’annotazione latina apposta dal musicista allo spartito del canone richiama all’imperativo della ricerca.

²⁴ Cfr. D. GALLIANI - A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell’ostatività ai benefici penitenziari?*, cit., 25 e ss.

auspicio di liberazione (CEDU, *Kafkaris c. Chipre* [GC], n. 21906/04, del 12 febbraio 2008) ma deve essere previsto e disciplinato nella sua concreta attuazione nell'ambito di un sistema «che offre al condannato all'ergastolo una prospettiva di liberazione e una possibilità di riesame della pena. Il meccanismo di riesame della pena deve rispondere alle esigenze di legalità e prevedibilità, così da porre il condannato in condizione di sapere quando e a quali condizioni potrà domandare il riesame della pena in vista della propria liberazione (*Vinter c. Regno Unito*, cit.; *Hutchinson c. Royaume-Uni* [GC], n. 57592/08, §42, CEDH 2017)». Secondo l'Associazione, infatti, la semplice affermazione del diritto alla speranza non può garantire la dignità della pena, qualora il sistema non gli offra un percorso disciplinato dalla legge per rendere effettiva la possibilità del reinserimento sociale dei detenuti (*Murray c. Pays-Bas* [GC], n. 10511/1, §§ 102104; *Khoroshenko c. Russie* [GC], n. 41418/04, § 12);

c) Il meccanismo della collaborazione ex art.58-ter ord. penit., risulta irrazionale se inserito nella dinamica delle misure penitenziarie, poiché non configura una valutazione sul percorso di risocializzazione/riabilitazione del detenuto: il giudizio di cui all'art.58-ter ord. penit., è configurato come un giudizio su un fatto normalmente antecedente la condanna, che non coinvolge assolutamente la personalità del detenuto e la sua evoluzione. Da una parte, dunque, un istituto la cui attivazione obbedisce spesso a ragioni di pura convenienza ed è influenzato fortemente dagli sviluppi delle indagini preliminari; dall'altra, un cammino rieducativo-riabilitativo da valutare e parametrare alle possibilità di un corretto reinserimento sociale. L'accertamento ex art.58-ter, ord. penit., inoltre, si configura quale fase prodromica, dal punto di vista logico-giuridico rispetto al giudizio di meritevolezza e di assenza o di minima pericolosità sociale che il giudice di sorveglianza pone alla base della prognosi che schiude alla concessione delle misure penitenziarie. Il fatto che la collaborazione non sia normativamente inserita tra gli elementi alla luce dei quali valutare il percorso riabilitativo/risocializzante del detenuto, bilanciabile con gli altri elementi di valutazione del caso concreto (come era previsto nella proposta degli Stati Generali), determina l'irrazionalità del sistema attuale e lo pone all'esterno del perimetro costituzionale e convenzionale. Del resto, la stessa possibilità di collaborare anche in fase esecutiva potrebbe essere preclusa da fatti del tutto indipendenti dalla volontà del soggetto (pieno successo delle indagini che accertano integralmente i fatti, posizione marginale del soggetto, sua innocenza, etc.) e dunque sarebbe irrazionale e ingiusto che tale situazione gli fosse rimproverata. Infine, è adombrato *incidenter* il contrasto tra il meccanismo della collaborazione con la giustizia e l'art. 6 CEDU sotto il profilo della violazione del principio *nemo tenetur se detegere*.

4. Lo scenario europeo.

La questione è dunque: la vigente disciplina conosciuta sotto il nome di "ergastolo ostativo" può considerarsi compatibile con i principi europei?²⁵

²⁵ Si riprendono, in questo paragrafo, alcune delle riflessioni svolte in F. FIORENTIN, *L'esecuzione della "giusta*

La Corte EDU ha prodotto una copiosa elaborazione in tema di pena perpetua²⁶. Il *leading case* ha riguardato la vicenda di un soggetto condannato all'ergastolo al quale le autorità penitenziarie – applicando una disposizione regolamentare successivamente dichiarata incostituzionale dalla Corte Suprema di Cipro (che prevedeva, nel caso di condanna all'ergastolo, un massimo di detenzione per venti anni) – aveva comunicato la data in cui la detenzione sarebbe terminata. Una nuova legge aveva, successivamente, stabilito che la liberazione anticipata per buona condotta non potesse essere concessa ai condannati all'ergastolo, onde il ricorrente non era stato liberato²⁷. La Corte di Strasburgo ha ritenuto che, nel caso preso in esame, considerato che la legislazione interna di Cipro prevede anche per i condannati all'ergastolo la liberazione su decisione discrezionale del presidente della repubblica (la grazia) e, preso atto del fatto che tale facoltà presidenziale era stata in passato effettivamente esercitata, il ricorrente non poteva dirsi privato – *de jure* e *de facto* – di ogni possibilità di liberazione, mentre, per altro verso, la prosecuzione, anche per lungo tempo, della detenzione non costituisce, in sé considerata, un trattamento inumano o degradante agli effetti dell'art. 3 della Cedu. Una successiva, fondamentale decisione è quella assunta nel caso *Vinter c. Regno Unito*, in relazione all'istituto del *life imprisonment without parole* dell'ordinamento inglese²⁸, affine all' "ergastolo ostativo" italiano²⁹. Con tale arresto, la Corte di Strasburgo ha ribadito il principio per cui l'imposizione di una pena perpetua non riducibile si pone in contrasto con l'art. 3 Cedu, qualora si configuri come una «detenzione del criminale al di là della durata giustificata dagli obiettivi legittimi della carcerazione [...]». Il criterio essenziale sembra essere la possibilità di un controllo che permetta di stabilire se la detenzione sia o meno giustificata³⁰. Il protrarsi della detenzione non appare, dunque, legittimo quando sia accertato che gli obiettivi della pena, cioè «la repressione, la dissuasione, la correzione e la protezione del pubblico» sono stati raggiunti dalla porzione di detenzione già espiata, così che «deve essere offerta al detenuto una

pena" tra principi costituzionali e prospettive europee, in F. Giunchedi (a cura di) *Rapporti tra fonti europee e dialogo tra Corti*, Pisa University Press, 2018, in corso di pubblicazione.

²⁶ Non per caso, infatti, un giudice della Corte ha scritto che «*The most important penological issue on the European agenda today is life imprisonment*» (P. PINTO DE ALBUQUERQUE, *Life Imprisonment and the European Right to Hope*, in *Riv. AIC*, 2, 2015, 1, cit. da D. GALLIANI, *Il problema convenzionale e costituzionale della pena perpetua dopo Hutchinson della Corte di Strasburgo*, in *Studium Iuris*, 9, 2017, 969-980).

²⁷ Corte EDU, Grande Camera, 2 febbraio 2008, *Kafkaris c. Cipro*.

²⁸ Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*.

²⁹ Affine ma non certo identico: nel sistema britannico, il condannato non può chiedere la liberazione condizionale qualora imprigionato *without parole*; nel nostro ordinamento, invece, il sistema prevede la possibilità di domandare la liberazione condizionale qualora risulti la collaborazione con la giustizia.

³⁰ Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, cit., § 39. Le espressioni utilizzate dai giudici di Strasburgo sembrano ricalcate su quelle scritte dalla Corte costituzionale con la sentenza 27 giugno 1974, n. 204, cit. Nello stesso senso, recentemente, Corte EDU, 15 dicembre 2015, *Gurban c. Turchia*. La Corte ha ritenuto che la preclusione di accedere alla liberazione condizionale prevista dalla legge turca per i condannati all'ergastolo per reati di terrorismo equivalga a un trattamento inumano e degradante, prescrivendo allo Stato condannato di introdurre modifiche legislative così da non prevedere più preclusioni assolute e consentire alle autorità nazionali di valutare se, nel caso concreto, soprattutto in presenza di progressi del condannato verso la risocializzazione, sia opportuna in sede esecutiva una modifica del trattamento sanzionatorio adottato.

possibilità di dimostrare che egli è degno di reinserirsi nella società»³¹. Nella prospettiva disegnata dalla sentenza *Vinter c. Regno Unito* si rinviene una triplice distinzione, nell'ambito della pena dell'ergastolo: «i. l'ergastolo con possibilità di liberazione dopo un periodo minimo di reclusione, ii. l'ergastolo discrezionale senza possibilità di liberazione condizionale (ossia una pena prevista dalla legge ma la cui imposizione necessita di una decisione giudiziaria), e iii. l'ergastolo obbligatorio senza possibilità di liberazione condizionale (ossia una pena prevista dalla legge per un reato particolare e che non lascia al giudice alcun potere discrezionale per quanto riguarda l'opportunità di pronunciarla)». Solo quest'ultima tipologia di pena contrasterebbe – secondo la giurisprudenza *Vinter* – con l'art. 3 Cedu, poiché in tale ipotesi il condannato è privo di una realistica prospettiva di liberazione dal carcere (è “inumana”, in altri termini, la pena che sia strutturata con caratteristiche tali da togliere «il diritto alla speranza»³²) e perché manca una verifica periodica sulla eventuale «sproporzione» della (protrazione della) stessa in relazione alle (eventualmente) raggiunte finalità di sanzione ed emenda del reo³³. In altri termini: è irrazionale, secondo il canone *id quod plerumque accidit*, una presunzione di pericolosità soggettiva assoluta e immodificabile nel tempo.

La giurisprudenza *Vinter* è stata riaffermata e, in parte, ulteriormente sviluppata dalla CEDU in molti importanti arresti, due dei quali assumono particolare importanza ai fini di questa riflessione. Con il primo, Strasburgo ha affermato che l'ergastolo non contrasta di per sé con l'art. 3 della Convenzione, salvo che tale sanzione sia manifestamente sproporzionata rispetto alla gravità del reato. Nel corso dell'esecuzione della pena perpetua è, inoltre, necessario che la legislazione degli Stati membri assicuri «*both a prospect of release and a possibility of review*»: un meccanismo, cioè, che possa consentire la liberazione del condannato a vita quando non vi siano più legittime ragioni penologiche che giustifichino la perdurante detenzione, secondo condizioni e procedure che devono essere stabilite e chiare al condannato *ex ante* (proprio per consentire il “diritto alla speranza” già affermato in *Vinter*). Tale meccanismo dovrebbe prevedere un

³¹ Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013, *Vinter e altri c. Regno Unito*, cit., § 54.

³² Corte EDU, Grande Camera, 9 luglio 2013 *Vinter c. Regno Unito*, cit., opinione concordante (concorrente) del giudice Power-Forde: «È questo il punto. La sentenza riconosce, implicitamente, che la speranza è un aspetto importante e costitutivo della persona umana. Gli autori degli atti più odiosi ed estremi che infliggono ad altri sofferenze indescrivibili conservano comunque la loro umanità fondamentale e hanno la capacità intrinseca di cambiare. Per quanto lunghe e meritate siano le pene detentive inflitte loro, essi conservano la speranza che, un giorno, potranno riscattarsi per gli errori commessi. Non dovrebbero essere interamente privati di una tale speranza. Impedire loro di nutrire tale speranza significherebbe negare un aspetto fondamentale della loro umanità e, pertanto, sarebbe degradante». Su questo profilo si sofferma anche A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., che vi ravvisa un rilevante profilo di incostituzionalità dell'istituto in analisi.

³³ Cfr. Corte EDU, *Kafkaris c. Cipro*, cit., § 98, richiamato dall'arresto *Vinter c. Regno Unito*, cit., § 109. Cfr. anche la medesima sentenza *Vinter*, al §112: «Inoltre, una persona condannata all'ergastolo senza alcuna prospettiva di liberazione né possibilità di far riesaminare la sua pena perpetua rischia di non potersi mai riscattare: qualsiasi cosa faccia in carcere, per quanto eccezionali possano essere i suoi progressi per correggersi, la sua pena rimane immutabile e non soggetta a controllo. La punizione, del resto, rischia di appesantirsi ancora di più con il passare del tempo: quanto più vive il detenuto, tanto più lunga sarà la sua pena. In tal modo, anche quando l'ergastolo è una punizione meritata alla data in cui viene inflitta, col passare del tempo esso non garantisce più una sanzione giusta e proporzionata».

primo esame non oltre i venticinque anni dall'inizio dell'esecuzione della pena, per consentire la riducibilità *de facto* della pena perpetua (consentire, cioè, un riesame al fine di verificare se, sotto il profilo della rieducazione, debba ritenersi ancora necessaria la protrazione dell'esecuzione della pena, altrimenti non più giustificata sul piano della mera soddisfazione delle esigenze retributive)³⁴.

Con una seconda pronuncia, la Cedu afferma la violazione dell'art. 3 della Convenzione europea nel caso di un soggetto, affetto da problemi di salute mentale, le cui richieste di essere allocato in uno stabilimento specializzato nel trattamento di soggetti psichiatrici (dove avrebbe potuto fruire di programmi riabilitativi che avrebbero potuto fondare una revisione della pena), era stato rifiutato dalle autorità, così privando *de facto* il detenuto di ogni speranza di ottenere una liberazione condizionale³⁵.

Benché, con qualche incertezza³⁶, il giudice alsaziano ha successivamente seguito e sviluppato consolidato la giurisprudenza *Vinter*, consolidandosi su alcuni punti essenziali: a) ogni condannato, per quanto grave sia stato il crimine connesso, conserva la propria umanità e con essa la potenzialità di un cambiamento e per tale ragione non può essere privato – se non violando l'art. 3 della Convenzione – del diritto alla speranza che un giorno, compiuta una emenda dai propri crimini, il suo stato possa cambiare così da ottenere una commutazione della sentenza; b) è necessario che ogni detenuto sia portato a conoscenza dei passi da compiere e delle condizioni per poter aspirare alla liberazione; c) il meccanismo giuridico che prevede la liberazione condizionale dell'ergastolano deve essere strutturato in modo tale da consentire al condannato un'adeguata interlocuzione con l'autorità nell'ambito di un procedimento assistito da idonee garanzie che evitino ogni apparenza di arbitrio nella decisione, che deve poter essere sottoposta al controllo giudiziale; d) la possibilità di liberazione condizionale deve essere possibile *de iure* e *de facto* ed essere strutturata nei termini di periodici riesami della situazione del detenuto, quantomeno decorsi venticinque anni di pena espiata³⁷.

Il quadro che va prendendo forma – pur con le segnalate sfrangiature – nell'ambito della giurisprudenza europea così come nelle fonti di *soft law* cui, sempre più spesso, essa attinge³⁸ offre utili spunti di riflessione sulla questione dell'“ergastolo

³⁴ Corte EDU, 4 ottobre 2016, *T.P. e A.T. c. Ungheria*, in questa Rivista, 28 novembre 2016, con nota di P. Bernardoni, [Ancora in tema di ergastolo e art. 3 CEDU: la Corte di Strasburgo pone un limite al margine di apprezzamento degli Stati?](#)

³⁵ Corte EDU, Grande Camera, 26 aprile 2016, *Murray c. Paesi Bassi*. Cfr. in tema D. GALLIANI, *Murray c. Paesi Bassi: progressi in materia di pena perpetua*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2016, 603 ss.

³⁶ Si allude alla sentenza *Hutchinson v. Regno Unito*, pronunciata dalla Corte EDU, Grande Camera, il 17 gennaio 2017, ove la Corte medesima ha ritenuto non necessario che l'ordinamento nazionale specifichi i criteri ai quali l'autorità nazionale deve ispirarsi nel procedere alla decisione circa la eventuale liberazione anticipata dell'ergastolano. Il sistema considerato dalla Corte – quello inglese – prevede la possibilità che il Ministro conceda la liberazione anticipata del condannato a pena perpetua senza possibilità di *early release* qualora ricorrano “*exceptional circumstances*”, decidendo sulla base di “*compassionate grounds*” che dovranno essere valutati “*on a case by case basis*” ed è soggetta a *judicial review*.

³⁷ Corte EDU, 23 maggio 2017, *Matiošaitis and Others v. Lithuania*.

³⁸ Si indicano, senza pretese di esaustività, la Risoluzione 76(2) del 17 febbraio 1976 del Comitato dei Ministri del Consiglio europeo, riguardante i detenuti che scontano pene di lunga durata («pene lunghe»); l'art. 77 dello Statuto di Roma della Corte penale internazionale (CPI), il quale prevede la pena dell'ergastolo se

ostativo" italiano, che si iscrive nel paradigma della "pena perpetua non riducibile": per essa, infatti, non è previsto né un periodico riesame da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa³⁹; né una prospettiva *de facto* (cioè realistica) di accedere alla liberazione condizionale in assenza di collaborazione con la giustizia.

Sotto quest'ultimo aspetto va, invero, ribadito che la possibilità di superamento della non riducibilità della pena perpetua, rappresentato dalla possibilità per il condannato di collaborare con la giustizia prevista dall'art. 58-ter della medesima legge, deriva da una presunzione legale di immeritevolezza e pericolosità addossata dal legislatore al non collaborante, che contrasta non solo con la ragionevolezza (ed anzi integra un profilo di intrinseca irrazionalità come si è dianzi rilevato) ma anche con la lettura che dell'art. 3 Cedu dà la Corte di Strasburgo, che non perde occasione per ricordare il dovere degli Stati di garantire il «diritto ad una speranza» a tutti i detenuti, anche coloro che si sono macchiati dei più terribili crimini, senza possibilità di alcuna distinzione sotto il profilo dei delitti commessi⁴⁰: lo stesso ideale che sembra, polifonico, riecheggiare nelle parole pronunciate dal Papa Francesco, incontrando 400 detenute del carcere femminile di Santiago del Cile il 16 gennaio 2018: *"Ogni pena deve avere un orizzonte, l'orizzonte del reinserimento, devo prepararmi per il reinserimento, questo dovete esigerlo da voi stesse e dalla società"*.

l'estrema gravità del crimine e la situazione personale del condannato lo giustificano. L'articolo 110 § 3 del medesimo Statuto dispone che, quando una persona ha scontato venticinque anni di reclusione nel caso di una condanna a vita, la CPI riesamina la pena per stabilire se sia opportuno ridurla; la Raccomandazione (2003)23 del Comitato dei Ministri del Consiglio europeo, adottata il 9 ottobre 2003 in tema di misure per attenuare gli effetti negativi che la detenzione di lunga durata e l'ergastolo possono generare e favorire la transizione del condannato a tali pene da un regime detentivo a forme alternative di esecuzione fino alla liberazione condizionale; la Raccomandazione (2003)22, riguardante la liberazione condizionale, adottata dal Comitato dei Ministri il 24 settembre 2003; il Rapporto del CPT (2007) 55, pubblicato il 27 giugno 2007, intitolato «Condanne all'ergastolo reale/effettivo», che prende in esame i diversi testi del Consiglio d'Europa sulle pene perpetue, fra cui le già richiamate Raccomandazioni (2003)22 e (2003)23.

³⁹ L'istituto italiano dell' "ergastolo ostativo" non consente, inoltre, quel periodico esame giudiziale sulle effettive esigenze penologiche del mantenimento della pena perpetua che emerge invece nella giurisprudenza della Corte EDU come uno degli elementi essenziali del meccanismo di gestione *in executivis* delle pene perpetue attraverso una verifica giudiziale, all'esito della quale sia accertato se «*le maintien en détention du requérant se justifiera toujours après un délai minimum de détention, soit parce que les impératifs de répression et de dissuasion ne seront pas encore entièrement satisfaits, soit parce que le maintien en détention de l'intéressé sera justifié par des raisons de dangerosité*». Corte EDU, 18 marzo 2014, *Öcalan c. Turchia*, cit., § 206. Il passaggio è ribadito da Corte EDU, 23 maggio 2017, *Matiošaitis and Others v. Lithuania*, cit., §180.

⁴⁰ «*The Court [...] equally considers that even those who commit the most abhorrent and egregious of acts, nevertheless retain their essential humanity and carry within themselves the capacity to change. Long and deserved though their prison sentences may be, they retain the right to hope that, some day, they may have atoned for the wrongs which they have committed. They ought not to be deprived entirely of such hope. To deny them the experience of hope would be to deny a fundamental aspect of their humanity and to do that would be degrading*» (Corte EDU, 23 maggio 2017, *Matiošaitis and Others v. Lithuania*, cit., §180. In termini analoghi, Corte EDU, 18 marzo 2014, *Öcalan c. Turchia*, cit., § 205).

5. “Quanto all'alba?”.

Gli argomenti portati dalla elaborazione dottrinale sull'ergastolo “ostativo” e compendati nella memoria illustrativa dell'Associazione “L'Altro diritto” *onlus* sono dotati della robustezza necessaria per impegnare la Corte di Strasburgo in una riflessione importante sul controverso istituto italiano. Un segnale dell'attenzione dei giudici europei per la questione sottoposta al loro vaglio è certamente la sollecitudine con cui la I Sezione della CEDU, a soli cinque mesi dalla presentazione del ricorso *Viola c. Italia*, ha comunicato il caso al Governo, formulando alle parti quattro quesiti sulla natura dell'istituto dubitato di incompatibilità convenzionale⁴¹.

Dall'altra parte, sarebbe ingenuo non considerare che l'oggetto del ricorso involge evidenti e delicati profili afferenti a scelte di politica criminale che – occorre ricordare – hanno fino ad oggi ottenuto l'avallo delle giurisdizioni di vertice del nostro Paese. È, questo, uno dei motivi che – unitamente alla assoluta peculiarità della materia (l'istituto dell'ergastolo “ostativo” come strutturato nell'ordinamento italiano rappresenta un *unicum* nel panorama giuridico europeo) – potrebbe indurre la I Sezione a devolvere la questione alla Grande Camera⁴².

E qui le cose potrebbero complicarsi: la Corte, non potendo operare in termini comparativi (nessun altro ordinamento europeo annovera – come si è accennato – un istituto esattamente sovrapponibile all'ergastolo “ostativo”⁴³), dovrebbe ricorrere all'elaborazione di criteri generali cui orientare il vaglio. E non è detto che uno di questi non possa – recuperando la giurisprudenza *Kafkaris* – essere quello con il quale la nostra Corte costituzionale ha già disatteso i dubbi di costituzionalità affacciati nei confronti dell'istituto: dal momento che già è successo che l'ostatività assoluta alla concessione dei benefici penitenziari è stata superata, anche nella fase esecutiva, mediante l'accertamento di cui all'art. 58-ter, ord. penit., ergo l'ergastolo “ostativo” italiano non contrasta con l'art. 3 CEDU⁴⁴.

Da *Vinter*, inoltre, potrebbe trarsi il convincimento per cui l'ergastolo “ostativo” italiano rispetta l'art. 3 CEDU in quanto il condannato è perfettamente posto in grado di conoscere – fin dall'inizio della propria condanna – quali siano le condizioni per rendere *riducibile* la pena perpetua (appunto: collaborare con la giustizia).

Quello che – forse – la Corte potrebbe difficilmente giustificare non è, quindi, il fatto che la legislazione italiana subordina la fine della pena perpetua ad una condizione, quanto l'intrinseca irrazionalità di detta condizione: pretendere la collaborazione da chi si professa (e potrebbe essere) innocente, da chi è posto nell'alternativa tra salvare se stesso e condannare un'altra persona⁴⁵, significa subordinare l'interversione della

⁴¹ Lo fanno osservare D. GALLIANI - A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove: verso il superamento dell'ostatività ai benefici penitenziari?*, cit., 25.

⁴² Questa è l'opinione di D. GALLIANI - A. PUGIOTTO, *Eppure qualcosa si muove:...*, cit., 27-28.

⁴³ Cfr. nota 28.

⁴⁴ Non sono, peraltro, disponibili i dati su quanti condannati per reati “ostativi” hanno potuto accedere, *in executivis*, ai benefici penitenziari grazie all'accertata collaborazione con la giustizia.

⁴⁵ Ipotesi, vale la pena di osservare, affini a quella di chi non è più in grado di operare alcuna scelta collaborativa, che rientra nelle ipotesi di collaborazione impossibile/inesigibile che secondo la disposizione

condanna perpetua ad un elemento totalmente privo di ragionevolezza e – se vogliamo andare fino in fondo – profondamente contrario al rispetto della dignità umana, poiché impone al soggetto una violazione della libertà morale, integrata dall’alternativa – che a volte può risultare drammatica – sopra appena indicata e contrario all’umanità della pena laddove nel meccanismo italiano si ravvisi una strumentalizzazione della pena ai fini dell’incentivazione delle condotte collaborative.

Altrettanto difficilmente giustificabile appare il fatto che la collaborazione con la giustizia – un fatto storico che nulla ha a che vedere con la successiva evoluzione della personalità né, a maggior ragione, con l’emenda del reo – impedisca al giudice ogni valutazione sulla effettiva, concreta e attuale pericolosità del condannato nella prospettiva della sua (progressiva) liberazione. In altri termini: la verifica che *Vinter* impone sul condannato ai fini della riducibilità dell’ergastolo non potrebbe concretamente avvenire con riguardo all’ergastolo “ostativo” italiano.

Non siamo in grado di formulare una prognosi su quale direttrice si indirizzerà la decisione dei giudici di Strasburgo. Siamo però consapevoli del fatto che il nostro Paese avrebbe offerto – senza alcun dubbio – una migliore immagine di sé sul piano della civiltà giuridica, se avesse approfittato della finestra di opportunità apertasi con l’indizione degli Stati generali dell’esecuzione penale nel 2015 per discutere e approvare una riforma dell’ergastolo “ostativo” in linea con i principi già espressi dalla Corte edu e con le stesse, precise indicazioni già fornite dai Tavoli tematici di quella assise. Ora, invece, deleghiamo ad un’autorità sovranazionale la risoluzione dei problemi che noi stessi non abbiamo voluto o potuto risolvere. Il che, come l’esperienza insegna, non è mai la soluzione preferibile.

del comma 1-bis, art. 4-bis ord. penit., rimuovono la preclusione assoluta alla concessione dei benefici penitenziari.

PUNIBILITÀ PER CORRUZIONE ED ÉLITE POLITICA^(*)

Vi è un confine tra corruzione punibile e favoritismo penalmente irrilevante?

di Bernd Heinrich

SOMMARIO: 1. Premessa: le élite. – 2. Influenze “elitarie”. – 3. Condotte a rilevanza penale? – 4. Sul cosiddetto “favoritismo nell’attribuzione di funzioni”. – 5. L’esercizio illecito dell’influenza.

1. Premessa: le élite.

I sistemi giuridici in Germania e Italia sono profondamente simili. E soprattutto sono simili i nostri problemi di diritto, per i quali occorre trovare una soluzione. Soluzioni che in parte necessitano anche dell’intervento del diritto penale, come mezzo più incisivo a disposizione dello Stato.

Oggi ho scelto di parlare proprio di uno di questi problemi. In particolare, si tratta di un problema che si colloca al confine tra il comportamento lecito e illecito. Un problema che si presenta spesso nella prassi, si può dire quotidianamente, ma che ciononostante – quantomeno nei nostri sistemi giuridici – non riveste un ruolo fondamentale nella giurisprudenza, né tantomeno è oggetto di approfondita discussione in dottrina: si tratta della cosiddetta *corruzione d’élite*.

Che cosa intendo con questo termine? Ogni società è formata necessariamente da più strati sociali. Così è in Italia come anche in Germania. Chi comanda, e chi esegue soltanto; chi governa, e la gente comune; i ceti alti, e quelli bassi¹.

Questa suddivisione in “alto” e “basso” è notevolmente più marcata nei regimi autoritari rispetto a quelli democratici. Ma anche nei sistemi democratici conosciamo questo “alto” e “basso”. Certamente qui “tutti i poteri provengono dal popolo”, che però elegge i governi. Gli azionisti eleggono i consigli di amministrazione e di sorveglianza, che poi prendono decisioni non solo *per loro*, bensì anche *su di loro*.

Da ciò inevitabilmente si formano determinate élite come fenomeno sociologico². In ogni caso l’appartenenza a una determinata élite non è mai definitiva o formale.

* Il presente saggio riproduce, con il corredo di note e alcuni aggiornamenti, la relazione presentata dall’Autore alla *Giornata italo-tedesca di diritto penale*, tenutasi presso l’Università degli Studi di Milano il 2 ottobre 2017 (coordinatore scientifico, prof. Fabio Basile), ed è stato tradotto dal tedesco dalla dott.ssa Marianna Zefelippo, cui l’Autore desidera esprimere la più viva gratitudine.

¹ Cfr. MOSCA, *Die herrschende Klasse*, 1950, p. 53; inoltre HARTMANN, *Elitesozio-logie*, 2004, p. 19 ss.; TRÖGER, *Elitenbildung – Überlegungen zur Schulreform in einer demokratischen Gesellschaft*, 1968, p. 22 s.

² Sul concetto di élite cfr. BOHLENDER/MÜNKLER/STRASSENBERGER, *Deutschlands Elite im Wandel*, 2006;

Difatti mentre una volta la posizione sociale era determinata dalla nascita e soltanto chi nasceva in un determinato contesto otteneva potere e influenza, come ad esempio i nobili, oggi invece le élite sono meno chiuse³. Si può entrare a farne parte ma allo stesso modo vi si può in seguito uscire⁴.

Alcune persone rivestono all'interno di queste élite un ruolo fondamentale, mentre altre sono più che altro una comparsa. Ma in ogni caso queste élite sono presenti anche nelle nostre società democratiche, anche se con un aspetto più variegato⁵: l'élite politica, l'élite sociale, l'élite economica, l'élite culturale, l'élite sportiva, l'élite scientifica, e così via. Il concetto di élite è appunto alquanto *variegato*. Una persona può, ma non deve necessariamente, appartenere a più di una delle suddette élite. Spesso però le élite s'incrociano, e anche le persone che vi appartengono s'incontrano in determinate situazioni. Ad esempio a determinati eventi non possono partecipare tutti, bensì soltanto gli invitati: eventi per i quali è necessario un determinato invito.

Ora, per cosa si caratterizzano queste élite? Fondamentalmente per due elementi: da un lato l'élite non è mai la massa⁶. Si tratta sempre e solo di poche persone molto influenti, che nella maggior parte dei casi si conoscono bene tra loro e si distaccano dalla massa secondo criteri ben determinati⁷.

Uno di questi criteri – e con ciò arrivo alla seconda caratteristica – è il potere di decidere in determinati ambiti: la possibilità di utilizzare il *potere*. Tali poteri decisionali possono essere di tipo puramente formale: il governo di un determinato paese può prendere decisioni così come il consiglio di amministrazione di una società per azioni. In questi casi vi sono determinate formalità da rispettare e vigono regole di gioco trasparenti. In questi ambiti il ricorso al potere non solo non è riprovevole, bensì la maggior parte delle volte è addirittura previsto dalla legge: il governo ed il parlamento il più delle volte prendono decisioni che sono vincolanti anche per gli altri, ovvero per il popolo⁸. Il consiglio di amministrazione di una società per azioni deve prendere decisioni che devono poi essere eseguite.

BÜRKLIN/REBENSTORF E AA.VV., *Eliten in Deutschland. Rekrutierung und Integration*, 1997; GRABOW, *Elitenrekrutierung aus sozial-psychologischer Perspektive. Einflüsse von Habitus, Herkunft und wahrgenommener Kompetenz auf Auswahlentscheidungen für Führungspositionen*, 2014; HARTMANN, *Der Mythos von den Leistungseliten. Spitzenkarrieren und soziale Herkunft in Wirtschaft, Politik, Justiz und Wissenschaft*, 2002; ID., *Elitesoziologie*, 2004; ID., *Eliten und Macht in Europa – Ein internationaler Vergleich*, 2007; ID., *Deutsche Eliten: Die wahre Parallelgesellschaft. Aus Politik und Zeitgeschichte*, Heft 15/2014.

³ Cfr. BERNSDORF, *Wörterbuch der Soziologie*, II ed., 1969, p. 217.

⁴ BERNSDORF, *Wörterbuch*, cit., p. 217, nota 3.

⁵ BERNSDORF, *Wörterbuch*, cit., p. 218, nota 3; HARTMANN, *Elitesoziologie*, cit., p. 54, nota 1.

⁶ TRÖGER, *Elitenbildung*, cit., pp. 11 (nota 1), 16, nota 1.

⁷ Circa l'origine del termine "élite" dalla lingua francese GAMILLSCHEG, *Etymologisches Wörterbuch der französischen Sprache*, II ed., 1969; TRÖGER, *Elitenbildung*, cit., p. 12, nota 1.

⁸ Cfr. BERNSDORF, *Wörterbuch*, cit., p. 218, nota 3: c'è bisogno in democrazia di "gruppi minoritari attivi, al fine di poter costruire la volontà politica [...]".

2. Influenze “elitarie”.

Ovviamente il ricorso al potere può esprimersi anche in altri modi, più sostanziali che formali. La buona parola che metto a favore di qualcuno, il consiglio che do a qualcuno o la valutazione che formulo su qualcuno. Tutte queste attività possono produrre effetti diversi a seconda di chi io sia, e di quale funzione io svolga.

Ad esempio se io fossi un rinomato *critico letterario* e consigliassi un certo libro, ciò sicuramente produrrebbe un effetto diverso che se lo stesso consiglio provenisse da una semplice lettrice di una piattaforma letteraria su internet.

Allo stesso modo se io come *professore di diritto penale* presentassi ad un mio collega uno studente come particolarmente capace o intelligente, sicuramente ciò avrebbe un maggiore impatto che se lo facesse la mia segretaria, nonostante lei conosca i singoli voti degli studenti meglio di me. Quando poi il mio collega dovrà assumere uno studente come collaboratore presso il suo dipartimento o assegnare una tesi di dottorato, si ricorderà sicuramente della mia valutazione, piuttosto che di quella della mia segretaria. Terrà in maggior considerazione la mia valutazione proprio perché io appartengo all'élite accademica, mentre la mia segretaria no. Ma non è detto che le mie valutazioni, i miei consigli e le mie decisioni siano sempre obiettive, dato che possono essere – ed il più delle volte lo sono – influenzate da gusti e opinioni personali. Quando a un critico letterario viene chiesta la sua opinione su un determinato libro o ad un professore sulle capacità di un certo studente, è normale che vengano espresse opinioni e valutazioni personali.

Tuttavia queste opinioni personali (così come le decisioni formali degli organi decisionali, come ad esempio il governo e il consiglio di amministrazione di cui abbiamo detto prima) possono talvolta essere influenzate da determinati interessi che non traspaiono all'esterno. E questi interessi possono essere “comprati”. Il “comprare” non deve però essere qui inteso in senso letterale, anche se, ovviamente, non possiamo escludere casi in cui mi “alliscio” il critico letterario e lo pago affinché recensisca positivamente il mio libro, come pure possibile sarebbe pagare un professore affinché assuma mio figlio o il figlio di un mio amico come collaboratore o lo raccomandi ad un collega per farlo assumere.

Ma l'esercizio dell'influenza non termina qui. Difatti la maggior parte delle influenze si muove su tutt'altro terreno. Un terreno su cui non girano soldi, bensì ci si assicura ulteriore influenza. Lasciatemi fare qualche esempio in questo senso e sono sicuro che capirete subito cosa intendo.

Sono un professore universitario e allo stesso tempo socio di un club di tennis. Un altro socio del club, un ricco imprenditore, mi coinvolge in una conversazione e mi dice di avere un amico il cui figlio studia presso l'Università dove lavoro. Questo ragazzo vorrebbe un impiego come collaboratore presso la facoltà oppure accedere a un corso di dottorato. Pur non essendo uno dei migliori studenti della facoltà, sicché sicuramente non avrebbe avuto alcuna *chance* di inserirsi in tal senso, decido comunque di assumerlo presso il mio dipartimento o di offrirgli l'opportunità di frequentare un dottorato. E non lo faccio perché percepisco un compenso per questo, bensì perché non voglio indispettire il mio conoscente del club di tennis. Forse in futuro avrò bisogno della sua benevolenza.

Forse in futuro potrò “inserire” mio figlio o il figlio di un mio amico nella sua azienda. Forse mi servirà il suo appoggio se un giorno dovessi far parte del consiglio direttivo del club di tennis. È sempre positivo avere un amico o un conoscente che “ci deve un favore”.

Un altro esempio: sono il sindaco di una piccola città e, come spesso accade, anche membro di un certo partito politico. Vi sono alcuni posti da occupare all’interno dell’amministrazione comunale, e si tratta d’incarichi che comportano anche determinate competenze decisionali. Vi sono numerosi candidati, alcuni più, altri meno qualificati. Tuttavia criterio fondamentale *per la mia scelta* è che quel candidato sia anch’egli membro del partito cui io stesso appartengo (o un membro del mio club di tennis o della mia famiglia). Questo perché (così argomento come sindaco) all’interno della mia amministrazione ho bisogno di persone di cui io possa fidarmi, preferibilmente persone con cui ho un rapporto personale o con cui condivido determinati interessi. Difatti una collaborazione lavorativa è sicuramente più efficace quando conosco personalmente le persone coinvolte o quando si tratta di conoscenti di persone con cui condivido interessi o cui sono legato in qualche modo. Sebbene gli impieghi presso l’amministrazione comunale non siano assegnati sulla base dell’orientamento politico, è comunque ovvio che io lavori più volentieri e in maniera più produttiva con persone che condividono le mie posizioni principali, perché appartengono al mio stesso partito o, più semplicemente, perché sono miei amici.

Ora questo modo di agire – del professore e del sindaco – sono *moralmente riprovevoli* oppure del tutto comprensibili? Sono rilevanti penalmente? Possono rientrare nel concetto di corruzione? E, in caso affermativo: si tratta di un’attività corruttiva penalmente rilevante oppure esiste un’attività corruttiva che, pur rientrando nel concetto di corruzione, non costituisce ancora reato⁹? E ora chiedo a voi: per quanto riguarda l’assegnazione di un incarico come professore, come assistente o come dottorando presso le vostre facoltà di giurisprudenza, avete davvero sempre scelto qualcuno perché si trattava obiettivamente del miglior candidato, oppure talvolta hanno influito in modo determinante anche fattori personali per la vostra scelta? Ciascuno di noi dovrebbe – in silenzio – rifletterci su.

Se tali comportamenti siano da considerare *riprovevoli almeno dal punto di vista morale* dipende soprattutto dalle proprie tradizioni e sicuramente anche dalle diversità culturali delle nostre due società. Già a questo punto circa la questione della riprovevolezza di una tale condotta si potrebbe pervenire a conclusioni radicalmente diverse.

⁹ Sulla maggiore ampiezza del concetto di corruzione rispetto alla fattispecie penalmente rilevante di corruzione, cfr. SOWADA, in *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK)*, XII ed., sub Pre § 331 Rn. 41; ÜBERHOFEN, *Korruption und Bestechungsdelikte im staatlichen Bereich*, 1999, p. 30 ss.

3. Condotte a rilevanza penale?

In ogni caso ciò che più m'interessa di questa problematica è sicuramente la prospettiva penalistica. Si possono *assoggettare a pena* siffatte condotte? Si tratta di condotte meritevoli di pena? E, se sì, in che misura? Ancora: si dovrebbero introdurre nuove norme che puniscano tali condotte, qualora il diritto penale vigente non le preveda come reati?

Per dare risposta a queste domande, per chiarire, quindi, se i comportamenti descritti – che in Germania chiamiamo “nepotismo”¹⁰, “clientelismo” o più semplicemente “favoritismo” – rientrano o meno nell’ambito della corruzione penalmente rilevante, occorre innanzitutto soffermarci brevemente sui concetti di *élite* e di *corruzione*.

Con il termine *élite* mi riferisco a chi detiene posizioni di supremazia all’interno di un paese, chi prende decisioni strategiche in ambito politico, economico e amministrativo così come in quello religioso, culturale e scientifico¹¹.

Con il termine *corruzione* mi riferisco fondamentalmente ad *abuso di potere, assenza di trasparenza*, ad un agire finalizzato al conseguimento di vantaggi personali in assenza di obiettività delle decisioni¹².

Da quanto appena detto si ricava già una definizione provvisoria del concetto di *corruzione d’élite*: con esso s’intende difatti l’abuso di potere da parte di chi detiene posizioni di supremazia nella politica, nell’economia e nella società, abuso che il più delle volte è caratterizzato da assenza totale di trasparenza e che assicura agli interessati il conseguimento di vantaggi personali. Tali vantaggi non si quantificano necessariamente in somme di denaro, consistendo per lo più in un’espansione dell’influenza, e di conseguenza anche in un aumento del potere: *lobbies*, creazione di una rete di contatti¹³, ricorso a canali informali. Tutte queste sono caratteristiche proprie della *corruzione d’élite*, il cui aspetto centrale è costituito principalmente dal ricorso alle relazioni personali e dunque, conseguentemente, dalla mancanza di obiettività delle relative decisioni.

A mio avviso anche queste condotte dovrebbero rientrare nel concetto di corruzione. Difatti secondo me la *corruzione d’élite* racchiude in sé tutte le caratteristiche

¹⁰ Sul concetto di “nepotismo” cfr. ESCHENBURG, *Ämterpatronage*, 1961, p. 19.

¹¹ HARTMANN, *Elitesoziologie*, cit., p. 10 s., nota 1; KAEUBLE, *Sozialgeschichte Europas – 1945 bis zur Gegenwart*, 2007, p. 155.

¹² Sulla corruzione in Germania cfr. in generale ANDROULAKIS, *Die Globalisierung der Korruptionsbekämpfung*, 2007; BANNENBERG, *Korruption in Deutschland und ihre strafrechtliche Kontrolle*, 2002; CLAUSSEN/OSTENDORF, *Korruption im öffentlichen Dienst*, II ed., 2002; DÖLLING, *Handbuch der Korruptionsprävention*, 2007; ID., *Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption*, in ZStW 112 (2000), p. 334; ESER/ÜBERHOFEN/HUBER (a cura di), *Korruptionsbekämpfung durch Strafrecht*, 1997; GREEVE, *Korruptionsdelikte in der Praxis*, 2005; GRIBL, *Der Vorteilsbegriff bei den Bestechungsdelikten*, 1993; HARDTUNG, *Erlaubte Vorteilsannahme*, 1994; HEINRICH, *Rechtsprechungsüberblick zu den Bestechungsdelikten*, §§ 331–335 StGB (1998–2003), in NStZ 2005, pp. 197, 256.

¹³ Sul punto V. ARMIN, *Korruption, Netzwerke in Politik, Ämtern und Wirtschaft*, 2003; KARSTEN/V. THIESSEN (a cura di), *Nützliche Netzwerke und korrupte Seilschaften*, 2006.

proprie della corruzione. Ripeto: abuso di potere, assenza di trasparenza, conseguimento di vantaggi personali e mancanza di obbiettività delle decisioni.

Potremmo e dovremmo allora considerare come corruzione punibile siffatti comportamenti, che nella realtà quotidiana delle élite sono piuttosto usuali? E, in caso di risposta affermativa, dove sta il confine tra l'esercitare la propria influenza in modo lecito oppure illecito?

Prendiamo in considerazione il diritto penale vigente: esso non punisce la corruzione *in sé*. Non vi è una fattispecie generale di "corruzione", e "corruzione" non è neanche un requisito di fattispecie suscettibile d'interpretazione. Piuttosto in Germania distinguiamo quattro ambiti all'interno della corruzione, che – con presupposti totalmente differenti – sono disciplinati in diversi titoli del codice penale:

1. *la corruzione dei pubblici funzionari* (ovvero la corruzione "statale"), ampiamente disciplinata dagli articoli 331e seguenti del codice penale (StGB);
2. *la corruzione d'impiegati d'impres private* (ovvero la corruzione "privata"), disciplinata dall'articolo 299 del codice penale (StGB);
3. *la corruzione in ambito sanitario*, disciplinata dagli articoli 299a e 299b del codice penale (StGB)¹⁴;
4. *la corruzione dei parlamentari* (ovvero la corruzione "politica"), disciplinata dall'articolo 108e del codice penale (StGB)¹⁵.

Già a questo punto possiamo notare che la corruzione non è disciplinata in maniera compiuta. Così, il nostro critico letterario, che percepisce un compenso per recensire positivamente un determinato libro, non rientra in alcuno dei suddetti ambiti. Egli non è né un funzionario pubblico, né un parlamentare, né tantomeno un dipendente privato. Perciò non rientra nella cerchia dei possibili autori dei delitti di corruzione. Ma anche negli altri ambiti tipici della *corruzione d'élite* un siffatto comportamento il più delle volte non è punibile in base al diritto penale vigente.

Difatti è vero che come professore di un'Università statale sono un "pubblico ufficiale" nel senso della legge. Ma la condotta da me tenuta – ho procurato al figlio del mio amico un impiego presso l'università, oppure ho fatto in modo che accedesse al dottorato, per fare un favore al mio amico o per trarre profitto in futuro dai nostri buoni rapporti – rientra nella fattispecie di cui agli articoli 331 e seguenti del codice penale?

¹⁴ Questa disposizione fu introdotta soltanto nel 2016; cfr. BR-Drucks. 360/15; sul punto si vedano ALDENHOFF/VALLUET, in *medstra* 2015, p. 195; DIENERS, in *PharmaR* 2015, p. 529; GAEDE, in *medstra* 2015, p. 263; GAEDE/LINDEMANN/TSAMBIKAKIS, in *medstra* 2015, p. 142; GEIGER, in *medstra* 2015, p. 97; RAMB, in *CCZ* 2015, p. 262; SCHRÖDER, in *NZWSt* 2015, pp. 321, 361; STEENBREKER, in *medstra* 2015, p. 600; WIGGE, in *NZS* 2015, p. 447. Ciò è dovuto al fatto che il Bundesgerichtshof (cfr. BGHSt 57, 202; sul punto cfr. BRAUN, in *MedR* 2012, p. 277; CORSTEN, in *BB* 2012, p. 2059; HECKER, in *JuS* 2012, p. 852; HOHMANN, in *wistra* 2012, p. 388; IHWAS/LORENZ, in *ZJS* 2012, p. 712; KÖLBEL, in *StV* 2012, p. 592; KOSAK, in *ZIS* 2013, p. 226; KRAATZ, in *NZWSt* 2012, p. 273; KRÜGER, in *StraFo* 2012, p. 308; LEIMENSTOLL, in *wistra* 2013, p. 121; MESEKE, in *KrV* 2012, p. 211; WENGENROTH/MEYER, in *JA* 2012, p. 645) in una rivoluzionaria sentenza del 2012 ha stabilito che la qualifica di medico non rientra né nel concetto di pubblico ufficiale (par. 331 ss. del codice penale), né in quello di impiegato d'impres private (par. 299 del codice penale).

¹⁵ Modificata dall'art. 1 n. 4 della 48° legge di modifica al codice penale del 23 aprile 2014, BGBl. 2014 I, p. 410; sul punto si confrontino anche gli atti parlamentari BT-Drucks. 18/476; BR-Drucks. 64/14.

A tal fine – stiamo considerando la fattispecie di cui all’articolo 331 del codice penale: “Accettazione di un profitto” – dovrei, “per l’esercizio delle mie funzioni”, esigere, farmi promettere o conseguire un “profitto”. Mentre assumere un collaboratore oppure offrire la possibilità di accedere al dottorato sicuramente possono farsi rientrare nell’“esercizio delle funzioni”, per quel che riguarda invece il “profitto” conseguito, la situazione è più complicata. Innanzitutto c’è da dire che il “profitto” non deve consistere necessariamente in un valore materiale o in una somma di denaro¹⁶, bensì può essere anche di tipo immateriale¹⁷. Tuttavia esso deve essere determinato in modo concreto. La semplice prospettiva che il conoscente un giorno mi dovrà restituire il favore o che ho conquistato la benevolenza del mio compagno di tennis, non è sufficiente. Ciò non è sufficientemente concreto per poter integrare la fattispecie corruttiva¹⁸.

E il sindaco che impiega all’interno della sua amministrazione solo persone a lui legate? Anche qui si rientra nell’“esercizio delle funzioni”. Ma anche qui si ravvisa a mala pena un “profitto” concreto, sia esso attuale o riferito a un momento successivo. Anche qui il “clima generale positivo”, la “prospettiva concreta di una collaborazione fruttuosa” a causa delle stesse idee politiche, il semplice desiderio che il lavoro all’interno dell’amministrazione si svolgerà senza difficoltà, sono elementi troppo poco concreti per essere considerati “profitto” nel senso della legge.

E anche qualora considerassimo questi elementi come “profitto”: una tale condotta è effettivamente meritevole di pena o dovremmo eventualmente restringere teleologicamente la fattispecie, poiché il comportamento tenuto dal sindaco è pienamente condivisibile? Non è, infatti, più sensato lavorare con amici e conoscenti, anziché con estranei? Lo svolgimento efficace dell’attività amministrativa non è addirittura uno scopo auspicabile?

A tale quesito non posso rispondere qui in maniera esaustiva. La suddetta questione rappresenta il contenuto di un ampio progetto di ricerca cui mi sto attualmente dedicando. Tuttavia vorrei evidenziare due ambiti e presentarli brevemente, con la speranza di produrre materiale sufficiente per ulteriori vostre riflessioni. Vorrei dunque porre l’attenzione sul cosiddetto “favoritismo nell’attribuzione di funzioni” e sull’introduzione della fattispecie di “esercizio illecito dell’influenza”.

¹⁶ Sul concetto di profitto cfr. in generale ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF-HEINRICH, *Strafrecht Besonderer Teil*, III ed., 2015, § 49 Rn. 24 ss.; v. inoltre STREHL, *Einschränkungsmodelle zum Anwendungsbereich der Vorteilsannahme gemäß § 331 StGB*, 2015.

¹⁷ ARZT/WEBER/HEINRICH/HILGENDORF-HEINRICH, § 49 Rn. 24, nota 16.

¹⁸ Di regola ci si rifà ad una “misurabilità obiettiva” del profitto; sul punto cfr. FISCHER, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, LXIII ed., 2016, sub § 331 Rn. 11 e s.; LACKNER/KÜHL, *Strafgesetzbuch Kommentar*, XXVIII ed., 2014, sub § 331 Rn. 5; (Müko)-Korte, *Münchener Kommentar zum StGB*, II ed., sub § 331 Rn. 67 ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER-HEINE/EISELE, *Strafgesetzbuch Kommentar*, XXIX ed., 2014, sub § 331 Rn. 18 s.

4. Sul cosiddetto “favoritismo nell’attribuzione di funzioni”.

Come i miei esempi precedenti hanno chiarito, la maggior parte di ciò che noi oggi consideriamo *corruzione d’élite* si esplica sul terreno del favoritismo nell’attribuzione di funzioni¹⁹. Con tale termine s’intende la preferenza ingiustificata, in occasione dell’attribuzione di funzioni – posizioni, posti di lavoro, incarichi (soprattutto nei pubblici servizi e nel mondo accademico) – accordata ad un candidato in virtù della tessera di partito, di visioni personali, dell’appartenenza a una determinata scuola di pensiero o di conoscenze personali, a discapito di altri candidati maggiormente qualificati. Quindi le conoscenze personali o l’appartenenza a un determinato partito o associazione costituiranno un titolo di favore per l’assegnazione di funzioni, avvenga ciò su “suggerimento” di altri membri della stessa élite, oppure per un interesse personale o per assolvere ipotetici “obblighi” sociali. Dunque per l’assegnazione d’impieghi o incarichi saranno decisive non tanto le capacità personali, quanto piuttosto l’appartenenza a uno stesso partito o gruppo sociale, così come il livello di conoscenza personale.

All’interno del favoritismo nell’attribuzione di funzioni si possono individuare due ambiti in particolare: il favoritismo finalizzato al dominio e il favoritismo finalizzato all’assistenza²⁰.

Nel caso del *favoritismo di dominio* il soggetto – attraverso il collocamento di un candidato che lui conosce personalmente – intende assicurarsi il dominio assoluto sulle decisioni successive e un’influenza che duri nel tempo²¹. Prendiamo l’esempio del sindaco: attraverso l’assunzione di persone che mi sono vicine e che mi devono essere riconoscenti per il posto di lavoro, mi assicuro la loro lealtà anche per il futuro. Difatti queste persone non prenderanno decisioni che si discostano dai miei “desideri” e saranno legate a me anche quando non svolgerò più la funzione di sindaco. In questo modo mi sarà possibile continuare a esercitare la mia influenza anche in futuro. Se guardiamo alla politica, vediamo chiaramente che dopo ogni cambio di governo le posizioni più di rilievo nella politica, nell’amministrazione e anche nella giustizia sono occupate da persone che condividono il nuovo indirizzo politico²².

Il secondo ambito è rappresentato dal *favoritismo di assistenza*: nell’assegnare funzioni o posti di lavoro favorisco persone alle quali devo un favore o che voglio aiutare a far carriera e ad avere una stabilità economica²³. Un esempio in questo senso è uno

¹⁹ Su questa tematica si confronti V. ARMIN, *Ämterpatronage durch politische Parteien. Ein verfassungsrechtlicher und staatspolitischer Diskussionsbeitrag*, 1980; BIELER, in NJW 2000, p. 2400; ESCHENBURG, *Ämterpatronage*, 1961; FRICKE, *Probleme der Ämterpatronage*, 1973; LINDENSCHMIDT, *Zur Strafbarkeit der parteipolitischen Ämterpatronage in der staatlichen Verwaltung*, 2004; MOUSIOL, *Ämterpatronage. Gefahr für die Demokratie*, 2013; SCHMIDT-HIEBER, in NJW 1989, p. 559; SCHMIDT-HIEBER/KIESSWETTER, in NJW 1992, p. 1790; WASSERMANN, in NJW 1999, p. 2330; WICHMANN, *Parteipolitische Patronage. Vorschläge zur Beseitigung eines Verfassungsverstoßes im Bereich des öffentlichen Dienstes*, 1986.

²⁰ A tal riguardo si confronti ESCHENBURG, *Ämterpatronage*, cit., p. 12 ss., nota 10.

²¹ ESCHENBURG, *Ämterpatronage*, cit., p. 12, nota 10.

²² SCHMIDT-HIEBER, in NJW 1989, p. 558.

²³ Cfr. ESCHENBURG, *Ämterpatronage*, cit., p. 15, nota 10; v. altresì FRICKE, *Probleme*, cit., p. 13, nota 19.

scandalo scoperto pochi mesi fa in Germania: un elevato numero di deputati del parlamento tedesco ha assegnato – con i mezzi a loro disposizione – determinati posti di lavoro alle rispettive mogli o mariti, in prima linea per garantire loro uno stipendio molto alto²⁴.

Ora, per quel che riguarda le funzioni pubbliche questa condotta è chiaramente *illecita*. Difatti a norma dell'articolo 33 comma 2 della Costituzione tedesca l'accesso alle pubbliche funzioni presuppone che il posto in questione sia assegnato al candidato più idoneo, e non a chi ha la tessera di partito giusta o le migliori conoscenze personali²⁵.

Ciononostante si concorda sul fatto che l'illiceità dell'attribuzione di funzioni in base al criterio della conoscenza personale non comporti alcuna punibilità di colui che, nell'attribuire le funzioni, decide sulla base di preferenze personali. Come appena esposto, il "favoritismo nell'attribuzione delle funzioni" non rientra nella previsione di cui agli articoli 331 e seguenti del codice penale. Non vi è corruzione penalmente rilevante poiché il comportamento tenuto non porta a un profitto che sia concretamente determinabile. Il semplice assicurarsi potere, influenza, o benevolenza non rientra, infatti, nel concetto di profitto di cui alle suddette previsioni.

Tuttavia si discute se sussista o no una punibilità a norma di altre previsioni del codice penale, in particolare per il delitto di "infedeltà" di cui all'articolo 266²⁶. Difatti con l'assunzione di persone non in base al principio della prestazione, bensì in base al legame personale si violerebbe il principio di buon funzionamento dell'economia, giacché la prestazione lavorativa del soggetto meno qualificato varrebbe meno di quella del candidato più idoneo²⁷. Per questa ragione alcuni autori rinvergono qui un danno economico e ritengono sussistente il delitto d'infedeltà²⁸. Vi sarebbe inoltre un utilizzo inadeguato di risorse pubbliche²⁹. Tuttavia la dottrina dominante non condivide una simile impostazione e nega una punibilità in base all'art. 266³⁰. Richiamando la giurisprudenza sull'articolo 263 (che punisce il delitto di "truffa"), si ritiene in definitiva che non sussisterebbe un danno economico per il solo fatto che chi ha ottenuto il posto di lavoro sia meno qualificato³¹. Soltanto qualora egli non sia effettivamente in grado di

²⁴ Si confronti soltanto il Report <http://www.sueddeutsche.de/bayern/csu-gehaltsaffaere-noch-mehr-csu-politiker-beschaeftigten-die-familie-auf-staatskosten-1.1663265>, estratto il 10 febbraio 2016.

²⁵ Sul punto BIELER, in NJW 2000, p. 2401; HÖMIG, *Grundgesetz für die BRD*, X ed., 2015, sub Art. 33 Rn. 4; MAUNZ/DÜRIG-BADURA, *Grundgesetz Kommentar*, LXXV ed. aggiornata al settembre 2015, sub Art. 33 Rn. 25 ss.; V. MÜNCH/KUNIG, *Grundgesetz*, VI ed., 2012, sub Art. 33 Rn. 16; SCHMIDT-HIEBER, in NJW 1989, p. 559; SACHS-BATTIS, *Grundgesetz Kommentar*, VII ed., 2014, sub Art. 33 Rn. 27 ss.; WICHMANN, *Parteilpolitische Patronage*, 1986, p. 59 ss.; WOLFF/BACHOF/STOBER, *Verwaltungsrecht II*, V ed., 1987, § 107 Rn. 11.

²⁶ In senso favorevole ad una punibilità in base all'art. 266 del codice penale, v. SCHMIDT-HIEBER, in NJW 1989, p. 558. Su questa tematica v. diffusamente KRELL, *Untreue durch Stellenbesetzungen*, 2015.

²⁷ SCHMIDT-HIEBER, in NJW 1989, p. 560.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*; sul punto cfr. in generale anche BGHSt 43, 293; BGH NStZ 1984, 549; BGH NStZ 2001, 248; SCHÖNKE/SCHRÖDER-PERRON, § 266 Rn. 44, nota 18.

³⁰ WITTIG, *Wirtschaftsstrafrecht*, III ed., 2014, § 20 Rn. 154 ss.; cfr. anche LACKNER/KÜHL, sub § 266 Rn. 17c, nota 18.

³¹ BGHSt 5, 358; BGHSt 17, 254; BGHSt 45, 1; BGH NJW 1978, 2042; cfr. anche BUDDE, *Der Anstellungsbetrug*, 2005; PROTZEN, *Der Vermögensschaden beim sog. Anstellungsbetrug*, 2000; cfr. Inoltre KINDHÄUSER, in *Nomos*

svolgere i compiti propri della funzione, si potrà affermare che sussiste un danno economico³². A tal fine la semplice scarsa qualificazione non sarebbe però sufficiente.

5. L'esercizio illecito dell'influenza.

In linea di principio, l'“esercizio illecito dell'influenza” rientra, dal punto di vista fenomenologico, nell'ambito della corruzione c.d. statale; ciononostante in Germania esso, dal punto di vista penale, non rientra nelle fattispecie corruttive (e consapevolmente non lo vi si fa rientrare)³³. L'“esercizio illecito dell'influenza” è caratterizzato dal fatto che un “mediatore” molto influente condizioni, dietro compenso, i provvedimenti del pubblico ufficiale, senza tuttavia corromperlo nel senso previsto dalla legge, cioè attraverso la promessa o la dazione di un “profitto”.

Riprendiamo il caso da me esposto prima, che modifico leggermente: un conoscente del mio amico del tennis club molto influente dà a quest'ultimo cinquemila euro affinché interceda per far ottenere al figlio la possibilità di collaborare o di accedere ad un corso di dottorato presso l'Università dove lavoro. Io offro effettivamente questa possibilità al figlio del conoscente, senza però ottenere alcun compenso per questo. Lo faccio piuttosto per fare un favore al mio amico del tennis o per assicurarmi la sua benevolenza. Del compenso da lui percepito non so nulla. In base al diritto penale vigente, la mia condotta non rientra né nella disposizione di cui all'articolo 331 – “Accettazione di un profitto” – né in quella di cui all'articolo 332 – “Corruttibilità”, dal momento che non ho conseguito alcun profitto per l'esercizio delle mie funzioni, avendo io agito soltanto per assicurarmi la benevolenza del mio amico o comunque per fargli un favore. Il mio amico, invece, ha percepito un compenso in denaro per la sua “mediazione”, però non sarà punibile a norma degli articoli 331 e 332, non rivestendo egli la qualifica di funzionario pubblico. E la sua condotta non sarà punibile nonostante il bene giuridico tutelato dalle norme sulla corruzione sia stato effettivamente leso³⁴.

A questo proposito è interessante notare che questa forma di *esercizio illecito dell'influenza* (detta anche “*trading in influence*” o “*trafic d'influence*”) è stata disciplinata espressamente in altri ordinamenti giuridici, quali ad esempio Francia, Spagna e

Kommentar zum Strafgesetzbuch (NK), IV ed., 2013, sub § 266 Rn. 120.

³² BGH NStZ-RR 2006, 307; FISCHER, sub § 266 Rn. 123, nota 18; V. HEINTSCHEL-HEINEGG-WITTIG, *Strafgesetzbuch Kommentar*, II ed., 2015, sub § 266 Rn. 45.1; WITTIG, sub § 20 Rn. 155, nota 30.

³³ Su questa tematica v. diffusamente ABANTO VASQUEZ, *Über die Strafwürdigkeit des „Handels mit Einfluss“*, Tiedemann-FS 2008, p. 913; Eckert, *Lobbyismus – zwischen legitimen Einfluss und Korruption*, in: VON ALEMANN (a cura di), *Dimensionen politischer Korruption: Beiträge zum Stand der internationalen Forschung*, 2005, p. 267; PHILIPP, *Der Straftatbestand des Einflusshandels (Trafic d'influence) – Mögliche Implementierungswege in das deutsche Strafrecht unter Berücksichtigung internationaler Vorgaben sowie der französischen, belgischen, österreichischen und spanischen Korruptionsdelikte*, 2016; ZEISER, *Trafic d'influence: Der Straftatbestand des missbräuchlichen Handels mit Einfluss als Modell zur Schließung von Strafbarkeitslücken?*, 2012; cfr. inoltre l'analisi comparatistica di ÜBERHOFEN, *Korruption*, cit., pp. 278 ss., 378 ss., 392, nota 9.

³⁴ Sul bene giuridico dei delitti contro la P.A., in particolare dei delitti di corruzione, cfr., tra i molti, HEINRICH, *Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht*, 2001, p. 209 ss. (delitti contro la P. A. in generale), e p. 239 ss. (delitti di corruzione in particolare).

Austria³⁵. Inoltre l'art. 12 della "Convenzione penale sulla corruzione" del Consiglio Europeo³⁶ impone agli Stati membri di introdurre una fattispecie corrispondente all'esercizio illecito dell'influenza. Una clausola analoga è contenuta nell'art. 18 della Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione³⁷. Attualmente il Legislatore tedesco parte dal presupposto che in Germania simili condotte non vengano quasi mai poste in essere, ed in ogni caso non sarebbero meritevoli di pena. Si tratterebbe difatti, così viene argomentato, di comportamenti che rientrano in altre fattispecie previste dal codice penale. Tuttavia quest'argomentazione non è del tutto esatta.

A questo proposito è interessante volgare lo sguardo ai paesi vicini, poiché la motivazione che viene data lì circa la meritevolezza di pena delle condotte che costituiscono "esercizio illecito dell'influenza" aiuta a far luce su ciò che io considero *corruzione d'élite*. Prendiamo in esame la Francia, dove la fattispecie del "traffico d'influence" è espressamente disciplinata dagli artt. 432 e 433 del code penal. Come mai siffatte condotte hanno trovato espressa disciplina? E come mai in Francia fiorisce questa forma di *corruzione d'élite*, mentre in Germania è alquanto rara? La ragione si riscontra nella diversa definizione del concetto di élite, che in Francia è molto più intrecciata³⁸.

Difatti in Francia chi vuole diventare "qualcuno", chi vuole appartenere all'élite politica o sociale deve frequentare – nell'ambito del proprio percorso formativo – una delle poche scuole elitarie francesi, i cosiddetti "Grand Ecoles"³⁹. Un esempio calzante a tal proposito è rappresentato dalla "Ecole National d'Administration" o ENA, da cui proviene quasi tutta l'élite governativa francese. Le posizioni di supremazia all'interno dell'economia e della politica francese sono per lo più rivestite da persone che hanno frequentato la stessa "scuola"⁴⁰. Attraverso ciò queste persone hanno non solo usufruito di un'istruzione simile, ma hanno anche sviluppato uno "spirito corporativo" comune,

³⁵ Art. 432, 433 Code Pénal (Francia); § 308 codice penale austriaco ("*verbotene Intervention*"); cfr. sul punto ÜBERHOFEN, *Korruption*, cit., p. 278 ss., nota 9 (sulla disciplina giuridica in Austria), p. 378 ss. (Francia).

³⁶ European Treaty Series (ETS) Nummer 173 (cfr. anche il protocollo aggiuntivo ETS n. 191 recante disposizioni in tema di punibilità della corruzione degli arbitri nazionali e stranieri così come dei giudici popolari); sul punto cfr. BT-Drucks. 13/11309, p. 5 (Resoconto del governo in merito all'attività del Consiglio d'Europa per il periodo dal 1 luglio al 31 dicembre 1997); KORTE, in *Wistra* 1999, p. 83; MÖHRENSCHLAGER, in *JZ* 1996, p. 831; in senso critico relativamente agli sforzi del Consiglio d'Europa KÖNIG, in *JR* 1997, p. 404; La Germania aveva già sottoscritto la Convenzione il 27 gennaio 1999, ma non poteva ratificarla fino alla modifica dell'art. 108e del codice penale, avvenuta nel 2014. La ratifica deve pertanto avere luogo immediatamente.

³⁷ United Nations Convention against Corruption (UNCAC), Doc. A/58/422; Una traduzione in lingua tedesca si trova in BGBl. 2014 II, p. 763 ss.; La Germania aveva sottoscritto la Convenzione il 9 dicembre 2003, ma anche questa è rimasta priva di ratifica per lungo tempo. La ratifica è avvenuta soltanto il 12 novembre 2014. La Convenzione è entrata in vigore in Germania il 12 dicembre 2014. Cfr. BGBl 2014 II, p. 762; BGBl. 2015 II, p. 140. Su questa Convenzione v. anche HOFMANN/PFAFF, *Die Konvention der Vereinten Nationen zur Bekämpfung der Korruption*, 2006.

³⁸ Sul tema dell'élite in Francia da una prospettiva storica cfr. HUPPERT, *Les Bourgeois Gentilshommes. An Essay on the Definition of Elites in Renaissance France*, 1977; inoltre, in senso comparatistico, LANG, *Die Verwaltungselite in Deutschland und Frankreich 1871-2000, Regimewechsel und Pfadabhängigkeiten*, 2005.

³⁹ Sull'evoluzione storica cfr. HUPPERT, *Les Bourgeois Gentilshommes*, cit., p. 59 ss., nota 48; sui "Grands Corps" anche LANG, *Die Verwaltungselite*, cit., pp. 57- 59, nota 38.

⁴⁰ HARTMANN, *Elitesoziologie*, cit., p. 116, nota 1.

uno spirito di comune appartenenza di tipo particolare. E alcuni di loro hanno persino condiviso lo stesso banco, sono stati compagni di studio e si conoscono bene. E secondo un detto, noto anche in Germania, “una mano lava l’altra”: ci si aiuta a vicenda con i problemi e si condividono i vantaggi gli uni con gli altri. Insieme le associazioni di alunni portano avanti le tradizioni comuni e sicuramente si assegnano questa o quella posizione lavorativa senza rispettare le procedure ordinarie.

Lo stesso vale per la Gran Bretagna. Una laurea conseguita presso l’Università di Oxford o Cambridge apre le porte alle élite. Anche qui la maggior parte di coloro che stanno al potere già si conoscono, erano compagni di studio o membri della stessa confraternita. Invero in Gran Bretagna l’appartenenza all’élite inizia già da prima, e cioè nei collegi elitari, le cui porte sono aperte solo a pochi privilegiati ed in cui lo “spirito corporativo” di cui si è appena detto si sviluppa allo stesso modo del successivo senso di appartenenza alle rispettive confraternite⁴¹. Qui voglio solo nominare i collegi Eton e Harrow⁴².

Ma vi è di più: indagini sociologiche hanno dimostrato che in Gran Bretagna, più che in Francia⁴³, l’accesso a questi istituti d’istruzione privilegiati è riservato a poche persone già solo per l’estrema onerosità delle tasse scolastiche e universitarie. Dunque qui non vi è una “selezione in base alla prestazione”, bensì una “selezione sociale”⁴⁴. E proprio queste persone, che hanno avuto un’istruzione privilegiata e che in seguito sono rimaste in contatto con le persone conosciute in quel contesto, sono proprio coloro che successivamente occupano le posizioni di supremazia all’interno della politica, dell’economia e dell’amministrazione del Paese.

Ora vorrei fare una considerazione un po’ provocatoria, e con essa anche avviarmi lentamente alla conclusione della mia relazione: se già l’accesso agli istituti d’istruzione privilegiata è caratterizzato non da una selezione di tipo qualitativo, bensì di tipo sociale, e questo procedimento è accettato pacificamente dalla società, allora è ovvio che questo principio sarà applicato anche in seguito, quando si tratterà di occupare le posizioni più di rilievo in politica, economia e amministrazione. Su questo punto molti si nascondono, e anche il diritto penale al momento non ha qui alcun accesso.

⁴¹ HARTMANN, *Elitesoziologie*, cit., p. 117, nota 1.

⁴² Sulla costituzione di élite attraverso la formazione scolastica, cfr. in generale TRÖGER, *Elitenbildung – Überlegungen zur Schulreform in einer demokratischen Gesellschaft*, 1968.

⁴³ Si confronti lo studio di EDWARDS/FITZ/WHITTY, *The State and Private Education: An Evaluation of the Assisted Place Scheme*, 1989; inoltre HARTMANN, *Elitesoziologie*, cit., p. 117 ss., nota 1.

⁴⁴ Con riguardo alla Francia cfr. HARTMANN, *Elitesoziologie*, cit., p. 111, nota 1; altresì ID., *Eliten und Macht in Europa – Ein internationaler Vergleich*, 2007, p. 69.

LA NUOVA DOMICILIAZIONE “ASSENTITA” PRESSO IL DIFENSORE DI UFFICIO

di Luigi Giordano

Abstract. *L’art. 1, comma 24, della legge 23 giugno 2017, n. 103 cd., riformando diverse norme del codice di rito, ha aggiunto all’art. 162 cod. proc. pen. un nuovo comma 4-bis, richiedendo ai fini dell’efficacia dell’elezione di domicilio presso il difensore d’ufficio, che sia raccolto l’assenso di quest’ultimo. Si tratta di una riforma doverosa, che trova fondamento anche su un pronunciamento della Corte Costituzionale. La formulazione della nuova norma, tuttavia, lascia aperto il delicato tema delle conseguenze dell’inefficacia dell’atto, in particolare sulla possibilità di procedere in assenza dell’imputato.*

SOMMARIO: 1. L’elezione di domicilio “forzata”. – 2. Elezione di domicilio presso il difensore d’ufficio e conoscenza del procedimento. – 3. L’intervento della Corte Costituzionale. – 4. La riforma introdotta dalla legge “Orlando”. – 5. segue: L’elezione di domicilio inefficace. – 6. Conseguenze sul piano del diritto intertemporale.

1. L’elezione di domicilio “forzata”.

L’art. 1, comma 24, della legge 23 giugno 2017, n. 103, riformando diverse norme del codice di rito, ha aggiunto all’art. 162 cod. proc. pen. un nuovo comma 4-bis secondo cui «L’elezione di domicilio presso il difensore d’ufficio non ha effetto se l’autorità che procede non riceve, unitamente alla dichiarazione di elezione, l’assenso del difensore domiciliatario»¹.

¹ Per una prima lettura delle modifiche attinenti al processo penale introdotte dalla legge n. 103 del 2017, recante “*Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all’ordinamento penitenziario*”, si veda M. GIALUZ, A. CABIALE, J. DELLA TORRE, [Riforma Orlando: le modifiche attinenti al processo penale, tra codificazione della giurisprudenza, riforme attese da tempo e confuse innovazioni](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2017, p. 173 ss. Sul tema oggetto del presente contributo, si vedano, tra gli altri, A. GIARDA, *Le nuove indagini preliminari: rinforzo di garanzie ed accelerazioni funzionali*, in *Dir. Pen. e Proc.* 2017, 10, 1302; R.G. GAIA, *L’incapacità dell’imputato di partecipare al processo e l’elezione del domicilio presso il difensore d’ufficio: le novelle modifiche apportate alla disciplina codicistica*, in T. BENE, A. MARANDOLA (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Milano, 2017, 79; L. LAURICELLA, *L’elezione di domicilio presso il difensore d’ufficio*, in *La legislazione penale*, 14/12/2017, 1; F. VARONE, *Elezione di domicilio presso il difensore e nuovo art. 162, comma 4-bis, cod. proc. pen., tra esegesi riduttive e applicazioni contra legem*, in *Parola alla difesa* 2017, 577 e ss.

Questa disposizione affronta uno dei aspetti problematici della disciplina vigente in materia di difesa d'ufficio, rappresentato dal frequente ricorso, da parte di indagati o di imputati privi di un avvocato di fiducia, all'elezione di domicilio presso lo studio del difensore di ufficio. Sovente si tratta di persone che, secondo la prescrizione di cui all'art. 161, comma 1, cod. proc. pen., sono invitate a provvedere all'elezione di domicilio in occasione del primo contatto con la polizia giudiziaria. È ben possibile (anzi sovente accade) che si tratti di soggetti senza fissa dimora, dei quali è facile per il difensore perdere ogni riferimento.

Siffatta elezione di domicilio era definita "forzata"², perché non si fondava su una scelta concordata con il difensore domiciliatario³, il quale assumeva «obblighi e oneri di non poco momento» senza esprimere un esplicito consenso in tal senso⁴.

Nella prospettiva dell'indagato o dell'imputato, la domiciliazione avveniva "al buio", cioè in mancanza di una qualsiasi interlocuzione con un professionista, che normalmente non conosceva e con cui non aveva avuto alcun precedente contatto⁵.

Una volta intervenuta, tuttavia, una simile l'elezione di domicilio, ancorché non concordata con l'avvocato, generava importanti conseguenze: veniva a prodursi una "falsa reperibilità" dell'indagato o dell'imputato, che permetteva di effettuare le notifiche necessarie nel procedimento presso il difensore⁶, il cui eventuale rifiuto di ricevere gli atti destinati al suo assistito avrebbe prodotto il solo effetto di legittimarne la consegna presso lo stesso avvocato ai sensi dell'art. 161, comma 4, cod. proc. pen.⁷

2. Elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio e conoscenza del procedimento.

La domiciliazione, come è noto, comporta importanti effetti per l'imputato. Essa non solo ne determina la condizione di reperibilità in vista delle notifiche che dovessero essere necessarie nel prosieguo del giudizio, ma soprattutto, ai sensi dell'art. 420-bis,

² Cfr. R.G. GAIA, *L'incapacità dell'imputato di partecipare al processo e l'elezione del domicilio presso il difensore d'ufficio: le novelle modifiche apportate alla disciplina codicistica*, cit., 79.

³ È stato precisato che il legale sovente viene a trovarsi nella posizione di "domiciliatario inconsapevole", così L. LAURICELLA, *L'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio*, cit. 3.

⁴ Così A. GIARDA, *Le nuove indagini preliminari: rinforzo di garanzie ed accelerazioni funzionali*, cit., 1302.

⁵ Questa elezione di domicilio è stata definita "al buio" anche perché, se il difensore d'ufficio non fosse stato già designato, il domicilio non sarebbe comunque individuato dall'interessato, ma da questi individuabile solo a seguito di detta designazione (cfr. A. CIAVOLA, [Alcune considerazioni sulla nuova disciplina del processo in assenza e nei confronti degli irreperibili, Tante ombre e qualche luce](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.* 1/2015, p. 204).

⁶ Così F. VARONE, *Elezione di domicilio presso il difensore e nuovo art. 162, comma 4-bis, cod. proc. pen., tra esegesi riduttive e applicazioni contra legem*, cit., 557, il quale segnala come il fenomeno ledesse in modo giudicato irreparabile il diritto alla difesa persona e tecnica, annichilendo la possibilità dell'imputato di conoscere l'accusa e quella del difensore di instaurare un rapporto professionale con l'assistito.

⁷ Cfr. Cass. Sez. 7, Ord. 16/11/2017, n. 55318 Sufali, inedita; Cass., Sez. 6, 28/09/2017, n. 52726, Moretti, inedita; Cass., Sez. 1, 9/04/2013, n. 22073, Perrone, in *CED Cassazione* n. 256082; Cass., Sez. 1, 25/01/2012, n. 4783, Roman, in *CED Cassazione* n. 25186; Cass., Sez. U, 28/04/2011 n. 28451 (dep. 19/07/2011), Pedicone, in *Cass. pen.* 2012, 426; Cass., Sez. 4, 20/05/2010, n. 31658, Rei, in *CED Cassazione* n. 248099.

comma 2, cod. proc. pen., integra uno dei fatti sintomatici della conoscenza del procedimento che permette di procedere in sua assenza⁸.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale prevalente, l'elezione di domicilio, anche quella che avviene presso il difensore d'ufficio, in ragione della presunzione legale di conoscenza del procedimento prevista dall'art. 420-bis, comma 2, cod. proc. pen., consente la celebrazione del giudizio in assenza⁹. Grava sull'imputato, infatti, un onere, che risponde a un criterio di ordinaria diligenza, di attivarsi autonomamente per mantenere con il difensore d'ufficio i contatti periodici essenziali per essere informato dello sviluppo del procedimento. Il mancato adempimento di detto onere configura un'ipotesi di colpa per la mancata conoscenza della celebrazione del processo¹⁰. La presunzione di conoscenza è superabile solo nel caso in cui, ai sensi dell'art. 420-ter, comma 1, cod. proc. pen., risulta che detta assenza è dovuta ad assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito, forza maggiore o altro legittimo impedimento¹¹.

⁸ La dichiarazione o l'elezione di domicilio nel corso del procedimento da parte dell'imputato costituisce un indice della conoscenza dell'esistenza e dello svolgimento del procedimento a suo carico che, nell'art. 420-bis cod. proc. pen., si affiancano alla certezza della conoscenza del provvedimento che fissa l'udienza preliminare conseguente alla notifica a mani dell'imputato. Per una completa ricostruzione delle situazioni di rilevanza processuale che permettono di procedere in assenza si veda S. QUATTROCOLO, [Il contumace cede la scena processuale all'assente, mentre l'irreperibile l'abbandona. Riflessioni a prima lettura sulla nuova disciplina del procedimento senza imputato \(legge 28 aprile 2014, n. 67\)](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2014, p. 97 ss.; A. MARANDOLA, P. BRONZO, *La chiusura delle indagini e l'udienza preliminare*, in G. SPANGHER, A. MARANDOLA, G. GARUTI, L. KALB (a cura di), *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, II, 1004; B. NACAR, *Il processo in absentia, tra fonti internazionali, disciplina codicistica e recenti interventi riformatori*, Milano, 2014; D. NEGRI, *L'imputato presente al processo. Una ricostruzione sistematica*, Torino, 2014; A. DE CARO, *Processo in absentia e sospensione. Una primissima lettura della legge n. 67 del 2014*, in *Arch. Pen.* 2014, 3; P. MOSCARINI, *Una riforma da tempo necessaria: L'abbandono della contumacia penale e la sospensione del processo contro l'irreperibile*, in C. CONTI, A. MARANDOLA, G. VARRASO, *Le nuove norme sulla giustizia penale*, 2014, 239 e ss. La dottrina, in particolare, ha subito espresso dubbi sull'effettiva sintomaticità dei fatti da cui l'art. 420-bis, comma 2, cod. proc. pen. presume la conoscenza del procedimento, sostenendo, tra l'altro, che «soltanto se si giunge ad interpretare la norma ritenendo che al giudice sia comunque consentito valutare senza rigidi automatismi, bensì con le ordinarie cautele del ragionamento indiziario, se in concreto possa affermarsi con certezza l'effettiva conoscenza del procedimento o la volontaria sottrazione alla conoscenza del procedimento o di atti del medesimo, è possibile ricondurre la disciplina a razionalità, salvandone l'ispirazione garantista senza pericolosi slittamenti autoritari con rigurgiti di una "contumacia mascherata da assenza" (cfr. P. TONINI, C. CONTI, *La sospensione del procedimento nei confronti degli irreperibili - il tramonto della contumacia, l'alba radiosa della sospensione e le nubi dell'assenza "consapevole"*, in *Dir. Pen. Processo*, 2014, 5, 513).

⁹ Cass., Sez. 7, Ord. 24/11/2017 n. 56879, Costea, inedita; Cass., Sez. 5, 13/07/2017, n. 40848, Fanici ed altro, in *CED Cassazione* n. 271015; Cass., Sez. 1, 11/07/2017, n. 50475, Amhed Hassan, inedita.

¹⁰ Cass., Sez. 4, 13/09/2017 (dep.12/01/2018), n. 1217, D.C., inedita; Cass., Sez. 7, Ord. 24/11/2017 n. 56879, Costea, citata; Cass., Sez. 4, 15/11/2017 (dep. 11/12/2017), n. 55138, B.S., inedita; Cass., Sez. 6, 28/09/2017, n. 52726, Moretti, cit.; Cass., Sez. 4, 18/07/2017 (dep.22/09/2017), n. 43885, N.L., inedita; Cass., Sez. 2, 13/07/2017 (dep. 21/07/2017), n. 36199, H.A., inedita; Cass., Sez. 4, 6/07/2017 (dep. 7/09/2017), n. 40786, Nicola, inedita; Cass., sez. 4, 05/07/2017 (dep. 20/07/2017), n. 35977, Y.M., inedita; Cass., sez. 5, 15/06/2017 (dep. 6/09/2017), n. 40497, inedita.

¹¹ Cass., Sez. 5, 13/07/2017, n. 40848, Fanici ed altro, citata, secondo cui le ipotesi contemplate dall'art. 420-bis cod. proc. pen. sono «tutte connotate da circostanze tali ... da indurre lo stesso legislatore a presumere che l'imputato abbia avuto con certezza conoscenza del procedimento ovvero si sia volontariamente sottratto a tale conoscenza ... il sindacato sulla presunzione ... è stato circoscritto ... a casi del tutto

Un diverso indirizzo, invece, seguendo taluni spunti della dottrina fondati sui principi costituzionali e convenzionali¹², ha sostenuto che la possibilità di procedere in assenza debba escludersi nel caso in cui l'imputato abbia eletto domicilio presso il difensore d'ufficio, salvo i casi concreti nei quali possa emergere *aliunde* la certezza della sua conoscenza del procedimento. Questo orientamento rileva che l'elezione di domicilio (ma le argomentazioni non sono dissimili per la dichiarazione), a differenza delle altre fattispecie contemplate dall'art. 420-bis, comma 1, cod. proc. pen., non garantisce alcuna sicurezza sulla conoscenza del procedimento, perché potrebbe essere intervenuta quando questo era ancora in uno stato embrionale e le indagini, appena iniziate, non consentivano di delineare con chiarezza una notizia di reato. È stato affermato, in particolare, che «la conoscenza dell'esistenza del procedimento penale a carico dello stesso non può essere desunta dall'elezione di domicilio presso il difensore di ufficio effettuata, nell'immediatezza dell'accertamento del reato, in sede di redazione del verbale di identificazione d'iniziativa della polizia giudiziaria»¹³. La conoscenza dell'esistenza del procedimento penale a carico dello stesso, inoltre, non può essere ricavata da un atto compiuto d'iniziativa della polizia giudiziaria in epoca anteriore alla formale instaurazione del procedimento, che si verifica soltanto con l'iscrizione del nome della persona sottoposta ad indagini nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen.¹⁴

Questa impostazione, invero, evoca un orientamento giurisprudenziale formatosi in tema di restituzione in termini¹⁵. Essa riflette anche una lettura

particolari quando ... il giudice abbia la certezza o anche soltanto il dubbio che l'assenza dell'imputato, pure formalmente citato in modo regolare e versante in una delle situazioni sopra descritte, sia dovuta a assoluta impossibilità di comparire per caso fortuito o forza maggiore».

¹² Si veda, in particolare, S. QUATTROCOLO, *Corte europea dei diritti dell'uomo e partecipazione al processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 25 ss.; N. CANESTRINI, *Quousque tandem abutere, Catilina, patientia nostra? Da Strasburgo una nuova condanna per la disciplina del processo contumaciale italiano*, in *Cass. pen.*, 2017, 362 ss.; A. CHELO, *Le "istruzioni sovrannazionali" sui limiti del processo in absentia: dalle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo al diritto di partecipare al processo nella normativa dell'Unione europea*, in *Arch. pen.*, 2015, 1, 1 ss.; A. CIAVOLA, *Alcune considerazioni sulla nuova disciplina del processo in assenza e nei confronti degli irreperibili, Tante ombre e qualche luce*, in *Dir. pen. cont. – Riv. Trim.* 2015, 1, 204; A. CIAVOLA, *Assenza dell'imputato e dubbia sintomaticità dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio: una lettura costituzionalmente orientata*, nota a Tribunale di Asti, (ord.) 10 novembre 2015, in *Arch. Pen.*, 2016, 1, 1 ss.; A. MANGIARACINA, *Il "tramonto" della contumacia e l'affermazione di una assenza "multiforme"*, in *Legisl. pen.*, 2014, 4, 563 ss..

¹³ Cass., Sez. 2, 24/01/2017, n. 9441, Seli, in *CED Cassazione* n. 269221. Questa pronuncia ha valorizzato l'orientamento formatosi in riferimento all'impugnazione della sentenza di condanna contumaciale, sotto la vigenza della disciplina anteriore alle modifiche apportate dalla legge 28 aprile 2014, n. 67 secondo cui l'effettiva conoscenza del procedimento non poteva farsi coincidere con la conoscenza di un atto posto in essere di iniziativa dalla polizia giudiziaria anteriormente alla formale instaurazione dello stesso procedimento, che si realizza solo con l'iscrizione del nome della persona sottoposta a indagini nel registro di cui all'art. 335 cod. proc. pen. (Cass. Sez. 2, 4/03/2015, n. 12630, Projo, in *CED Cassazione* n. 262929).

¹⁴ Cass., Sez. 1, 2/03/2017, n. 16416, Somai, in *CED Cassazione* n. 269843, secondo cui la conoscenza del procedimento da parte dell'imputato, che permette la celebrazione del procedimento *in absentia*, non può essere desunta dai rilievi foto-segnalatici compiuti dalla polizia giudiziaria nell'ambito di accertamenti aventi ad oggetto l'illecito di cui all'art. 14, comma 5-quater, del d.lgs. n. 289 del 1998, prima della formale iscrizione dell'indagato nel registro delle notizie di reato

¹⁵ A. MANGIARACINA, *Il "tramonto" della contumacia e l'affermazione di una assenza "multi-forme"*, cit., 572, la quale rileva che, dai principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di restituzione in termini deriva che si

costituzionalmente orientata dell'art. 420-bis, comma 2, cod. proc. pen. alla stregua della quale il giudice non deve limitarsi a verificare la mera esistenza dell'elezione di domicilio, presupposto della presunzione di conoscenza, ma deve accertare, caso per caso, la sua idoneità a garantire all'accusato l'effettività di tale conoscenza, procedendo ad un controllo in concreto¹⁶.

Questa tesi, tuttavia, non appare condivisibile.

La disciplina dettata dalla legge n. 67 del 2014, invero, permette il processo *in absentia* quando ricorre la conoscenza da parte dell'imputato del procedimento che lo riguarda; nel contempo, gli impone l'onere di informarsi sul suo svolgimento e sul contenuto dell'accusa.

La legge citata, invece, non assegna all'autorità che procede l'onere di comunicare all'imputato il contenuto del procedimento, quale condizione per poter procedere in sua assenza¹⁷.

Se l'imputato ha dichiarato o eletto domicilio, anche presso il difensore d'ufficio, tanto basta per ritenerlo a conoscenza dell'esistenza del procedimento in cui ha esercitato quella facoltà e, quindi, per procedere in sua assenza. Come è stato autorevolmente rilevato, non bisogna confondere la conoscenza del procedimento con quella del suo contenuto: quest'ultima deriva dall'assolvimento di oneri informativi che, in modo del tutto ragionevole, gravano sull'imputato¹⁸. Si presume che quest'ultimo, rivolgendosi al domiciliatario, possa venire a sapere il contenuto del procedimento, oltre ad essere informato sulla sua celebrazione.

dovrebbe escludere che le notificazioni al difensore d'ufficio siano di per sé idonee a dimostrare l'effettiva conoscenza del procedimento da parte dell'imputato, a meno che non vi siano elementi da cui desumere che il difensore abbia rintracciato l'imputato ed instaurato con lo stesso un effettivo rapporto professionale.

¹⁶ Si veda L. VIGNALE, *Domicilio dichiarato o eletto e processo in absentia*, in *Questione Giustizia* 26 giugno 2014; A. CIAVOLA, *Assenza dell'imputato e dubbia sintomaticità dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio: una lettura costituzionalmente orientata*, nota a Tribunale di Asti, (ord.) 10 novembre 2015, in *Archivio Penale* 2016, n. 1, secondo cui l'accertamento della conoscenza del procedimento deve riguardare la precisa individuazione del giudizio, la completa indicazione delle norme di legge che si assumono violate nonché la data e il luogo del fatto, oltre alla imprescindibile chiara indicazione del nome del domiciliatario.

¹⁷ D. POTETTI, *I casi tipici di giudizio in assenza dell'imputato*, in *Cass. Pen.* 2015, 2484 e ss., il quale ha aggiunto che un siffatto onere dello Stato sarebbe poco ragionevole, anche perché il contenuto del procedimento (soprattutto l'imputazione, ma anche altri dati che lo caratterizzano) è suscettibile di modificazioni nel tempo, anche radicali, che potrebbero incidere sulla scelta dell'imputato di rimanere assente dal processo.

¹⁸ Cfr. D. POTETTI, *I casi tipici di giudizio in assenza dell'imputato*, cit. 2484 e ss.. È stato rilevato che, nell'art. 420-bis, comma 2, cod. proc. pen., «dietro ad un granito castello di finzioni è agevole cogliere una verità nascosta. Si tratta della previsione di un forte dovere informativo. Il legislatore, con il presumere dalla conoscenza del procedimento la conoscenza del processo e dell'accusa, "avverte" l'imputato che, attinto dalla notizia di qualsivoglia procedimento, non può lasciarlo cadere nell'oblio ma deve mettersi in condizioni di ricevere le notificazioni» così C. Conti, *Processo in absentia a un anno dalla riforma: praesumptum de praesumpto e spunti ricostruttivi*, in *Dir. pen. e proc.* 2015, 4, 461 e ss., la quale, peraltro, avverte che la Corte europea ha escluso più volte la configurabilità di un dovere di collaborazione per garantire l'efficacia del sistema delle notificazioni fin dalla sentenza Corte EDU 12/02/1985, Colozza c. Italia, in *Cass. Pen.*, 1985, p. 1241, con nota di G. UBERTIS, *Latitanza e contumacia secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo*, che rappresenta la pronuncia con la quale l'Italia è stata condannata per la prima volta a causa della mancanza di adeguate garanzie in materia di processo *in absentia*.

Da queste considerazioni consegue che non ha alcuna rilevanza il tempo trascorso fra l'elezione o la dichiarazione di domicilio e l'esercizio dell'azione penale, requisito per giunta non menzionato dalla norma¹⁹; non assume alcun valore il fatto che l'elezione di domicilio avvenga nel corso del procedimento piuttosto che all'inizio dello stesso; non rileva neppure che, al momento dell'elezione di domicilio, la notizia di reato non si fosse ancora delineata nella sua definitiva consistenza.

Gli interessi costituzionalmente protetti dell'azione e della giurisdizione penali, in altri termini, «possono tollerare di essere sacrificati solo nella misura necessaria per concedere all'imputato la possibilità di seguire le tappe e le sorti del "suo" procedimento, ma non oltre, fino a farsi carico dell'imputato smemorato o negligente, che dimentichi o non si curi di seguire il procedimento che lo riguarda»²⁰.

3. L'intervento della Corte Costituzionale.

Il tema illustrato, in ogni caso, presenta notevoli implicazioni sulla speditezza del processo e sul diritto di difesa. Per tale ragione è stato oggetto di una questione di legittimità costituzionale degli artt. 161 e 163 cod. proc. pen., sollevata dal Tribunale di Asti con ordinanza del 10 novembre 2015 con riferimento agli artt. 2, 3, 21, 24, 111 e 117 Cost., all'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici e all'art. 6 Cedu, nella parte in cui dette disposizioni del codice di rito non prevedono la notifica personale all'imputato dell'atto introduttivo del giudizio penale, nell'ipotesi di elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio. È stata prospettata, in particolare, la violazione del principio di ragionevolezza, del diritto di difesa e del diritto all'informazione sull'accusa penale²¹.

La Corte ha dichiarato inammissibile la questione, ravvisando il difetto del requisito della rilevanza e l'erronea indicazione delle norme oggetto di censura. Tra le norme sulla cui legittimità si dubitava, infatti, non era stato indicato l'art. 420-bis cod. proc. pen., cioè proprio la disposizione secondo cui il giudice deve celebrare il processo, in assenza dell'imputato, anche nell'ipotesi in cui nel corso del procedimento questi abbia eletto domicilio presso il difensore d'ufficio.

In questa pronuncia, tra l'altro, la Corte ha affermato che «l'individuazione degli strumenti attraverso cui consentire al giudice di verificare che l'assenza dell'imputato al processo sia espressione di una consapevole rinuncia a comparire non può che essere affidata alla discrezionalità del legislatore, trattandosi di scelte che investono la disciplina degli istituti processuali, nella specie quello delle notificazioni degli atti introduttivi del giudizio penale».

¹⁹ D. POTETTI, *I casi tipici di giudizio in assenza dell'imputato*, cit. 2484 e ss.

²⁰ D. POTETTI, *I casi tipici di giudizio in assenza dell'imputato*, cit. 2484 e ss.

²¹ Corte Cost. 9/02/2017, n. 31, in *Giur. Cost.* 2017, 1, 213, con nota di F. ALONZI, *La Corte costituzionale si pronuncia sul diritto alla conoscenza della vocatio in iudicium da parte dell'imputato*. Sulla sentenza si veda, tra gli altri, F. VARONE, *Elezione di domicilio presso il difensore e nuovo art. 162, comma 4-bis, cod. proc. pen., tra esegesi riduttive e applicazioni contra legem*, cit., 579 e ss..

Proprio questo monito è stato oggetto delle critiche, sollevate in particolare dall'Unione delle Camere penali italiane. È stato affermato, infatti, che «La Corte costituzionale ... ha (forse) chiuso le porte a possibili future questioni di costituzionalità sul punto, nella misura in cui, con un *obiter dictum* (peraltro non necessario), ha affermato che la pronuncia additiva richiesta dal giudice *a quo* implicherebbe una soluzione non costituzionalmente obbligata che eccede i propri poteri»²². Secondo questa lettura, l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio integra un'ipotesi di presunzione di conoscenza del processo da parte dell'imputato meramente astratta, con evidente contrasto della disciplina del processo *in absentia* con i parametri convenzionali (art. 6 CEDU) e costituzionali (artt. 2, 3, 24, 27, 111 e 117 Cost.).

4. La riforma introdotta dalla legge "Orlando".

La sentenza della Corte costituzionale appena illustrata ha aperto la strada all'introduzione del nuovo comma dell'art. 162 cod. proc. pen., la cui formulazione è stata precedentemente riportata.

La norma, ritenuta «assai laconica»²³, condiziona l'efficacia della dichiarazione di elezione del domicilio presso il difensore nominato d'ufficio, al fatto che essa sia accompagnata da una manifestazione di adesione alla stessa da parte del legale onerato della difesa officiosa²⁴. Se l'elezione di domicilio ha efficacia di regola dal giorno in cui perviene presso l'autorità procedente, nel caso in cui il difensore d'ufficio è individuato come domiciliatario, occorre un atto ulteriore per la produzione degli effetti, rappresentato dall'assenso del difensore domiciliatario²⁵.

La disposizione, invero, non prevede espressamente che il consenso sia manifestato all'esito di un preventivo contatto tra difensore d'ufficio e imputato; pur tuttavia si deve dare per supposta che avvenga una interlocuzione, tale da permettere al difensore di esprimere un consenso consapevole alla domiciliazione²⁶.

²² Cfr. *Il difensore d'ufficio e l'elezione di domicilio "forzata"*, comunicato dell'aprile 2017 dell'Osservatorio difesa d'ufficio "Paola Rebecchi", organismo istituito nell'ambito dell'Unione delle Camere penali italiane, reperibile in rete nel sito internet della rivista Parola alla difesa. Per una critica nei confronti della chiusura della Corte rispetto a future questioni di costituzionalità si veda anche F. VARONE, *Elezione di domicilio dell'imputato presso il difensore d'ufficio e processo in absentia: un discutibile caso di self-restraint della Corte Costituzionale*, in Cass. Pen. 2017, 2261.

²³ Così G. BERGAMASCHI, *La nuova disciplina dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio e le implicazioni negate dal Legislatore*, in *Il penalista*, Milano, 28 giugno 2017.

²⁴ È stato precisato che la domiciliazione presso il difensore di ufficio, perfezionandosi solo con la concorrente accettazione del domiciliatario, finisce per atteggiarsi alla stregua di un atto complesso (F. VIGGIANO, *Art. 162*, in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 2017, Milano, 3484).

²⁵ G. SPANGHER, *Elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio*, in G. SPANGHER (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al codice penale, Codice di procedura penale e ordinamento penitenziario*, Pisa, 2017, 104.

²⁶ A. GIARDA, *Le nuove indagini preliminari: rinforzo di garanzie ed accelerazioni funzionali*, cit., 1302; F. VERGINE, *Norme "minori" nella cd. riforma Orlando*, in G. M. BACCARI, C. BONZANO, K. LA REGINA, E. M. MANCUSO (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Padova, 2017, 171; F. VARONE, *Elezione di domicilio presso il difensore e*

Essa presuppone, quanto meno, che il difensore d'ufficio, seppur non abbia ancora avuto modo di confrontarsi con l'assistito, manifesti l'assenso alla domiciliazione nei soli casi in cui ritiene fondatamente di poter tenere aperto un canale di comunicazione.

Si può ritenere che, in tal modo, siano state create le condizioni per una difesa d'ufficio effettiva, fondata sulla concreta possibilità di instaurare e, soprattutto, di conservare nel tempo il rapporto informativo tra le parti. Proprio per tale conseguenza è stata pronosticata un'incidenza statistica assai ridotta dei casi di assenso all'elezione di domicilio²⁷, perché il difensore d'ufficio viene onerato di compiti informativi pieni e puntuali derivanti da un "*surplus di responsabilizzazione*" che scaturirebbe dal consenso prestato²⁸.

Il consenso del difensore, peraltro, non è soggetto all'uso di una forma particolare, potendo di conseguenza anche risultare dal verbale in cui si procede alla nomina di ufficio. Dall'atto deve emergere soltanto che, contattato e reso edotto dell'elezione di domicilio formulata dal suo assistito, il difensore abbia espresso la sua adesione²⁹.

nuovo art. 162, comma 4-bis, cod. proc. pen., tra esegesi riduttive e applicazioni contra legem, cit., 583, secondo cui la norma intende anche favorire il contatto tra il difensore d'ufficio e l'imputato; L. VIGNALE, *Processo in assenza ed elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio. L'art. 162, comma 4-bis, cod. proc. pen. e le ragioni di una riforma*, in *Questione Giustizia* 27 settembre 2017, secondo cui, quando l'indagato elegge domicilio presso il difensore d'ufficio, occorre assicurare un contatto tra domiciliato e domiciliatario.

²⁷ G. BISCARDI, *Un potenziamento del ruolo difensivo: Domicilio difensore d'ufficio, differimento dei colloqui in carcere, diritti d'informazione per l'offeso da reato*, in A. SCALFATI (a cura di), *La riforma della giustizia penale: Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Torino, 2017, 88.

²⁸ L'onere di informarsi sul procedimento, in verità, grava in prima battuta sull'indagato che ha eletto domicilio presso il difensore. Il Codice di deontologia forense, approvato dal Consiglio nazionale forense nella seduta del 31 gennaio 2014 e pubblicato sulla Gazzetta ufficiale del 16 ottobre 2014, all'art. 27, comma 1, intitolato "*Doveri di informazione*", prevede che "*l'avvocato deve informare chiaramente la parte assistita, all'atto dell'assunzione dell'incarico, delle caratteristiche e dell'importanza di quest'ultimo e delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione*". Al comma 6 della medesima disposizione, poi, è stabilito che "*l'avvocato, ogni qual volta ne venga richiesto, deve informare il cliente e la parte assistita sullo svolgimento del mandato a lui affidato e deve fornire loro copia di tutti gli atti e documenti ...*". In base a questa regola, dunque, è l'assistito che deve prendere l'iniziativa di informarsi sullo svolgimento dell'attività. L'art. 27, comma 7, della medesima disposizione, però, prevede che "*... l'avvocato deve comunicare alla parte assistita la necessità del compimento degli atti necessari ad evitare prescrizioni, decadenze o altri effetti pregiudizievoli relativi agli incarichi in corso*". L'art. 26 del medesimo codice deontologico, inoltre, impone al difensore di compiere con diligenza gli atti inerenti alla nomina ricevuta, in modo da non provocare una non scusabile e rilevante trascuratezza negli interessi della parte assistita. Queste norme, pertanto, comportano che l'avvocato assume il predetto onere informativo e ciò vale, a maggior ragione, quando è domiciliatario del suo assistito.

²⁹ Non è invece possibile una forma di assenso tacita, implicita o *per facta concludentia*, come, per esempio, nel caso di mancato rifiuto della notificazione, cfr. F. VARONE, *Elezione di domicilio presso il difensore e nuovo art. 162, comma 4-bis, cod. proc. pen., tra esegesi riduttive e applicazioni contra legem*, cit., 583. È stato affermato, in particolare, che vanno privilegiate quelle forme di manifestazione del consenso che consentano di verificare in maniera univoca la volontà del difensore d'ufficio, scoraggiando qualsiasi meccanismo presuntivo (così L. LAURICELLA, *L'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio*, cit. 4).

L'assenso del difensore domiciliatario, inoltre, non sembra debba essere necessariamente contestuale all'elezione di domicilio³⁰, essendo previsto che debba solo essere comunicato *"unitamente"* alla stessa.

Il riferimento alla *"autorità che procede"* implica necessariamente che tanto l'autorità di polizia, quanto quella giudiziaria, sia tenuta a ricevere anche l'adempimento prescritto. Anzi, deve ritenersi che la predetta autorità, nel momento in cui riceve l'elezione di domicilio, deve pretendere che l'imputato esibisca prova dell'assenso del difensore d'ufficio domiciliatario.

È stato ritenuto che, per assicurare una logica al sistema, in particolare perché l'art. 162, comma 1, cod. proc. pen. equipara la prima elezione ai successivi mutamenti, l'adesione è necessaria ogniqualvolta si indichi il difensore d'ufficio quale domiciliatario, indipendentemente dal fatto che detta indicazione sia la prima o una successiva³¹.

La disposizione, poi, impone espressamente solo la ricezione dell'assenso del difensore. Essa, invece, non vieta, che l'autorità che procede possa provvedere a sollecitare detta adesione anche di propria iniziativa, senza, cioè, ricevere una richiesta in tal senso dell'imputato o dell'indagato, consultando il difensore, in special modo se presente all'atto.

Il mancato assenso del difensore d'ufficio alla domiciliazione, comunque, non giustifica la sua sostituzione³².

È stato auspicato che, «per evitare un utilizzo strumentale della nuova disciplina», che la dichiarazione di assenso sia reputata irretrattabile³³. La dottrina prevalente, invece, ammette la successiva revoca dell'assenso del difensore d'ufficio o la rinuncia alla domiciliazione, anche se prevede che una tale evenienza verrà equiparata dalla giurisprudenza alle ipotesi di rifiuto della domiciliazione o delle connesse notifiche, che determinano l'inidoneità dell'elezione di domicilio, per sopravvenuta impossibilità di compiere le notificazioni nel domicilio eletto, con l'effetto che queste verranno eseguite al legale nominato *ex officio*, ai sensi dell'art. 161, comma 4, cod. proc. pen.³⁴

³⁰ Per la necessaria contemporaneità si è espresso F. VIGGIANO, *Art. 162*, in A. GIARDA – G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 2017, Milano, 3484.

³¹ F. VERGINE, *Norme "minori" nella cd. riforma Orlando*, cit. 171.

³² In dottrina è stato osservato che detta sostituzione si risolverebbe in un sostanziale aggiramento della nuova disposizione (A. MARANDOLA, *Alcuni interventi riguardanti la fase delle indagini preliminari*, in *Giur. It.* 2017, 10, 2253). Al riguardo, è stata denunciata dall'Osservatorio difesa d'ufficio "Paola Rebecchi" una prassi scorretta che sarebbe stata instaurata fin dalle prime applicazioni della nuova norma in esame, secondo la quale il mancato assenso all'elezione di domicilio provocherebbe la "revoca" del difensore d'ufficio designato per unilaterale iniziativa della polizia giudiziaria (cfr. *"Dall'elezione di domicilio forzata presso il difensore d'ufficio alla revoca forzata del difensore d'ufficio: l'eterogenesi dei fini dell'art. 162 co. 4-bis cod. proc. pen. ad opera della quotidiana prassi giudiziaria"*, documento del 13 dicembre 2017, reperibile in rete nel sito internet della rivista *Parola alla difesa*).

³³ L. LAURICELLA, *L'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio*, cit. 4.

³⁴ G. BERGAMASCHI, *La nuova disciplina dell'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio e le implicazioni neglette dal Legislatore*, in *Il penalista*, cit.; F. VARONE, *Elezione di domicilio presso il difensore e nuovo art. 162, comma 4-bis, cod. proc. pen., tra esegesi riduttive e applicazioni contra legem*, cit., 588, il quale, peraltro, auspica che siano

5. (segue) L'elezione di domicilio inefficace.

La disciplina contenuta nell'art. 161, comma 4-bis, cod. proc. pen. lascia aperto un aspetto delicato. Essa, infatti, si limita a prevedere che, nel caso in cui manca l'atto di assenso del difensore, l'elezione di domicilio *"non ha effetto"*, senza precisare le conseguenze di tale inefficacia³⁵.

In tale ipotesi, sono state ipotizzate due diverse soluzioni interpretative.

Secondo una prima lettura, nella norma citata la locuzione *"non ha effetto"* significa *"tamquam non esset"*, con la conseguenza che si deve procedere alla notifica nelle forme previste per la prima notifica all'imputato non detenuto dall'art. 157 cod. proc. pen. È stato sostenuto, in particolare, che tale opzione ermeneutica sarebbe l'unica conforme allo spirito della legge, che mira ad impedire modalità meramente formali di conoscenza, le quali che si tradurrebbero in inammissibili presunzioni di conoscenza dell'atto³⁶.

Una diversa opinione ritiene che l'aver indicato un domicilio senza effetto integrerebbe una condizione assimilabile alla mancanza o all'inidoneità del domicilio dichiarato o eletto prevista dall'art. 161, comma 4, cod. proc. pen. In questo caso, di conseguenza, la notifica potrebbe comunque essere effettuata al difensore di ufficio, ma ex art. 161, comma 4, cod. proc. pen.³⁷

A tale ultimo riguardo, è stato puntualizzato che la condizione di inidoneità o di mancanza del domicilio si determinerebbe soltanto all'esito di un nuovo invito dell'autorità che procede ad eleggere o dichiarare un domicilio³⁸. In questo momento, se l'indagato non provvede alla dichiarazione o all'elezione del domicilio in un luogo diverso ovvero insiste per quella presso l'avvocato d'ufficio, crea egli stesso il

accolte dalla giurisprudenza soluzioni che garantiscano l'effettiva conoscenza del procedimento da parte dell'imputato.

³⁵ In dottrina è stato affermato che l'impiego dell'espressione « *"non ha effetto"* » manifesta che il legislatore è stato distratto, superficiale, poco informato sul sistema della validità o della invalidità degli atti processuali, frettoloso, noncurante per il rispetto del principio di stratta legalità processuale fissato ormai in modo indiscutibile dall'art. 111 Cost., comma 1 ...», concludendosi che l'atto è nullo o addirittura inesistente per mancanza di un elemento essenziale (A. GIARDA, *Le nuove indagini preliminari: rinforzo di garanzie ed accelerazioni funzionali*, cit. 1302).

³⁶ A. MARANDOLA, *Alcuni interventi*, cit. 2253; L. VIGNALE, *Processo in assenza ed elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio. L'art. 162, comma 4-bis, cod. proc. pen. e le ragioni di una riforma*, in *Questione Giustizia* 27 settembre 2017; L. LAURICELLA, *L'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio*, cit., 3.

³⁷ In dottrina (F. VARONE, *Elezione di domicilio presso il difensore e nuovo art. 162, comma 4-bis, cod. proc. pen., tra esegesi riduttive e applicazioni contra legem*, cit., 585), peraltro, è stato evidenziato che la *"mancanza"* dell'elezione di domicilio è fatto giuridico diverso dall'inefficacia della stessa.

³⁸ Le linee guida elaborate da alcuni Procuratori della Repubblica prevedono proprio che quando manchi l'assenso del difensore, la polizia giudiziaria debba informare l'interessato che l'elezione di domicilio non ha effetto, invitandolo ad eleggere un nuovo domicilio (cfr. [Linee guida della Procura di Tivoli per l'applicazione della legge 23 giugno 2017, n. 103](#), in questa Rivista, 14 settembre 2017).

presupposto per la notifica al difensore ex art. 161, comma 4, cod. proc. pen., perché si rifiuta di rispondere all'invito oppure persevera nell'indicare un luogo inidoneo.

Accedendo alla prima opzione ermeneutica, le attività di identificazione dell'indagato e di invito a dichiarare o eleggere un domicilio, necessarie per il proficuo svolgimento del procedimento penale, sarebbero neutralizzate dal mancato assenso del difensore. A favore della seconda interpretazione, poi, milita la considerazione che l'indicazione di un domicilio inidoneo o inesistente ovvero la mancanza di tale elezione o dichiarazione, nonostante l'invito ricevuto, determina l'operatività di cui all'art. 161, comma 4, cod. proc. pen.

Tra le due soluzioni, tuttavia, si ritiene preferibile la prima, perché quella alternativa finirebbe con il vanificare la portata della nuova norma. La nuova disposizione verrebbe facilmente aggirata e si ritornerebbe a legittimare il fenomeno della domiciliazione "forzata" che si intendeva superare³⁹.

È stato sostenuto, inoltre, che, in quanto improduttiva di effetti, l'elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio "non assentita" non permette il processo in assenza⁴⁰, nonostante che «in una visuale estrema, la risposta positiva non parrebbe preclusa, posto che la mancanza di effetto sancita dal comma 4-bis dell'art. 162 è prescritta al solo scopo di vietare le notifiche in loco»⁴¹.

Sul punto si deve convenire.

Inefficace l'elezione di domicilio a cui l'avvocato non ha prestato consenso, invero, rimane produttiva di effetti solo la nomina del difensore d'ufficio, che è intervenuta su iniziativa dell'autorità che procede e non dell'indagato o dell'imputato. Questo atto, a differenza della nomina di un difensore di fiducia, non rientra tra quelli che, ai sensi dell'art. 420-bis, comma 2, cod. proc. pen., consentono lo svolgimento del procedimento in assenza.

La nomina fiduciaria, proveniente dall'imputato, infatti, sottende la possibilità di un flusso informativo tra lo stesso imputato ed il difensore di tale intensità da rendere ragionevole lo svolgimento del procedimento in assenza. Essa presuppone che l'imputato ha avuto conoscenza del procedimento e che, assolvendo agli oneri informativi che gravano su di lui, possa venire a sapere della sua celebrazione e del contenuto dell'accusa.

Non prevedendo la nomina del difensore d'ufficio tra gli atti che, ai sensi dell'art. 420-bis, comma 2, cod. proc. pen., permettono il procedimento in assenza, il legislatore ha manifestato di ritenere che, in questa seconda ipotesi, il descritto flusso informativo tra le parti possa essere di minore intensità.

³⁹ Secondo L. VIGNALE, *Processo in assenza ed elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio*, cit., nel caso in cui fosse inefficace l'elezione di domicilio per il mancato consenso del difensore alla stessa, ove si ritenesse possibile la notifica ex art. 161, comma 4, cod. proc. pen., non se disapplicherebbe la riforma, ma la si aggirerebbe.

⁴⁰ L. VIGNALE, *Processo in assenza ed elezione di domicilio presso il difensore d'ufficio*, cit.

⁴¹ G. BISCARDI, *Un potenziamento del ruolo difensivo*, cit. 88, il quale, pur propendendo per la soluzione contraria, rileva che, se l'imputato ha eletto domicilio, quantunque in modo inefficace, mostra di aver conoscenza del processo.

Dalla nomina del difensore d'ufficio (e da un'elezione di domicilio inefficace), dunque, non può inferirsi che la successiva assenza nel giudizio dell'imputato sia frutto di una rinuncia volontaria a presenziare.

6. Conseguenze sul piano del diritto intertemporale.

Il nuovo art. 162, comma 4-*bis*, cod. proc. pen. costituisce una norma processuale, in quanto individua il luogo nel quale l'imputato intende ricevere gli atti del procedimento. Trova applicazione, pertanto, la regola secondo cui la validità dell'atto deve essere valutata alla luce della normativa esistente al momento della elezione di domicilio.

Le elezioni di domicilio precedenti alla introduzione della nuova disposizione, pertanto, devono ritenersi pienamente efficaci e le notifiche effettuate in tal modo devono ritenersi ugualmente legittime.

Tale considerazione sembra potersi estendere anche all'*iter* notificatorio che interviene in un momento successivo all'entrata in vigore della novella sulla base di elezioni di domicilio compiute nella vigenza del vecchio regime. La considerazione per cui la disciplina applicabile era quella vigente al momento della elezione di domicilio sembra comportare che la stessa sia pienamente efficace, sicché legittimamente le notifiche anche successive al 3 agosto 2017, data di entrata in vigore della nuova disposizione, che dovessero essere necessarie, potrebbero essere effettuate valendosi della elezione di domicilio, anche senza l'assenso del domiciliatario. Ove il medesimo rifiutasse di ricevere l'atto subentrerebbe comunque la previsione dell'art. 161, comma quarto, cod. proc. pen., in quanto l'elezione di domicilio (da ritenersi validamente effettuata), sarebbe divenuta inidonea.

La possibilità di compiere le notifiche avvalendosi dell'elezione di domicilio precedente alla riforma, ovviamente, si riverbera sulla valutazione della possibilità di procedere al giudizio in assenza dell'imputato. Tale profilo non investe la fase delle indagini preliminari che potranno proseguire garantendo la notificazione all'indagato degli atti al medesimo destinati "avvalendosi" dell'indicazione del domiciliatario difensore di ufficio (indicato *ante* 3 agosto 2017).

La necessità di accertare l'effettiva conoscenza del procedimento in corso, con l'instaurazione di un rapporto professionale, peraltro, potrebbe aiutare a dipanare le questioni che potrebbero insorgere con riferimento a notificazioni compiute in base ad elezioni di domicilio effettuate prima dell'entrata in vigore della nuova norma.

UNA RESISTENZA ERMENEUTICA NON SCONTATA A VANTAGGIO DI UNA PRASSI DECISAMENTE CONSOLIDATA

Un ritorno...forse prevedibile

Nota a [Cass., Sez. V, sent. 23 novembre 2016 \(dep. 16 gennaio 2017\), n. 1840](#),

Pres. Fumo, Est. Scarlini, Ric. Aiello

di Mario Griffo

Abstract. *La quaestio concernente la possibilità, per il pubblico ministero, di “impedire” la scarcerazione, effettiva, del soggetto in favore del quale si sia omesso l’interrogatorio ex art. 294 c.p.p. sembrava ormai superata nel senso di ritenere precluso qualsiasi intervento — non giurisdizionale — tale da fraporsi all’acquisto della libertà dello stesso. Con la decisione in oggetto, tuttavia, si ritorna sul tema, fornendosi un’interpretazione del disposto di cui al comma 1 dell’art. 302 c.p.p. certamente distonica rispetto alla lettera ed alla ratio della previsione oltre che contrastante con la sistematica codicistica in tema di “reiterabilità” dei provvedimenti coercitivi.*

SOMMARIO: 1. Un ritorno inatteso figlio di un dibattito sempre aperto. – 2. Le tormentate evoluzioni di un istituto apparentemente perspicuo. – 3. Segue. Uno sguardo al passato. – 4. Procedimento cautelare e pubblico ministero: antologia di un ruolo imprescindibile. – 5. Una soluzione “alla lettera”.

1. Un ritorno inatteso figlio di un dibattito sempre aperto.

Torna alla ribalta la questione relativa alla corretta interpretazione del combinato disposto degli articoli 294 e 302 del codice di rito in riferimento alla possibilità per il pubblico ministero di emettere provvedimento di fermo nei confronti del soggetto beneficiario della perenzione di misura cautelare a seguito di omesso (o “invalido”) interrogatorio di garanzia.

Nella sentenza annotata, in controtendenza rispetto ad un orientamento giurisprudenziale che pareva ormai consolidato¹, si è ritenuto che la previsione

¹ V., sul punto, Cass., Sez. V, 6 ottobre 2014, n. 50992, *inedita*; cfr. Cass., Sez. IV, 16 gennaio 2001, Scala, in *Cass. pen.*, 2000, p. 696; Cass., Sez. IV, 29 gennaio 1999, Imbrice, in *Cass. pen.*, 2000, p. 985; Cass., Sez. V, 17 marzo 1999, Esposito, in *C.E.D. Cass.*, n. 213521; Cass., Sez. IV, 5 maggio 1999, Gammarota, *ivi*, n. 213817; Cass., Sez. III, 1° dicembre 1999, Bonesta, *ivi*, n. 215349; Cass., Sez. I, 12 ottobre 1998, Iannone, in *Cass. pen.*,

contenuta nell'art. 302 seconda parte c.p.p. autorizza il pubblico ministero a disporre il fermo dell'interrogando non richiedendo affatto che il "nuovo" interrogatorio di garanzia, ai fini dell'emissione della misura cautelare, avvenga *libero pede*, ma solo ed esclusivamente che il precedente titolo caducato non sia, di fatto, più operante al momento dello svolgimento dell'audizione del preposto.

Sulla scorta di tali premesse, il giudice estensore palesa esplicita adesione all'indirizzo espresso dalla sesta sezione penale della Corte di cassazione nella sentenza del 2 luglio 2008² ove veniva rigettato un ricorso proposto avverso ordinanza di convalida di fermo eseguito nei confronti di soggetto non materialmente scarcerato in conseguenza di omesso interrogatorio di garanzia e fondato sui medesimi elementi che avevano dato origine alla misura cautelare estinta.

Nella specie, ritenuto assolutamente legittimo il provvedimento con il quale il pubblico ministero disponeva il fermo del soggetto "scarcerato", si puntualizzava — in tal modo recependo l'orientamento minoritario assestatosi in materia³ — come l'art. 302 c.p.p. non preveda espressamente che l'interrogatorio di garanzia debba essere reso in stato di libertà, presupponendo esso che «il giudice possa valutare la difesa dell'indagato in un momento antecedente al ripristino della misura coercitiva poiché l'immediata scarcerazione ha il solo scopo di evitare che l'interrogatorio venga reso nell'illegittima protrazione di fatto del provvedimento estinto».

Orbene, in ragione di tanto non soltanto sarebbe legittimo il fermo disposto nelle more tra scarcerazione e nuovo interrogatorio ma risulterebbe, altresì, valido l'interrogatorio acquisito in stato di detenzione durante la (successiva) udienza di convalida.

Su di una sponda radicalmente opposta si collocano la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie le quali risultano pressoché concordi nel ritenere che alla dichiarazione di inefficacia della custodia cautelare debba seguire l'immediata scarcerazione del preposto e l'assunzione dell'interrogatorio, al quale lo stesso deve partecipare in stato di effettiva libertà⁴. Secondo tale orientamento, infatti, lo *status*

2000, p. 708; Cass., Sez. IV, 16 ottobre 1998, Patanè, in *Giur. it.*, 1999, p. 1478, con nota di INZERILLO, *Reiterazione di misure custodiali e contraddittorio*. Per pronunce più risalenti, si veda Cass., Sez. I, 2 novembre 1994, in *C.E.D. Cass.*, n. 203331; Cass., Sez. II, 24 febbraio 1993, Campoccia, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1899; Cass., Sez. VI, 22 gennaio 1992, Quarta, *ivi*, 1993, p. 613, con interessante nota di BERETTA, *Sul ripristino della custodia cautelare divenuta inefficace per omesso interrogatorio ai sensi dell'art. 294 c.p.p.*; Cass., Sez. V, 23 luglio 1992, Pezzolla, in *C.E.D. Cass.*, n. 191937; Cass., Sez. fer., 8 agosto 1991, Moriconi, in *Cass. pen.*, 1992, p. 703.

² V. Cass., Sez. VI, 2 luglio 2008, n. 38782, *inedita*; cfr. Cass., Sez. II, 24 maggio 2004, Ejili, in *Cass. pen.*, 2006, p. 161.

³ Cfr. Cass., Sez. I, 11 marzo 1996, Biondolillo, in *Cass. pen.*, 1998, p. 156; Cass., Sez. V., 14 maggio 1997, De Martino, in *Cass. pen.*, 1999, p. 234; Cass., Sez. V, 6 luglio 1994, Cacciolla, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2971.

⁴ Cass., Sez. VI, 24 ottobre 2002, Kamel, in *C.E.D. Cass.*, n. 227209; Cass., Sez. VI, 7 marzo 2000, Allegri, *ivi*, 2001, p. 570; Cass., Sez. VI, 25 novembre 1999, Modaffari, *ivi*, 2001, p. 1550; Cass., Sez. IV, 13 ottobre 1999, Caridi, *ivi*, 2001, 2134; Cass., Sez. IV, 12 gennaio 1999, Franchini, in *C.E.D. Cass.*, n. 213128; Cass., Sez. VI, 9 ottobre 1998, Manfredi, in *C.E.D. Cass.*, n. 211751; Cass., Sez. III, 9 settembre 1993, Emmanuello, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2160. In dottrina, ALBERTA, *Commentario breve al codice di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, *Sub art. 302 c.p.p.*, Padova, 2005, p. 972; BERETTA, *Sul ripristino della custodia cautelare divenuta inefficace per omesso interrogatorio ai sensi dell'art. 294 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 619, BUZZELLI, *Il contributo dell'imputato alla*

libertatis costituisce condizione inderogabile per il valido esercizio del diritto di difesa, condizionando, di conseguenza, l'applicazione di qualsivoglia provvedimento restrittivo, di natura cautelare o pre-cautelare.

Di tal che, nel passare in rassegna i passaggi tecnico-giuridici che hanno ispirato la opinabile decisione della quinta sezione penale della Suprema corte, bisogna rimestarne alcuni, significativi, enunciati. L'indagine, per vero, dovrà incentrarsi sulla corretta ermeneutica del disposto di cui al comma 1 dell'art. 302 c.p.p., non prima di aver tracciato le linee guida alle quali il legislatore ha inteso ispirare l'istituto dell'interrogatorio di garanzia. È questo, infatti, il percorso che conduce a penetrare le problematiche poste dalla decisione in commento, nonché a tracciare — anche in maniera critica — soluzioni coerenti rispetto alla sistematica del codice e certamente conformi al dato letterale della previsione normativa considerata. Soltanto in un secondo momento, e percorrendo un piano di indagine comunque sovrapposto a quello concernente l'attivazione cautelare del pubblico ministero, potrà definirsi lo *status* che deve connotare il soggetto da sottoporre ad interrogatorio di garanzia.

2. Le tormentate evoluzioni di un istituto apparentemente perspicuo.

Il diritto ad un pronto interrogatorio giudiziale riconosciuto a chi si trovi in stato di custodia cautelare «affonda le sue prime radici in clausole di fonte internazionale, quali l'art. 5, n. 3, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'art. 14, n. 3, del Patto internazionale sui diritti civili e politici»⁵. Ad ogni modo, è indubbio che l'art. 13 della Costituzione, letto in combinato disposto con l'art. 2 Cost., implica che l'uomo, anzi e meglio, la persona⁶ con il suo portato di esperienze ed emozioni è il centro del complesso sistema costituzionale ed è la chiave ermeneutica su cui far ruotare i principi in tema di libertà; *ergo*, «la compressione della stessa non può essere concepita fuori da un sistema di limiti e regole»⁷.

Nel contesto di tale sistema, “regolamentato”, diversamente dall'interrogatorio assunto dal pubblico ministero, che risponde a finalità squisitamente investigative, l'interrogatorio disciplinato dall'art. 294 c.p.p. possiede, oltre ad un'essenziale e generale

ricostruzione del fatto, in *La conoscenza del fatto nel processo penale*, a cura di Ubertis, Milano, 1992, p. 93; CARCANO-IZZO, *Arresto fermo e misure coercitive nel nuovo processo penale*, Padova, 1990, p. 148; CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003 p. 525; FELLI, *La remissione del provvedimento di custodia cautelare tra esigenze di garanzia ed esigenze di efficienza: i requisiti dell'art. 302 c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 2976; GREVI, *Le Misure cautelari*, in AA.VV., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, *Compendio di procedura penale*, Padova, 2003, p. 404.

⁵ GREVI, *Le misure cautelari*, in AA.VV., *Profili del nuovo codice di procedura penale*, a cura di Conso-Grevi, cit., (2003), p. 252 ss.

⁶ La scelta del costituente di identificare il soggetto titolare dei diritti costituzionali con la persona in opposizione all'individuo fu dettata dalla cd. ideologia personalistica. Si veda in proposito MOUNIER, *Le personallisme*, 1949, Parigi.

⁷ Testualmente, Cass., Sez. II, 12 marzo 1990, Savio, in *Giur. it.* 1990, II, p. 250, ove peraltro si connette il diritto alla immediata interlocuzione con il giudice della cautela proprio alla previsione di cui all'art. 13 Cost.

connotazione difensiva — comprovata, comunque, dall’espresso richiamo agli artt. 64 e 65 c.p.p. — una tipica funzione di controllo e di garanzia valida per tutto l’arco del procedimento, rappresentando, esso, lo strumento atto a saggiare, attraverso il contatto diretto tra giudice ed imputato-indagato, l’immediata verifica della ritualità e fondatezza del provvedimento cautelare⁸.

Ad esso non sono equipollenti né l’audizione della persona *in vinculis* nel corso del procedimento incidentale di riesame (art. 309 c.p.p.)⁹ né l’interrogatorio che il giudice deve assumere in caso di richiesta di revoca o di sostituzione della misura (art. 299, commi 3 e 3-ter, c.p.p.¹⁰), poiché presupposto di tale atto è che l’istanza fondi su elementi nuovi o diversi rispetto a quelli già vagliati *ab origine*¹¹.

L’interrogatorio di garanzia, dunque, è di peculiare importanza anche perché, all’esito di esso, il giudice, a norma del citato comma 3 dell’art. 299 c.p.p., può ordinare *ex officio* la revoca o la sostituzione della misura applicata, ovvero disporre accertamenti sulle condizioni di salute o sulle condizioni e qualità personali del soggetto sottoposto ad essa, se non in grado di decidere allo stato degli atti; la verifica giudiziale degli elementi posti a fondamento della misura concernerà, insomma, tutte le indicazioni fornite dal soggetto nel corso dell’audizione imponendo, di conseguenza, una disamina approfondita sulle esigenze cautelari, sui “presupposti” generali di applicabilità contemplati agli artt. 273 e 275 c.p.p. e circa la sussistenza della condizione relativa ai

⁸ Cfr. FERRAIOLI, *Il ruolo di garante del giudice per le indagini preliminari*, Padova, 1993 p. 184; GREVI, *Misure cautelari*, in *Compendio di procedura penale*, Padova, 2000, p. 380; LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, Torino, 1997, p. 263; NAPPI, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, 2001, p. 641; RUGGIERI, *La giurisdizione di garanzia nelle indagini preliminari*, Milano, 1996, p. 158; TEBRUSI, *Le misure personali di coercizione*, Torino, 2000, p. 184 s.; VARRASO, *Interrogatorio in vinculis dell’imputato: tra istanze di difesa, esigenze di garanzia, ragioni di accertamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1397 ss.

⁹ Non a caso, la materia è stata regolata, almeno fino al varo della legge n. 47 del 2015, dall’ottavo comma dell’art. 309 c.p.p., contenente rinvio alle disposizioni di cui all’art. 127 c.p.p. In tale modello, l’interessato ha diritto ad essere sentito se compare mentre qualora sia detenuto o internato in luogo posto fuori dalla circoscrizione e ne fa richiesta ha diritto di essere sentito prima dell’udienza camerale dal magistrato di sorveglianza del luogo (art. 127, comma 3, c.p.p.). Ed è in tale contesto che è intervenuto l’art. 11 della l. n. 47 del 2015 disponendo che con la richiesta di riesame, oltre a poter essere enunciati i motivi, “l’imputato può chiedere di comparire personalmente”. La novella, comunque, non ha in alcun modo “toccato” il rinvio alle disposizioni dettate in via generale per il procedimento in camera di consiglio (art. 127 c.p.p.). Ad ogni modo, la scelta di comparire o meno in udienza e/o di chiedere di essere sentito dal tribunale risponde ovviamente anche – se non soprattutto – ad esigenze e valutazioni difensive di natura squisitamente tecnica, che sembra ben difficile “pretendere” già in sede di presentazione della richiesta di riesame (per una disamina più approfondita del tema si rimanda ad ADORNO, *Sub art. 309 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda-Spangher, Milano, 2017, p. 3390 ss.).

¹⁰ Al comma 3 dell’art. 299 c.p.p. è previsto che il giudice provvede, anche di ufficio, alla revoca o alla sostituzione della misura cautelare “quando assume l’interrogatorio della persona in stato di custodia cautelare”. Invece, il comma 3-ter della richiamata previsione attribuisce la facoltà al giudice di esperire l’atto “valutati gli elementi addotti per la revoca o la sostituzione delle misure”. Lo svolgimento dell’interrogatorio, tuttavia, è obbligatorio “se l’istanza di revoca o di sostituzione è basata su elementi nuovi o diversi rispetto a quelli già valutati”.

¹¹ Così, Cass., Sez. Un., 28 gennaio 1998, Budini, in *Cass. pen.*, 1998, p. 2324.

limiti di pena previsti dagli artt. 280 e 287 c.p.p., rispettivamente, per le misure coercitive ed interdittive¹².

Questa interpretazione risente del fondamentale principio di civiltà giuridica secondo il quale la libertà personale è bene primario, situato al primo posto tra i diritti inviolabili dell'individuo e presidiato dalla duplice riserva di giurisdizione e di legge secondo il disposto di cui all'art. 13 Cost. (anche se la ricerca delle finalità legittimanti la custodia cautelare incentrata sull'analisi del solo art. 13 Cost. non ha fornito risultati soddisfacenti, tanto da coniarsi l'espressione: "*vuoto dei fini*"¹³).

In siffatta prospettiva, la valorizzazione della funzione difensiva dell'interrogatorio di che trattasi e l'esigenza di consentire un costante vaglio giurisdizionale sulle ragioni della permanenza dello *status* custodiale, in coerenza con i principi di adeguatezza e proporzionalità cui si informa il sistema delle misure cautelari, hanno indotto il legislatore (con l'art. 2 del d.l. 22 febbraio 1999, n. 29, convertito, con modificazioni, in l. 21 aprile 1999, n. 109) ad estenderne l'ambito di operatività oltre la fase delle indagini preliminari, affidandone la conduzione al giudice che ha deciso in ordine all'applicazione della misura cautelare, fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, ed al presidente del collegio o ad un giudice da lui delegato quando la stessa sia disposta dalla Corte d'assise o dal tribunale¹⁴.

Quanto ai limiti concernenti l'estensione applicativa dell'istituto, tuttavia, la giurisprudenza ha precisato: a) che nell'ipotesi di emissione di una nuova misura custodiale in seguito alla dichiarazione di inefficacia di quella precedente nelle evenienze contemplate dai commi 5 e 10 dell'art. 309 c.p.p., il giudice per le indagini preliminari non ha l'obbligo di interrogare l'indagato prima di ripristinare nei suoi confronti il regime carcerari, a meno che a base della "nuova" ordinanza non vengano addotti "fatti nuovi"¹⁵; b) che per le misure cautelari applicate nel corso delle indagini preliminari o dell'udienza preliminare, ma eseguite dopo l'avvenuta trasmissione degli atti al giudice del dibattimento, fino alla dichiarazione di apertura del dibattimento, l'interrogatorio di garanzia deve essere eseguito, nei termini di legge, dal giudice per le indagini preliminari o dal giudice dell'udienza preliminare che ha emesso la misura; questo giudice sarà, quindi, legittimato a verificare la permanenza delle condizioni di applicabilità e delle esigenze cautelari nonché ad ordinare, anche d'ufficio, a norma degli artt. 306 c.p.p. e 98 disp. att. c.p.p., l'immediata liberazione del preposto nelle ipotesi di perdita di efficacia della misura cautelare¹⁶.

Va comunque evidenziato che perno della disciplina di cui all'art. 294 c.p.p. — che conferisce piena effettività all'atto — era (ed è) rimasta, anche a fronte dei numerosi interventi sulla norma, la sanzione processuale prevista per il mancato svolgimento

¹² DE AMICIS, *Codice di procedura penale, Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, diretta da Lattanti-Lupo, *Sub art. 294 c.p.p.*, vol. IV, Milano, 2003, p. 596 ss.

¹³ Testualmente, GREVI, *Libertà personale dell'imputato*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, p. 330.

¹⁴ SPANGHER, *Le nuove disposizioni sulla competenza per materia e l'interrogatorio di garanzia*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 275; SPANGHER, *Convertito il decreto legge in tema di competenza per materia e interrogatorio di garanzia*, *ivi*, 1999, p. 553.

¹⁵ Cass., Sez. I, 1 febbraio 2000, Carloni, in *C.E.D. Cass.*, n. 215407

¹⁶ Cass., Sez. III, 17 dicembre 2002, Bianco, in *Guida dir.*, 2003, n. 20, p. 100

dell'interrogatorio nei termini: la caducazione automatica della misura, ovvero la più drastica delle sanzioni.

3. Segue. Uno sguardo al passato.

Stabilisce l'art. 302 c.p.p. che la custodia cautelare perde immediatamente efficacia se il giudice che ha emesso la relativa ordinanza non provvede nei termini indicati dall'art. 294 c.p.p. all'interrogatorio di garanzia¹⁷. La norma prosegue, poi, prevedendo che a seguito della liberazione dell'indagato la misura possa essere nuovamente disposta, su richiesta del pubblico ministero, solo previo interrogatorio dello stesso, qualora il giudice ritenga ancora sussistenti le "condizioni" indicate negli artt. 273, 274 e 275 del codice di rito.

Il riconoscimento che il colloquio "postumo" tra persona sottoposta a misura cautelare e giudice è rivolto a consentire a quest'ultimo la verifica della permanenza delle condizioni poste a base del provvedimento emesso non può non implicare la previsione di un rimedio nel caso in cui non si proceda all'adempimento nei tempi e nei modi fissati dalla legge: alla omissione ovvero alla invalidità dell'atto, come detto, «la legge ricollega la perdita di efficacia della ordinanza adottata ai sensi dell'art. 292 c.p.p.»¹⁸.

La norma recepisce, in sostanza, l'orientamento maturato con riguardo al previgente art. 365 c.p.p. a mente del quale la perenzione della misura costituiva implicazione — obbligata — funzionale a garantire all'"indiziato" il diritto ad essere interrogato "da libero"¹⁹.

Nella Relazione al progetto preliminare al codice del 1988, infatti, si legge come la previsione di cui all'art. 302 c.p.p., nell'attuare la direttiva n. 60 della legge-delega alla emanazione del codice di rito, riproduca proprio la disposizione contenuta nell'art. 365 c.p.p. 1930. Specificamente, in tale Relazione testualmente si legge: «la misura può essere nuovamente disposta per gli stessi motivi dopo che l'indiziato sia stato interrogato in stato di libertà e sempre che, tenuto conto di quanto emerso nel corso dell'interrogatorio, ne ricorrano ancora i presupposti»²⁰.

Il riferimento si palesa assolutamente conferente rispetto alla menzionata direttiva n. 60 della legge-delega alla emanazione del codice di rito, ove è statuito il «diritto dell'imputato in stato di custodia cautelare ad essere interrogato nella fase delle

¹⁷ All'omissione dell'interrogatorio è stata equiparata la nullità dello stesso per inosservanza delle garanzie difensive o per altra ragione; v., sul punto, Cass., Sez. I, 17 marzo 1993, Papalia, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1897; Cass., Sez. fer., 6 agosto 1992, in *Giust. pen.*, 1992, III, c. 658; Cass., Sez. I, 4 novembre 1991, Ugon, in *Cass. pen.*, 1993, p. 607.

¹⁸ PISANI, *Caducazione*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, p. 775; ID., *Libertà personale e caducazione*, in *Libertà personale e processo*, Padova, 1974, pp. 61-62.

¹⁹ Cass., Sez. VI, 22 maggio 1991, Spazio, in *Cass. pen.*, 1992, p. 104. Cfr. Cass., Sez. II, 26 aprile 1985, D'Angelo, in *Cass. pen.*, 1985, p. 1155.

²⁰ Cfr. *Relazione al Prog. prel. del c.p.p.*, in *Speciale Documenti Giustizia*, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato, 1988, II, p. 166.

indagini preliminari immediatamente e comunque non oltre cinque giorni dalla esecuzione del provvedimento privativo della libertà personale; liberazione dell'imputato che non sia stato interrogato entro detto termine, salvo che ciò sia dipeso da assoluto impedimento del quale il giudice dà atto con decreto; nuovo decorso del termine dalla data della notifica della cessazione dell'impedimento».

Viepiù, anche grazie all'intervento interpolatorio realizzato ad opera della legge 28 luglio 1984, n. 398, già sotto la vigenza del codice Rocco, era sancita la immediata liberazione dell'imputato ove lo stesso non fosse stato interrogato nel termine di 15 giorni dall'arresto. Peraltro, in via meramente ermeneutica²¹, all'epoca si ritenne che ai fini della emissione del nuovo provvedimento coercitivo era indispensabile un ulteriore presupposto: l'imputato doveva essere prima interrogato, in stato di libertà, sui fatti oggetto delle "accuse" mossegli²².

Chiaro il fine della enunciazione di diritto: scongiurare il protrarsi della custodia e lo svolgimento dell'interrogatorio dell'imputato *in vinculis* oltre che consentire allo stesso, dopo la scarcerazione, di difendersi in stato di libertà in relazione ai reati contestati.

Tale interpretazione, come accennato, ha trovato pieno riconoscimento legislativo all'interno della formulazione dell'art. 302 c.p.p.

²¹ La motivazione integrale di tale provvedimento (sent. 28 gennaio 1985, Annunziata) si può leggere in *Giust. pen.*, 1985, III, c. 518, con nota critica di MELCHIONDA, *L'aggiramento della «nuova» scarcerazione automatica: dai buoni propositi ai cattivi risultati*. Sullo stesso argomento, v. BONETTO, *Commento alla l. 28 luglio 1984 n. 398, art. 10*, in *Legisl. pen.*, 1985, p. 171.

²² Proprio in questi termini si esprimeva la Cassazione nella citata sentenza 28 gennaio 1985, Annunziata, in uno dei suoi primi interventi sull'articolo 365 c.p.p. novellato, che costituì, di fatto, il precedente cui in seguito si adeguarono le successive pronunce sino al consolidamento dell'orientamento.

Meritano attenzione alcuni passaggi argomentativi della stessa decisione che appaiono illuminanti ai fini di individuare la corretta interpretazione dell'art. 302 c.p.p. Si evidenziava in quella pronuncia che con l'introduzione del nuovo comma 1 dell'art. 365 c.p.p. 1930 la custodia cautelare veniva sottoposta *ab initio* alla condizione risolutiva, avente efficacia *ex nunc*, del mancato interrogatorio dell'imputato detenuto, mentre il conseguente obbligo per il giudice di disporre la scarcerazione veniva a porsi come sanzione in termini processuali dell'omessa osservanza del precedente obbligo di tempestivo interrogatorio. Il legislatore, introducendo così una nuova ipotesi di «cessazione automatica» della custodia cautelare — si legge nella decisione — aveva inteso dare più incisiva e concreta attuazione ai principi costituzionali del diritto di difesa, di libertà personale e di presunzione di non colpevolezza.

Tra l'altro, sulla natura garantista e di strumento di difesa dell'interrogatorio in esame sotto la vigenza del codice Rocco, a seguito della modifica legislativa dell'art. 365 c.p.p. 1930, si era espressa unanimemente la giurisprudenza di legittimità; si vedano, in particolare, Cass., Sez. I, 15 marzo 1985, Di Gioia, in *Cass. pen.*, 1985, p. 1154; Cass., Sez. II, 26 aprile 1985, D'Angelo, *ivi*, 1985, p. 1155; Cass., Sez. I, 5 maggio 1986, Pagano, in *Foro it.*, 1987, II, c. 430; Cass., Sez. I, 1° dicembre 1986, Giuliano, in *Cass. pen.*, 1988, p. 484; Cass., Sez. Un., 16 aprile 1988, Campione, *ivi*, 1988, p. 1593. In dottrina si vedano BONETTO, *Commento*, cit., p. 168; GREVI, *La garanzia dell'intervento giurisdizionale nel corso delle indagini preliminari*, in *Giust. pen.*, 1988, I, c. 360; MAZZOLENI, *Interrogatorio viziato e custodia cautelare*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 1218; PERCHINUNNO, *La scarcerazione automatica per omesso interrogatorio dell'imputato detenuto*, in AA.VV., *La nuova disciplina della libertà personale*, a cura di Grevi, Padova, 1985, p. 353 ss. Per il nuovo codice si veda per tutti BILANCETTI, *Le funzioni del giudice nella fase delle indagini preliminari*, in *Giust. pen.*, 1989, III, c. 299.

La previsione sottopone, *ab initio*, la misura cautelare a condizione risolutiva obbligando, conseguentemente, il giudice a disporre la scarcerazione del preposto ogniqualvolta si materializzi l'omissione o l'invalidità dell'atto di garanzia.

Da tanto discende che il provvedimento coercitivo può definirsi, per ciò solo, "statuizione a termine"²³.

La perenzione della restrizione cautelare *ab origine* imposta, inferibile dal combinato disposto degli articoli 294 e 302 c.p.p., implica, infatti, che il mancato espletamento dell'interrogatorio di garanzia (ovvero la invalidità dello stesso) costituisce, *ex se*, causa di inefficacia sopravvenuta di un atto (l'ordinanza cautelare per l'appunto) perfettamente valido e produttivo di effetti *ab initio*.

Di converso, l'esito caducatorio determinato dalla operatività del disposto di cui all'art. 302 c.p.p. rende l'interrogatorio dell'indagato, "da libero", *condicio* imprescindibile per il valido esercizio del "nuovo" potere cautelare.

Da un punto di vista generale, comunque, opererà l'art. 306, comma 1, c.p.p. a mente del quale «nei casi in cui la custodia cautelare perde efficacia secondo le norme del presente titolo, il giudice dispone con ordinanza l'immediata liberazione della persona sottoposta alla misura».

Ad ogni buon conto, ai fini della reiterazione del provvedimento cautelare — che non presuppone l'integrarsi di ulteriori o nuovi elementi ovvero il prospettarsi di differenti valutazioni²⁴ — si richiede soltanto che il decidente dia conto del vizio di inefficacia della precedente misura e ne valuti specificamente l'incidenza nei riguardi del preposto²⁵.

Il legame esistente tra l'art. 294 e l'art. 302 c.p.p., in altri termini, fa sì che la misura venga meno per un difetto sopravvenuto che non incide affatto sulla fondatezza e sulla legittimità delle ragioni (artt. 273 e 274 c.p.p.) e delle argomentazioni ad essa originariamente sottese: il che, come palesato, consente che la misura caducata sia restaurabile, semplicemente, a richiesta del pubblico ministero dopo l'interrogatorio del soggetto "libero" e sempre che questi non risulti ristretto per una misura riguardante altro "fatto".

In termini meramente formali, l'interrogatorio da espletarsi in via anticipata non presenta profili di divergenza rispetto a quello che il giudice era tenuto a svolgere a mente dell'art. 294 c.p.p.: parimenti ad esso, l'audizione a conduzione esclusivamente giurisdizionale andrà condotta secondo le scadenze di cui agli artt. 64 e 65 c.p.p. e con la obbligatoria (necessaria) presenza del difensore.

Dal punto di vista "sostanziale", viceversa, l'interrogatorio in oggetto rappresenta il presupposto necessario per emettere una seconda misura cautelare, assumendo, così, connotazioni significativamente diverse da quelle funzioni di controllo

²³ MARANDOLA, *L'interrogatorio di garanzia*, Padova, 2006, p. 487.

²⁴ Cass., Sez. Un., 20 aprile 2004, Donelli, in *Cass. pen.*, 2004, p. 2746, con nota di SPAGNOLO, *I poteri cognitivi e decisori del tribunale della libertà investito dell'appello de libertate del pubblico ministero: i confini tra devolutum e novum*; in *Giur. it.*, 2005, p. 132.

²⁵ Su tutte, Cass., Sez. V, 29 marzo 2000, Virga, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1551; Cass., Sez. V, 24 giugno 1997, De Martino, in *C.E.D. Cass.*, n. 208020.

che ordinariamente lo caratterizzano²⁶: la legge intende porre il giudice nella condizione di valutare la preventiva difesa dell'indagato-imputato e di consentirgli di effettuare un vaglio *ex ante* sulla fondatezza e sulla accoglibilità della domanda cautelare avanzata dalla accusa.

Non casualmente, mentre nell'art. 294 c.p.p. si prescrive che il giudice, all'esito dell'interrogatorio, deve valutare se permangono le condizioni di applicabilità della misura cautelare, nell'art. 302 c.p.p. si sottolinea come lo stesso, dopo l'interrogatorio, debba verificare la sussistenza dei presupposti e delle condizioni di cui agli artt. 273, 274 e 275 c.p.p.

4. Procedimento cautelare e pubblico ministero: antologia di un ruolo imprescindibile.

Nella sentenza in commento — come accennato — si sostiene che nelle ipotesi di estinzione della misura per omesso interrogatorio l'indagato, una volta “liberato”, nel senso di non essere più formalmente sottoposto agli effetti del provvedimento caducato, possa essere sottoposto, ricorrendone i presupposti, a fermo da parte del pubblico ministero. Questa strada è stata ritenuta percorribile sul presupposto che il divieto stabilito dall'art. 302 c.p.p. riguarderebbe il giudice e non il pubblico ministero il quale, pertanto, sarebbe in condizione di emettere un decreto di fermo che oltre ad avere natura provvisoria si caratterizzerebbe per la coesistenza degli elementi di cui agli artt. 273 e 274 c.p.p., per il pericolo di fuga e, soprattutto, per la previsione di una pena edittale più elevata rispetto a quella legittimante l'emissione di una ordinanza cautelare.

Nella enunciata direzione, insomma, il fermo non sarebbe riproduttivo del precedente provvedimento custodiale ma, secondo i giudici di piazza Cavour, dalla ritualità dello stesso e dalla possibilità di procedere ad interrogatorio nel corso della relativa udienza di convalida discenderebbe la legittimità del “secondo” provvedimento restrittivo, non potendosi ritenere violato «il disposto dell'art. 302 c.p.p., in tema di condizione dell'indagato al momento dell'interrogatorio, che attiene a diversa sequenza procedimentale»²⁷.

La decisione in disamina, prima ancora di sollecitare l'attenzione sulle modalità attraverso le quali deve esperirsi l'interrogatorio del soggetto da sottoporre a nuovo titolo custodiale — a cui riferisce prevalente attenzione lo stesso giudice estensore — pone un interrogativo la cui soluzione assume rilievo precipuo nella economia della presente trattazione: la possibilità, per il pubblico ministero, di “interferire” con il procedimento che conduce al ripristino della misura cautelare.

Riannodando il discorso a quanto detto in precedenza, appare evidente come l'art. 302 c.p.p. esprima l'archetipo dei rapporti tra la perenzione legale del titolo e la sua possibile reiterazione²⁸.

²⁶ BUZZELLI, *Il contributo dell'imputato*, cit., p. 95.

²⁷ Sul punto, si rimanda specificamente ai contenuti del paragrafo 5 della sentenza annotata.

²⁸ Cass., Sez. II, 7 settembre 1991, Piscitello, in *Giust. pen.*, 1992, III, c. 27; Cass., Sez. II, 16 febbraio 1991,

La previsione, in tale prospettiva, sarebbe espressione del principio della inesistenza di preclusioni alla reiterabilità, anche in forza dei medesimi elementi giustificativi, di precedente provvedimento cautelare secondo il canone al quale risulta ispirato l'intero assetto della disciplina, come emergente dagli artt. 297, comma 3, e 307, comma 2, c.p.p. nonché corroborato dall'art. 27 c.p.p.

A tal uopo, la prima disposizione considera i casi nei quali siano emessi più provvedimenti cautelari — relativi allo stesso “fatto”, anche se diversamente circostanziato o qualificato — riconoscendo, *a contrario*, la possibile adozione di più titoli relativi ad un unico episodio; quanto all'art. 307 c.p.p., ove persista l'esigenza cautelare, lo “scarcerato” è passibile di altre misure coercitive ed interdittive.

Quanto al secondo termine di raffronto, «il limite temporale dell'efficacia della misura cautelare disposta dal giudice incompetente, non comporta alcuna preclusione all'esercizio del potere-dovere del giudice competente di emettere successivamente il provvedimento applicativo di detta misura, ancorché sulla base degli stessi presupposti e delle stesse esigenze cautelari, ove sussistenti»²⁹.

Dall'insieme di siffatti elementi prende le mosse il riconoscimento della legittima reiterazione della azione cautelare ogniqualvolta la sua inefficacia sia connessa a profili formali³⁰ e non a presupposti sostanziali. La caducazione della misura è inidonea a produrre un *preiudicatum* sostanziale e, dunque, non pone il soggetto, che pur ha goduto della liberazione, al riparo da successivi provvedimenti coercitivi³¹.

L'approccio non può essere condiviso.

Nell'evenienza di perdita di efficacia della misura cautelare per omesso interrogatorio *ex art. 294 c.p.p.* al pubblico ministero spetterà, stante il disposto di cui all'art. 302 c.p.p., soltanto la possibilità di avanzare una “nuova” richiesta cautelare ai sensi dell'art. 291 c.p.p., pur se avente ad oggetto i medesimi presupposti sostanziali che avevano determinato l'adozione del primo titolo cautelare. Non è riconosciuta, insomma, allo stesso la possibilità di adottare una misura pre-cautelare (peraltro soggetta a convalida) e, di conseguenza, ricorrere ad un *escamotage*, basato su presupposti procedurali diversi, che aggiri le garanzie — inviolabili — di libertà poste dall'art. 302 c.p.p.

È, *in primis*, la lettera della norma a precludere la esperibilità del potere di fermo nei confronti del soggetto “liberato” a seguito di omissione dell'interrogatorio di garanzia³².

Il secondo periodo del comma 1 dell'art. 302 c.p.p., poi, individua in maniera inequivoca il procedimento (l'unico) — *ex art. 291 c.p.p.* — che può condurre alla rinnovazione della misura cautelare. Invero, dalla previsione in oggetto si inferisce

Lamari, in *C.E.D. Cass.*, n. 186828, *Cass.*, Sez. Fer., 2 novembre 1990, Palma, in *Cass. pen.*, 1991, II, p. 356.

²⁹ *Cass.*, Sez. Un., 29 luglio 1993, Silvano, in *Cass. pen.*, 1994, p. 42. Così anche *Cass.*, Sez. VI, 20 novembre 1997, Pacini Battaglia, in *C.E.D. Cass.*, n. 210043.

³⁰ V., sul punto, *Relazione al progetto preliminare del 1988*, in CONSO-GREVI-NEPPI MODONA, *Il nuovo codice di procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati*, vol. IV, *Il progetto preliminare del 1988*, Padova, 1990, p. 743.

³¹ Cfr. CARCANO-IZZO, *Arresto, fermo e misure coercitive nel nuovo processo penale*, cit., p. 179.

³² In argomento, GRILLI, *Ripristino della custodia cautelare estinta ex art. 302 c.p.p. e previo interrogatorio in stato di libertà*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 162.

testualmente come la misura possa essere nuovamente disposta “dal giudice su richiesta del pubblico ministero”, ovviamente previo interrogatorio del preposto.

Insomma, soltanto attraverso un’ordinanza del giudice, sollecitata da una richiesta del pubblico ministero, è possibile comprimere la libertà personale a seguito della caducazione, per mero vizio formale, del provvedimento custodiale “originario”.

D’altro canto, sempre l’art. 302 c.p.p. richiede, ai fini dell’emissione del nuovo provvedimento restrittivo, la necessaria ponderazione dei “gravi indizi di colpevolezza” e di “tutti” i *pericula* di cui all’art. 274 c.p.p., a differenza di quanto imposto per la adozione del provvedimento di fermo.

Esemplificativamente, la formulazione letterale dell’art. 302 c.p.p. certamente ingenera una preclusione alla restrizione carceraria nel senso che pur in presenza degli estremi per disporre il fermo di “indiziato” non si può dare corso ad esso.

Ad opinare diversamente si finirebbe per rendere vana la previsione considerata la quale rimarrebbe, di fatto, inapplicata stante la possibilità per il pubblico ministero di eludere il disposto normativo che vuole l’indagato “libero”, in modo da precludere la praticabilità di percorsi diversi dalla adozione della misura cautelare in condizioni non restrittive.

In conclusione, è evidente come al pubblico ministero — in caso di perdita di efficacia della misura — competa, eventualmente, la possibilità di inoltrare domanda cautelare funzionale alla adozione di un “nuovo” provvedimento giurisdizionale, non competendo allo stesso alcun potere restrittivo “diretto”, espletabile attraverso il ricorso al fermo di “indiziato” di delitto.

5. Una soluzione “alla lettera”.

Le argomentazioni sinora sviluppate, incentrate sulla interpretazione letterale dell’art. 302 c.p.p., depongono nella direzione di ritenere preclusa — nell’ipotesi di perdita di efficacia della misura cautelare per omesso espletamento dell’interrogatorio di garanzia — qualsivoglia modalità di restrizione della libertà personale che anticipi l’ordinario procedimento applicativo della misura. La attivazione dello stesso, comunque, dovrà succedere alla effettiva liberazione del preposto ed allo svolgimento dell’interrogatorio del medesimo.

Se il pubblico ministero non può bloccare il soggetto sulla soglia dell’istituto di detenzione quest’ultimo, da libero, parteciperà all’interrogatorio e, parimenti da libero, subirà la nuova restrizione cautelare.

Da tanto discende che la rimessione in libertà costituisce atto “vincolato”, “automatico” e tendenzialmente stabile: verificatasi la condizione di legge, sorge in capo all’indagato-imputato il diritto soggettivo alla scarcerazione³³. La mancata identificazione del soggetto, l’intempestiva contestazione dell’accusa e l’impossibilità di

³³ MELCHIONDA, *L’aggiramento della “nuova” scarcerazione automatica, dai buoni propositi ai cattivi risultati*, cit., c. 526.

esporre la propria tesi difensiva entro i definiti limiti temporali infirmano la “legalità” del provvedimento cautelare. La liberazione dell’“arrestato”, di tal che, costituisce sanzione alla obiettiva “inerzia del processo”³⁴ ed è del tutto indipendente dai presupposti legittimanti la misura cautelare; essa, infatti, opera su di un terreno squisitamente formale, non ricollegandosi ad eventuali vizi di legittimità o di merito dell’originario provvedimento custodiale.

La finalità della previsione di cui all’art. 302 c.p.p., tesa ad attuare i principi costituzionali in tema di diritto di difesa, di libertà personale e di presunzione di non colpevolezza determina, quindi, che la sanzione endoprocessuale in essa contemplata³⁵ rivesta “efficacia cogente”³⁶.

E la conclusione trova avallo in una ulteriore considerazione.

Dalla previsione dell’art. 307 c.p.p. discende, come detto, che, estinta la misura per decorso dei termini, non può esserne emessa una nuova per lo stesso “fatto”. Principio che il legislatore ha inteso mitigare introducendo le eccezioni previste al comma 2 della stessa. Ad ogni buon conto, ogni altra evenienza impedisce la restaurazione della misura cautelare in quanto simili norme, *in malam partem*, rifiutano estensioni analogiche.

In tale ambito deve essere, viepiù, collocata la esperibilità del fermo dello scarcerato a mo’ di disposizione eccezionale rispetto al generale principio della inapplicabilità di misure comunque restrittive della libertà personale, per lo stesso “fatto”, nei confronti di colui il quale sia stato precedentemente liberato per decorrenza termini³⁷.

La considerazione consente di fugare qualsiasi dubbio residuo in ordine alla ermeneutica del disposto di cui all’art. 302 c.p.p.

³⁴ Cass., Sez. II, 11 maggio 1985, D’Angelo, in *Cass. pen.*, 1985, p. 1155.

³⁵ PISANI, *Le sanzioni per violazione dei diritti dell’imputato*, in «Italian style», figure e forme del nuovo processo penale, Padova, 1998, p. 61.

³⁶ PERCHINUNNO, *La scarcerazione automatica per omesso interrogatorio*, cit., p. 362

³⁷ V. ALONZI, *Art. 302 c.p.p., un non condivisibile ripensamento della suprema corte*, in *Cass. pen.*, 2005, 5, p. 1643 ss.

Il profilo sistematico che vi emerge si concreta nel dato in virtù del quale a fronte dell’estinzione di una misura cautelare (in un caso per decorso dei termini, ma conclusioni analoghe si possono formulare anche nelle ipotesi di omesso interrogatorio), ogni ulteriore intervento limitativo della libertà personale, di qualsiasi natura, è possibile nei casi e modi previsti dalla legge e pertanto deve essere frutto di un’espressa previsione normativa. Il rilievo, dunque, va inteso con un elevato grado di rigidità, pena l’affievolimento o il venir meno della tutela della libertà personale.

Interpretazioni meno rigorose finirebbero, infatti, per vanificare l’intera disciplina che, nel rispetto del canone costituzionale, il legislatore ha inteso predisporre. Le misure cautelari devono necessariamente avere durata ben definita ed essere sottoposte a continui controlli che consentano la verifica della necessità della loro permanenza. Da qui discende l’importanza delle cause di estinzione delle misure che il legislatore ha inteso costruire come effetto automatico al verificarsi di alcune situazioni (il decorso del tempo o l’omesso compimento di alcune condotte). La estinzione della misura impedisce il ripristino della stessa *sic et simpliciter* ed impone il rispetto di quelle procedure fissate dal legislatore nelle ipotesi in cui lo stesso abbia ritenuto, in considerazione di altri beni quali la sicurezza sociale *et similia*, di prevedere che si potesse di nuovo dar corso ad una limitazione della libertà personale.

A fronte della caducazione della misura per mancato interrogatorio di garanzia, l'unica via percorribile ai fini dell'adozione di un nuovo provvedimento restrittivo è quella indicata dalla norma, che esclude la praticabilità del fermo del pubblico ministero.

La lettera e lo spirito del disposto normativo delineano un unico percorso nella ponderazione dei requisiti richiesti per la emissione di un nuovo provvedimento custodiale: liberazione effettiva dell'indagato, con conseguente impossibilità di adottare qualsivoglia altra misura limitativa nei suoi confronti (se non seguendo il meccanismo specificamente previsto), e successiva sottoposizione, in stato di libertà, ad interrogatorio.

Letture diverse, pur se talvolta motivate dall'esigenza, tutta pratica, di porre rimedio a contingenze connesse a reati che destano particolare allarme sociale (nella maggior parte dei casi sottoposti all'attenzione della giurisprudenza di legittimità rispetto ai quali si è aderito all'orientamento "possibilista" figurano ipotesi di omicidio o di associazioni di stampo mafioso), possono essere produttive di maggiori danni di quelli che si vorrebbero scongiurare nel caso concreto.

La tenuta di un sistema, infatti, è garantita dal puntuale rispetto di ogni sua singola articolazione, esigenza questa che deve essere particolarmente avvertita in materie che coinvolgono diritti costituzionalmente garantiti quali la libertà personale dei cittadini ed il loro diritto di difesa. Distorsioni obliquamente introdotte in tali materie rischierebbero soltanto di produrre, di converso, insanabili *vulnus* all'intero ordinamento³⁸.

³⁸ Tali considerazioni, assolutamente commendevoli, sono espresse da ALONZI, *Art. 302 c.p.p., un non condivisibile ripensamento della suprema corte*, cit., p. 1644.

SPUNTI SUL RAPPORTO TRA DIRETTIVA 2016/343/UE E REGOLE DI GIUDIZIO DEL PATTEGGIAMENTO

di Jacopo Della Torre

Abstract. Il lavoro è volto a verificare quanto l'acceso dibattito, che si dipana da decenni in merito alla tematica delle regole di giudizio operanti nel patteggiamento, possa essere innovato dalla direttiva 2016/343/UE, la quale proclama, all'art. 6, par. 2, un criterio decisorio generale e indisponibile, ricavato dal principio fondamentale della presunzione d'innocenza.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La *vexata quaestio* delle regole di giudizio dell'applicazione della pena su richiesta delle parti. – 3. L'applicabilità della direttiva 2016/343/UE al patteggiamento. – 4. Gli effetti dell'art. 6, par. 2, della direttiva 2016/343/UE sul patteggiamento. – 5. Conclusioni.

1. Premessa.

Il 1° aprile 2018 scadrà il termine ultimo per recepire la direttiva 2016/343/UE, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali¹.

Dal canto suo, il Parlamento italiano con la legge 25 ottobre 2017, n. 163 ha delegato il governo, senza dettare principi e criteri direttivi specifici, ad attuare tale atto europeo (e non solo²), che – come noto – costituisce la quarta misura di armonizzazione

¹ In G.U.U.E., 11 marzo 2016, L 65/1. Tra i molti commenti concernenti questa direttiva si vedano: F. ALONZI, *La direttiva Ue sul diritto dell'imputato di partecipare al giudizio e la disciplina italiana sul processo in absentia*, in www.la legislazione penale.it, 21 settembre 2016; L. CAMALDO, [Presunzione di innocenza e diritto di partecipare al giudizio: due garanzie fondamentali del giusto processo in un'unica Direttiva dell'Unione europea](#), in questa Rivista, 23 marzo 2016; N. CANESTRINI, *La direttiva sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali. Un'introduzione*, in Cass. pen., 2016, p. 2224; S. CRAS – A. ERBEŽNIK, *The Directive on the Presumption of Innocence and the Right to Be Present at Trial. Genesis and Description of the New EU-Measure*, in *Eucrim*, 2016, n. 1, p. 25; J. DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1835; S. LAMBERIGTS, *The Presumption of Innocence (and the Right to be Present at Trial) Directive*, in *European Law Blog*, 3 maggio 2016; C. VALENTINI, *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 2016/343/UE: per aspera ad astra*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, n. 6, p. 193.

² Nella stessa sede, infatti, il Parlamento ha delegato il governo ad attuare anche le direttive 2016/800/UE,

minima emanata dall'UE, ai sensi dell'art. 82, par. 2, lett. b TFUE, al fine di potenziare i diritti fondamentali dei prevenuti nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia³.

Ad oggi, l'esecutivo, impegnato su altri fronti, non ha però esercitato la delega *de qua*.

Il tempo rimanente per evitare una procedura di infrazione della Commissione europea è, quindi, agli sgoccioli. Difatti, sebbene la direttiva 2016/343/UE rappresenti di certo uno dei provvedimenti più "deludenti"⁴ tra quelli approvati in questi anni dall'Unione in attuazione del Programma di Stoccolma⁵, possono individuarsi diverse previsioni di tale atto che necessitano di un'implementazione nel nostro ordinamento processuale⁶.

In questa sede non si effettuerà, peraltro, un vaglio di compatibilità del sistema italiano rispetto all'intera direttiva in questione. Ci si concentrerà, invece, solo sulle disposizioni che l'atto UE detta in merito alla presunzione d'innocenza intesa come regola di giudizio, ossia quale norma che indica «al giudice l'interesse sostanziale cui dare la prevalenza in caso di dubbio insoluto sul fatto»⁷. Più in particolare, si porrà al centro dell'analisi l'art. 6, par. 2⁸, il quale stabilisce che «gli Stati membri assicurano che ogni dubbio in merito alla colpevolezza sia valutato in favore dell'indagato o imputato, anche quando il giudice valuta se la persona in questione debba essere assolta [corsivi aggiunti]».

Preso atto che il legislatore UE ha voluto così codificare la regola dell'*in dubio pro reo*⁹, nella formulazione espressa da un nutrito indirizzo esegetico della Corte EDU¹⁰, si

sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali, in G.U.U.E., 21 maggio 2016, L 132/1, e 2016/1919/UE, sull'ammissione al patrocinio a spese dello Stato per indagati e imputati nell'ambito di procedimenti penali e per le persone ricercate nell'ambito di procedimenti di esecuzione del mandato d'arresto europeo, in G.U.U.E., 4 novembre 2016, L 297/1.

³ Per un quadro di sintesi sulle "direttive di Stoccolma" cfr. R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in *Manuale di procedura penale europea*, a cura di R.E. Kostoris, 3ª ed., Milano, 2017, p. 96.

⁴ Così, già nei confronti della proposta di direttiva della Commissione (COM 2013 (821) def.), O. MAZZA, *Una deludente proposta in tema di presunzione d'innocenza*, in *Arch. pen. online*, n. 3, 2014.

⁵ V. Programma di Stoccolma. Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, in G.U.U.E., 4 maggio 2010, C 115/1.

⁶ Sia consentito rinviare sul punto a J. DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza*, cit., p. 1877 s.

⁷ Così, efficacemente, P.P. PAULESU, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 684. Nello stesso senso, cfr. H. BELLUTA, *Imparzialità del giudice e dinamiche probatorie ex-officio*, Torino, 2006, p. 88, nt. 122; P. SPAGNOLO, *Il tribunale delle libertà. Tra normativa nazionale e normativa internazionale*, Milano, 2008, p. 304, nt. 37. Per un approfondimento del concetto di "regole di giudizio" cfr., per tutti, F.R. DINACCI, voce *Regole di giudizio (dir. proc. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento VIII, Torino, 2014, p. 644; P. FERRUA, voce *Regole di giudizio*, in *Enc. dir.*, *Annali X*, Milano, 2017, p. 726; G. ILLUMINATI, voce *Presunzione di non colpevolezza*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVII, Roma, 1991, p. 5; G. LOZZI, *Favor rei e processo penale*, Milano, 1968, p. 17; O. MAZZA, *Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione*, in *Criminalia*, 2012, p. 363; G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, p. 99.

⁸ Tale disposizione va letta assieme al considerando n. 22.

⁹ Cfr., in questo senso, esplicitamente la *Relazione introduttiva alla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, del 27 novembre 2013, COM (2013) 821 def., p. 7, § 32.

¹⁰ Si vedano, tra le moltissime, Corte EDU, Sez. I, 12 maggio 2016, *Poletan e Azirovik c. Macedonia*, § 64. Corte EDU, Sez. V, 15 gennaio 2015, *Cleve c. Germania*, § 52; Corte EDU, 6 dicembre 1988, *Barberà, Messegué e Jabardo*

potrebbe essere portati, a prima vista, a dubitare circa l'effettiva necessità di recepire in Italia la previsione in questione: del resto, è un dato pacifico che tale canone sia già un principio fondamentale del nostro ordinamento¹¹.

Se non che, come noto, esistono alcuni riti speciali – tra cui *in primis* l'applicazione della pena su richiesta delle parti¹², che costituisce l'oggetto esclusivo della presente analisi –, nei quali la giurisprudenza maggioritaria e parte assai autorevole della dottrina negano che la regola di giudizio ricavabile dalla presunzione d'innocenza possa trovare applicazione¹³.

Sorge quindi spontaneo un quesito: posto che – come si avrà modo di vedere in seguito¹⁴ – la direttiva sulla presunzione d'innocenza pare stabilire che il canone dell'*in dubio pro reo* debba applicarsi in ogni procedimento penale, senza alcuna eccezione di sorta, è ancora sostenibile la tesi per cui nel patteggiamento, in virtù del consenso dell'accusato, sarebbero legittimamente applicabili regole di giudizio meno esigenti rispetto a quella desumibile dalla presunzione d'innocenza?

Sembra, insomma, arrivato il tempo di aprire un dibattito circa la necessità per il legislatore italiano, ma anche per i formanti giurisprudenziale e dottrinale, di valutare se è indispensabile imprimere, in virtù del dettato dell'art. 6, par. 2 della 2016/343/UE, una svolta cognitiva al patteggiamento, superandosi così una serie di granitici indirizzi, consolidati ormai da un trentennio.

2. La *vexata quaestio* delle regole di giudizio dell'applicazione della pena su richiesta delle parti.

Prima di entrare nel merito dell'analisi, sembra opportuno ripercorrere brevemente l'acceso dibattito che si dipana da decenni in merito alla tematica delle regole di giudizio applicabili nel patteggiamento italiano¹⁵. La ricostruzione dello stato

c. Spagna, § 77.

¹¹ Cfr., sul punto, per tutti, G. ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, *passim*; G. LOZZI, *Favor rei*, cit., *passim*; P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, 2ª ed., Torino, 2009, *passim*; G. UBERTIS, *La prova penale*, cit., p. 100.

¹² Va, infatti, precisato che, sebbene in questo scritto ci si occupi del solo patteggiamento, è del tutto ovvio che molte delle considerazioni che verranno svolte sono (quasi *in toto*) estensibili anche al procedimento per decreto e alla messa alla prova per adulti, in quanto fondati sulla medesima regola di giudizio.

¹³ V. sub § 2.

¹⁴ Cfr. sub § 3.

¹⁵ Per una ricostruzione generale delle diverse opinioni sul punto cfr., tra i più recenti, F. CALLARI, *Patteggiamento e canone decisorio dell'“oltre ogni ragionevole dubbio”: i termini di un binomio “impossibile”*, in questa Rivista, 31 ottobre 2012; G.F. CECANESE, *Le “aporie” del patteggiamento*, Napoli, 2017, p. 147; R.M. GERACI, sub art. 444 c.p.p., in G. LATTANZI – E. LUPO, *Codice di procedura penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, vol. VI, *Procedimenti speciali*, Milano, 2017, p. 369-371; E.M. MANCUSO, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Procedura penale. Teoria e pratica del processo*, diretto da G. Spangher – A. Marandola – G. Garuti – L. Kalb, vol. III, *Procedimenti speciali*, a cura di G. Garuti, Torino, 2015, p. 130-135; F. RIGO, sub art. 444 c.p.p., in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda e G. Spangher, 5ª ed., Milano, t. II, 2017, p. 1704-1711; A. SANNA, sub art. 444 c.p.p., in *Commentario breve al Codice di procedura penale*, 2ª ed., Padova, 2015, p. 2024.

dell'arte in materia risulta, infatti, essenziale, per poi comprendere quali orientamenti possano (o meno) essere travolti da quanto stabilito dalla direttiva 2016/343/UE.

Come noto, «fin dall'entrata in vigore del codice del 1988 il problema più dibattuto [...] con riferimento all'istituto dell'applicazione concordata della pena»¹⁶ è stato proprio quello di individuare l'area di operatività dei poteri proscioglitori del giudice investito di una richiesta di patteggiamento.

Le maggiori incertezze derivano dal fatto che è stata attribuita una portata assai diversa alla doverosa¹⁷ verifica preventiva¹⁸ circa la sussistenza di cause di non punibilità *ex art. 129 c.p.p.*, che il giudice del patteggiamento deve a compiere nel momento in cui si trovi a vagliare il "progetto di sentenza" proposto dalle parti (art. 444, comma 2, c.p.p.)¹⁹.

Più in particolare, «il *discrimen* tra le diverse opzioni si addensa nel nodo interpretativo inerente all'operatività delle regole di giudizio canonizzate negli artt. 529 ss. c.p.p., mercé l'innesto dell'art. 129 c.p.p. nella disciplina del patteggiamento»²⁰.

Tale quesito ha, infatti, suscitato un acceso dibattito tra gli interpreti, che – in estrema sintesi e non senza una certa semplificazione – possono essere suddivisi in tre gruppi.

La giurisprudenza assolutamente maggioritaria²¹ e una parte della dottrina²² negano che nel procedimento *ex art. 444 c.p.p.* e ss. possano operare le regole di giudizio proprie del rito ordinario, ispirate al canone *in dubio pro reo*, e ritengono che la presenza di un dubbio sull'esistenza di una causa di non punibilità non sia d'ostacolo alla

¹⁶ In questo senso, efficacemente, L. SCOMPARI, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, Torino, 2008, p. 197.

¹⁷ Così, G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, in P. PITTARO – G. DI CHIARA – F. RIGO – F. PERONI – G. SPANGHER, *Il patteggiamento*, Milano, 1999, p. 48.

¹⁸ Cfr. D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *I procedimenti speciali in materia penale*, a cura di M. Pisani, 2ª ed., Milano, 2003, p. 183.

¹⁹ Beninteso, esulano dalla problematica *de qua* le ipotesi in cui la diminuzione di pena, conseguente all'adesione al rito *de quo*, sia concessa al termine del dibattimento o in sede di impugnazione, essendo in tale caso ammessa anche dalla giurisprudenza l'applicabilità dei criteri decisori propri del giudizio ordinario nel procedimento negoziato. Cfr., per tutte, Cass., Sez. III, 3 novembre 2016, n. 7951, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2867.

²⁰ Così, testualmente, F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, Padova, 1999, p. 32.

²¹ Si vedano, tra le moltissime, Cass., Sez. VI, 29 gennaio 2018, n. 5234, in *DeJure*; Cass., Sez. II, 2 dicembre 2016, n. 215, *ivi*; Cass., Sez. III, 27 maggio 2015, n. 25340, *ivi*; Cass., Sez. III, 23 aprile 2015, n. 33411, *ivi*; Cass., Sez. IV, 7 giugno 2012, n. 27952, in *Cass. pen.*, 2013, p. 4558; Cass., Sez. VI, 25 marzo 2009, n. 15700, *ivi*, p. 711; Cass., Sez. II, 28 ottobre 2003, Rallo, *ivi*, 2005, p. 902; Cass., Sez. VI, 28 novembre 1997, n. 1321, *ivi*, 1999, p. 3201; Cass., Sez. Un., 26 febbraio 1997, n. 3600, *ivi*, 1997, p. 2666.

²² Sostengono questa tesi, tra i molti, A. BEVERE, *Breve viaggio tra i protagonisti del patteggiamento*, in *Critica dir.*, 1991, n. 3, p. 4; M. D'ANDRIA, *Corte costituzionale e patteggiamento: la transazione continua*, *ivi*, 1990, n. 6, p. 6; G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, cit., p. 49; P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, 3ª ed., Bologna, 2012, p. 28; S. QUATTROCOLO – A.I. LUACES GUTÉRREZ, *Conformidad e patteggiamento: spunti per un'analisi comparata tra Spagna e Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 369 s.; R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, in *Compendio di procedura penale*, a cura di G. Conso – V. Grevi – M. Bargis, 8ª ed., Padova, 2016, p. 612 s.; P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 315 ss.; F. RIGO, *Il procedimento*, in P. PITTARO – G. DI CHIARA – F. RIGO – F. PERONI – G. SPANGHER, *Il patteggiamento*, cit., p. 70; M. SCAPARONE, *Procedura penale*, 5ª ed., vol. II, Torino, 2017, p. 169; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, 18ª ed., Milano, 2017, p. 822.

pronuncia da parte del giudice di una sentenza di patteggiamento.

Si è, infatti, affermato che, in sede di applicazione concordata di pena, «il giudice non può pronunciare sentenza di proscioglimento o di assoluzione per mancanza, insufficienza o contraddittorietà delle prove desumibili dagli atti, non rientrando tale possibilità tra quelle esplicitamente indicate dall'art. 129 c.p.p., comma 1»²³, «dovendo invece emergere dagli atti la prova [positiva] di sussistenza di una delle cause di proscioglimento indicate dalla disposizione in esame»²⁴.

In definitiva, secondo tale opinione – volta a esaltare i tratti negoziali del rito, per massimizzarne gli effetti deflativi – nell'applicazione concordata di pena «la situazione di incertezza non gio[cherebbe] [affatto] a favore dell'imputato, come invece accade nel dibattimento», ma, al contrario «il dubbio opere[rebbe] qui *contra reum*»²⁵.

Su un piano del tutto antitetico si è posta un'altra parte della dottrina²⁶ (seguita da un certo numero di pronunce di merito²⁷ e da qualche isolata pronuncia di legittimità²⁸), che, nell'ottica di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 444, comma 2, c.p.p., finalizzata a evitare una frizione di tale norma con tutta una serie di parametri costituzionali, tra cui la presunzione d'innocenza, considerata una garanzia indisponibile²⁹, ritiene pienamente applicabili anche nel rito negoziato i criteri decisori

²³ Così, ad esempio, Cass., Sez. IV, 7 giugno 2012, n. 27952, cit., p. 4558.

²⁴ Cfr. Cass., Sez. III, 23 aprile 2015, n. 33411, cit. In termini simili, la Cassazione (Cass., Sez. II, 12 dicembre 2014, n. 1390, in *DeJure*) ha anche statuito che «in tema di patteggiamento l'assoluzione ai sensi dell'art. 425 cod. proc. pen., non può prevalere sull'accordo delle parti, giacché l'art. 444 [...] rinvia solo alle cause di proscioglimento espressamente indicate dall'art. 129 [...], tra le quali non è annoverata quella per mancanza, insufficienza o contraddittorietà della prova».

²⁵ Così, assai chiaramente, R. ORLANDI, *Procedimenti speciali*, cit., p. 612 s., da cui è tratta anche la citazione immediatamente precedente.

²⁶ Aderiscono a tale tesi, tra i tanti, F. CAPRIOLI, voce *Condanna (dir. pen. proc.)*, in *Enc. dir., Annali* II, t. I, Milano, 2008, p. 118; F. FALATO, *In tema di revisione della sentenza patteggiata*, in *Giust. pen.*, 2008, III, c. 166 s.; B. LAVARINI, *Proscioglimento immediato e regola di giudizio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 634; G. LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, 9ª ed., Torino, 2014, p. 499-491; E. MARZADURI, sub art. 129 c.p.p., in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coord. da M. Chiavario, Torino, vol. II, 1990, p. 120-121; ID., *Commento all'art. 3 della l. 12.6.2003 N. 134 ("Patteggiamento allargato")*, in *Leg. pen.*, 2004, p. 258; M. MENNA, *Studi sul giudizio penale*, Torino, 2009, p. 72; V. PACILEO, *L'alternativa tra applicazione della pena su richiesta di parte e proscioglimento*, in *Cass. pen.*, 1991, p. 358; F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, cit., p. 33; A. SANNA, *Le coordinate del patteggiamento allargato secondo le Sezioni Unite*, in *Giust. pen.*, 2007, III, c. 473 s.; A. SMERIGLIO, *Dalla richiesta di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p. al proscioglimento dell'imputato con formula di merito: ammissibilità di una valutazione probatoria*, in *Giur. it.*, 1996, c. 166 ss.

²⁷ Per rendersi conto di ciò, è sufficiente ricordare che alcune delle pronunce, nelle quali la Cassazione ha espresso il principio di diritto per cui nel patteggiamento non si applicherebbero le regole di giudizio "ordinarie", hanno esplicitamente censurato il fatto che il giudice di merito avesse erroneamente prosciolto per contraddittorietà e insufficienza della prova. Si vedano, ad esempio: Cass., Sez. IV, 17 settembre 2015, n. 40100, in *DeJure*; Cass., Sez. III, 27 maggio 2015, n. 25340, cit.; Cass., Sez. III, 11 aprile 2012, n. 23111, *ivi*; Cass., Sez. II, 28 ottobre 2003, Rallo, cit., p. 902.

²⁸ Ci si riferisce, ad esempio, a Cass., Sez. V, 29 ottobre 1993, Marzioni, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1942, la quale ha affermato che «l'art. 444 c.p.p. richiama l'intero art. 129 c.p.p., sicché il giudice - in sede di patteggiamento - può rilevare non solo l'esigenza di prove positive dell'innocenza dell'imputato, ma anche la mancanza di prove della colpevolezza, quando dagli atti non risulti un quadro probatorio idoneo quanto meno a definire il fatto come reato».

²⁹ Così, assai efficacemente, F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, cit., p. 15-16.

di cui agli artt. 529-531 c.p.p.

Per questa tesi, il fatto che nella lettera dell'art. 129 c.p.p. non vi sia un riferimento espresso alle regole di giudizio proprie del procedimento ordinario (come, invece, avviene nella disciplina del giudizio abbreviato) non sarebbe d'ostacolo a una loro operatività pure nel patteggiamento: nel caso in cui il giudice si trovasse di fronte a una situazione di incertezza sulla sussistenza di una causa di non punibilità non potrebbe, quindi, accettare il *pactum*, ma dovrebbe prosciogliere. Anche nel procedimento negoziato varrebbe quindi la massima "*in dubio semper pro reo*".

Tra tali indirizzi contrapposti, se ne insinua un terzo³⁰, mediano: in un noto arresto, infatti, le Sezioni Unite della Corte di cassazione, pur partendo dal presupposto per cui le regole di giudizio "comuni" non potrebbero operare in sede di vaglio sull'accordo delle parti nel patteggiamento, sono giunte alla conclusione per cui il giudice potrebbe opporre «la mancanza, la insufficienza e la contraddittorietà della prova [non per assolvere, ma] *per respingere la richiesta* [corsivi aggiunti]»³¹.

Questa soluzione è considerata la più equilibrata³² anche da diversi autori³³, secondo cui «ritenere che la prova insufficiente o contraddittoria possa legittimare il rigetto»³⁴ del *pactum* (con la conseguente continuazione del rito secondo le forme ordinarie) consentirebbe di ovviare ai peggiori difetti, sia della prima tesi (anticognitiva), sia della seconda (cognitiva). Per un verso, infatti, si eviterebbe così, di «ribaltare, in senso sfavorevole all'imputato, le regole di giudizio di cui all'art. 530 c.p.p., e [di] attribuire al consenso una valenza surrogatoria alla non conclusività dei dati acquisiti»³⁵. Per un altro verso, si eviterebbe pure al paventato rischio³⁶ che l'utilizzo di criteri di giudizio in sede di rito *ex art. 444 c.p.p.* tanto esigenti come quelli dibattimentali possa disincentivare i pubblici ministeri a prestare il loro consenso al patteggiamento, per paura che gli imputati vengano facilmente assolti, frustrandosi, in tal modo, le finalità deflative del rito; il rigetto della richiesta lascerebbe infatti «il P.M. libero di ricercare nuove fonti di prova che chiariscano definitivamente, in un senso o nell'altro il quadro

³⁰ Cfr. A. SANNA, sub art. 444 c.p.p., cit., p. 2024.

³¹ Così, espressamente, Cass., Sez. Un., 9 giugno 1995, Cardoni, in Cass. pen., 1996, p. 477, con nota di M. VESSICHELLI, *Prova insufficiente o incompleta e proscioglimento a norma dell'art. 129 c.p.p.*

³² L'espressione è di L. SCOMPARIN, *Il proscioglimento immediato*, cit., p. 214.

³³ Aderiscono a questa tesi, tra gli altri, G.G. DE GREGORIO, *Le ordinanze che si pronunziano sulle richieste di procedimenti speciali: vizi, impugnazioni e poteri del giudice*, in Cass. pen., 1993, p. 128; E. DOLCINI, *Problemi vecchi e nuovi in tema di riti alternativi: patteggiamento, accertamento di responsabilità, misura della pena*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2009, p. 587 s.; S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata. L'accertamento della responsabilità nell'applicazione della pena su richiesta delle parti tra ricerca di efficienza ed esigenze di garanzia*, Milano, 2005, p. 200 s.; D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 185; B. MERCURI, *Le Sezioni Unite intervengono sull'ambito applicativo della regola di giudizio ex art. 530 comma 2 c.p.p.*, in Riv. it. dir. proc. pen., 1996, p. 1164 ss.; A. SANNA, *Applicazione dell'art. 129 c.p.p. e regole di giudizio: gli spazi per la verifica sul fatto nel patteggiamento*, in Ind. pen., 2009, p. 161-168; L. SCOMPARIN, *Il proscioglimento immediato*, cit., p. 214. In termini simili, pur all'interno di un'esegesi peculiare delle regole di giudizio del rito, cfr. anche M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, in Enc. dir., Annali II, t. I, Milano, 2008, p. 31 s.

³⁴ Cfr. D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 185.

³⁵ Così, ancora, efficacemente, D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 185.

³⁶ Cfr. P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 28.

probatorio»³⁷.

Anche quest'ultima tesi è stata però colpita da obiezioni piuttosto penetranti: si è, infatti, rilevato come essa si porrebbe in aperto contrasto con il dettato codicistico; a ben vedere, l'art. 444, comma 2, c.p.p. non prevede in modo espresso la possibilità per il giudice di rigettare un *pactum* nelle fattispecie in cui questi abbia un dubbio sulla sussistenza di una causa di non punibilità³⁸, con la conseguenza che l'organo giurisdizionale sembrerebbe trovarsi in tali ipotesi di fronte a un'alternativa secca³⁹ (prosciogliere *ex art.* 129 c.p.p. o applicare la pena), senza avere a disposizione una "terza via".

Nessuno dei tre filoni esegetici appena descritti è riuscito, in definitiva, a soppiantare del tutto gli altri: il codice si è dimostrato tanto ambiguo⁴⁰ da dare vita a una frattura tra i vari formanti dell'ordinamento che, proprio perché fondata su posizioni di principio differenti, pare essere diventata insanabile.

Giova, peraltro, ricordare che una buona parte della responsabilità di tale *impasse* va addossata alla Corte costituzionale, la quale «ha evitato di interferire direttamente su quel "prodotto normativo semilavorato" che è il patteggiamento, preferendo lasciare la sagomatura del rito pressoché integralmente alla giurisprudenza di legittimità»⁴¹.

Come noto, infatti, il giudice delle leggi, nonostante le (timide) aperture cognitive iniziali, compiute nella sentenza n. 313 del 1990⁴², ha mantenuto poi una lettura assai ambigua (e riduttiva) in merito alla tematica dei poteri del giudice nel patteggiamento⁴³.

Non si può, del resto, non ricordare che la Consulta ha avuto in più occasioni la possibilità di sconfessare la tesi maggioritaria della giurisprudenza che nega la necessità

³⁷ Così, S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 202.

³⁸ Cfr., sul punto, Cass., Sez. Un., 28 maggio 1997, n. 5, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3341, la quale ha affermato testualmente che «non va dimenticato che l'art. 444 c.p.p. non solo limita le possibilità del proscioglimento nell'ambito riduttivo delineato dall'art. 129 c.p.p., ma neppure consente al giudice di restituire gli atti al pubblico ministero allorché ravvisasse un'oggettiva incompletezza delle indagini [corsivi aggiunti]».

³⁹ A riguardo, G. DI CHIARA, *L'architettura dei presupposti*, cit., p. 49; B. LAVARINI, *Proscioglimento immediato e regola di giudizio*, cit., p. 634; P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 822. Si vedano, peraltro, le efficaci obiezioni di M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 31 e A. SANNA, *Applicazione dell'art. 129 c.p.p.*, cit., p. 162 s.

⁴⁰ Cfr. L. SCOMPARIN, *Il proscioglimento immediato*, cit., p. 197.

⁴¹ Così, efficacemente, M. GIALUZ, *Fisionomia del patteggiamento ed efficacia della sentenza concordata nel giudizio disciplinare*, in *Giur. cost.*, 2009, p. 5011.

⁴² Ci si riferisce a Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313, in *www.cortecostituzionale.it*, la quale ha affermato l'espressione, poi divenuta tralatizia, per cui «la decisione di cui all'art. 444 cod. proc. pen., quando non è decisione di proscioglimento, non può prescindere dalle prove della responsabilità». In merito a tale fondamentale decisione si vedano, tra i moltissimi, E. DOLCINI, *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale? Note a margine dell'art. 444 c.p.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 797 ss.; G. FIANDACA, *Pena patteggiata e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro. it.*, 1990, I, c. 2386 ss.; G. LOZZI, *La legittimità costituzionale del c.d. patteggiamento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 1600 ss.; P. PITTARO, *L'applicazione della pena su richiesta: profili di diritto penale sostanziale*, in P. PITTARO – G. DI CHIARA – F. RIGO – F. PERONI – G. SPANGHER, *Il patteggiamento*, cit., p. 18 s.; G. TRANCHINA, «*Patteggiamento*» e principi costituzionali: una convivenza piuttosto difficile, in *Foro. it.*, 1990, I, c. 2394 ss.

⁴³ Si veda, sul punto, l'ampia analisi di D. VIGONI, *La prova di resistenza del «patteggiamento» nei percorsi costituzionali*, in *Il diritto processuale penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di G. Conso, Napoli, 2006, p. 807 ss. Più di recente, cfr. F. RIGO, sub art. 444 c.p.p., cit., p. 1682-1683.

di un previo giudizio positivo di responsabilità nel patteggiamento⁴⁴, ma non lo ha fatto⁴⁵.

La Corte costituzionale è stata, infatti, a più riprese investita della scottante questione di legittimità dell'art. 444 c.p.p., per contrasto con gli artt. 27 e 3 Cost., nella parte in cui non prevede che l'organo giurisdizionale debba accertare la colpevolezza dell'imputato prima di accogliere l'accordo: il giudice delle leggi l'ha però dichiarata manifestamente inammissibile sulla base della considerazione per cui l'accoglimento di tale quesito avrebbe reso necessaria una totale "riscrittura" del patteggiamento, andandosi così a invadere quella che è stata ritenuta una sfera di discrezionalità di esclusiva appartenenza del legislatore, a cui spetta il compito di definire «un opportuno equilibrio tra la struttura negoziale [...] e gli irrinunciabili accertamenti e controlli giurisdizionali»⁴⁶.

È, del resto, ovvio che questa posizione "salomonica" del Giudice delle leggi ha permesso lo sviluppo di quelle tesi che ricollegano al *pactum* «l'effetto di neutralizzare la presunzione di innocenza e di porre conseguentemente il giudice del patteggiamento nella condizione di svolgere»⁴⁷ non un vero e proprio giudizio sulla colpevolezza dell'accusato, ma un mero "controllo"⁴⁸ (di natura positiva⁴⁹ o negativa⁵⁰, a seconda delle diverse opinioni). Così facendo, si è, insomma, ammessa la possibilità di considerare il canone del *nulla poena sine iudicio* «moderatamente disponibile»⁵¹.

Ma vi è di più. L'ambiguità delle decisioni della Corte costituzionale sembra aver confermato anche il fatto che – quantomeno secondo il Giudice delle leggi – l'art. 27, comma 2, Cost. non imporrebbe per forza la presenza di un'unica regola di giudizio "monocorde" da utilizzare in tutti i casi in cui il decisore si trovi ad irrogare una pena nei confronti di un prevenuto. Tutt'al contrario, posto che la norma costituzionale (specie se letta in modo isolato⁵²) «non precis[a] né l'entità della prova né il momento in cui la prova stessa può considerarsi integrata»⁵³, non si è avuto difficoltà a considerarla effettivamente compatibile con regole decisorie "variabili": massime in sede di rito ordinario e minime nel caso in cui l'accusato accetti di sottoporsi a una pena, rinunciando così volontariamente non solo al contraddittorio nella formazione della prova, ma anche a quella particolare garanzia rappresentata dalla regola di giudizio

⁴⁴ Cfr., sul punto, ampiamente, F. RIGO, sub art. 444 c.p.p., cit., p. 1704 ss.

⁴⁵ Ci si riferisce, in particolare, a Corte cost., 13 maggio 1998, n. 172, in *www.cortecostituzionale.it*; Corte cost., 11 dicembre 1997, n. 399, *ivi*. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali cfr. F. RIGO, sub art. 444 c.p.p., cit., p. 1683.

⁴⁶ Così, testualmente, Corte cost., 11 dicembre 1997, n. 399, cit.

⁴⁷ Cfr. M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 31.

⁴⁸ In questo senso si esprime sempre M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 30.

⁴⁹ Così, M. GIALUZ, *La virata delle Sezioni Unite in tema di patteggiamento e revoca della sospensione condizionale: verso l'abbandono dell'orientamento anticognitivo?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 386 ss.

⁵⁰ Cfr. Corte cost., 20 maggio 1996, n. 155, in *www.cortecostituzionale.it*.

⁵¹ Così, P. FERRUA, *Patteggiamento allargato, legge tre volte irrazionale*, in *Dir. giust.*, 2003, n. 29, p. 15. In termini analoghi anche P.P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza*, cit., p. 303, nonché A.M. CAPITTA, *La declaratoria immediata delle cause di non punibilità*, Milano, 2010, p. 132.

⁵² V. F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, cit., p. 15.

⁵³ Cfr. F. PERONI, *La sentenza di patteggiamento*, cit., p. 15.

dell'al di là di ogni ragionevole dubbio⁵⁴.

Preso atto che neppure la Corte costituzionale italiana ha avuto il coraggio di rigettare la lettura anticognitiva dei poteri del giudice nel patteggiamento⁵⁵, non ci si potrà allora stupire di quanto recentemente affermato – seppur solo in un *obiter dictum* – dai giudici di Strasburgo con riguardo al rito contrattato nostrano.

La Corte EDU nella sua più nota decisione in materia di giustizia negoziata ha, infatti, rilevato che, a differenza di quanto accade in molti istituti omologhi al patteggiamento disciplinati in altri ordinamenti europei, il procedimento *ex art. 444 e ss. c.p.p.* presenta la peculiarità per cui «*the court is not required by law to examine the evidence or to certify that there is a prima facie case against the accused*»⁵⁶.

Sembra, insomma, che gli sforzi trentennali di una parte della dottrina italiana, volti a interpretare in modo “cognitivo” il patteggiamento, si siano dimostrati vani: pare, infatti, che, almeno nell’immaginario dei giudici della Convenzione, abbia fatto breccia l’idea – che ha quindi travalicato i confini del nostro Paese – per cui nel rito in questione si potrebbe irrogare una pena nei confronti di un imputato, senza dover prima verificare che le prove ne dimostrino la colpevolezza.

3. L’applicabilità della direttiva 2016/343/UE al patteggiamento.

Per valutare se l’art. 6, par. 2, della direttiva 2016/343/UE sia idoneo a innovare il quadro che si è appena descritto risulta, come ovvio, necessario rispondere al più generale quesito circa l’applicabilità dell’intero atto eurounitario *de quo* al patteggiamento⁵⁷.

L’analisi sul punto non può non partire dall’art. 2 della direttiva (da leggere assieme ai considerando 11-15), che ne delimita l’ambito di applicazione generale *ratione materiae, temporis e personae*⁵⁸. In questa disposizione si stabilisce che essa «si applica alle persone fisiche che sono indagate o imputate in un procedimento penale [...] a ogni fase del procedimento penale, dal momento in cui una persona sia indagata o imputata per

⁵⁴ In questo senso si esprime P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 822.

⁵⁵ Sul punto cfr. F. RIGO, sub art. 444 c.p.p., cit., p. 1682-1683.

⁵⁶ Così, testualmente, Corte EDU, Sez. III, 12 aprile 2014, *Natsolishvili e Togonidze v. Georgia*, § 67. Su tale pronuncia si vedano M. BEERNAERT, *Transactions, accords de plaider coupable et autres procédures judiciaires simplifiées*, in *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2015, p. 208 ss.; F.S. CASSIBBA, [Il “patteggiamento” supera il vaglio di compatibilità con i requisiti dell’equità processuale](#), in questa Rivista, 13 maggio 2014; L. MILANO, *La conventionnalité de principe de la procédure de «plaider coupable»*, in *La semaine juridique*, n. 21-22, 26 maggio 2014, p. 1067; S. MARCOLINI, *A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla Cedu?*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 3488 ss.

⁵⁷ Pare ammettere l’applicabilità della direttiva 2016/343/UE al patteggiamento, seppur all’interno di una trattazione dedicata al diritto a presenziare, S. RUGGERI, *Audi Alteram Partem in Criminal Proceedings. Towards a Participatory Understanding of Criminal Justice in Europe and Latin America*, Heidelberg, 2017, p. 379, nonché, ID., *Garanzie partecipative, giudizio in absentia e procedimenti inaudito reo. Quale avanzamento di tutela nel diritto dell’Unione europea?*, in *Eurojus.it*, 1 febbraio 2017, p. 3 s.

⁵⁸ Per una completa analisi sul punto cfr. S. CRAS – A. ERBEŽNIK, *The Directive on the Presumption of Innocence*, cit., p. 28 s.

aver commesso un reato o un presunto reato sino a quando non diventi definitiva la decisione che stabilisce se la persona abbia commesso il reato».

Ebbene, è chiaro che l'atto dell'Unione *de quo* (così come le altre direttive di Stoccolma⁵⁹) ha un'area di operatività generale assai ampia, che comprende l'intero procedimento penale di cognizione sino alla pronuncia definitiva; di conseguenza, esso sembrerebbe applicabile anche a tutte le varianti del rito *ex art. 444 e ss. c.p.p.*, indipendentemente dalla fase in cui venga instaurato.

Un discorso diverso vale, com'è ovvio, per il patteggiamento *in executivis ex art. 188 disp. att. c.p.p.*: esso, infatti, operando dopo la definitività della sentenza, rimane chiaramente fuori dall'ambito di applicazione della 2016/343/UE.

Vi sono, però, anche altri argomenti che vanno ad avallare la tesi per cui la regola di giudizio di cui all'art. 6, par. 2, della direttiva sarebbe applicabile al patteggiamento.

Va, anzitutto, posto in rilievo il fatto che il legislatore dell'Unione pare aver proclamato tale criterio decisorio come una regola *indisponibile*, dato che non ha stabilito in alcun modo che i prevenuti possano *rinunciarvi* (né in modo espresso, né in modo tacito), a differenza, invece, di quanto ha fatto – ad esempio – non solo per il diritto a presenziare (considerando n. 35 della 2016/343/UE), ma anche per il diritto alla traduzione (art. 3, par. 8, della direttiva 2010/64/UE) e per quello alla difesa tecnica (art. 9 della direttiva 2013/48/UE).

Si tratta, come ovvio, di una considerazione essenziale per la presente analisi: ove, infatti, la direttiva avesse ammesso la rinunciabilità dell'*in dubio pro reo* e, quindi, la sua *disponibilità*, si sarebbe potuta individuare nell'accordo tra le parti una sorta di rinuncia implicita a questo criterio decisorio. Così, però, non è stato, di modo che pare assai difficile riuscire a sostenere che, in virtù di un *pactum* tra le parti, l'art. 6, par. 2, della direttiva non risulti applicabile nel patteggiamento, in quanto il prevenuto vi avrebbe tacitamente abdicato.

Su questo punto, la direttiva 2016/343/UE sembra insomma aver apportato un deciso innalzamento dello *standard* di tutela della presunzione d'innocenza rispetto a quanto sostenuto, sia da una parte della giurisprudenza⁶⁰ e della dottrina italiana⁶¹, sia dalla Corte europea dei diritti dell'Uomo, la quale, come noto, ha, dal canto suo, configurato i diritti di cui all'art. 6 CEDU come rinunciabili, perché tale scelta sia presa in modo consapevole e volontaria e sia corredata da un minimo di garanzie⁶².

Un'ulteriore conferma circa l'applicabilità dell'atto UE in esame al patteggiamento sembra potersi desumere dal fatto che, a ben vedere, il legislatore eurounitario non si è affatto dimenticato che negli ordinamenti processuali europei si stanno diffondendo tutta una serie di istituti (negoziati o consensuali), che premiano la scelta dei prevenuti di cooperare con gli organi statali nella ricostruzione

⁵⁹ Cfr. R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, cit., p. 98.

⁶⁰ Si vedano, ad esempio, tra le molte, Cass., Sez. V, 27 ottobre 2016, n. 14550, in *DeJure*; Cass., Sez. VI, 12 luglio 1995, n. 9406, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3065; Cass., Sez. I, 20 marzo 1995, n. 1661, in *DeJure*; Cass., Sez. I, 20 maggio 1992, in *Giur. it.*, 1993, II, c. 532; Cass., Sez. VI, 15 ottobre 1990, in *Cass. pen.*, 1992, p. 371.

⁶¹ Cfr. *supra* § 2.

⁶² V., per tutte, Corte EDU, Sez. III, 12 aprile 2014, *Natsvlishvili e Togonidze v. Georgia*, § 91.

dell'imputazione⁶³.

All'art. 7, par. 4, della direttiva si è, invero, espressamente stabilito che «gli Stati membri possono consentire alle proprie autorità giudiziarie di tenere conto, all'atto della pronuncia della sentenza, del comportamento collaborativo degli indagati e imputati». È palese, peraltro, che, in tal modo, si è voluto chiarire, una volta per tutte, che i procedimenti negoziati/consensuali sono compatibili con il diritto al silenzio e a non cooperare: così facendo, però, è stato dato un preciso segnale del fatto che questi istituti non sono stati tralasciati dal legislatore eurounitario, ma sono stati presi in considerazione come rientranti nell'area di operatività della 2016/343/UE.

D'altra parte, non bisogna neppure dimenticare che quando l'Unione ha voluto, per un verso, escludere del tutto dall'area di operatività una direttiva di Stoccolma alcune fattispecie⁶⁴, oppure, per un altro verso, stabilire norme *ad hoc* riguardanti una serie di procedimenti⁶⁵, lo ha detto, anche in questo caso, in modo espresso.

Ebbene, il fatto che non sia stata prevista – a parte che nell'art. 7, par. 4, della direttiva – alcuna altra norma speciale per i riti negoziati e che questi ultimi non siano stati testualmente esclusi dall'operatività della direttiva pare dimostrare come a essi si applichino tutte le disposizioni previste nella 2016/343/UE.

Non sembra, in definitiva, esservi via d'uscita: l'insieme di questi argomenti pare univocamente portare a una necessaria operatività del criterio decisorio europeo pure nel patteggiamento, di cui pare ora opportuno valutare le conseguenze sul piano interno.

Ad ogni modo, se permanessero ancora dubbi sul punto non rimane che una via: quella del rinvio pregiudiziale di fronte alla Corte di giustizia, finalizzato a chiedere *se gli artt. 2, 3 e 6 e i considerando da 11 a 15 della direttiva 2016/343/UE debbano essere interpretati nel senso per cui essi si applicano anche in un procedimento, come il patteggiamento italiano, in cui il prevenuto chieda direttamente al giudice l'applicazione di una sanzione concordata con la pubblica accusa*.

4. Gli effetti dell'art. 6, par. 2, della direttiva 2016/343/UE sul patteggiamento.

Il legislatore eurounitario sembra aver adottato, in punto di criteri decisori, un'impostazione piuttosto diversa da quella fatta propria dal codificatore italiano del 1988.

Difatti, mentre – come si è accennato – la direttiva sulla presunzione d'innocenza

⁶³ Si veda, a riguardo, la recente analisi sviluppata dall'organizzazione FAIR TRIALS, *The Disappearing Trial. Towards a rights-based approach to trial waiver systems*, in www.fairtrials.org. Per una sintesi di tale studio, cfr. J. RUSSELL – N. HOLLANDER, *The Disappearing Trial. The global spread of incentives to encourage suspects to waive their right to a trial and plead guilty*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2017, p. 309 ss.

⁶⁴ Ci si riferisce a quelle intricate clausole attraverso cui tutte le direttive di Stoccolma – tranne proprio la n. 343 del 2016 – escludono dal loro ambito di applicazione generale la categoria dei “reati minori”, per quelle fasi in cui essi siano giudicati da un'autorità diversa da una giurisdizione competente in materia penale. Per efficaci considerazioni critiche sul punto cfr., per tutti, V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law After Lisbon: Rights, Trust and the Transformation of Justice in Europe*, Oxford-Portland, 2016, p. 169.

⁶⁵ Si veda, ad esempio, l'art. 7, par. 6, della direttiva 2016/343.

ha fissato un'unica regola di giudizio *generale e indisponibile*, applicabile dai giudici ogniqualvolta siano chiamati a irrogare una pena, al contrario, il Codice Vassalli ha considerato possibile creare schemi processuali semplificati⁶⁶ in cui – almeno secondo l'interpretazione fatta propria dalla giurisprudenza maggioritaria e da una parte della dottrina⁶⁷ – operano criteri di decisione meno esigenti⁶⁸.

Pare, peraltro, utile precisare che – stando almeno a quanto affermato dalla Corte EDU – la scelta della direttiva 2016/343/UE non dovrebbe costituire una novità così “rivoluzionaria” per molti altri ordinamenti nazionali, almeno in punto di giustizia contrattata. Come anticipato, infatti, i giudici di Strasburgo hanno espressamente affermato che è diffusa nei sistemi processuali della “grande Europa” la regola – che solo in Italia e in pochi altri Stati non sarebbe vigente – per cui il giudice «*has an obligation to examine the case file before deciding on whether to approve or reject the plea agreement and has to ascertain that evidence provided in the file supports the guilty plea entered or the confession made by the defendant*»⁶⁹.

Se ciò fosse vero significherebbe, allora, che la scelta dell'Unione di rendere applicabile la medesima regola di giudizio, desumibile dalla presunzione d'innocenza, anche nei riti negoziati, potrebbe costituire una sorta di generalizzazione di quanto già, in un certo senso, avviene altrove.

Ad ogni modo, una volta che si giunga alla conclusione per cui l'art. 6 in esame operi anche nel rito concordato, è chiaro che lo stesso andrebbe ad aggiungersi (e a prevalere in virtù del principio del primato del diritto UE) alle fonti interne che disciplinano i controlli del giudice prima di poter accogliere una proposta delle parti.

Di conseguenza, se anche si aderisse alla tesi per cui il combinato disposto tra gli artt. 444, comma 2 e 129 c.p.p. di per sé non consentirebbe di applicare la regola di giudizio ricavabile dalla presunzione d'innocenza⁷⁰, il giudice chiamato a vagliare un *pactum* dovrebbe comunque applicare il criterio dell'*in dubio pro reo* nel patteggiamento, in forza di quanto stabilito dalla direttiva 2016/343/UE.

Insomma, se, fino a oggi, la tesi anticognitiva (secondo cui nel rito *ex art. 444 c.p.p.* non avrebbe potuto operare la regola dell'*in dubio pro reo*), si è fondata, soprattutto, sulla mancanza di un richiamo espresso nell'art. 129 c.p.p. ai criteri decisori contenuti negli artt. 529-531 c.p.p.⁷¹, questo argomento non pare essere opponibile nei confronti dall'art. 6, par. 2, della direttiva sulla presunzione d'innocenza. Tale disposizione, infatti, come anticipato, stabilisce, in modo netto, che «ogni dubbio in merito alla colpevolezza

⁶⁶ Ci si riferisce, com'è ovvio, al patteggiamento, al procedimento per decreto e alla messa alla prova per adulti.

⁶⁷ Cfr. *supra* § 2.

⁶⁸ Merita, invero, precisare che secondo autorevole dottrina (P. FERRUA, voce *Regole di giudizio*, cit., p. 728 e s.) esisterebbe un unico *standard* probatorio, ossia il criterio dell'al di là di ogni ragionevole dubbio, che però non potrebbe operare nel patteggiamento. *Contra*, per l'esistenza di diversi *standards* probatori, F. CAPRIOLI, voce *Condanna (dir. pen. proc.)*, cit., p. 111; F.M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, 2013, p. 632 ss.

⁶⁹ Così, testualmente, Corte EDU, Sez. III, 12 aprile 2014, *Natsvlishvili e Togonidze v. Georgia*, § 67.

⁷⁰ Cfr., in particolare, gli autori citati *supra* alla nt. 22.

⁷¹ Si vedano a riguardo le efficaci considerazioni di A. SANNA, *Applicazione dell'art. 129 c.p.p.*, cit., p. 155.

sia valutato in favore dell'indagato o imputato, anche quando il giudice valuta se la persona in questione debba essere assolta», andando così a ovviare all'ambiguità, sia del combinato disposto tra gli artt. 444, comma 2 e 129 c.p.p., sia dell'art. 27, comma 2, Cost., per come interpretato – in questo caso, in modo assai restrittivo – dal Giudice delle leggi e da una parte della dottrina⁷².

Del resto, è lo stesso art. 3 della direttiva sulla presunzione d'innocenza (così come l'art. 48 della Carta di Nizza) a essere assai più esplicito della nostra Carta costituzionale, nella parte in cui stabilisce che la presunzione d'innocenza può venir meno solo a condizione che la colpevolezza degli indagati e imputati sia *legalmente provata*.

Nella fonte europea, vi è, insomma, un legame *esplicito e indissolubile* tra venir meno della presunzione *de qua* e “*prove di reità*”, che in Italia è sì stato riconosciuto dalla celebre sentenza n. 313 del 1990⁷³, ma pare essere stato mortificato dalla timidezza degli arresti successivi della Consulta e dal diffondersi della tesi anticognitiva maggioritaria.

Certo, ove la giurisprudenza volesse essere sicura della necessità di abbandonare l'indirizzo prevalente, dovrebbe sollevare una seconda questione pregiudiziale (magari subordinata alla prima), avente a oggetto il quesito *se l'art. 6, par. 2, della direttiva 2016/343/UE debba essere interpretato nel senso che esso osti a una disciplina nazionale, come quella contenuta nell'art. 444 c.p.p., che impone al giudice di irrogare una pena anche ove questi abbia un dubbio sulla colpevolezza*.

È peraltro ovvio che anche il formante legislativo dovrà prendere presto posizione su questa problematica: quando sarà chiamato a esercitare la delega parlamentare per attuare la direttiva 2016/343/UE, il governo dovrà valutare se – come effettivamente pare – l'art. 6 dell'atto UE sia rivolto anche al rito *ex art. 444 c.p.p.* e, ove si dia una risposta positiva a tale quesito, se ciò debba comportare per forza una modifica del dettato codicistico.

Non si può, invero, tralasciare il fatto che, secondo l'opinione di autorevole dottrina, una volta immessa una «componente cognitiva» nel patteggiamento, sarebbe necessario alterarne la struttura, «trasformandolo in una sorta di [...] abbreviato dove, pur nella diversità del metodo probatorio, la regola di giudizio è la medesima del rito ordinario (prova piena della responsabilità)»⁷⁴. Il legislatore delegato dovrà, insomma, ben ponderare gli ulteriori riflessi sistematici sulla disciplina del rito *ex art. 444 e ss. c.p.p.* che potrebbe determinare l'applicazione della regola dell'*in dubio pro reo* nel patteggiamento.

A tale riguardo, merita precisare che la direttiva dell'Unione non sembra precludere la strada che passa nel configurare l'applicazione della pena su richiesta quale procedimento in cui vi sia una formale ammissione di responsabilità, che semplifichi l'onere probatorio posto in capo al pubblico ministero e riduca, quindi, il novero delle ipotesi in cui il giudice possa avere un dubbio sulla colpevolezza di un prevenuto.

⁷² Cfr. *supra* § 2.

⁷³ V. Corte cost., 2 luglio 1990, n. 313, cit.

⁷⁴ In questo senso si è, a più riprese, espresso, P. FERRUA, *Il 'giusto processo'*, cit., p. 28.

Non va, infatti, dimenticato che nel considerando 22 della 2016/343/UE si ammette esplicitamente che gli Stati possano stabilire «presunzioni di fatto o di diritto riguardanti la responsabilità penale di un indagato o un imputato», purché le stesse siano confinate entro limiti ragionevoli, siano confutabili e rispettino i diritti della difesa.

Alla luce di questi criteri (soprattutto di quello del rispetto dei diritti della difesa) pare, però, problematico continuare a sostenere – come fa un cospicuo orientamento giurisprudenziale⁷⁵ – che dalla richiesta di patteggiamento possa legittimamente sorgere una vera e propria “presunzione (relativa) di colpevolezza”, fintanto che non sia la legge a stabilire in modo espresso tale possibilità.

Ad ogni modo, non è affatto detto che il legislatore delegato ritenga necessario modificare la disciplina dell’applicazione della pena su richiesta delle parti per attuare l’art. 6, par. 2, della direttiva 2016/343/UE.

D’altra parte, si potrebbe affermare che ciò non sarebbe indispensabile, posto che, già a codice invariato, una parte della dottrina e della giurisprudenza ritengono applicabile nel patteggiamento le regole di giudizio desumibili dalla presunzione d’innocenza⁷⁶. A ben vedere, quindi, letta in quest’ottica, la fonte UE non sarebbe realmente innovativa neppure per il nostro ordinamento, ma avrebbe semplicemente l’effetto di rendere non più sostenibile la tesi maggioritaria sopra descritta, secondo cui la presenza di un dubbio su una causa di non punibilità non impedirebbe al giudice di recepire il *pactum* proposto dalle parti. La direttiva avrebbe, in sintesi, specificato quale interpretazione dare al combinato disposto tra l’art. 129, contenuto dell’art. 444, comma 2, c.p.p., chiarendo che essi devono essere intesi per forza anche come un rinvio alla regola dell’*in dubio pro reo*.

Un intervento chiarificatore del legislatore interno pare però, in ogni caso, preferibile per una ragione precisa: se, infatti, il *novum* rappresentato dalla regola di giudizio contenuta nella direttiva 2016/343/UE sembra determinare un definitivo superamento della tesi anticognitiva, al contrario, non pare che la fonte europea debba necessariamente portare a prediligere la seconda tesi “classica” (per cui in caso di dubbio il giudice del patteggiamento debba prosciogliere), rispetto a quella intermedia del rigetto della richiesta⁷⁷.

A un’analisi attenta, infatti, ci si accorgerà che la direttiva non ha chiarito in modo espresso quale provvedimento debba prendere il giudice nei casi in cui abbia un dubbio (che nel nostro ordinamento – in ossequio all’art. 533 c.p.p. – deve essere “ragionevole”⁷⁸) sulla colpevolezza: essa ha, infatti, solo stabilito che questi è chiamato a valutare in

⁷⁵ Si vedano, tra le moltissime, Cass., Sez. IV, 26 settembre 2017, n. 48312, in *DeJure*; Cass., Sez. III, 17 maggio 2017, n. 39082, *ivi*; Cass., Sez. V, 11 aprile 2017, n. 22248, *ivi*; Cass., Sez. VI, 21 febbraio 2017, n. 16491, *ivi*; Cass., Sez. II, 6 ottobre 2015, n. 41785, *ivi*; Cass., Sez. VI, 2 ottobre 2006, n. 41712, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4240; Cass., Sez. V, 13 dicembre 2005, n. 211, *ivi*, p. 1693.

⁷⁶ Cfr. *supra* nt. 26.

⁷⁷ Cfr. *supra* § 2.

⁷⁸ Sebbene, infatti, la direttiva sulla presunzione d’innocenza, a causa delle resistenze degli Stati in seno al Consiglio UE, non utilizzi l’espressione “ragionevole dubbio”, nel nostro ordinamento, che prevede già tale criterio, pare che il dubbio, per andare in favore del reo, debba comunque raggiungere la soglia della “ragionevolezza”.

favore del prevenuto tale incertezza, ciò che, in un rito costruito come il patteggiamento, si potrebbe forse sostenere possa avvenire anche nel caso in cui l'organo giurisdizionale semplicemente rigetti l'accordo tra le parti.

Del resto, il concetto di "valutazione favorevole" sembra essere relativo: se, infatti, per un imputato la decisione senza dubbio migliore è l'assoluzione, pare altrettanto vero che anche una pronuncia che rigetti una richiesta di patteggiamento risulta "favorevole" rispetto a una che irroghi direttamente una pena (anche se scontata e richiesta da lui).

Peraltro, un problema potrebbe consistere nel fatto che, ove il decisore rigettasse il "progetto di sentenza" presentato dalle parti, il prevenuto potrebbe subire poi, nel prosieguo della procedura, una condanna più severa (a meno che non fosse possibile recuperare la diminuzione derivante dal rito in sede dibattimentale o in appello): in tal caso, quindi, la situazione di incertezza, che aveva portato a un rigetto del *pactum*, andrebbe in seguito a suo sfavore. Tutto sta, quindi, nel valutare se l'art. 6, par. 2, della direttiva sulla presunzione d'innocenza vada interpretato nel senso che è sufficiente che il giudice valuti il dubbio in favore dell'accusato nel momento in cui è chiamato a decidere (e questa pare la strada preferibile), oppure se tale situazione di incertezza debba per forza giovargli in termini generali.

Vi è, peraltro, un preciso argomento legato ai lavori preparatori dell'atto europeo, che potrebbe avallare la tesi per cui sarebbe compatibile con la direttiva anche consentire il mero rigetto dell'accordo in caso di dubbio.

Non va, infatti, tralasciato che, se il Parlamento europeo aveva proposto di stabilire espressamente che la presenza di un dubbio sulla colpevolezza dovesse portare sempre al proscioglimento, al contrario, il Consiglio UE non ha condiviso tale scelta, poiché l'ha considerata troppo intrusiva negli ordinamenti nazionali⁷⁹: alla fine, una soluzione mediana si è raggiunta proprio mediante l'inserimento della precisazione per cui il dubbio deve andare in favore del prevenuto «anche quando il giudice valuta se la persona in questione debba essere assolta», senza che, per l'appunto, si sia statuito espressamente in che modo ciò debba avvenire.

L'atto UE non pare, insomma, essersi spinto tanto in là da obbligare gli Stati a far sì che i giudici, in caso abbiano un dubbio sulla colpevolezza, debbano per forza prendere la decisione "in termini assoluti" più favorevole per i prevenuti (ossia il proscioglimento), essendo solo chiamati a valutare tale situazione in modo che essa giovi agli accusati.

Così facendo, si è lasciato più spazio alle scelte dei singoli ordinamenti nazionali, che pare poter essere sfruttato proprio nelle ipotesi – analoghe al patteggiamento nostrano – in cui sia possibile configurare una decisione che, pur essendo favorevole all'accusato, costituisca un *tertium genus* rispetto alla dicotomia proscioglimento/condanna.

Sembra, in definitiva, che spetti al legislatore italiano esercitare la sua

⁷⁹ Si veda, sul punto, doc. Consiglio UE, 11112/15, del 29 luglio 2015, p. 8 nt. 7. In dottrina cfr. S. CRAS – A. ERBEŽNIK, *The Directive on the Presumption of Innocence*, cit., p. 31.

discrezionalità politica sul punto: questi dovrà stabilire se la presenza di un dubbio (ragionevole) sulla colpevolezza debba portare il giudice del patteggiamento a prosciogliere immediatamente o semplicemente a rigettare la richiesta delle parti.

Gli effetti che derivano dall'applicabilità dell'art. 6, par. 2, della direttiva sulla presunzione d'innocenza al rito *ex art.* 444 e ss. c.p.p. non finiscono, però, qui.

Non va, infatti, tralasciato che l'atto dell'Unione prevede all'art. 10, par. 1, che «gli Stati membri provvedono affinché gli indagati e imputati dispongano di un ricorso effettivo in caso di violazione dei diritti conferiti dalla presente direttiva»; mezzo di ricorso che – come si desume dal considerando n. 44 della direttiva – «dovrebbe avere, per quanto possibile, l'effetto di porre l'indagato o imputato nella posizione in cui questi si sarebbe trovato se la violazione non si fosse verificata».

Il problema sta nel fatto che, a seguito dell'interpolazione del nuovo comma 2-*bis* nell'art. 448⁸⁰, compiuta dalla “riforma Orlando” (l. n. 103/2017), non è più possibile proporre ricorso per cassazione per violazione dell'art. 129 c.p.p. nei confronti delle sentenze negoziate, come oramai hanno ammesso gli stessi giudici di legittimità⁸¹. In una recente ordinanza, infatti, la Suprema Corte ha statuito che «a seguito della nuova previsione, [...] pur continuando a sussistere l'obbligo in capo al giudice [chiamato a vagliare il *pactum*] di pronunciarsi sulla insussistenza di condizioni per proscioglimento, il mancato assolvimento di detto obbligo ovvero il difetto della pronuncia sul punto non può essere fatto valere con il successivo ricorso per cassazione e rimane in concreto non più sanzionabile»⁸².

Ciò, peraltro, sta a significare che i prevenuti sono oggi sforniti di un qualsiasi “rimedio effettivo”, da attivare per i casi in cui il giudice del patteggiamento non applichi del tutto o utilizzi in modo scorretto la regola di giudizio dell'art. 6, par. 2, della fonte europea⁸³.

Al di là dei (seri) dubbi di legittimità costituzionale che, già sul piano interno, pone questa situazione, visto il *vulnus* – tra l'altro – all'art. 111, comma 7, Cost., non appena scadrà il termine finale per attuare la direttiva 2016/343/UE si porrà il quesito circa la compatibilità dell'art. 448, comma 2-*bis*, c.p.p. anche con quanto, per l'appunto, stabilito dall'art. 10 dell'atto UE, che costituisce una diretta espressione dell'art. 47, par. 1, della CDFUE.

⁸⁰ In merito a tale novella cfr., tra i molti, R. BRICCHETTI, *L'intento della riforma è scoraggiare i ricorsi solo defatigatori*, in *Guida dir.*, 2017, n. 32, p. 57 s.; I. CIARNIELLO, *Impugnazione delle sentenze di patteggiamento: i tradizionali arrêts divengono nuove regole*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 22 dicembre 2017; G. COLAIACOVO, *L'impugnazione della sentenza di patteggiamento*, in *La riforma Orlando*, a cura di G. Spangher, Pisa, 2017, p. 197 s.; L. IANNONE, *Le novità introdotte dalla l. 103/2017 per impugnare e correggere la sentenza di patteggiamento*, in *www.ilpenalista.it*; A. SANNA, *Rimedi agli errori della sentenza negoziata: l'arretramento del controllo giudiziale*, in *Giur. it.*, 2017, p. 2271.

⁸¹ Cfr. Cass., Sez. II, 11 gennaio 2018, n. 4727, in *Dejure*; Cass., Sez. VI, 8 gennaio 2018, n. 2725, *ivi*; Cass., Sez. II, 20 dicembre 2017, n. 2249, *ivi*.

⁸² In questo senso, cfr. Cass., Sez. II, 11 gennaio 2018, n. 4727, cit.

⁸³ Non sembra, infatti, possibile qualificare quale “rimedio effettivo” per la violazione dell'art. 6, par. 2, della direttiva 2016/343/UE la semplice possibilità di presentare una richiesta di “revisione” (tutt'ora ammessa), tenuto conto – tra l'altro – degli stringenti requisiti, imposti dall'art. 630 c.p.p., per accedere a tale impugnazione straordinaria.

Ebbene, pare che il legislatore italiano, nel momento in cui si troverà a recepire la direttiva sulla presunzione d'innocenza, dovrà tornare sui suoi passi: onde adempiere gli obblighi europei, sarà necessario fornire ai prevenuti il potere di proporre un'impugnazione (che potrebbe ben essere identificata nel ricorso per cassazione) avverso le sentenze di patteggiamento per violazione della regola di giudizio dell'*in dubio pro reo*.

5. Conclusioni.

Come si è visto, manca davvero poco allo scadere del termine finale entro cui gli Stati devono attuare la direttiva sulla presunzione d'innocenza.

Nel frattempo, sembra che i giudici interni debbano già iniziare a interpretare il combinato disposto tra artt. 444, comma 2 e 129 c.p.p. in modo conforme all'art. 6, par. 2, della direttiva *de qua*, garantendo, così, fin da subito, l'applicazione della regola di giudizio ivi contenuta anche nel rito concordato⁸⁴.

Del resto, «un argomento decisivo a sostegno del dovere di orientare immediatamente l'interpretazione al testo e allo scopo perseguito dalla direttiva si può desumere dal principio generale di leale cooperazione sancito dall'art. 4, par. 3, TUE»⁸⁵, il quale prescrive che gli appartenenti all'apparato statale adottino «ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione».

Peraltro, anche nell'ipotesi (assai probabile) in cui al 1° aprile 2018 il legislatore interno non abbia effettivamente recepito la direttiva in esame, la giurisprudenza dovrà garantire comunque la conformità dell'applicazione della pena su richiesta rispetto alla regola di giudizio contenuta nell'atto UE, utilizzando lo strumento dell'interpretazione «eurounitariamente orientata».

Difatti, alla luce della direttiva 2016/343, il mancato richiamo espresso alle regole

⁸⁴ Ritiene che i giudici nazionali abbiano l'obbligo di interpretare la disciplina interna in modo conforme alle norme *self executing* delle direttive, anche prima della scadenza del termine di recepimento, M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra impulsi europei e resistenze italiane*, Padova, 2018, p. 286-288. In merito a tale problematica cfr. anche ID., *L'obbligo di interpretazione conforme alla direttiva sul diritto all'assistenza linguistica*, in *Dir. pen. proc.*, 2012, p. 434 ss. *Contra*, però, Avv. Gen. Bobek, *Conclusioni dell'11 ottobre 2016 presentate nella causa C-439/16, Milev*, § 41. Si ricordi, peraltro, che, dal canto suo, la Corte giust., Sez. IV, 27 ottobre 2016, *Milev*, C-439/16, § 32, non ha ripreso sul punto in modo esplicito la precisazione fatta dall'Avvocato generale, limitandosi a ribadire il suo tralatizio (e ambiguo) insegnamento per cui «dalla data in cui una direttiva è entrata in vigore le autorità degli Stati membri e i giudici nazionali devono astenersi per quanto possibile dall'interpretare il diritto nazionale in un modo che rischierebbe di compromettere gravemente, dopo la scadenza del termine di trasposizione di tale direttiva, la realizzazione dell'obiettivo da essa perseguito». Pare, invero, utile precisare che, effettivamente, alcune sentenze della Cassazione si sono già poste il problema della compatibilità di alcuni loro indirizzi con la direttiva 2016/343/UE. Cfr., ad esempio, Cass., Sez. IV, 17 maggio 2017, n. 27545, in *DeJure*; Cass., Sez. VI, 3 maggio 2017, n. 22249, *ivi*. Si è arroccata, invece, dietro alla mancata scadenza del termine per implementare l'atto europeo, Cass., Sez. III, 8 aprile 2016, n. 24823, *ivi*.

⁸⁵ Così, M. GIALUZ, *L'assistenza linguistica nel processo penale*, cit., p. 287-288.

decisorie dibattimentali nel combinato disposto tra artt. 444, comma 2 e 129 c.p.p. non può essere più inteso (come fatto finora dalla giurisprudenza maggioritaria⁸⁶) quale implicito ostacolo alla possibilità di far operare l'*in dubio pro reo* nel patteggiamento. Al contrario, tale silenzio va per forza riempito di contenuto proprio con quanto affermato dall'art. 6, par. 2, della fonte UE.

In assenza di un intervento legislativo, risulta, invece, più complesso rispondere al quesito circa le conseguenze che i giudici, chiamati a vagliare un *pactum*, dovranno far derivare dalla sussistenza di un dubbio (ragionevole) sulla colpevolezza dell'imputato.

Come si è visto⁸⁷, la direttiva non stabilisce in modo testuale che il dubbio debba determinare per forza un proscioglimento, di modo che non sembra preclusa – almeno dall'atto europeo – la soluzione che passa per il semplice rigetto della richiesta concordata di pena, la quale, come accennato⁸⁸, è ostacolata dal fatto che tale ipotesi non è prevista in modo espresso nel codice. Merita, invero, precisare che la difficoltà testuale *de qua* è, però, stata considerata superabile da parte della dottrina (e della giurisprudenza⁸⁹). Si è, infatti, ad esempio, affermato che «se è vero che l'art. 444 co. 2° non contempla il rinvio degli atti al p.m. nell'ipotesi in discorso, è altrettanto vero che un simile provvedimento non è mai dettato dal codice, neppure in assenza delle condizioni espressamente indicate come necessarie per l'applicazione della pena concordata»⁹⁰.

Non può, d'altra parte, non ribadirsi che la via del rigetto della richiesta è, senza dubbio, la più equilibrata, in quanto consente, da un lato, di non frustrare oltre misura gli effetti deflativi dell'istituto, garantendo un bilanciamento adeguato tra ragionevole durata e presunzione d'innocenza, e, da un altro lato, di evitare che «la pubblica accusa presenti richieste di patteggiamento "suicide", utilizzando in modo improprio ed incontrollato il rito come strumento deflativo»⁹¹, in violazione del canone dell'obbligatorietà dell'azione penale.

Nel caso in cui la direttiva non fosse attuata in tempo, risulterà ancora più complicato risolvere l'ultima problematica sopra descritta, concernente la mancanza nell'ordinamento italiano di un rimedio effettivo, per i casi di violazione dell'art. 6, par. 2, della direttiva 2016/343/UE nel patteggiamento.

L'art. 10, par. 1, dell'atto UE detta, infatti, una norma priva di efficacia diretta, posto che lascia agli Stati una certa discrezionalità nello stabilire quale "*effective remedy*" mettere a disposizione dei soggetti che vedano leso un diritto stabilito nell'atto UE (anche se, per l'appunto, un rimedio vi deve per forza essere).

Un modo per risolvere l'*impasse* potrebbe essere quello di rivolgersi al giudice delle leggi, al fine di denunciare che l'art. 448, comma 2-*bis*, c.p.p., nella parte in cui

⁸⁶ Si veda, sul punto, A. SANNA, *Applicazione dell'art. 129 c.p.p.*, cit., p. 155.

⁸⁷ Cfr. *supra* § 4.

⁸⁸ Cfr. *supra* § 2.

⁸⁹ Ci si riferisce alla già citata pronuncia Cass., Sez. Un., 9 giugno 1995, Cardoni, cit., p. 477.

⁹⁰ Cfr. A. SANNA, sub art. 444 c.p.p., cit., p. 2025. Sul punto diffusamente EAD., *Applicazione dell'art. 129 c.p.p.*, cit., p. 162 e s., nonché M. GIALUZ, voce *Applicazione della pena su richiesta delle parti*, cit., p. 31 s.

⁹¹ Cfr. S. MARCOLINI, *Il patteggiamento nel sistema della giustizia penale negoziata*, cit., p. 202.

impedisce agli accusati di proporre ricorso per cassazione per violazione della regola di giudizio del patteggiamento, risulta in contrasto non solo con alcuni parametri costituzionali interni (tra cui l'art. 111, comma 7, Cost.), ma anche con il combinato disposto tra gli artt. 11 e 117 Cost. e gli artt. 10 della direttiva sulla presunzione d'innocenza e 47, par. 1, della Carta di Nizza.

Se non che si potrebbe replicare che la Corte costituzionale non accoglierebbe tale censura sulla base dei parametri europei appena citati, posto che verrebbe, altrimenti, a usurpare quel margine di discrezionalità politica, che spetta al legislatore interno, nello stabilire quale "mezzo di ricorso" mettere a disposizione dei prevenuti per i casi d'inosservanza dei loro diritti proclamati nella direttiva sulla presunzione d'innocenza.

Un'obiezione di tal fatta, pur giustificata, non pare, però, per forza insuperabile.

A ben vedere, già in passato la Corte costituzionale ha dimostrato, con la celebre sentenza n. 113 del 2011 in materia di "revisione europea"⁹², di essere pronta a rimediare, mediante una sentenza additiva, a una protratta inerzia del legislatore italiano nel conformarsi a un obbligo sovranazionale (in tal caso derivante dall'art. 46 CEDU), che pur era attuabile dalle forze politiche con un certo margine di discrezionalità (inerente al *quomodo*, ma non all'*an* dell'intervento).

Ebbene, non sembra sfornita di fondamento la tesi per cui la Consulta potrebbe effettivamente rompere gli indugi e ragionare in modo simile, anche nel caso in cui il legislatore interno tardasse oltremodo (magari non recependo dei precisi moniti sul punto del giudice delle leggi) ad adempiere l'obbligo, derivante dall'art. 10 della direttiva 2016/343/UE, di fornire ai prevenuti un mezzo di ricorso per i casi in cui sia violata nel rito concordato la regola di giudizio stabilita all'art. 6, par. 2, del medesimo atto UE.

Infine, va ribadito che il governo dovrà valutare attentamente se la necessità di attuare la direttiva sulla presunzione d'innocenza costituisca un'occasione propizia per apportare anche modifiche più strutturali al patteggiamento. Questi potrebbe, ad esempio, riflettere circa l'opportunità di stabilire quale requisito di accesso al rito la presenza di una necessaria ed espressa ammissione di responsabilità del prevenuto⁹³:

⁹² Ci si riferisce a Corte cost., 7 aprile 2011, n. 111, in *www.cortecostituzionale.it*. Sulla quale, per tutti, M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto": la Corte costituzionale crea la "revisione europea"*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3308 ss.; L. PARLATO, *Revisione del processo iniquo: la Corte costituzionale "getta il cuore oltre l'ostacolo"*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 839 ss.

⁹³ Pare però utile precisare che, in sede di discussione parlamentare della "riforma Orlando", il legislatore ha confermato, ancora una volta, di non voler introdurre un meccanismo premiale, fondato sulla confessione del prevenuto (ossia la cd. "sentenza di condanna su richiesta", sulla quale cfr., per tutti, G. COLAIACOVO, *La sentenza di condanna su richiesta dell'imputato*, in *Verso un processo penale accelerato. Riflessioni intorno alla l. 67/2014 al d.lgs. 28/2015 e al d.l. 2798/2014*, a cura di A. Marandola-K. La Regina-R. Aprati, Napoli, 2015, p. 139 ss.). Un istituto di tal fatta era, infatti, previsto nella versione originaria del d.d.l. c. 2798, ma è stato presto stralciato. Per numerose critiche nei confronti della "sentenza di condanna su richiesta", cfr. G. CANZIO, in *Atti Camera, XVII leg., Commissione giustizia, Indagine conoscitiva*, seduta 19 febbraio 2015, p. 7; B. MIGLIUCCI, in *Atti Camera, XVII leg., Commissione giustizia, Indagine conoscitiva*, seduta 24 febbraio 2015, p. 13; L. RIELLO, in *Atti Camera, XVII leg., Commissione giustizia, Indagine conoscitiva*, seduta 17 febbraio 2015, p. 12; R.M. SABELLI, in *Atti Camera, XVII leg., Commissione giustizia, Indagine conoscitiva*, seduta 17 febbraio 2015, p. 7; G. SPANGHER, in *Atti Camera, XVII leg., Commissione giustizia, Indagine conoscitiva*, seduta 19 febbraio 2015,

anche tale scelta potrebbe dimostrarsi, a sua volta, utile per evitare che l'applicazione generalizzata del canone dell'*in dubio pro reo* nell'istituto comporti una riduzione eccessiva dei suoi effetti deflativi, oppure sia la fonte di prassi devianti. Ad ogni modo, non si può non auspicare che la regola di giudizio contenuta nella fonte europea porti ad abbandonare quell'idea di una "giustizia negoziata" a ogni costo⁹⁴, chiaramente espressa dalla tesi anticognitiva. Un'impostazione del genere stride, infatti, con quel messaggio proveniente dalla piccola e grande Europa circa la necessità di effettuare, anche nei riti contrattati, un ben più ponderato bilanciamento tra esigenze efficientiste e diritti fondamentali dell'accusato, non essendo più tollerabile (se mai lo è stato) un (quasi) totale sacrificio delle garanzie in nome di esigenze legate alla ragionevole durata.

p. 13.

⁹⁴ L'espressione è di S. MARCOLINI, *A quali condizioni i negoziati sulla pena sono conformi alla Cedu?*, cit., p. 3497.

MOTIVAZIONE DELL'ORDINANZA DI CUSTODIA CAUTELARE E PERICOLO DI RECIDIVA: LA CORTE DI CASSAZIONE CONFERMA LE PROPRIE POSIZIONI

Nota a [Cass., Sez. III, sent. 17 novembre 2016 \(dep. 16 gennaio 2017\),
n. 1783, Pres. Rosi, Est. Gai](#)

di Damiano Giunti

***Abstract.** Il presente lavoro si propone di esaminare la sentenza n. 1783/2017 della Corte di Cassazione. In tale pronuncia, il Supremo Collegio ha confermato la lettura, da tempo dominante, secondo cui la L. n. 47/2015, in materia di motivazione cautelare, si sarebbe limitata a “codificare” gli arresti della passata giurisprudenza, che riconoscevano al Tribunale del riesame il potere di annullare l’ordinanza solo ove fosse affetta dalla mancanza, “formale” o “sostanziale”, del compendio argomentativo. Una simile conclusione, tuttavia, lascia irrisolte alcune problematiche, superabili solo aderendo alle posizioni della dottrina più garantista, che estende l’annullamento ai casi di motivazione incompleta, illogica o contraddittoria.*

SOMMARIO: 1. La riforma delle misure cautelari: le novità in punto di pericolo di recidiva e di motivazione dell’ordinanza *de libertate*. – 2. La questione affrontata dalla Suprema Corte. – 3. L’ordinanza del Tribunale del riesame. – 4. I motivi a sostegno del ricorso per cassazione. – 5. Il *decisum* della Suprema Corte. – 5.1. Motivazione *per relationem* e gravi indizi di colpevolezza del delitto di pornografia minorile. 5.2. – Motivazione dell’ordinanza *de libertate* sui gravi indizi di colpevolezza dei delitti di spaccio e prostituzione minorile. – 5.3. Carenza di motivazione in punto di attualità e concretezza del pericolo di recidiva. – 6. Riflessioni conclusive

1. La riforma delle misure cautelari: le novità in punto di pericolo di recidiva e di motivazione dell’ordinanza *de libertate*.

Con la sentenza n. 1783/2017¹, la Corte di Cassazione è tornata a pronunciarsi in tema di motivazione dell’ordinanza *de libertate* dopo l’entrata in vigore della legge n.

¹ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, in CED, rv. 269412.

47/2015²; intervento che ha profondamente rivoluzionato la disciplina delle misure cautelari contenuta nel codice di rito.

Tra gli obiettivi della novella vi rientra quello di arginare la prassi delle c.d. ordinanze “copia-incolla”, ovvero di quei provvedimenti solo apparentemente motivati, nei quali il giudice, attraverso delle mere formule di stile, si limita a rinviare o a recepire «*per incorporantionem*»³ la ricostruzione offerta dalla pubblica accusa, senza effettuare un’autonoma valutazione degli elementi indicati a sostegno della richiesta.

Tale tematica ha sempre destato particolare interesse in dottrina: la motivazione dell’ordinanza cautelare, difatti, costituisce uno «snodo fondamentale»⁴ per il processo penale, giacché consente al destinatario di conoscere le ragioni a sostegno della misura, in modo da organizzare la propria difesa ed accedere consapevolmente ai mezzi di impugnazione.

L’obbligo per il giudice di motivare il provvedimento *de libertate* trova espresso riconoscimento sia nelle fonti nazionali (artt. 111, comma 6 e 13, comma 2, Cost., che lo elevano a principio di rango costituzionale, ed artt. 125, comma 3 e 292, comma 2, lett. c e c bis, c.p.p.) sia nelle fonti sovranazionali (e, in particolare, nell’art. 5, § 2, CEDU). Più in generale, l’obbligo per il giudicante di motivare le proprie statuizioni «affonda le [...] radici nell’ideologia illuminista» ed «identifica un momento fondamentale della moderna civiltà giuridica»⁵, poiché svolge la funzione di prevenire possibili arbitrii da parte del potere giudiziario, costringendo il giudice a “meditare” accuratamente la decisione e a darne conto in maniera esauriente, cosicché il destinatario possa

² L. 16 aprile 2015, n. 47, *Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali. Modifiche alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di visita a persone affette da handicap in situazione di gravità*, in G.U. 23 aprile 2015, n. 94. Con essa il legislatore ha profondamente modificato la disciplina delle misure cautelari personali, inserita all’interno del Libro IV, Titolo I del codice di rito. La riforma si pone sulla scia dei ripetuti interventi legislativi che hanno recentemente interessato la materia in esame, tesi a limitare il ricorso alla misura estrema allo scopo di ridurre la popolazione carceraria. Tali modifiche sono state emanate sulla spinta della sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo Torreggiani contro Italia, con la quale i giudici di Strasburgo hanno condannato il nostro Paese per avere violato, in maniera sistemica e perdurante, il divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all’art. 3, CEDU a causa del sovraffollamento carcerario (v. Corte EDU, Sez. II, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, con nota di F. VIGANÒ, [Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all’adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno](#), in questa Rivista, 9 gennaio 2013).

³ E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale e coercizione cautelare minima*, in Cass. pen., 1/2014, p. 17; A. GUERRERIO, *La motivazione dell’ordinanza cautelare personale dopo la legge 16 aprile 2015, n. 47: qualcosa è cambiato?*, in Arch. nuova proc. pen., 6/2016, p. 580.

⁴ B. GIANGIACOMO, *La struttura della motivazione nei provvedimenti giudiziari limitativi della libertà personale*, in www.associazionemagistrati.it.

⁵ F. NUZZO, *Appunti sul potere di integrare la motivazione dell’ordinanza cautelare in sede di riesame*, nota a Cass. pen., sez. VI, 6 giugno 2012, n. 22327, in Arc. nuova proc. pen., 6/2012, p. 658. A. CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 110 definisce la motivazione «la garanzia delle garanzie».

comprendere l'iter logico che la sostiene⁶. «La controllabilità della giustificazione», invero, costituisce «condizione necessaria della razionalità del risultato decisorio»⁷.

Al fine di rafforzare l'obbligo di motivazione in materia cautelare, il legislatore dapprima è intervenuto con la L. n. 332/1995⁸, la quale, prescrivendo nuovi requisiti diretti ad integrare il contenuto dell'ordinanza, ha tentato di rendere «la motivazione più puntuale, articolata e cogente»⁹, in modo da conformarla, sebbene con alcuni accorgimenti, al modello legale delineato dall'art. 546, c.p.p. per la sentenza¹⁰.

Nonostante il diverso orizzonte tracciato dal legislatore, però, parte della giurisprudenza, animata da un inconscio di matrice inquisitoria¹¹, ha continuato a prediligere un approccio meno garantista, volto a salvaguardare le ordinanze prive di adeguata motivazione oppure giustificate solo apparentemente, giacché sprovviste di un'autonoma valutazione dei presupposti applicativi della misura, o addirittura completamente «appiattite» sulla richiesta formulata dall'autorità inquirente; un'impostazione osteggiata anche dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo¹², la quale ha escluso categoricamente la possibilità di porre restrizioni alla libertà personale «sulla scorta di provvedimenti ancorati a motivazioni stereotipate»¹³.

⁶ In tema di motivazione del provvedimento giurisdizionale si vedano E. AMODIO, *Motivazione della sentenza penale*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 186 ss. e F. M. IACOVIELLO, voce *Motivazione della sentenza penale (controllo della)*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Milano, 2000, p. 760 ss.; M. MASSA, *Motivazione (motivazione della sentenza)*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, Treccani, 1992, p. 1 ss. Sul rapporto tra motivazione del provvedimento giurisdizionale e diritto di difesa G. VERRINA, *Sulla motivazione dell'ordinanza de libertate*, nota a Cass. pen., sez. III, n. 3576, in *Giur. it.*, 1996, p. 441; M. TARUFFO, *L'obbligo della motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, in *Riv. Dir. proc.*, 1974, p. 265; A. MAZZARRA, *Sulla motivazione immediata delle ordinanze de libertate*, in *Giur. it.*, 1992, II, p. 651.

⁷ E. N. LA ROCCA, *In tema di requisiti minimi per la motivazione delle decisioni cautelari*, nota a Cass. pen., sez. VI, 8 giugno 2012, n. 22327, cit., in *Giur. it.*, 2013, p. 171. Si è osservato come il codice Vassalli manifesti «una tendenza a fare dell'atto motivato il tessuto connettivo della logica al sistema». Così A. CONFALONIERI, *Requisiti essenziali della motivazione nelle decisioni del tribunale delle libertà*, in *Giur. it.*, 1994, II, p. 93; in tal senso, si veda anche A. CRISTIANI, *Profili evolutivi del principio di motivazione nel nuovo processo penale*, in *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945 - 1990. Studi in onore di G. Vassalli*, II, Milano, Giuffrè, 1992, p. 419.

⁸ L. 8 agosto 1995 n. 332, *Modifiche al codice di procedura penale in tema di semplificazione dei procedimenti, di misure cautelari, di diritto di difesa*, in G.U. 8 agosto 1995, n. 184.

⁹ E. TURCO, *La motivazione dell'ordinanza di riesame: limiti al potere di integrazione*, in Cass. pen., 11/2001, p. 3102.

¹⁰ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, ed. XVII, Milano, Giuffrè, 2016, p. 456; E. N. LA ROCCA, *In tema di requisiti minimi*, cit. 173; F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 310: l'Autore definisce il modello di motivazione scelto dal codice di «grande complessità», giacché, oltre ad indicare le fonti di prova, le informazioni probatorie e i criteri di inferenza utilizzati, «opera un confronto dialettico fra le ipotesi antagoniste saggiando il relativo grado di probabilità logica».

¹¹ E. AMODIO, *Segreti e bugie. La libertà dell'indagato nel cappio della cultura inquisitoria*, in *Proc. pen. e giust.*, n. 3, 2013, p. 2; M. V. PAPANTI - PELLETIER, *Confini più netti tra annullamento e integrazione dell'ordinanza cautelare genetica*, in *Proc. pen. e giust.*, 2/2016, p. 91. Si veda anche G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo "criminale" italiano*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 55. Evidenza come «l'inconscio inquisitorio» continuasse a pervadere la gestione delle misure cautelari A. PRESUTTI, *Le cautele nel processo penale come forma di anticipazione della pena*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2014, p. 58.

¹² *Ex pluris*, C. EDU, sent. 23 maggio 2006, Ceylan c. Turchia, in *Dir. pen. e processo*, 2006, p. 915; C. EDU, sent. 27 febbraio 2001, Ciek c. Turchia, *Legisl. pen.*, 2001, p. 1095.

¹³ E. N. LA ROCCA, *In tema di requisiti minimi*, cit., p. 173.

Proprio la necessità di porre un argine alle “storture” della prassi applicativa ha reso necessaria la L. n. 47/2015, il cui intento è stato quello, da un lato, di ridurre drasticamente il ricorso allo strumento cautelare, e segnatamente alla custodia in carcere¹⁴; dall’altro, di responsabilizzare il giudice chiamato ad applicare la misura, ponendo a carico del medesimo un «rinforzato onere della motivazione»¹⁵, presidiato da poteri di controllo in sede di riesame più ampi rispetto al passato¹⁶. Per conseguire tali obiettivi, innanzitutto, il legislatore è intervenuto mediante un «duplice e “simmetrico” intervento» sull’art. 274, c.p.p.¹⁷, armonizzando il testo delle lett. *b* e *c* con quello della lett. *a*¹⁸; disposizione che, già dopo la modifica ad opera della L. n. 332/1995, subordinava l’applicazione della misura cautelare all’esistenza di situazioni di «concreto e attuale pericolo per l’acquisizione o la genuinità della prova». A seguito della riforma, dunque, anche il pericolo di fuga (lett. *b*) e quello di recidiva (lett. *c*) debbono essere “concreti” ed “attuali”¹⁹; presupposto che limita profondamente «la discrezionalità del giudice nella valutazione delle esigenze cautelari»²⁰ e consente di ovviare agli abusi della prassi applicativa, recependo così le indicazioni della dottrina²¹ e della giurisprudenza più garantista²².

¹⁴ In questo senso G. ILLUMINATI, *Verso il ripristino della cultura delle garanzie in tema di libertà personale dell'imputato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, fasc. 3/2015, p. 1130; D. CHINNICI – D. NEGRI – E. N. LA ROCCA – F. MORELLI, *Le misure cautelari nella strategia del «minimo sacrificio necessario»* (legge 16 aprile 2015, n. 47), D. CHINNICI (a cura di), Roma, Dike Edizione giuridica, 2015, *passim*.

¹⁵ G. SPANGHER, [Brevi riflessioni sistematiche sulle misure cautelari dopo la l. n. 47 del 2015](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 5.

¹⁶ Si allude alla modifica che ha investito l’art. 309, comma 9, c.p.p.

¹⁷ V. PAZIENZA – G. FIDELBO, [Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari, Relazione dell'Ufficio del Massimario del 6 maggio 2015](#), in questa Rivista, 7 maggio 2015, p. 4.

¹⁸ A. MACRILLÒ, *Il pericolo di reiterazione ex art. 274, comma 1, lett. c, c.p.p. dopo la L. n. 47 del 2015 al vaglio della Cassazione*, nota a Cass. pen., sez. III, 16 novembre 2016, n. 45512 e Cass. pen., sez. III, 12 novembre 2015, n. 4528, in *Dir. pen. e processo*, 4/2016, p. 494.

¹⁹ Più nel dettaglio, l’art. 274, comma 1, lett. *c*, c.p.p. fa riferimento al pericolo che l’imputato commetta una serie di «gravi delitti» espressamente indicati dalla norma ovvero delitti «della stessa specie di quello per cui si procede». La disposizione indica, inoltre, gli elementi di cui il giudice deve tenere conto per valutare la sussistenza del *periculum*. Essi sono: «le modalità» e le «circostanze del fatto» nonché «la personalità» del soggetto, «desunta da comportamenti o atti concreti o dai suoi precedenti penali».

²⁰ C. ANDREUCCIOLI, *Nota breve del Servizio Studi del Senato sul Disegno di legge n. 1232-B: “Modifiche al codice di procedura penale in materia di misure cautelari personali. Modifiche all’ordinamento penitenziario in materia di visita a persone affette da handicap grave”*, 43/2015, p. 1; P. BORRELLI, [Una prima lettura delle novità della legge 47/2015 in tema di misure cautelari personali](#), in questa Rivista, 3 giugno 2015, p. 2.

²¹ A sostegno di una lettura che già prima della L. n. 47 affiancava al canone della concretezza quello di attualità del pericolo di fuga e di recidiva, V. AIUTI, *Esigenze cautelari e discrezionalità giudiziale* (commento agli artt. 1 e 2, L. n. 47/2015), in [www.la legislazione penale.eu](#), 2015, p. 4. In senso analogo, P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 4. Sul punto si veda anche G. GIOSTRA, *Sul vizio di motivazione dell’ordinanza cautelare ovvero sul degrado della tecnica legislativa*, in Cass. pen., fasc. 9/1995, p. 2428.

²² In giurisprudenza, prima della riforma Cass. pen., sez. VI, 26 novembre 2014, n. 52404, in *CED*, rv. 261670; Cass. pen., sez. V, 8 febbraio 2012, n. 11633, in *ivi*, rv. 252308. In senso analogo, Cass., pen., sez. II, 8 maggio 2008, n. 21564, in *ivi*, rv. 240112; Cass. pen., sez. VI, 10 giugno 2009, n. 27865, in *ivi*, rv. 244417; solo incidentalmente Cass. pen., sez. un., 24 settembre 2009, n. 40538 in *Corr. mer.*, fasc. 1/2010, p. 76, con nota di P. PICCIALLI, *La ritardata iscrizione della “notitia criminis” e potere di retrodatazione del giudice*, e in *Giur. it.*, fasc. 6/2010, p. 1401, con nota di F. FALATO, *Gli effetti dell’inosservanza dell’obbligo di iscrizione*, in *ivi*, fasc. 10/2010,

Parallelamente, la novella ha introdotto il divieto per il giudice di desumere le situazioni di «concreto e attuale pericolo» appena descritte esclusivamente dalla gravità del titolo di reato per cui si procede» (art. 274, comma 1, lett. *b* e *c*, c.p.p.)²³. La *ratio* dell'intervento consiste nella necessità di prevenire il rischio che la valutazione dei *pericula* venga assorbita da quella dei gravi indizi di colpevolezza; un'eventualità non remota a causa della tendenza, registrata nella preesistente prassi giudiziaria, di adottare ordinanze cautelari che «lasciavano spesso a desiderare» giacché sorrette da motivazioni apodittiche o che omettevano di considerare una serie di circostanze favorevoli all'imputato²⁴. Ciò accadeva, in particolare, con riferimento al pericolo di recidiva: in passato il giudice, animato ancora da un «inconscio inquisitorio»²⁵, si approssimava a questa esigenza cautelare «come se si trovasse di fronte un presunto colpevole», finendo per ricavare il *periculum* dalla sola sussistenza di gravi indizi di colpevolezza di un delitto grave²⁶. Cosicché, il giudice, per il solo fatto che il soggetto fosse accusato di un reato simile, finiva per considerarlo pericoloso e, dunque, meritevole di essere sottoposto a restrizione della libertà personale²⁷.

Un'altra modifica di «estremo interesse»²⁸ ha riguardato l'art. 292, comma 2, lett. *c* e *c bis* c.p.p.²⁹. La nuova disposizione prevede che l'ordinanza cautelare debba contenere, a pena di nullità³⁰, non solo «l'esposizione» ma anche «l'autonoma

p. 2167 ss., con nota di R. DEL COCO, *Tempestività nell'iscrizione della notitia criminis: il difficile bilanciamento tra poteri del P.M. e controllo giurisdizionale*, in *Riv. Dir. proc. pen.*, fasc. 1/2010, p. 425, con nota di E. GUIDO, *Disfunzioni e possibili rimedi in tema di durata delle indagini preliminari: a proposito del sindacato giurisdizionale sulla tempestività dell'iscrizione della notitia criminis*; Cass. pen., sez. IV, 12 marzo 2015, n. 24478, in *CED*, rv. 263722. Con riferimento alla giurisprudenza successiva alla novella, Cass., pen., sez. VI, 4 novembre 2015, n. 44605, in *ivi*, rv. 265350; Cass. pen., sez. III, 2 febbraio 2016, n. 12816, in *ivi*, rv. 266515; Cass. pen., sez. III, 17 febbraio 2016, n. 12921, in *ivi*, rv. 266425; Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2015, n. 43083, in *ivi*, rv. 264902.

²³ Il richiamo al «titolo di reato per cui si procede» deve essere letto facendo riferimento «alla fattispecie incriminatrice astratta contestata nel procedimento». In tal senso, V. PAZIENZA – G. FIDELBO, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 7. Sul punto, si veda anche P. BORRELLI, *Una prima lettura*, cit., p. 14.

²⁴ R. BRICCHETTI R. – L. PISTORELLI, *Al pericolo concreto si aggiunge il canone della attualità*, in *Guida dir.*, 20/2015, p. 40.

²⁵ L'affermazione è presa in prestito da A. PRESUTTI, *Le cautele nel processo penale*, cit., p. 58.

²⁶ R. BRICCHETTI R. – L. PISTORELLI, *Al pericolo concreto*, cit., p. 40.

²⁷ *Ibidem*. Per un spunto di riflessione F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 642 e 655. Secondo l'Autore, l'esigenza cautelare di cui all'art. 274, comma 1, lett. *c*, c.p.p. veniva accertata dal giudice «partendo da una presunzione di colpevolezza», come se l'indagato (o l'imputato) «fosse colpevole». Aggiunge, inoltre, che la motivazione dell'ordinanza *de libertate*, rispetto a questa esigenza cautelare, finiva per essere spesso del tutto apodittica, poiché fondata sul seguente «automatismo logico»: «il reato è un fatto comunque pericoloso, un fatto pericoloso può essere commesso da una persona pericolosa, dunque chi commette un reato è (necessariamente un soggetto) pericoloso» e, pertanto, sottoponibile a misura cautelare. Un automatismo che, tuttavia, veniva in molti casi smentito, come confermato dal fatto che la misura era poi revocata o sostituita *in melius* per via dell'attenuazione del *periculum*.

²⁸ P. BORRELLI, *Una prima lettura*, cit., p. 19.

²⁹ Sulla portata innovativa della modifica anche V. PAZIENZA – G. FIDELBO, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 19 ss. Sul punto si veda anche C. SCACCIAOCE, *Il controllo sul potere cautelare dopo la legge n. 47/2015*, in *Proc. pen. e giust.*, fasc. 3/2015, p. 141 ss.

³⁰ Si tratta di una nullità «*sui generis*», riconducibile, nonostante la rilevanza d'ufficio, alla disciplina prevista per quelle relative (e, dunque, a tutte le regole che concernono la deducibilità e la sanatoria di cui agli artt. 181-183, c.p.p.). In tal senso, V. PAZIENZA – G. FIDELBO, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 20. Si veda,

valutazione delle specifiche esigenze cautelari e degli indizi che giustificano in concreto la misura disposta, con l'indicazione degli elementi di fatto da cui sono desunti e dei motivi per i quali assumono rilevanza, tenuto conto anche del tempo trascorso dalla commissione del reato» (art. 292, comma 2, lett. c, c.p.p.); nonché «dei motivi per cui sono stati ritenuti non rilevanti gli elementi forniti dalla difesa» e, «in caso di applicazione della custodia cautelare in carcere», «delle concrete e specifiche ragioni per le quali le esigenze di cui all'art. 274 non possono essere soddisfatte con altre misure» (art. 292, comma 2, lett. c bis, c.p.p.)³¹. Con la modifica dell'art. 292, c.p.p., il legislatore ha voluto così rafforzare la struttura dell'ordinanza cautelare, ponendo a carico del giudice un «più rigoroso» obbligo di valutazione dei presupposti applicativi della misura e di motivazione del provvedimento³². Su sollecitazione di autorevole dottrina³³, la novella ha così previsto «*per tabulas*»³⁴ il dovere del giudice di dare conto nell'ordinanza *de libertate* di avere effettuato, a fronte della richiesta proveniente dalla pubblica accusa, un'autonoma valutazione della vicenda cautelare, al fine di prevenire motivazioni «appiattite su quelle del Pubblico ministero richiedente»³⁵. Solo così, difatti, è possibile disvelare l'*iter* logico argomentativo che si cela dietro il provvedimento cautelare e riferirlo all'unico «soggetto legittimato in via esclusiva alla sua adozione»³⁶ «in quanto

inoltre, V. GREVI, *Misure cautelari*, in G. CONSO – V. GREVI – M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 2014, p. 444.

³¹ Dopo l'entrata in vigore della novella, si è osservato che, dal punto di vista strutturale, la motivazione dell'ordinanza cautelare deve essere sorretta da due momenti distinti: il primo, consistente nell'esposizione degli elementi di fatto che integrano i presupposti applicativi della misura e le ragioni a sostegno della loro «specifica rilevanza probatoria»; il secondo, nel quale assume rilievo il requisito dell'«autonoma valutazione», che attiene alla riferibilità dell'*iter* logico-argomentativo, posto a sostegno del provvedimento, al giudice che lo ha emesso. L'importanza di questo secondo momento è strettamente correlata alla duplice funzione che è propria dell'obbligo di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali: da un lato, prevenire possibili arbitrii da parte del potere giudiziario, costringendo il giudice a «meditare» accuratamente la propria decisione e a darne conto in maniera esauriente; dall'altro, mettere in condizione il destinatario del provvedimento di comprendere le ragioni su cui si fonda, in modo da organizzare consapevolmente la propria difesa, attivando i meccanismi di impugnazione. Sul punto, si veda C. TONINELLI, *L'«autonoma valutazione» nella motivazione delle ordinanze de libertate*, nota a Trib. Perugia, ord. 20 luglio 2015, n. 7647, in *Dir. pen. e processo*, 12/2015, p. 1525; F. M. IACOVIELLO, *voce Motivazione della sentenza penale*, cit., p. 76. Quest'ultimo autore evidenzia, inoltre, come la motivazione sia lo strumento principe per verificare se il provvedimento è stato emesso alle condizioni che lo legittimano (c.d. «teoria della motivazione come sovrastruttura dell'atto»). In tal senso, si veda Id., *La Cassazione penale*, cit., p. 254.

³² P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 19. Si veda anche Trib. Perugia, ord. 20 luglio 2015, n. 7647, cit., p. 1517; F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 377: l'Autore sottolinea come il codice abbia posto a carico del decidente un obbligo di motivazione rafforzato, «perché vuole che il giudice in qualche modo faccia le veci della parte assente». Non sono mancate voci critiche in dottrina: taluno, in particolare, ha messo in discussione «l'effettiva necessità dell'ennesima interpolazione operata sull'art. 292, dal momento che sia la lett. c che la lett. c bis già prevedevano «l'esposizione», non solo degli elementi fattuali, ma anche dei percorsi valutativi adottati dal giudice e posti a fondamento del titolo cautelare. Così V. PAZIENZA – G. FIDELBO, [Le nuove disposizioni](#), cit., p. 22. In senso critico anche L. GIORDANO, [Sull'annullamento dell'ordinanza cautelare priva dell'autonoma valutazione degli indizi delle esigenze di cautela](#), in *questa Rivista*, 14 luglio 2015, p. 2.

³³ E. AMODIO, *Inviolabilità della libertà personale*, cit. p. 12 ss.

³⁴ P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 19.

³⁵ C. ANDREUCCIOLI, *Nota breve*, cit., p. 3.

³⁶ R. DEL COCO, *La motivazione del provvedimento applicativo*, in T. BENE (a cura di) *Il rinnovamento delle misure*

[...] terzo rispetto all'accusa»³⁷. Attraverso la prescrizione di uno specifico obbligo di «autonoma valutazione», in sostanza, la novella ha imposto al decidente di motivare «secondo cadenze simili alla sentenza dibattimentale» (art. 546, c.p.p.)³⁸, rivitalizzando «il ruolo decisorio»³⁹ del giudice della cautela in modo da ostacolare la prassi delle c.d. ordinanze «copia-incolla»⁴⁰.

Strettamente correlata alla modifica appena descritta è l'inserimento del seguente periodo nell'art. 309, comma 9, c.p.p.: «il Tribunale (del riesame) annulla il provvedimento impugnato se la motivazione manca o non contiene l'autonoma valutazione, a norma dell'art. 292 c.p.p., delle esigenze cautelari, degli indizi e degli elementi forniti dalla difesa»⁴¹, fermo restando la facoltà per il medesimo di «annullare il provvedimento impugnato o riformarlo in senso favorevole all'imputato anche per motivi diversi da quelli enunciati» ovvero di «confermarlo per ragioni diverse da quelle indicate nella motivazione del provvedimento stesso»⁴². Secondo la prevalente giurisprudenza e parte autorevole della dottrina⁴³, lo scopo perseguito dal legislatore sarebbe stato quello di dare alle posizioni più garantiste della Corte di Cassazione, rimaste per molto tempo minoritarie, una «più solida e univoca base normativa»⁴⁴. In

cautelari (analisi della legge n. 47 del 16 aprile 2015), Torino, Giappichelli, 2015, p. 68.

³⁷ M. D. LARICCHIA, *Novità in tema di motivazione dell'ordinanza cautelare*, nota a Cass. pen, sez. III, 12 gennaio 2016, n. 840, in *Giur. it.*, 2016, p. 988.

³⁸ P. TONINI, *Manuale*, cit., p. 456.

³⁹ M. D. LARICCHIA, *Novità in tema di motivazione*, cit., p. 988.

⁴⁰ Individua l'obiettivo della novella nel mettere «al bando le motivazioni che non contengono una rielaborazione critica» degli argomenti spesi dal P.M. o dalla P.G. F. CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del giudice del riesame*, in L. GIULIANI (a cura di), *La riforma delle misure cautelari personali*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 180.

⁴¹ L. GIORDANO, *Sull'annullamento*, cit., p. 2. Si vedano anche V. PAZIENZA – G. FIDELBO, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 22, i quali sottolineano la scelta del legislatore di lasciare fuori, dall'ambito di applicazione della nuova disposizione, l'ipotesi in cui il giudice abbia omesso di valutare autonomamente l'inadeguatezza di misure meno afflittive rispetto alla custodia cautelare in carcere.

⁴² Il testo approvato in Parlamento si differenzia dalla proposta di modifica elaborata dalla Commissione Canzio, che prevedeva di eliminare il potere del Tribunale di confermare il provvedimento anche «per ragioni diverse da quelle indicate nell'ordinanza», con l'effetto di riconoscere al potere di annullamento massima espansione, sgombrando così il campo dagli equivoci generati dall'inciso contenuto nell'art. 309, comma 9, c.p.p. La scelta del legislatore di discostarsi dal progetto della Commissione ha destato diverse perplessità in dottrina. Si vedano M. CERESA - GASTALDO, *Una singolare antifrasi: i "nuovi" poteri rescindenti del tribunale della libertà*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 12, che definisce saggia e coerente la proposta della Commissione; G. TODARO, *Motivazione dell'ordinanza cautelare e poteri del Tribunale del riesame alla luce della legge n. 47 del 2015: un primo vaglio della Suprema Corte*, nota a Cass. pen., sez. VI, 12 ottobre 2015, n. 40978, cit., in *Arc. nuova proc. pen.*, fasc. 5/2015, p. 507; M. MALERBA, *Il "nuovo" potere di annullamento del tribunale del riesame alla luce della l. 16 aprile 2015, n. 47: un'occasione perduta*, in *Cass. pen.*, 11/2015, p. 4235; M. D. LARICCHIA, *Novità in tema di motivazione*, cit., p. 991.

⁴³ Si vedano Cass. pen., sez. VI, 15 settembre 2015, n. 40978, cit., in *Arc. nuova proc. pen.*, fasc. 5/2016, p. 502, con nota di G. TODARO, *Motivazione dell'ordinanza cautelare*, cit. e in *Proc. pen. e giust.*, 2016, n. 2, p. 88 ss., con nota di M. V. PAPANTI - PELLETIER, *Confini più netti*, cit.; Cass. pen, sez. III, 27 ottobre 2015, n. 49175, in *CED*, rv. 265365; Cass. pen., sez. I, 15 dicembre 2015, n. 8323, in *ivi*, rv. 265951; Cass. pen., sez. V, 2 dicembre 2015, n. 11922, in *ivi*, rv. 266428; Cass. pen., sez. VI, 1 ottobre 2015, n. 44606, in *ivi*, rv. 265055. *Contra*, Cass. pen., sez. I, 21 ottobre 2015, n. 5787, in *ivi*, rv. 265983.

⁴⁴ R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Valutazione autonoma del quadro indiziario da parte del giudice*, in *Guida dir.*,

questo modo, la novella avrebbe riconosciuto espressamente al Tribunale *de libertate* il potere di annullare l'ordinanza cautelare, non solo laddove manchi il segno grafico della motivazione, ma anche laddove, sebbene formalmente presente, essa sia del tutto apodittica in quanto sorretta da mere formule di stile oppure quando sia priva dell'autonoma valutazione del compendio indiziario, delle esigenze cautelari e degli elementi forniti dalla difesa, con l'effetto di restringere il potere suppletivo del riesame ai soli casi di «“insufficienza” motivazionale»⁴⁵ (e, dunque, ove ricorrano dei vizi in grado di inficiare la tenuta argomentativa della decisione senza tradursi in una sostanziale mancanza di motivazione)⁴⁶. In questo modo, il Tribunale del riesame manterrebbe «la potestà di integrare [...] il (compendio argomentativo) dell'ordinanza» ogni qual volta la motivazione sia «carente» o «insufficiente»⁴⁷.

A parere di chi scrive questa lettura non pare pienamente condivisibile. Per cogliere il «*novum*» della riforma⁴⁸, è necessario adottare un'interpretazione più rigorosa

20/2015, p. 50. In senso analogo, M. V. PAPANTI - PELLETIER, *Confini più netti*, cit., p. 91; P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 26-27: l'Autore sostiene che l'indirizzo più garantista della Corte di Cassazione rappresenti «un fondamentale punto di partenza» per approcciarsi alle novità introdotte dalla novella; A. NAPPI, *Tra retorica ed effetti collaterali*, (commento all'art. 8, L. n. 47/2015), in [www.legislazionepenale.eu](#), p. 7: secondo il quale il più recente orientamento ne esce «convalidato»; L. GIORDANO, [Sull'annullamento](#), cit., p. 8; V. PAZIENZA - G. FIDELBO, [Le nuove disposizioni](#), cit., p. 22.

⁴⁵ R. BRICCHETTI - L. PISTORELLI, *Valutazione autonoma*, cit., p. 50.

⁴⁶ D'altra parte, non sono mancate letture più “disincantate” della riforma, molto lontane dalle posizioni offerte dalla giurisprudenza e dalle posizioni espresse dai primi commentatori. Secondo alcuni, il risultato della novella rappresenta un «complessivo» e «assai netto deterioramento della funzione di controllo critico del riesame»; un istituto che, secondo questa dottrina, già da tempo soffrirebbe di «una profonda crisi di identità», non essendo più percepito come un «effettivo presidio contro gli eccessi e gli abusi del potere cautelare», bensì come un «pericoloso strumento di supporto dell'azione cautelare, autolesionisticamente attivato dallo stesso imputato». La riforma, inserendosi in tale contesto, avrebbe definitivamente relegato il Tribunale del riesame ad un ruolo di mera «supplenza» a fronte di un'ordinanza *de libertate* non adeguatamente motivata. Ciò accadrebbe, in particolare, a causa della formulazione dell'art. 309, comma 9, c.p.p. in grado di produrre «un singolare effetto antifrastico»: da un lato, enfatizza il potere di annullamento del Tribunale per vizio della motivazione; dall'altro, però, tipizzando in modo stringente i casi di annullamento, finisce per favorire il risultato opposto, «ossia quello di ridurre pressoché a zero [...] l'ambito d'intervento della decisione rescindente», confermando il potere di integrazione del Tribunale in tutti i casi di motivazione lacunosa diversi dalla sua assenza “sostanziale” ovvero di mancanza di autonoma valutazione della vicenda cautelare. Sarebbe stato opportuno, secondo questa dottrina, recepire interamente il progetto di riforma elaborato dalla Commissione Canzio, che prevedeva «saggiamente e coerentemente» di eliminare dall'art. 309, comma 9, c.p.p. il richiamo al potere di conferma «anche per ragioni diverse da quelle indicate nell'ordinanza», in modo da attribuire al potere di annullamento del tribunale massima espansione, «sgombrando il campo dagli equivoci» che in passato l'inciso ha generato. Così M. CERESA - GASTALDO, [Una singolare antifrasi](#), cit., p. 9, 11 e 12. In senso analogo M. MALERBA, *Il “nuovo” potere di annullamento*, cit., p. 4234 ss.; *contra*, G. TODARO, *Motivazione dell'ordinanza cautelare*, cit., p. 506: l'Autore è piuttosto critico rispetto alle conclusioni sostenute da questa dottrina, poiché il riconoscimento del potere integrativo spettante al Tribunale del riesame, più che trovare fondamento nell'art. 309, comma 9, c.p.p., lo considera «acquisizione pacifica, mai disconosciuta, che profonda le sue radici in un incontestato orientamento giurisprudenziale».

⁴⁷ Cass. pen, sez. III, 27 ottobre 2015, n. 49175, cit.

⁴⁸ E. MARZADURI, *Verso una maggiore tutela dell'imputato nel procedimento di riesame: luci ed ombre della nuova disciplina* (commento all'art. 11, L. n. 47/2015), in [www.legislazionepenale.eu](#), 2015, p. 11.

della suddetta disposizione, capace di «mutare il quadro prescrittivo assai più incisivamente [...] di quanto, con ogni probabilità, era nelle stesse intenzioni dei riformatori»⁴⁹. In tale prospettiva, si è osservato, l'art. 309, comma 9, c.p.p., riconoscendo al Tribunale del riesame il potere di annullare l'ordinanza applicativa ogni volta che difetti dell'autonoma valutazione «a norma dell'art. 292, c.p.p.», stabilisce «*a fortiori*» che il medesimo potere vada esercitato allorché il provvedimento non contenga «alcuna valutazione»⁵⁰ riferibile al «dovere di indicare gli elementi di fatto da cui sono desunti i gravi indizi e le esigenze cautelari, nonché i motivi per i quali essi assumono rilevanza [...], (al) dovere di esporre i motivi per i quali gli elementi forniti dalla difesa non sono stati ritenuti rilevanti [...]» e «(al) dovere di tenere conto degli elementi favorevoli all'imputato non provenienti da apporti difensivi»⁵¹; nonché, in generale, ogniquale volta emerga una lacuna nel tessuto argomentativo della motivazione riferibile ai suddetti elementi⁵². In questo modo, valorizzando il rinvio all'art. 292, c.p.p., non residuerebbero spazi per l'esercizio del potere di integrazione spettante al Tribunale delle libertà ove ricorrano delle lacune nella motivazione del provvedimento cautelare⁵³. L'ordinanza dovrebbe quindi essere annullata, non solo qualora la motivazione sia assente o apparente, ma anche quando, sebbene presente e «autonoma», sia incompleta, «perché non conforme agli *standard* contenutistici pretesi dall'art. 292, c.p.p.»⁵⁴, oppure sia «palesamente illogica» o anche solo «contraddittoria»⁵⁵. «Posto che la motivazione non è solo una successione casuale di segni grafici, ma è il discorso giustificativo di una decisione che pretende perciò di essere razionale»⁵⁶, non pare ragionevole differenziare il trattamento riservato ai casi di motivazione mancante da quello previsto per i casi in cui sia incompleta, manifestamente illogica o anche solo contraddittoria, giacché in tutte queste ipotesi la lacuna nella parte motiva del provvedimento non consente al prevenuto

⁴⁹ F. CAPRIOLI, *Motivazione*, cit., p. 205.

⁵⁰ *Ivi*, p. 296; E. MARZADURI, *Verso una maggiore tutela*, p. 11.

⁵¹ *Ibidem*; *ivi*, p. 12. Si pone nello stesso senso, sebbene in modo più «velato», anche C. MUSIO, [Motivazione cautelare lacunosa e poteri del Tribunale del riesame: una \(probabile\) modifica legislativa](#), in questa Rivista, 11 maggio 2014, p. 14: secondo l'Autrice, per giungere a questa conclusione è necessario ravvisare nella formulazione «più ristretta» dell'art. 309, comma 9, c.p.p. «un intento, per così dire, «riassuntivo» dei contenuti fondamentali della motivazione dell'ordinanza (indicando «una parte per il tutto»)».

⁵² In questi termini, A. NAPPI, *Le impugnazioni de libertate dopo la riforma: appunti su implicazioni e prospettive* (commento all'art. 11, legge n. 47/2015), in [www.legislazionepenale.eu](#), 2016, p. 3.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ F. CAPRIOLI, *Motivazione*, cit., p. 207.

⁵⁵ A. NAPPI, *Le impugnazioni de libertate dopo la riforma*, cit., p. 3. Si pone in senso parzialmente difforme F. CAPRIOLI, *Motivazione*, cit., p. 207: l'Autore riconosce il potere del Tribunale di annullare l'ordinanza *de libertate*, oltre che nei casi in cui la motivazione sia solo apparente o comunque priva dell'«autonoma valutazione» della vicenda cautelare, anche laddove il tessuto argomentativo appaia «incompleto» ex art. 292, c.p.p.; viceversa, C. ammette che il Tribunale possa avvalersi del potere di integrare la motivazione qualora, sebbene presente e completa, appaia contraddittoria o insufficiente. In senso analogo, C. MUSIO, [Motivazione](#), cit., p. 15: l'Autrice ritiene che sarebbe stato opportuno adottare una formulazione dell'art. 309, comma 9, c.p.p. in grado di estendere il potere di annullamento del Tribunale, non solo ai casi di mancanza assoluta di motivazione, ma anche alle ipotesi di motivazione solo apparente o addirittura parziale, in quanto carente rispetto ad uno dei diversi profili indicati dall'art. 292, c.p.p.

⁵⁶ A. NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 177.

di comprendere l'*iter* logico che lo sorregge, con la conseguenza di arrecare un *vulnus* alle sue garanzie difensive⁵⁷. Pertanto, ogni volta che il Tribunale delle libertà accerti un vizio di motivazione tale da determinare una delle nullità di cui all'art. 292, c.p.p., «senza (operare) distinzioni causidiche tra motivazioni inesistenti e motivazioni incomprensibili o insufficienti»⁵⁸, dovrebbe disporre l'annullamento dell'ordinanza cautelare. «In linea con i più rosei auspici garantistici della dottrina»⁵⁹, in questo modo, verrebbe finalmente chiarito «che il potere di annullamento (del Tribunale del riesame) include (necessariamente) quello di dichiarare la violazione dell'art. 292, c.p.p.»⁶⁰.

2. La questione affrontata dalla Suprema Corte

Dopo aver inquadrato le principali novità introdotte dalla legge n. 47/2015, è opportuno focalizzare l'attenzione sul *decisum* della Suprema Corte.

Con tale pronuncia gli ermellini hanno ribadito come la novella, nella parte in cui ha modificato le disposizioni in tema di motivazione dell'ordinanza cautelare, sebbene si sia limitata a recepire nel codice le posizioni della giurisprudenza più garantista, ha comunque il merito di aver formalizzato l'obbligo per il giudice di effettuare, sia nell'ordinanza genetica che in quella emessa in sede di riesame o di appello, un'autonoma e puntuale valutazione della vicenda cautelare (art. 292, comma 2, lett. *c* e *c bis*, c.p.p.). In particolare, qualora la misura abbia lo scopo di arginare il pericolo di recidiva (art. 274, comma 1, lett. *c*, c.p.p.), il giudicante è tenuto ad «indicare nello specifico caso il convincimento in forza del quale persiste il concreto e attuale pericolo» di reiterazione del reato, «con motivazione aderente alla situazione cautelare»⁶¹. Ove difetti una simile motivazione, l'ordinanza deve essere annullata.

La pronuncia in esame, nella parte in cui disconosce la portata innovativa della novella, si pone in continuità con il prevalente orientamento di legittimità⁶², secondo cui il legislatore si sarebbe limitato a riconoscere una «più solida e univoca base

⁵⁷ Nel senso di prevedere l'annullamento anche per la motivazione contraddittoria o illogica, oltre che mancante o apparente, A. NAPPI, *Le impugnazioni de libertate dopo la riforma*, cit., p. 3. Sul punto, si veda anche M. CERESA - GASTALDO, *Riformare il riesame dei provvedimenti di coercizione cautelare*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1177 ss.

⁵⁸ A. NAPPI, *Le impugnazioni de libertate dopo la riforma*, cit., p. 4.

⁵⁹ F. CAPRIOLI, *Motivazione*, cit., p. 207.

⁶⁰ M. CERESA - GASTALDO, *Riformare il riesame*, cit., p. 1180.

⁶¹ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 9.1.

⁶² Cass., sez. VI, 15 settembre 2015, n. 40978, con nota di G. TODARO, *Motivazione dell'ordinanza cautelare*, cit., p. 502 - 509 e con nota di M. V. PAPANTI - PELLETIER, *Confini più netti*, cit., p. 88-95; Cass. pen., sez. III, 27 ottobre 2015, n. 49175, in *CED*, rv. 265365; Cass., sez. VI, 15 settembre 2015, n. 40978, cit.; Cass. pen., sez. I, 15 dicembre 2015, n. 8323, in *CED*, rv. 265951; Cass. pen., sez. V, 2 dicembre 2015, n. 11922, in *ivi*, rv. 266428; Cass. pen., sez. VI, 1 ottobre 2015, n. 44606, in *ivi*, rv. 265055. *Contra*, Cass. pen., sez. I, 21 ottobre 2015, n. 5787, in *ivi*, rv. 265983: sebbene la Suprema Corte sia concorde nel ritenere che la novella abbia recepito uno dei due orientamenti giurisprudenziali preesistenti, a differenza delle altre pronunce sostiene che la riforma abbia una portata innovativa, proprio perché pone a tacere il precedente contrasto giurisprudenziale, optando per l'indirizzo più garantista.

normativa»⁶³ alle posizioni più recenti della passata giurisprudenza in punto di motivazione dell'ordinanza *de libertate* e del suo controllo in sede di riesame. Giungendo a tale conclusione, la Suprema Corte ha preferito così discostarsi dalla lettura più coraggiosa della novella proposta nella parte conclusiva del precedente paragrafo e sostenuta da autorevole dottrina⁶⁴, finendo per confermare le posizioni della giurisprudenza maggioritaria.

3. L'ordinanza del Tribunale del riesame

L'arresto della Suprema Corte trae origine dal ricorso per cassazione proposto dall'indagato, a mezzo del proprio difensore, avverso l'ordinanza del Tribunale del riesame di Roma emessa in data 20 giugno 2016⁶⁵. Nel caso di specie, il G.I.P. presso il Tribunale di Roma aveva applicato nei confronti del ricorrente la misura degli arresti domiciliari, con riferimento ad una serie di reati avvinti dal vincolo della continuazione *ex art.* 81, comma 2, c.p. Si trattava, in particolare, del delitto di cui all'art. 600 *ter*, commi 1 e 3, c.p., contestato sia nel capo 1 che nel capo 2; il reato degli artt. 73 e 80, lett. *f*, D.P.R. n. 309/1990 (capo 3)⁶⁶; il delitto dell'art. 600 *bis*, c.p. (capo 4); la fattispecie prevista dagli artt. 56 e 600 *bis*, c.p. (capo 5); e, infine, il reato di cui agli artt. 81, comma 2 e 600 *bis*, c.p. (capo 6).

Il Tribunale del riesame, in parziale accoglimento dell'istanza proposta dall'indagato *ex art.* 309 c.p.p., aveva annullato l'ordinanza cautelare con riferimento ai capi di imputazione 2, 4 e 5. Diversamente, dopo aver escluso la fattispecie del terzo comma dell'art. 600 *ter*, c.p. rispetto al capo n. 1 e ritenuta contestata in fatto la diversa aggravante dell'art. 80, lett. *a*, D.P.R. n. 309/1990 con riferimento al capo n. 6, aveva confermato per gli altri addebiti l'applicazione della misura degli arresti domiciliari.

Ad avviso del Tribunale *de libertate*, per questi reati, alla stregua degli elementi probatori raccolti dalla Procura, sussistevano sia i gravi indizi di colpevolezza che «l'esigenza cautelare del concreto pericolo di recidiva», in ragione della natura «non occasionale delle condotte» dell'indagato nonché dell'incapacità del medesimo «di governare i propri impulsi sessuali»⁶⁷.

Con riferimento al reato di cui al primo capo, in particolare, il Giudice del riesame aveva configurato i gravi indizi di colpevolezza richiamando *per relationem* la motivazione del G.I.P., che si fondava, a sua volta, sugli esiti delle investigazioni

⁶³ R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Valutazione autonoma*, cit., p. 50. In senso analogo, M. V. PAPANTI - PELLETIER, *Confini più netti*, cit., p. 91; P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 26-27; A. NAPPI, *Tra retorica ed effetti collaterali*, cit., p. 7; L. GIORDANO, [Sull'annullamento](#), cit., p. 8-9; V. PAZIENZA – G. FIDELBO, [Le nuove disposizioni](#), cit., p. 22.

⁶⁴ E. MARZADURI, *Verso una maggiore tutela*, cit.; F. CAPRIOLI, *Motivazione*, cit.; A. NAPPI, *Le impugnazioni de libertate dopo la riforma*, cit.

⁶⁵ Trib. riesame di Roma, 1 luglio 2016.

⁶⁶ D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, *Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza*, in G.U. 31.10.1990, n. 255.

⁶⁷ Sul punto si veda più diffusamente Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 1.

compiute dopo la denuncia della madre della persona offesa, consacrate dagli accertamenti sul materiale sequestrato⁶⁸.

In relazione al reato di detenzione a fini di spaccio, aggravato *ex art. 80*, comma 1, lett. *a*, T.U. Stup. (capo 3), il Tribunale riteneva, invece, sussistenti i gravi indizi di colpevolezza in ragione dei molteplici reperti video e foto che ritraevano alcune persone, compreso l'indagato, mentre consumavano droga nonché alla luce delle dichiarazioni del minore a cui era stato offerto lo stupefacente⁶⁹.

Quanto al reato di prostituzione minorile di cui al capo 6, infine, il Giudice fondava i gravi indizi di colpevolezza sulle conversazioni per via telematica incorse tra l'indagato e la persona offesa, dalle quali emergeva che quest'ultimo, quale corrispettivo dell'atto sessuale, aveva ricevuto un'utilità economica, consistente in uno *smartphone*.

4. I motivi a sostegno del ricorso per cassazione

Avverso l'ordinanza emessa dal Tribunale del riesame, proponeva ricorso per cassazione l'indagato a mezzo del difensore, deducendo quattro motivi di impugnazione. Con il primo motivo⁷⁰ il ricorrente lamentava, innanzitutto, l'omessa motivazione in punto di gravi indizi di colpevolezza del delitto di cui all'art. 600 *ter*, commi 1 e 2, c.p.: in particolare, il Tribunale non avrebbe addotto «valide argomentazioni» a sostegno della gravità del quadro indiziario, limitandosi a rinviare *per relationem* all'ordinanza del G.I.P. che aveva disposto la misura cautelare (art. 606, comma 1, lett. *e*, c.p.p.). Secondariamente, il medesimo censurava l'erronea applicazione della legge penale con riferimento al reato contestato (art. 606, comma 1, lett. *b*, c.p.p.): il giudice, in sostanza, avrebbe errato ad inquadrare la condotta nella fattispecie di produzione di materiale pornografico, poiché il materiale era stato realizzato dagli stessi minori, in modo consapevole ed autonomo, senza alcun contributo del ricorrente; pertanto, mancando il presupposto secondo cui l'autore della condotta deve essere soggetto diverso dalla persona offesa, non sarebbe stato possibile configurare il suddetto delitto.

Il ricorrente, inoltre, lamentava l'erronea applicazione della legge penale nella parte in cui l'ordinanza non aveva tenuto conto dell'inesistenza del concreto pericolo di diffusione del materiale pornografico ad un numero indeterminato di persone: difettando tale condizione, richiesta dalla prevalente giurisprudenza per configurare la fattispecie di cui all'art. 600 *ter*, c.p.⁷¹, la detenzione poteva dirsi semmai destinata a

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 2.1.

⁷¹ Sulla necessità che ricorra un pericolo concreto di diffusione del materiale pornografico per configurare il delitto di cui all'art. 600 *ter*, c.p., *ex pluris* Cass. pen., sez. III, 12 aprile 2016, n. 35295, in *CED*, rv. 267546; Cass. pen., sez. III, 12 marzo 2015, n. 16340, in *ivi*, rv. 263355; Cass. pen., sez. III, 1 dicembre 2009, n. 49604, in *ivi*, rv. 245749; Cass. pen., sez. III, 20 novembre 2007, n. 1814, in *Guida dir.*, fasc. 14/2008, p. 66, con nota di A. NATALINI, *L'applicazione dell'incriminazione più grave fa superare l'apparente conflitto di norme*; Cass. pen., sez. un, 31 maggio 2000, n. 13, in *Arc. nuova proc. pen.*, fasc. 2/2001, p. 427, con nota di G. MARRA, *La nozione di*

rimanere nella sfera privata e, per tale motivo, doveva essere inquadrata nella fattispecie meno grave di cui all'art. 600 *quater*, c.p.

Con il secondo ed il terzo motivo di ricorso (art. 606, comma 1, lett. e, c.p.p.)⁷², invece, l'indagato lamentava, in primo luogo, il difetto di motivazione dell'ordinanza in punto di valutazione dei gravi indizi di colpevolezza del delitto di detenzione ed offerta di sostanza stupefacente a minori: ad avviso del ricorrente, il giudice avrebbe omesso di considerare una serie di elementi che, uniti alle dichiarazioni rese in sede interrogatorio, consentivano di escludere la fondatezza delle accuse e di giudicare le condotte addebitate «mera "millanteria"»⁷³. In secondo luogo, censurava l'omessa motivazione con riferimento alla gravità del quadro indiziario, delineato dalla pubblica accusa con riferimento al reato di prostituzione minorile: l'ordinanza, nel dettaglio, non conteneva alcuna indicazione delle circostanze che avevano spinto il giudice a ritenere sussistente il presupposto di cui all'art. 273, c.p.p., come richiesto invece a pena di nullità dall'art. 292, comma 1, lett. c, c.p.p.

Con l'ultimo motivo di ricorso (art. 606, comma 1, lett. e, c.p.p.)⁷⁴, l'indagato censurava, invece, l'omessa motivazione in ordine al pericolo di recidiva. Secondo il ricorrente, il giudice, non tenendo conto delle novità introdotte dalla novella del 2015, avrebbe desunto l'"attualità" e la "concretezza" del *periculum* dalla sola gravità dei fatti contestati, senza procedere alla ricognizione di elementi specifici tali da far presumere con certezza (o quantomeno con elevata probabilità), non solo che l'indagato, ove si fosse presentata l'occasione sarebbe tornato a delinquere, ma anche che tale opportunità si sarebbe verificata. In altri termini, veniva rimproverato al Tribunale del riesame di non essersi discostato dall'approccio di "sapore inquisitorio"⁷⁵ che il legislatore ha tentato di superare con la recente riforma; un approccio, come sottolineato nel secondo paragrafo, che finiva per riassorbire l'accertamento del pericolo di recidiva nel giudizio sulla gravità del quadro indiziario⁷⁶, come se l'indagato, per il fatto stesso di essere accusato di un reato grave, andasse considerato pericoloso e, dunque, meritevole di essere sottoposto a misura cautelare⁷⁷, con buona pace della presunzione di innocenza e del principio di estrema necessità della cautela penale, che connota un sistema di natura accusatoria come il nostro⁷⁸.

Con il medesimo motivo di ricorso⁷⁹, infine, il prevenuto lamentava il carattere apodittico ed «autoreferenziale» della motivazione *de libertate* in punto di

sfruttamento nel delitto di pornografia minorile e la "terza via" delle sezioni unite.

⁷² Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 2.2 e 2.3.

⁷³ *Ivi*, § 2.2.

⁷⁴ *Ivi*, § 2.4.

⁷⁵ Fa riferimento ad una prassi applicativa animata da un «inconcio inquisitorio» A. PRESUTTI, *Le cautele nel processo penale*, cit., p. 58.

⁷⁶ Sottolineano questa "deriva" della prassi applicativa R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Al pericolo concreto*, cit., p. 40.

⁷⁷ *Ibidem*. In senso analogo, F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 642 e 655.

⁷⁸ Così P. TONINI, *Manuale*, ed. XVII, 2016, cit., p. 425: in un sistema di natura accusatoria, l'Autore considera la custodia cautelare come «un'eccezione». Si veda anche G. SPANGHER, *Considerazioni sul processo*, cit., p. 54.

⁷⁹ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 2.4.

proporzionalità della misura rispetto all'entità del fatto e al *quantum* di pena che il giudice riteneva applicabile in caso di condanna.

5. Il *decisum* della Suprema Corte

All'esito del ricorso, la Corte di Cassazione ha accolto parzialmente le censure sollevate dall'indagato, dichiarando fondato l'ultimo motivo di impugnazione.

Prima di procedere ad esaminare le questioni, il Collegio ha colto l'occasione per ribadire il principio, consolidato nella propria giurisprudenza⁸⁰, secondo cui in materia di misure cautelari personali il ricorso per cassazione è ammissibile solo qualora l'interessato lamenti «la violazione di specifiche norme di legge, ovvero la manifesta illogicità della motivazione del provvedimento» alla stregua dei «canoni della logica e dei «principi di diritto»⁸¹; viceversa, l'impugnazione va dichiarata inammissibile ogniquale volta formuli censure attinenti alla «ricostruzione dei fatti» oppure contestazioni che si risolvono «in una diversa valutazione delle circostanze esaminate dal Giudice di merito»⁸².

5.1. Motivazione per *relationem* e gravi indizi di colpevolezza del delitto di pornografia minorile

Individuate le ipotesi di ammissibilità del ricorso *ex art.* 311, c.p.p., la Suprema Corte ha provveduto poi ad esaminare nel merito i motivi proposti, chiarendo sin da subito che l'ordinanza impugnata non presentava carenze di motivazione con riferimento ai capi di imputazione n. 1, 3 e 6: secondo il Collegio, il percorso argomentativo seguito dal giudice appariva adeguato, congruo e corretto sul piano del diritto⁸³.

Ciò premesso, i Giudici si sono soffermati in seguito più diffusamente sul primo motivo di impugnazione, nella parte in cui il ricorrente lamentava l'omessa motivazione in punto di gravi indizi di colpevolezza del delitto di cui all'art. 600 *ter*, c.p., per essersi limitato il Tribunale del riesame a richiamare *per relationem* il contenuto dell'ordinanza genetica emessa dal G.I.P.⁸⁴.

Ad avviso della Suprema Corte, il motivo di ricorso non era meritevole di accoglimento, giacché la giurisprudenza di legittimità era oramai pacifica nel riconoscere al giudice del riesame la possibilità di adempiere all'obbligo di motivazione rinviando *per relationem* alle «argomentazioni contenute nel provvedimento

⁸⁰ Cass. pen., sez. VI, 8 marzo 2012, n. 11194, in *CED*, rv. 252178; Cass. pen., sez. V, 8 ottobre 2008, in *ivi*, rv. 241997.

⁸¹ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 4.3.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ivi*, § 5.

⁸⁴ *Ivi*, § 6.

impugnato»⁸⁵. In tal caso, ha precisato la Corte, l'uso della *relatio* deve avvenire nell'ambito di «una valutazione complessiva»⁸⁶ della vicenda cautelare, idonea a superare i motivi formulati dal prevenuto con il gravame (a condizione, peraltro, che gli stessi non siano tali da «disarticolare il ragionamento probatorio»⁸⁷ su cui il giudice ha fondato l'ordinanza applicativa della misura). È ovvio, d'altra parte, che, ove l'istante sollevi delle censure in grado di invalidare l'*iter* logico seguito dal decidente, la motivazione *per relationem* non è in grado, da sola, di assicurare un'adequata risposta alle contestazioni mosse avverso il provvedimento impugnato.

Al ricorrere di tali presupposti, dunque, non può essere annullata per difetto di motivazione l'ordinanza del Tribunale del riesame che conferma in tutto o in parte il provvedimento genetico: in tal caso, difatti, «i due atti si integrano reciprocamente», sempre che «eventuali carenze» nel tessuto argomentativo dell'uno vengano necessariamente sanate dalle «argomentazioni» adottate nell'altro⁸⁸.

Secondo la Suprema Corte, tali considerazioni restano valide anche dopo l'entrata in vigore della L. n. 47/2015⁸⁹, che ha modificato l'art. 292, comma 2, lett. c e c bis, c.p.p. In linea con il prevalente orientamento dottrinale⁹⁰ e giurisprudenziale⁹¹, il

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ibidem*. Sul punto si veda *ex pluris*, Cass. pen., sez. VI, 29 ottobre 2015, n. 566, in *CED*, rv. 265765; Cass. pen., sez. VI, 6 novembre 2014, n. 48649, in *ivi*, rv. 261085; Cass. pen., sez. II, 28 novembre 2007, n. 774, in *ivi*, rv. 238903; Cass. pen., sez. VI, 17 novembre 1998, n. 3678, in *ivi*, rv. 212685.

⁸⁹ Sulla portata innovativa della modifica V. PAZIENZA – G. FIDELBO, [Le nuove disposizioni](#), cit., p. 19 ss. Sul punto si veda anche C. SCACCIANOCE, *Il controllo sul potere cautelare*, cit., p. 141 ss.

⁹⁰ R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Valutazione autonoma*, cit., p. 48; P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 20; L. GIORDANO, [Sull'annullamento](#), cit., p. 11; A. NAPPI, *Tra retorica ed effetti collaterali*, cit., p. 5; più velatamente E. N. LA ROCCA, *Disposizioni in materia di misure cautelari personali*, in *Arch. pen.*, 2015, II, p. 3; E. TURCO, *La riforma delle misure cautelari*, in *Proc. pen. e giust.*, fasc. 5/2015, p. 118-119. Sull'importanza della motivazione *per relationem* per il sistema, si veda F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 371 e 372. *Contra*, M. D. LARICCHIA, *Novità in tema di motivazione*, cit., p. 991; M. V. PAPANTI - PELLETIER, *Confini più netti*, cit., p. 95; C. BONZANO, *Nuove norme sulla motivazione: il sistema cautelare in action*, in G. M. BACCARI – K. LA REGINA – E. M. MANCUSO (cura di), *Il nuovo volto della giustizia penale*, Padova, Cedam, 2015, p. 421 ss. Secondo questi autori, sostenitori di un'interpretazione "ferrea" della nuova disciplina, la volontà del legislatore, invece, sarebbe stata quella di mettere al bando una simile tecnica argomentativa con riferimento ai provvedimenti *de libertate*. Tale lettura, ritenuta dagli stessi la più «garantista», sarebbe coerente con il tenore letterale del novellato art. 292, c.p.p., e con la *ratio* stessa della riforma, tesa a reagire alle distorsioni della prassi delle ordinanze "copia-incolla". Senza considerare che il divieto di motivare *per relationem* sarebbe conforme al principio di rigida separazione delle funzioni del Pubblico ministero da quelle del G.I.P. in materia cautelare, il cui corollario è costituito dal principio della domanda *ex art.* 291, c.p.p., in base al quale il P.M. è tenuto esclusivamente a formulare la richiesta del provvedimento ed il giudice a valutare attentamente se ricorrono i presupposti applicativi. Secondo questa dottrina, infine, tale lettura troverebbe anche un appiglio costituzionale: innanzitutto, nella riserva di giurisdizione di cui all'art. 13, Cost., giacché «in relazione a provvedimenti coercitivi più invasivi» della libertà personale, come le misure cautelari, spetta solo al giudice il potere di disporre l'applicazione; in secondo luogo, nella tutela del diritto di difesa (art. 24, Cost.), in quanto, altrimenti, il prevenuto subirebbe la restrizione di un diritto fondamentale in assenza di un provvedimento motivato; e, infine, nell'art. 111, comma 6, Cost., che annovera tra le garanzie del «giusto processo» l'obbligo di motivazione di tutti i provvedimenti giurisdizionali.

⁹¹ Cass. pen., sez. I, 21 ottobre 2015, n. 5787, cit.; Cass. pen., sez. VI, 29 ottobre 2015, n. 47233, in *CED*, rv.

Collegio ha ritenuto che la novella, nella parte in cui ha posto a carico del giudice un dovere di «autonoma valutazione delle esigenze cautelari e dei gravi indizi di colpevolezza», non assume «carattere innovativo»⁹²: tale inciso, in altri termini, non può essere interpretato come sinonimo del divieto di motivazione *per relationem*⁹³, bensì come espressione del dovere per il giudice di esplicitare le ragioni che giustificano la decisione. In definitiva, il legislatore, con il novellato art. 292, c.p.p., non avrebbe inteso gravare il giudicante di un onere di «originale valutazione» della vicenda cautelare⁹⁴, ma si sarebbe limitato a sottolineare l'obbligo per il medesimo di «“manifestare all'esterno” in modo percepibile il “proprio” convincimento»⁹⁵ qualora voglia aderire alla richiesta cautelare formulata dal Pubblico ministero (ovvero al contenuto dell'ordinanza applicativa della misura quando sia il Tribunale delle libertà a fare uso della *relatio*).

La Corte di Cassazione ha così confermato nuovamente l'ammissibilità della motivazione *per relationem* in materia cautelare anche dopo la novella del 2015, a condizione che il giudice rielabori criticamente i contenuti valutativi dell'atto richiamato e non si avvalga di «mere formule di stile»⁹⁶. A tal riguardo, restano validi pertanto i criteri individuati dalla sentenza Primavera delle Sezioni Unite: il giudice deve dimostrare di aver preso cognizione, in modo sostanziale, degli argomenti a sostegno del provvedimento di riferimento (che può essere esclusivamente un atto legittimo del procedimento), deve averli meditati accuratamente e ritenuti coerenti con la propria decisione; e, infine, è necessario che questo atto, qualora non sia riportato nell'ordinanza, sia conosciuto dall'interessato o che almeno sia ostensibile nel momento in cui decida di avvalersi delle facoltà difensive⁹⁷.

Ad avviso della Corte, nel caso di specie il Tribunale aveva fatto buon governo di tali principi, giacché aveva «ben argomentato, in risposta alle censure difensive, le ragioni per le quali le stesse erano infondate in fatto e in diritto», in modo da ricostruire accuratamente la vicenda alla base della richiesta cautelare. In particolare, dalla denuncia della madre della vittima nonché dagli esiti degli accertamenti tecnici sui supporti informatici sequestrati, il giudice del riesame aveva ritenuto provato che l'indagato avesse intrattenuto rapporti con dei minori, i quali, dietro la promessa o la dazione di denaro, regalie ed offerte di stupefacenti, gli avevano inviato materiale

265337; Cass. pen., sez. V, 2 dicembre 2015, n. 11922, in *ivi*, rv. 266428; Cass. pen., sez. II, 29 gennaio 2016, n. 5497, in *ivi*, rv. 266336; Cass. pen., sez. III, 2 febbraio 2016, n. 1850, in *ivi*, rv. 266938; Cass. pen., sez. III, 14 aprile 2016, n. 35296, in *ivi*, rv. 268113; Cass. pen., sez. III, 11 maggio 2016, n. 28979, in *ivi*, rv. 267350.

⁹² Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 6.

⁹³ R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Valutazione autonoma*, cit., p. 48. In senso analogo, P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 20; L. GIORDANO, [Sull'annullamento](#), cit., p. 11; A. NAPPI, *Tra retorica ed effetti collaterali*, cit., p. 5; più velatamente E. N. LA ROCCA, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 3; E. TURCO, *La riforma*, cit., p. 118-119. Contra, M. D. LARICCHIA, *Novità in tema di motivazione*, cit., p. 991; M. V. PAPANTI - PELLETIER, *Confini più netti*, cit., p. 95.

⁹⁴ In tal senso, nel contesto di un primo commento alla riforma da R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Valutazione autonoma*, cit., p. 49; L. GIORDANO, [Sull'annullamento](#), p. 11.

⁹⁵ Cass. pen., sez. I, 21 ottobre 2015, n. 5787, cit.

⁹⁶ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 6.

⁹⁷ Cass. pen., sez. III, 12 gennaio 2016, n. 840, cit., con nota di M. D. LARICCHIA, *Novità in tema di motivazione*, cit., p. 985 ss.

pornografico⁹⁸. Sul punto, ha precisato la Corte, il tessuto argomentativo della motivazione appariva «congruo, puntuale» e logico, ed «il richiamo *per relationem* al provvedimento genetico» poteva dirsi pertanto «pienamente legittimo»; dunque, «in presenza di una convergenza dei due provvedimenti», l'uso della *relatio* era insindacabile in sede di legittimità⁹⁹.

La Corte, infine, ha escluso l'accoglimento del primo motivo di ricorso anche nella parte in cui veniva contestata la violazione di legge con riferimento al delitto dell'art. 600 *ter*, c.p.¹⁰⁰. Secondo gli ermellini, il Tribunale, nell'inquadrare la fattispecie nel reato di produzione di materiale pornografico mediante l'impiego di minori, aveva deciso in modo corretto sul rilievo che il presupposto dell'«utilizzo», contestato all'indagato, andasse interpretato alla stregua della prevalente giurisprudenza, ovvero come vera e propria «degradazione del minore oggetto di manipolazione»; contegno rispetto al quale non è possibile riconoscere valore esimente al consenso eventualmente prestato dalla vittima¹⁰¹. Più nello specifico, ha rilevato la Corte, il Tribunale aveva opportunamente dedotto la prova dell'«utilizzazione» dalle risultanze investigative, che confermavano la circostanza secondo cui i minori avevano inviato il materiale pornografico al prevenuto esclusivamente perché indotti dall'offerta di denaro e di regalie proveniente da quest'ultimo. Ad avviso del Supremo Collegio, dunque, la motivazione sul punto appariva «aderente al dato probatorio e corretta sul piano del diritto»¹⁰².

La Corte ha ritenuto parimenti condivisibile la scelta del Tribunale di non applicare, nel caso di specie, i principi sanciti dalla recente sentenza n. 11675/2016¹⁰³, nella quale i Giudici hanno escluso la configurabilità del delitto in esame in un caso in cui il minore aveva inviato dei “*selfie*” al prevenuto, scattati in modo autonomo e volontario. Nell'ipotesi *de qua*, d'altra parte, era stato lo stesso indagato ad indurre le vittime a produrre le immagini ed a inviargliele telematicamente in cambio di denaro, circostanza da sola sufficiente per considerare provata la condotta induttiva¹⁰⁴.

A parere della Suprema Corte, infine, il Tribunale non aveva neppure errato, come sostenuto dal ricorrente, nel reputare esistente il pericolo concreto di diffusione del materiale pornografico, presupposto richiesto dalle Sezioni Unite per configurare il delitto dell'art. 600 *ter*, c.p.¹⁰⁵. Il giudice aveva correttamente ancorato tale pericolosità, mediante una motivazione «congrua e puntuale», alla particolare idoneità diffusiva

⁹⁸ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 6.1.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ivi*, § 6.2.

¹⁰¹ Cass. pen., sez. III, 16 aprile 2013, n. 41776, in *CED*, rv. 256899. In senso analogo, Cass. pen., sez. III, 11 marzo 2010, n. 17178, in *ivi*, rv. 246982; Cass. pen., sez. III, 5 giugno 2007, n. 27252, in *ivi*, rv. 237204.

¹⁰² Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 6.2.

¹⁰³ Cass. pen., sez. III, 18 febbraio 2016, n. 11675, in *Cass. pen.*, fasc. 7-8/2016, sez. 4.1, p. 2871, con nota di B. ROSSI, *Offerta o cessione di materiale pornografico realizzato con autoscatto dal minore consenziente e in questa Rivista*, 15 maggio 2016, con nota di F. PICCICHÈ, [Cessione di selfie pedopornografici: la Cassazione esclude la configurabilità del reato di cui all'art. 600 ter, comma 4, c.p.](#)

¹⁰⁴ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 6.2.

¹⁰⁵ Cass. pen., sez. un, 31 maggio 2000, n. 13, cit., con nota di G. MARRA, *La nozione*, cit.

degli strumenti impiegati per la produzione e l'archiviazione delle immagini (ovvero un telefono cellulare ed un computer *Mac pro*) nonché all'esito della consulenza tecnica che aveva messo in luce la presenza di due immagini dall'esplicito contenuto sessuale in un meccanismo di memorizzazione automatica del *computer*, che faceva legittimamente presumere che le stesse fossero state inviate ad altre persone¹⁰⁶. Con riferimento a queste immagini, peraltro, la Corte di Cassazione, contrariamente a quanto sostenuto dalla difesa del ricorrente, ha escluso che il Tribunale fosse incorso in un travisamento della prova per averle considerate rilevanti ai fini della configurazione del reato di cui al capo 1, rispetto al quale ha confermato l'ordinanza genetica, e, contestualmente, irrilevanti per la condotta di cui ai capi 2 e 4, per i quali, invece, ha annullato il provvedimento¹⁰⁷.

5.2. Motivazione dell'ordinanza de libertate sui gravi indizi di colpevolezza dei delitti di spaccio e prostituzione minorile

Dopo aver respinto le censure sollevate con riferimento al delitto di pornografia minorile, la Corte di Cassazione ha rapidamente illustrato le ragioni a sostegno dell'infondatezza del secondo e del terzo motivo di ricorso.

Ad avviso della Corte, il secondo motivo, che investiva l'ordinanza nella parte in cui aveva confermato gli arresti domiciliari rispetto al delitto di offerta e spaccio di stupefacenti (capo 3), non era meritevole di accoglimento poiché era teso a riproporre «una versione alternativa» dei fatti che il Tribunale *de libertate* aveva già vagliato e disatteso¹⁰⁸. Invero, il sindacato sul vizio di motivazione in materia cautelare è diretto esclusivamente a verificare se il compendio argomentativo rispetta i «canoni della logica ed i principi di diritto», non potendo investire, invece, profili che concernono «la ricostruzione dei fatti» ovvero che si risolvono in «una diversa valutazione delle circostanze esaminate dal Giudice di merito»¹⁰⁹; e, in via generale, è sempre preclusa alla Suprema Corte la possibilità di sovrapporre la propria valutazione delle risultanze processuali a quella del Giudice *a quo*¹¹⁰.

Anche il terzo motivo di impugnazione, con il quale il ricorrente lamentava l'omessa motivazione in punto di gravità della situazione indiziaria del reato di prostituzione minorile (capo 6), è stato dichiarato infondato: ad avviso del Collegio, difatti, la motivazione dell'ordinanza appariva «congrua» e «adeguata», tesa ad individuare i gravi indizi di colpevolezza dalle conversazioni virtuali intrattenute dall'indagato col minore, le quali non lasciavano dubbi sulla circostanza che i due avessero intrattenuto un rapporto sessuale dietro pagamento di un corrispettivo¹¹¹.

¹⁰⁶ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 6.2.

¹⁰⁷ *Ivi*, § 6.3.

¹⁰⁸ *Ivi*, § 7.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ Cass. pen., sez. VI, 8 marzo 2012, n. 11194, cit.; Cass. pen., sez. V, 8 ottobre 2008, n. 46124, cit.

¹¹¹ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 8.

5.3. Carenza di motivazione in punto di attualità e concretezza del pericolo di recidiva

La Suprema Corte ha invece ritenuto meritevole di accoglimento il quarto motivo di ricorso, con il quale il prevenuto lamentava il difetto di motivazione dell'ordinanza di riesame in punto di valutazione delle esigenze cautelari. Secondo il ricorrente, in sostanza, il Tribunale si era limitato a desumere l'«attualità» e «concretezza» del pericolo di recidiva dalla mera gravità dei fatti contestati (art. 274, comma 1, lett. c, c.p.p.); censure che la Suprema Corte ha condiviso pienamente. Ad avviso del Collegio, se, da un lato, poteva dirsi corretta la decisione del giudice nella parte in cui poneva in correlazione la prova del pericolo di recidiva con la natura non occasionale della condotta (orientata a costituire per l'indagato un vero e proprio «stile di vita»); dall'altro, il compendio argomentativo pareva del tutto carente con riferimento alla valutazione dell'«attualità e concretezza del pericolo di reiterazione» dell'azione criminosa, condizioni entrambe richieste per applicare la misura dopo la modifica dell'art. 274, comma 1, lett. c, c.p.p.¹¹² e al cui accertamento consegue per il giudice un «rinforzato onere della motivazione»¹¹³.

Nell'effettuare tali considerazioni, i Giudici hanno colto l'occasione per dare nuova linfa al prevalente indirizzo giurisprudenziale, che esclude la possibilità di riconoscere alla suddetta disposizione, nella parte in cui affianca al canone di «concretezza» quello di «attualità» del pericolo, «carattere innovativo»¹¹⁴: il legislatore, in definitiva, si sarebbe limitato a «normativizzare» la giurisprudenza ante riforma più garantista, secondo la quale il pericolo di recidiva per dirsi «concreto» doveva essere anche «attuale», con l'effetto di rendere «concretezza» ed «attualità» condizioni entrambe indispensabili per accogliere la richiesta cautelare¹¹⁵.

Ha aggiunto inoltre il Collegio che, sebbene il legislatore abbia deciso di non innovare in punto di motivazione dell'ordinanza cautelare, la novella avrebbe comunque formalizzato l'obbligo per il giudice *de libertate* di effettuare una specifica ed autonoma valutazione dei requisiti di «attualità» e «concretezza» con riferimento al momento dell'adozione della misura, tenuto conto sia del «tempo trascorso dal fatto» che delle «peculiarità della (specifica) vicenda»¹¹⁶; un obbligo che opera, peraltro, non solo rispetto all'ordinanza applicativa della misura, ma anche rispetto a quelle emesse in sede di riesame e di appello. Tali provvedimenti, pertanto, devono avere «un chiaro contenuto» valutativo della vicenda cautelare, dal quale deve emergere, in relazione al caso specifico, «il convincimento in forza del quale persiste il concreto e attuale pericolo di recidiva con motivazione aderente alla situazione cautelare»¹¹⁷.

¹¹² *Ivi*, § 9.

¹¹³ Per il virgolettato G. SPANGHER, [Brevi riflessioni](#), cit. p. 3. Sul punto si veda E. N. LA ROCCA, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 2.

¹¹⁴ Cass., pen., sez. VI, 4 novembre 2015, n. 44605, cit.; Cass. pen., sez. III, 2 febbraio 2016, n. 12816, cit.; Cass. pen., sez. III, 17 febbraio 2016, n. 12921 cit.

¹¹⁵ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 9.1.

¹¹⁶ *Ibidem*. Sul punto la Corte richiama Cass. pen., sez. V, 24 settembre 2015, n. 43083, cit.

¹¹⁷ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 9.2.

Non ravvisando una simile motivazione nel caso di specie, la Suprema Corte ha annullato l'ordinanza con rinvio al Tribunale di Roma per effettuare una nuova valutazione delle esigenze cautelari.

6. Riflessioni conclusive

Dopo aver analizzato nel dettaglio il *decisum* della Corte, si rende opportuno svolgere alcune riflessioni sulle questioni di maggior interesse che sono state affrontate, con particolare riferimento alle novità in tema di "attualità" del pericolo di recidiva nonché di motivazione dell'ordinanza cautelare e del suo controllo in sede di riesame.

Come evidenziato nel ripercorrere i passaggi più salienti della sentenza, il Collegio, con riferimento alla prima questione, ha riproposto la lettura dell'art. 274, c.p.p. sostenuta dall'indirizzo prevalente¹¹⁸, secondo cui il legislatore, novellando detta disposizione, avrebbe deciso di "cristallizzare" nel codice di rito gli approdi più garantisti della passata giurisprudenza, così da porre fine all'orientamento maggioritario che escludeva la possibilità di interpretare il requisito di "concretezza" del pericolo, di cui alle lett. *b* e *c*, in modo tale da ricomprendervi quello più stringente di "attualità" (con l'effetto di considerare sufficiente un pericolo "concreto", sebbene non "attuale", per concedere la misura)¹¹⁹.

A parere di chi scrive, l'indirizzo ripreso dalla pronuncia in esame, pur partendo da un assunto condivisibile (ovvero che il legislatore, nel ridisegnare la disciplina di cui all'art. 274, c.p.p., ha consapevolmente attinto dagli arresti più garantisti della giurisprudenza¹²⁰), giunge ad una conclusione difficilmente sostenibile: vale a dire che la riforma non assume carattere innovativo.

Ebbene, la scelta della Suprema Corte di riproporre tale conclusione rappresenta uno dei profili critici della sentenza *de qua*¹²¹. Infatti, anche se il ruolo della novella, sul

¹¹⁸ Cass., pen., sez. VI, 4 novembre 2015, n. 44605, cit.; Cass. pen., sez. III, 2 febbraio 2016, n. 12816, cit.; Cass. pen., sez. III, 17 febbraio 2016, n. 12921 cit.

¹¹⁹ In relazione al pericolo di fuga, Cass. pen., sez. II, 5 dicembre 2013, n. 51436, in *CED*, rv. 257981; Cass. pen., sez. IV, 27 giugno 2006, n. 29998, in *ivi*, rv. 234819; Cass. pen., sez. IV, 25 maggio 2007, n. 42683, in *ivi*, rv. 238299; Cass. pen., sez. V, 7 giugno 2010, n. 25926, in *ivi*, rv. 248121. Con riferimento al pericolo di recidiva, Cass. pen., sez. VI, 5 aprile 2013, n. 28618, in *ivi*, rv. 255857; Cass. pen., sez. IV, 10 aprile 2012, n. 18851, in *ivi*, rv. 253864; Cass. pen., sez. I, 3 giugno 2009, n. 25214, in *ivi*, rv. 244829; Cass., pen., sez. V, 9 giugno 2014, n. 24051, in *Giur. it.*, fasc. 1/2015, p. 208, con nota di A. TRIPODI, *La bancarotta fraudolenta per distribuzione di denaro di provenienza delittuosa*; Cass. pen., sez. I, 16 gennaio 2013, n. 15667, in *ivi*, rv. 255350. Per un inquadramento complessivo degli orientamenti giurisprudenziali sul pericolo di recidiva, si veda G. CONSO – G. ILLUMINATI, *Commentario breve al Codice di procedura penale. Complemento giurisprudenziale*, Padova, Cedam, 2015, p. 1038 ss. Sul punto, con riferimento al pericolo di recidiva, si veda anche S. FURFARO, *Le limitazioni alla libertà personale consentite*, in G. SPANCHER – C. SANTORIELLO (a cura di), *Le misure cautelari personali*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 66-73.

¹²⁰ A tal riguardo, si veda C. ANDREUCCIOLI, *Nota breve*, cit. p. 1, il quale ritiene che la *ratio* sia quella di «limitare la discrezionalità del giudice nella valutazione delle esigenze cautelari». In senso analogo, P. BORRELLI, *Una prima lettura*, cit., p. 2.

¹²¹ Si veda, in proposito, Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 9.1.

punto, è stato quello di codificare un preesistente indirizzo giurisprudenziale, ciò non toglie che abbia un'evidente portata innovativa, giacché mette a tacere l'indirizzo meno garantista che per molto tempo si è imposto come maggioritario: in definitiva, il fatto stesso che in passato esistessero diverse letture della disposizione e che la novella abbia imposto quella più rigorosa, rendendo insostenibile l'altra, costituisce di per sé una novità, specialmente se si tiene conto della «centralità della materia che si agita sullo sfondo, vale a dire la libertà personale»¹²². Senza considerare che il legislatore, recependo l'opzione più garantista, è riuscito a costruire un solido argine contro gli arbitrii della prassi applicativa, gravando il giudice del dovere di effettuare un accertamento più rigoroso dei presupposti applicativi della misura, da cui consegue per lo stesso un onere della motivazione «rinforzato»¹²³: dall'ordinanza cautelare, «contenitore trasparente» del percorso argomentativo alla base della decisione¹²⁴, deve trasparire, infatti, la scelta del medesimo di ancorare il provvedimento ad un pericolo che, oltre ad essere "concreto", sia anche imminente (e, dunque, "attuale"), a prescindere dal tipo di esigenza cautelare emersa nel caso di specie¹²⁵. In questa chiave di lettura, la modifica dell'art. 274, comma 1, c.p.p. rappresenta il primo tassello nel quadro di un complessivo potenziamento della motivazione *de libertate*, nel quale si inseriscono, a completamento, l'interpolazione dell'art. 292, comma 1, lett. *c* e *c bis*, c.p.p., con riferimento alla previsione espressa dell'obbligo di autonoma valutazione della vicenda cautelare, e, infine, la modifica dell'art. 309, comma 9, c.p.p., nella parte in cui sono stati ampliati i casi di annullamento in sede di riesame dell'ordinanza per difetto di motivazione.

Oltretutto, è innegabile che la modifica operata dal legislatore appaia innovativa anche sotto un diverso sguardo prospettico: la scelta di riscrivere le lett. *b* e *c* dell'art. 274, c.p.p. ha assicurato il definitivo «riallineamento»¹²⁶ del pericolo di recidiva (e con esso del pericolo di fuga) a quello di inquinamento probatorio, superando quell'irragionevole differenziazione, ereditata dalla L. n. 332/1995, che in passato ha costretto autorevole dottrina a ricercare letture "ortopediche" della disposizione, che consentissero, a prescindere dall'esigenza cautelare emersa nel caso di specie, di subordinare l'applicazione della misura *de libertate* ad «una valutazione aggiornata (del *periculum*) rispetto al *tempus commissi delicti*»¹²⁷.

Considerazioni analoghe valgono con riferimento ai passaggi della sentenza che hanno affrontato il tema della motivazione dell'ordinanza cautelare e, di riflesso, la problematica della corretta perimetrazione dei controlli attivabili in sede di riesame: se, da un lato, appaiono condivisibili le conclusioni prospettate in merito all'ammissibilità della *relatio* in materia cautelare; dall'altro, pare criticabile la lettura, che emerge tra le righe della sentenza, tesa a depotenziare la portata innovativa delle modifiche concernenti gli artt. 292 e 309, comma 9, c.p.p..

¹²² Il virgolettato è tratto da G. TODARO, *Motivazione dell'ordinanza cautelare*, cit., p. 505.

¹²³ In tal senso, E. N. LA ROCCA, *Le nuove disposizioni*, cit., p. 2.

¹²⁴ R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Al pericolo concreto*, cit., p. 39.

¹²⁵ *Ibidem*; A. MACRILLÒ, *Il pericolo di reiterazione*, cit., p. 495-496.

¹²⁶ V. AIUTI, *Esigenze cautelari*, cit., p. 2.

¹²⁷ P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 4.

Con riferimento all'impiego della *relatio* in questa materia, tecnica che in passato aveva destato una serie di perplessità a causa della prassi delle c.d. ordinanza "copia e incolla", la Corte di Cassazione, opportunamente, ha confermato la lettura oramai consolidata, secondo cui la novella, nella parte in cui ha introdotto l'obbligo di effettuare una valutazione giudiziale «autonoma» della vicenda cautelare, non ha imposto al decidente di offrire un giudizio che, allo stesso tempo, sia anche «originale»¹²⁸. Egli può, dunque, avvalersi della motivazione *per relationem* purché prenda cognizione sostanziale dell'atto richiamato ed espliciti «le ragioni che giustificano la decisione»¹²⁹, in linea con gli insegnamenti della famosa sentenza Primavera¹³⁰.

A parere di chi scrive, la scelta della Suprema Corte di ribadire l'ammissibilità della motivazione *per relationem*, anche dopo la novella, appare assolutamente corretta. L'uso della *relatio*, difatti, non rappresenta una tecnica argomentativa "minore" (o, ad ogni modo, diversa) in grado di incidere sulla formulazione dell'*iter* logico argomentativo sotteso alla decisione. Essa, semmai, costituisce una modalità "semplificata" di «redazione del testo linguistico» in cui si estrinseca il provvedimento, che funge da «valvola di sfogo (per) un sistema processuale (come il nostro) in cui la motivazione è obbligatoria»: in tale contesto, «la motivazione richiede tempo ed energie», che non devono andare sprecate in nome di un rigido formalismo, che non consentirebbe peraltro di aumentare «la giustizia del sistema»¹³¹. La motivazione non è un «totem» da tutelare in sé, ma è un valore da proteggere «nella misura in cui (rappresenti) l'indizio grave e univoco della decisione»; ciò che interessa, in altri termini, è che il giudice decida bene e non misurare «quanta fatica intellettuale» abbia fatto per giungere alla pronuncia¹³².

Trattandosi di una mera tecnica di integrazione del testo linguistico, incapace di incidere sul contenuto sostanziale del provvedimento, la mancanza di motivazione non dipende mai dalla *relatio* in sé, bensì «dalla mancanza del discorso argomentativo», che si verifica allorquando il decidente recepisce in modo acritico il contenuto dell'atto di riferimento, senza prendere cognizione sostanziale del medesimo e senza verificare la coerenza con la decisione che vuole adottare¹³³. Di conseguenza, l'uso di questa tecnica in materia cautelare è legittimo nella misura in cui l'ordinanza non si appiattisca sulla richiesta formulata dal Pubblico ministero (ovvero sul provvedimento impugnato in caso di riesame o di appello) e contenga una rielaborazione critica dei contenuti valutativi dell'atto richiamato, senza avvalersi di «mere formule di stile»¹³⁴. In sede di riesame, pertanto, l'impiego della motivazione *per relationem* deve avvenire nell'ambito di «una valutazione complessiva»¹³⁵ della vicenda cautelare, che sia tale da superare le

¹²⁸ R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Valutazione autonoma*, cit., p. 49; L. GIORDANO, [Sull'annullamento](#), cit., p. 11.

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Cass. pen., sez. un., 21 giugno 2000, n. 17, cit.

¹³¹ F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 371-372. Così anche R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Valutazione autonoma*, cit., p. 48.

¹³² F. M. IACOVIELLO, *La Cassazione penale*, cit., p. 375.

¹³³ *Ivi*, p. 371.

¹³⁴ Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 6.

¹³⁵ *Ibidem*.

censure introdotte con il gravame (a condizione, peraltro, che le stesse non siano tali da «disarticolare il ragionamento probatorio»¹³⁶ sotteso all'ordinanza genetica). In quest'ultimo caso, difatti, l'impiego della suddetta tecnica, da solo, non consente di replicare adeguatamente ai motivi di impugnazione.

Ebbene, tali condizioni vengono pienamente assicurate qualora il giudice della cautela faccia buon governo dei principi sanciti nella nota sentenza Primavera: è necessario che la motivazione faccia riferimento, «recettizio o di semplice rinvio», esclusivamente ad un atto legittimo del procedimento, la cui parte motiva sia congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria dell'ordinanza *de libertate* (tenuto conto, con riferimento all'ipotesi di riesame, che il Tribunale deve dare adeguata risposta alle censure proposte con il gravame); dalla motivazione deve emergere che il giudice ha preso cognizione sostanziale «delle ragioni del provvedimento di riferimento», che le abbia accuratamente meditate e ritenute coerenti con la propria decisione; infine, l'atto richiamato, qualora non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, deve essere necessariamente «conosciuto dall'interessato o almeno ostensibile» allorquando «si renda attuale l'esercizio della facoltà di valutazione, di critica ed, eventualmente, di gravame e, conseguentemente, di controllo dell'organo della valutazione o dell'impugnazione»¹³⁷. Qualora il giudice rispetti tali condizioni, è in grado di offrire, anche attraverso l'uso della *relatio*, una motivazione logica ed esauriente, che contiene una valutazione «ragionata» e compiuta dell'intera vicenda cautelare.

Sebbene le posizioni offerte dalla Corte sul punto siano corrette, ciò che appare non condivisibile, come anticipato, è il messaggio, che traspare in diversi passi della sentenza, secondo cui la riforma, nella parte in cui ha novellato la disciplina della motivazione *de libertate*, non avrebbe carattere innovativo. In realtà, gli aspetti che maggiormente hanno trasformato il sistema della cautela penale concernono proprio l'art. 292, c.p.p.; modifiche che costituiscono, altresì, la base di partenza per offrire una lettura più coraggiosa, sebbene minoritaria, dell'art. 309, comma 9, c.p.p., tesa ad ampliare i poteri di annullamento del Tribunale del riesame ove ravvisi una lacuna nel compendio argomentativo del provvedimento impugnato. Per converso, la Suprema Corte finisce, invece, per avallare le posizioni prevalenti in dottrina¹³⁸ e giurisprudenza¹³⁹, che offrono una lettura più «conservatrice» della disposizione.

Come detto, la lettura maggioritaria, che muove da un approccio teso complessivamente a disconoscere la portata innovativa della riforma in punto di motivazione *de libertate* e dei controlli in sede di riesame, sostiene che l'art. 309, comma 9, c.p.p. abbia come unico scopo quello di garantire una «più solida e univoca base

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ Cass. pen., sez. un., 21 giugno 2000, n. 17, cit., con nota di G. MARRA, *La nozione*, cit.

¹³⁸ R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Valutazione autonoma*, cit., p. 50. In senso analogo, M. V. PAPANTI - PELLETIER, *Confini più netti*, cit., p. 91; P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 26-27; A. NAPPI, *Tra retorica ed effetti collaterali*, cit., p. 7; L. GIORDANO, [Sull'annullamento](#), cit., p. 8-9; V. PAZIENZA – G. FIDELBO, [Le nuove disposizioni](#), cit., p. 22.

¹³⁹ Cass., sez. VI, 15 settembre 2015, n. 40978, cit., con nota di G. TODARO, *Motivazione dell'ordinanza cautelare*, cit. e con nota di M. V. PAPANTI - PELLETIER, *Confini più netti*, cit.; Cass. pen., sez. III, 27 ottobre 2015, n. 49175, cit.; Cass. pen., sez. I, 15 dicembre 2015, n. 8323, cit.; Cass. pen., sez. V, 2 dicembre 2015, n. 11922, cit. ; Cass. pen., sez. VI, 1 ottobre 2015, n. 44606, cit.. *Contra*, Cass. pen., sez. I, 21 ottobre 2015, n. 5787, cit.

normativa»¹⁴⁰ all'indirizzo giurisprudenziale preesistente, secondo cui il Tribunale del riesame avrebbe il potere di annullare l'ordinanza cautelare solo al ricorrere di due ipotesi: ove manchi il segno grafico della motivazione ovvero qualora essa, sebbene formalmente presente, sia del tutto apodittica in quanto sorretta da mere formule di stile oppure quando sia priva dell'autonoma valutazione del compendio indiziario, delle esigenze cautelari e degli elementi forniti dalla difesa; all'infuori di queste ipotesi, il Tribunale può emendare le carenze del compendio argomentativo, integrando la motivazione. In definitiva, il potere suppletivo del Tribunale potrebbe operare ogni volta che, in sede di riesame, vengano riscontrati dei vizi in grado di inficiare la tenuta argomentativa dell'ordinanza che non si traducono in una mancanza sostanziale di motivazione¹⁴¹.

Ebbene, anche se la Suprema Corte non si è pronunciata *apertis verbis* sulla corretta interpretazione di quest'ultima disposizione, l'adesione all'orientamento maggioritario, oltre a trasparire da un complessivo atteggiamento di chiusura rispetto a letture innovative dell'art. 292, c.p.p. (presupposto indefettibile per attribuire un peso maggiore al potere di annullamento in sede di riesame), trova altresì conferma in alcuni passi della sentenza e, segnatamente, nella parte in cui il Collegio ha rigettato il primo motivo di ricorso, con cui il prevenuto lamentava un uso scorretto della motivazione *per relationem* in punto di gravi indizi di colpevolezza del delitto di cui all'art. 600 *ter*, c.p. Rigettando tali censure, la Corte di Cassazione ha chiarito che tutte le volte in cui il Tribunale delle libertà faccia corretto uso della *relatio* (e, dunque, essa si inserisce all'interno di una valutazione complessiva della vicenda cautelare e sempre che i motivi di gravame non siano tali da disarticolare la tenuta del provvedimento impugnato), non è affetta da un vizio della motivazione l'ordinanza con cui conferma in tutto o in parte quella genetica «recepandone le argomentazioni», giacché, «in tal caso i due atti si integrano reciprocamente» e le «eventuali carenze di motivazione» dell'atto impugnato possono essere sanate «dalle argomentazioni utilizzate» dal giudice del gravame¹⁴². In questo passo della sentenza, la Corte di Cassazione lascia così intendere che il Tribunale del riesame, potendo supplire con la propria motivazione alle lacune del provvedimento originario, è tenuto ad annullare l'ordinanza genetica solo quando accerti la mancanza sostanziale di motivazione; per converso, qualora il compendio argomentativo sia incompleto, contraddittorio o addirittura illogico, deve provvedere a correggerlo. Tale lettura si ricollega all'immagine del riesame come gravame «puro»¹⁴³ che investe il

¹⁴⁰ R. BRICCHETTI – L. PISTORELLI, *Valutazione autonoma*, cit., p. 50. In senso analogo, M. V. PAPANTI - PELLETIER, *Confini più netti*, cit., p. 91; P. BORRELLI, [Una prima lettura](#), cit., p. 26-27: l'Autore sostiene che l'indirizzo della Corte di Cassazione rappresenti «un fondamentale punto di partenza» per approcciarsi alle novità introdotte dalla novella; A. NAPPI, *Tra retorica ed effetti collaterali*, cit., p. 7: secondo il quale il più recente orientamento ne esce «convalidato»; L. GIORDANO, [Sull'annullamento](#), cit., p. 8-9; V. PAZIENZA – G. FIDELBO, [Le nuove disposizioni](#), cit., p. 22.

¹⁴¹ V. PAZIENZA – G. FIDELBO, [Le nuove disposizioni](#), cit., p. 23.

¹⁴² Cass. pen., sez. III, 16 gennaio 2017, n. 1783, cit., § 6.

¹⁴³ M. D. LARICCHIA, *Novità in tema di motivazione*, cit., p. 988; G. ILLUMINATI, *Presupposti delle misure cautelari e procedimento applicativo*, in V. GREVI (a cura di), *Misure cautelari e diritto di difesa nella L. 8 agosto 1995 n. 332*, Giuffrè, Milano 1996, p. 106. *Contra* F. CAPRIOLI, *Motivazione dell'ordinanza*, cit., p. 189.

Tribunale *de libertate* dell'intera vicenda cautelare su cui si è pronunciato il primo giudice¹⁴⁴ e all'esito del quale decide con un'ordinanza complementare rispetto a quella genetica, correggendone eventuali carenze del compendio argomentativo¹⁴⁵; un'impostazione da cui deriva la tesi dogmatica che concepisce la vicenda cautelare come una «fattispecie a formazione (eventualmente) progressiva»¹⁴⁶, nella quale il titolo *de libertate* si forma solo all'esito della combinazione tra il provvedimento originario e la successiva pronuncia del Tribunale¹⁴⁷.

Una conclusione, quella della Corte, che rischia tuttavia di riproporre il pericolo che il giudice, «nel bilanciamento tra annullare il provvedimento e far passare per motivata una ordinanza più che stringata», faccia prevalere sempre quest'ultima soluzione, salvando, in molti casi, provvedimenti cautelari non adeguatamente motivati¹⁴⁸; un pericolo che diviene più che concreto se si tiene conto della difficoltà di scindere i casi di mancanza "sostanziale" di motivazione dalle altre carenze del compendio argomentativo.

In considerazione di quanto detto, dunque, è possibile concludere osservando come la Corte di Cassazione abbia preferito nuovamente non aderire alle posizioni più garantiste della dottrina richiamate nella parte conclusiva del secondo paragrafo, in base alle quali, attraverso una lettura dell'art. 309, comma 9, c.p.p. che valorizza il rinvio al novellato art. 292, c.p.p., l'ordinanza cautelare andrebbe annullata, non solo qualora la motivazione sia assente o apparente, ma anche quando, sebbene presente e "autonoma", sia incompleta, «perché non conforme agli *standard* contenutistici pretesi dall'art. 292, c.p.p.»¹⁴⁹, oppure sia «palesamente illogica» o anche solo «contraddittoria»¹⁵⁰. In questo modo, il potere di annullamento del Tribunale del riesame coinciderebbe con quello di «dichiarare la violazione dell'art. 292, c.p.p.»¹⁵¹.

A parere di chi scrive, la Suprema Corte avrebbe dovuto cogliere l'occasione per aderire a questa lettura, poiché è l'unica in grado di cogliere il «novum» della riforma¹⁵²

¹⁴⁴ Per un approfondimento sul punto si veda anche E. N. LA ROCCA, *Riesame delle misure cautelari personali*, Milano, Ipsoa, 2012, cit.

¹⁴⁵ Cass. pen., sez. un., 17 aprile 1996, n. 7, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3284, in *Arc. nuova proc. pen.*, fasc. 4/1996, p. 558, in *Giur. it.*, fasc. 5/1997, II, p. 275 con nota di A. CONFALONIERI, *Sul deposito differito della motivazione nelle decisioni de libertate*. In senso analogo, Cass. pen., sez. V, 7 dicembre 2006, n. 3255, in *CED*, rv. 236036.

¹⁴⁶ V. GREVI, *Tribunale della libertà, custodia preventiva e garanzie individuali: una prima svolta oltre l'emergenza*, in Id. (a cura di), *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, Bologna, Zanichelli, 1983, p. 32; C. MUSIO, *Motivazione*, cit., p. 5.

¹⁴⁷ C. MUSIO, *Motivazione*, cit., p. 5; E. APRILE, *I procedimenti*, cit., p. 161; V. GRAVI, *Tribunale della libertà, custodia preventiva e garanzie individuali*, cit., p. 32.

¹⁴⁸ L. GIULIANI, *Motivazione "autonoma" dell'ordinanza applicativa di una misura cautelare coercitiva e poteri del tribunale della libertà (alle soglie di una "storica" riforma?)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2015, p. 372. Sul punto si veda anche G. TODARO, *Motivazione dell'ordinanza cautelare*, cit., p. 505.

¹⁴⁹ F. CAPRIOLI, *Motivazione*, cit., p. 207.

¹⁵⁰ A. NAPPI, *Le impugnazioni de libertate dopo la riforma*, cit., p. 3. Si pone in senso parzialmente difforme F. CAPRIOLI, *Motivazione*, cit., p. 207. In senso analogo, C. MUSIO, *Motivazione*, cit., p. 15.

¹⁵¹ M. CERESA - GASTALDO, *Riformare il riesame*, cit., p. 1180.

¹⁵² E. MARZADURI, *Verso una maggiore tutela*, cit., p. 11.

senza snaturarne il contenuto e, allo stesso tempo, l'unica capace di dare voce all'*animus* garantista che ha guidato il legislatore nel ridisegnare l'assetto della cautela penale.

Per ovviare all'incapacità della giurisprudenza di fare propria questa interpretazione sarebbe auspicabile, *de iure condendo*, un intervento del legislatore diretto a cristallizzarla nel codice, riformulando l'art. 309, comma 9, c.p.p. nel senso di imporre l'annullamento dell'ordinanza da parte del Tribunale del riesame anche nei casi di motivazione incompleta, contraddittoria o illogica, oltre che nei casi di sostanziale mancanza della motivazione ovvero di assenza di un'autonoma valutazione della vicenda cautelare¹⁵³.

¹⁵³ Auspicava una diversa formulazione dell'art. 309, comma 9, c.p.p. C. MUSIO, [Motivazione](#), cit., p. 15.

LA COLTIVAZIONE DELLA CANNABIS È REATO?

Una storia infinita tra canapa e marijuana

di Lorenzo Miazzi

SOMMARIO: 1. La “cannabis” tra canapa e marijuana. – 2. Le prime leggi penali sulla coltivazione. – 3. Appare la “cannabis indica”. – 4. La coltivazione di cannabis alla prova della Corte costituzionale. – 5. La giurisprudenza discorde. – 6. La riforma del 2006. – 7. Le Sezioni Unite non risolvono, e la Consulta nemmeno. – 8. Ancora giurisprudenza in contrasto. – 9. Intanto la coltivazione della canapa... – 10. La riforma del 2014 che aggrava l’incertezza. – 11. La legge 2 dicembre 2016, n. 242. – 12. La coltivazione della “cannabis light”. – 13. Il commercio della “marijuana light” e l’esperienza svizzera. – 14. Cannabis e marijuana light in Italia.

1. La “cannabis” tra canapa e marijuana.

La rilevanza penale della coltivazione della “cannabis” è strettamente legata alle posizioni della giurisprudenza che, pur confermando la punibilità della condotta, negli ultimi 25 anni ha avuto frequenti oscillazioni; in particolare il suo rapporto con l’uso personale, che invece non costituisce reato, è oggetto di tensioni interpretative mai esaurite che ne fanno una storia non finita, anzi, per il proporsi continuo di temi nuovi di discussione, apparentemente...infinita.

Molti fattori riconducibili al legislatore hanno poi contribuito a farne una materia complessa e dai contorni poco chiari: il sistema tabellare; l’indicazione della pianta invece che della sostanza; la difficoltà di individuare il tipo botanico della pianta; la disciplina della coltivazione finalizzata alla produzione di sostanza stupefacente, ignorando gli effetti sulla coltivazione destinata alla produzione agricolo-industriale; le modifiche normative non in linea con l’evoluzione del mercato legale e illegale della sostanza. Una legislazione complessa e incoerente, tanto che oggi potrebbe essere uscita dalla sfera della rilevanza penale buona parte della coltivazione che i nostri tribunali continuano a punire.

È necessario perciò preliminarmente chiarire il significato delle parole: cannabis, canapa, marijuana; e ciò perché il legislatore e la giurisprudenza a volte usano questi termini in modo disinvolto, anche come sinonimi, contribuendo ad accrescere la confusione già evocata.

E dunque...

La *Cannabis*¹ è una pianta; nel genere è importante distinguere, per gli effetti legali che ne discendono, il chemiotipo CBD, che caratterizza la canapa destinata a usi agroindustriali e terapeutici; e il chemiotipo THC che caratterizza le varietà destinate a produrre infiorescenze con effetto stupefacente o medicinali. Ogni pianta però li ha entrambi.

La *marijuana*² è una sostanza psicoattiva contenente il principio attivo THC; nel gergo comune, per marijuana si intendono le infiorescenze delle piante femminili essiccate e conciate per essere fumate; dalle infiorescenze si ricava anche una particolare resina, solida o collosa, in gergo denominata hashish.

La coltivazione della canapa³ in Italia è plurisecolare e nel secolo scorso, essendo particolarmente redditizia, era diffusissima, tanto che nel dopoguerra il nostro paese ne era il secondo produttore mondiale dopo l'URSS. Il declino di questa coltivazione fu però rapidissimo, sino quasi a scomparire negli anni '70. E la sua sopravvivenza da allora venne resa più difficile anche dalla legislazione sulla coltivazione della cannabis per marijuana, che andava a sovrapporsi a quella sulla canapa per uso industriale. Quest'ultima però negli ultimi lustri ha mostrato forti segni di ripresa, tanto da rendere indifferibile la sua disciplina con normazione primaria, come in effetti è avvenuto.

In questo articolo si userà il termine "cannabis" per l'identificazione botanica della pianta; "canapa" per indicare la pianta destinata a uso non stupefacente, prevalentemente industriale o terapeutico; "marijuana" per indicare la sostanza con effetto stupefacente ricavata dalla cannabis. Tenendo conto però che molto spesso le norme e la giurisprudenza usano la parola "marijuana" anche per indicare la pianta destinata a produrre la sostanza stupefacente; e che nella Convenzione unica sugli stupefacenti del 1961 il termine "cannabis" indica solo le sommità fiorite o fruttifere della pianta di cannabis.

¹ La Cannabis o canapa - secondo la classificazione di Linneo, 1753 - è un genere di piante angiosperme della famiglia delle Cannabaceae. Il contenuto di metaboliti secondari porta a distinguere due sottogruppi o chemiotipi a seconda dell'enzima preposto nella biosintesi dei cannabinoidi: il chemiotipo CBD, caratterizzato dall'enzima CBDA-sintetasi e il chemiotipo THC caratterizzato dall'enzima THCA-sintetasi.

² La marijuana (talora indicata col termine Gānjā) è una sostanza psicoattiva che si ottiene dalle infiorescenze essiccate delle piante femminili di cannabis. In tutte le varietà di canapa sono contenute, in concentrazioni e proporzioni variabili, diverse sostanze psicoattive, stupefacenti e non, tra cui la principale è il delta-9-tetraidrocannabinolo (comunemente detto THC). In origine questo era il nome usato comunemente in Messico (marihuana) per indicare la varietà di canapa destinata al consumo come sostanza stupefacente.

³ La canapa da millenni viene coltivata in Italia soprattutto per la produzione di fibra; da sempre i cordami erano fatti di canapa e con essa si tessevano le vele delle navi. Nel secolo scorso, nonostante si trattasse di un lavoro durissimo, quasi ogni fattoria nelle campagne emiliane, campane, piemontesi, venete e lombarde, aveva il caratteristico "macero" per la lavorazione della canapa. A partire dagli anni '50 la concorrenza delle nuove fibre sintetiche, l'impossibilità di avviare la meccanizzazione della coltura, la necessità di alto impiego di manodopera, la diffusione di colture più remunerative portò in pochi anni a diminuire la produzione sino a quasi a farla scomparire negli anni '70.

2. Le prime leggi penali sulla coltivazione.

Per orientarsi nella legislazione sulla cannabis per marijuana⁴ occorre risalire alla prima legge che disciplina gli stupefacenti in Italia, cioè la Legge n. 396/1923, emanata in esecuzione della Convenzione Internazionale dell'Aja sull'oppio del 1912⁵. Nel testo non si menzionano la marijuana o la cannabis; nella descrizione delle droghe vietate si parla di oppiacei e di cocaina e "di altre sostanze velenose che in piccole dosi hanno efficacia stupefacente". La legge non punisce la coltivazione ma il commercio di queste sostanze⁶.

Il termine "stupefacente" non era adeguato, in quanto non tutte le sostanze ricondotte alla definizione legislativa provocavano un ottundimento psicomotorio, cioè uno stato di "stupor". Per questo le sostanze afferenti alla legge n. 396/1923 furono inserite in un elenco a cura del Ministero dell'Interno, dando così avvio al sistema tabellare tuttora in uso.

È il primo mattone della babele in cui ci troviamo oggi: il sistema tabellare è utile perché individua in modo positivo la sostanza vietata, ma crea il problema della tassatività rispetto alle sostanze non tabellate⁷.

Comunque venne ricompreso fra le sostanze di cui era proibito il commercio il THC, cioè il principio attivo con effetti stupefacenti ricavabile dalla cannabis. Il problema in astratto è che ogni pianta di cannabis, anche per uso industriale, contiene una percentuale magari bassa di THC.

È il secondo mattone della babele: la coltivazione per marijuana viene disciplinata dimenticandosi degli effetti sulla coltivazione agro-industriale della canapa.

In pratica però allora il problema non sorse: la legge non era pensata per la coltivazione, un fenomeno considerato esotico. L'hashish (l'unica droga con il tetraidrocannabinolo che era reperibile in Italia) si importava e basta: nessuno pensava a ricavare THC dalle enormi piantagioni di canapa della pianura padana.

⁴ In principalità sulla legislazione in materia di stupefacenti si rinvia a G. AMBROSINI, *Stupefacenti*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Torino, 1999, XIV, 28; F.C. PALAZZO, *Consumo e traffico degli stupefacenti (profili penali)*, Padova, 1994, 35.

⁵ Legge 18 febbraio 1923, n. 395, recante provvedimenti per la repressione dell'abusivo commercio di sostanze velenose aventi azione stupefacente. «Art. 1.: Chiunque, non essendo autorizzato alla vendita di prodotti medicinali, e non facendo di essi notorio ed abituale commercio, vende o in qualsiasi altro modo somministra al pubblico, cocaina, morfina, loro composti o derivati, e, in genere, sostanze velenose che in piccole dosi hanno azione stupefacente, ovvero ritiene dette sostanze per venderle o somministrarle, è punito con la reclusione da due a sei mesi e con la multa da lire mille a lire quattromila».

⁶ Esula da questo studio l'approfondimento del significato del termine *coltivazione* secondo la legislazione penale, delle condotte che vi rientrano, della configurabilità del tentativo ecc.: si rinvia, per quanto possa essere rilevante, a M. TORIELLO, *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, Milano, 2015, 13; V. MAGNINI, *Sulla messa in vendita di semi di cannabis*, in *Cassazione penale*, 2013, 7-8, 2628.

⁷ Sugli inconvenienti del sistema tabellare, vedi L. ROMANO, *Previsioni tabellari e 6-monoacetilmorfina: motivazioni in merito alla riconducibilità alla nozione legale di sostanza stupefacente*, in *Rivista italiana di medicina legale*, 2011, 4-5, 1199; G. AMATO, *Il principio "tabellare" in materia di droga: inconvenienti pratici e esigenze di riforma*, in *Cassazione penale*, 2004, 4232.

Tuttavia la disciplina normativa così formulata rimase ambigua: perché ogni pianta di cannabis, come si è detto, contiene una percentuale di THC, che però secondo la Convenzione internazionale non si poteva commercializzare. Tanto è vero che altrove ci fu chi prese molto sul serio questo divieto di commercializzazione e nel 1937 negli Stati Uniti venne approvata una legge (il “Marijuana Tax Act”) che proibiva la coltivazione di qualsiasi tipo di canapa, inclusa quella a scopo industriale o medicamentale.

Tornando in Italia, il codice penale introdotto nel 1930, pur dedicando quattro articoli ai reati in materia di stupefacenti, non fornì alcun criterio per la individuazione delle sostanze vietate e non si interessò alla coltivazione. Il successivo Testo unico delle leggi sanitarie del 1934 (che recepì anche le disposizioni introdotte dalla legge n. 151/1934), rinviando per l'elenco delle sostanze tossiche aventi azione stupefacente al decreto del Ministro per l'interno, si occupò di coltivazione ma menzionò solo quella del papavero da oppio⁸. Neppure la successiva legge sugli stupefacenti, la n. 1041/1954⁹, pur prevedendo espressamente il divieto di coltivazione, menzionò la canapa, che però potrebbe considerarsi ricompresa nel successivo divieto di coltivare “piante dalle quali si possono ricavare sostanze comprese nell'elenco degli stupefacenti”. È un divieto generico e molto ampio, e pacificamente potrebbe ricomprendere la coltivazione della canapa nelle nostre campagne, dato che comunque quella canapa contiene del THC. Ma neppure nel 1954 il problema si pose in concreto, perché in Italia nessuno ancora coltivava cannabis per marijuana, il cui consumo peraltro rimaneva un fenomeno ristretto e di élite

3. Appare la “cannabis indica”.

Il problema si ripropose con la legge n. 685/1975. Va premesso che da poco l'Italia aveva ratificato la Convenzione unica sugli stupefacenti, che all'art. 1 conteneva le seguenti definizioni:

b) il termine “cannabis” indica le sommità fiorite o fruttifere della pianta di cannabis (esclusi i semi e le foglie che non siano uniti agli apici) la cui resina non sia stata estratta, qualunque sia la loro applicazione;

c) l'espressione “pianta di cannabis” indica qualsiasi pianta del tipo cannabis;

⁸ Regio Decreto 27 luglio 1934, n. 1265, Approvazione del testo unico delle leggi sanitarie.

Art. 149: ... Chiunque, senza l'autorizzazione predetta, coltivi il papavero o raccolga capsule di papavero o non osservi le condizioni e garanzie, alle quali l'autorizzazione è subordinata, è punito con l'arresto fino ad un anno o con l'ammenda da lire cinquecento a cinquemila.

Art. 150: La produzione dell'oppio grezzo e di altre sostanze o preparati ad azione stupefacente non può aver luogo senza autorizzazione del Ministro per l'interno.

⁹ Legge n. 1041/1954: Art. 4. “La coltivazione del papavero (*papaver somniferum* L.) e di altre piante dalle quali si possono ricavare sostanze comprese nell'elenco degli stupefacenti... è punito con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da lire 100.000 a lire 2.000.000.”

d) l'espressione "resina di cannabis" indica la resina separata, grezza o raffinata, ottenuta dalla pianta di cannabis..."¹⁰.

Intanto nei vent'anni trascorsi dall'approvazione della legge n. 1041/1954 tutto era cambiato: la canapa industriale era pressoché scomparsa, mentre quello della marijuana era divenuto un consumo di massa veicolato dai movimenti giovanili degli anni '60. La nuova legge vietò la coltivazione¹¹ parlando per la prima volta anche della canapa destinata alla fabbricazione di sostanze stupefacenti. Lo fece, divergendo dalle definizioni internazionali appena recepite, denominandola "canapa indiana".

È il terzo mattone della Babele: assimilandola alla pianta di coca e al papavero da oppio la legge vieta la pianta per sé stessa e non per il suo contenuto, come se la cannabis contenesse solo THC e potesse essere utilizzata solo per produrre marijuana.

Ma cosa intendeva la legge italiana per "canapa indiana"? Nelle tabelle del decreto ministeriale che contiene le sostanze stupefacenti, la pianta venne indicata col nome di "Cannabis indica". Ma su cosa sia la *cannabis indica* non c'è chiarezza in botanica.

La tassonomia del genere *Cannabis* infatti è controversa. La *Cannabis* secondo alcuni (e secondo la classificazione di Linneo) comprende un'unica specie, la *Cannabis sativa*, la pianta storicamente più diffusa in occidente, a sua volta comprendente diverse varietà e sottospecie; secondo altri invece si distinguono tre specie, *C. sativa*, *C. indica* e *C. ruderalis*. Altri distinguono solo una specie, *Cannabis sativa*, con due sottospecie, ciascuna con due varietà. In ogni caso, tutte le specie, sottospecie o varietà citate possono essere tra di loro incrociate dando luogo a una progenie fertile. L'orientamento prevalente è comunque quello di riconoscere una sola specie (*Cannabis sativa*), che ad oggi conta centinaia di sottospecie e varietà. Orientamento che di fatto sembrava recepito proprio in quegli anni a livello internazionale, come si è visto¹².

Evidente che in un sistema tabellare la proibizione penale di una pianta di cui non è chiara l'individuazione pone seri problemi di tassatività e comprensione del divieto.

È il quarto mattone della babele: si presuppone una certezza scientifica che non c'è, e quindi di fatto il legislatore fa riferimento a una realtà botanica dai confini non precisati.

Anche questa volta il problema teorico in pratica non si pose, ma per il motivo opposto, e cioè perché mentre si era diffusa la coltivazione di cannabis per marijuana, come si diceva la coltivazione della canapa industriale nelle campagne si era di molto ridotta, sino quasi a scomparire.

¹⁰ Convenzione unica sugli stupefacenti, adottata a New York il 30 marzo 1961, emendata a Ginevra il 25 marzo 1972, la cui ratifica ed esecuzione in Italia era avvenuta proprio l'anno prima con la legge 5 giugno 1974, n. 412.

¹¹ Legge n. 685/1975: Art. 26. "...è vietata nel territorio dello Stato la coltivazione di piante di coca di qualsiasi specie, di piante di canapa indiana, di funghi allucinogeni e delle specie di papavero (*papaver somniferum*) da cui si ricava oppio grezzo."

Art. 12. Criteri per la formazione delle tabelle: ...2) nella tabella II devono essere indicate: a) la cannabis indica, i prodotti da essa ottenuti...

¹² Come si è sopra ricordato, infatti, secondo la Convenzione di New York "l'espressione "pianta di cannabis" indica qualsiasi pianta del tipo cannabis".

La legge successiva, la n. 162/1990 - che di fatto oggi è tornata in vigore - conferma il divieto di coltivazione delle sostanze stupefacenti¹³ e non cambia la tabella II che parla sempre di "*cannabis indica*". Ma un elemento ulteriore di precisazione si può ricavare dal nuovo regime dell'uso personale, che vede l'introduzione della dose media giornaliera a sua volta determinata in un decreto ministeriale¹⁴ con riferimento alle sostanze di cui alla tabella II.

Quella che viene fissata nel decreto del 1990 è però una descrizione merceologica, non scientifica: "*cannabis indica, foglie e infiorescenze... hashish...altre preparazioni contenenti THC...*". Questa è la descrizione di quello che si trova sul mercato (marijuana, hashish, olio), non un elenco di sostanze psicoattive. La novità però è il fatto che la *cannabis indica* viene specificata come "(2% Delta9 THC)". Il significato di questa indicazione non è mai stato precisato. Si fa riferimento ad un contenuto medio di THC nella marijuana, probabilmente, ma potrebbe riferirsi alle infiorescenze (in sintonia con la Convenzione di New York) o all'intera pianta (come sembrano fare i laboratori di analisi); una volta fissato in 50 mg. il limite massimo di THC (tetraidrocannabinolo) che deve essere contenuto nel quantitativo definito come "dose media giornaliera", non si dice se le "foglie e infiorescenze" che hanno un contenuto di THC inferiore al 2% siano classificabili egualmente come "*cannabis indica*", o se rientrino in quella detenibile per uso personale, o addirittura debbano considerarsi non comprese dalla tabella II. E' chiaro, infatti, che se non si pone un limite minimo e non si fissano i criteri di misurazione, un ettaro di canapa per uso industriale allo 0,2% contiene moltissimo THC, ben oltre i 50 mg.

Nell'applicazione pratica in realtà polizia e giudici sembrarono e sembrano ragionare sulla base della destinazione della pianta (considerata avere un contenuto fisso standard¹⁵) e non sulla sua natura e sulla quantità di THC che contiene, come sembra prevedere il sistema tabellare del 1990 per il quale basta una piccola percentuale di THC per considerare la sostanza *stupefacente*.

¹³ Legge n. 162/1990: Art. 14: 1. Chiunque senza l'autorizzazione di cui all'articolo 15 coltiva, produce, fabbrica...sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle tabelle... è punito..."

¹⁴ Decreto 12 luglio 1990, n. 186: Regolamento concernente ... limiti quantitativi massimi di principio attivo per le dosi medie giornaliere... TABELLA II:

Cannabis indica, foglie e infiorescenze (2% Delta-9-THC): 2,5 grammi;

Hashish (10% Delta-9-THC): 0,5 grammi;

Altre preparazioni, il cui contenuto di Delta-9-THC non superi...50 milligrammi.

¹⁵ Sez. 4, Sentenza n. 5355 del 25/03/1992: «In tema di sostanze stupefacenti da "*cannabis indica*", previste dalle prime due voci della tabella II, allegata al decreto del Ministero della sanità 12 luglio 1990, n. 186, richiamato dall'articolo 78 del d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, la dose media giornaliera (in grammi), riferita a un dato prodotto grezzo, si determina moltiplicando lo standard tabellare (d.m.g. in grammi) per il valore del titolo di principio attivo esemplificato in tabella (rispettivamente, 2 per cento per la marijuana (foglie e infiorescenze di "*cannabis indica*") e 10 per cento per l'"hashish") e dividendo il prodotto per l'indice (valore percentuale) di Delta-9- THC repertato nella sostanza in indagine. (Fattispecie di ricorso con il quale si sosteneva la ipotizzabilità dell'attenuante speciale di cui al comma quinto dell'art. 73 d.P.R. n. 309/1990, negata dal giudice del merito, sulla considerazione che 80 grammi di "hashish", titolato al 5,2 per cento di delta-9-THC, sostanziano poche dosi giornaliere calcolato sulla base della quantità di principio attivo estraibile rapportato al parametro tabellare; la Corte ha ritenuto non corretto tale tipo di calcolo esprimendo la massima di cui sopra)».

4. La coltivazione di cannabis alla prova della Corte costituzionale.

Il successivo referendum del 1993 non abrogò la previsione della punizione della coltivazione per uso personale, dando luogo a un sistema contraddittorio in cui è possibile detenere per uso personale la marijuana o l'hashish, è lecito possedere i semi della pianta¹⁶, ed è lecito pure venderli e comprarli¹⁷, ma è vietato piantare i semi e coltivare la cannabis che serve per produrre la marijuana che si può consumare per uso personale.

Un sospetto di illegittimità costituzionale era ben giustificato, e alle diverse ordinanze di rimessione rispose la Corte Costituzionale con una sentenza fondamentale, la n. 360/1995, che ha ritenuto legittimo il sistema normativo dichiarando infondata la questione di legittimità costituzionale con riferimento al perdurante illiceità della coltivazione anche in assenza di coltivazione finalizzata allo spaccio¹⁸.

La sentenza enuncia un principio, secondo il quale la coltivazione di piante da cui sono estraibili i principi attivi di sostanze stupefacenti ben può valutarsi come "pericolosa", ossia idonea ad attentare al bene della salute dei singoli, per il solo fatto di arricchire la provvista esistente di materia prima e quindi di creare potenzialmente più occasioni di spaccio di droga.

Il principio è chiaro, ma si innesta in una realtà fattuale che vede la coltivazione come un percorso dalle caratteristiche diversissime caso per caso, che può interessare quantità minime o rilevanti, che ha agronomicamente uno sviluppo complesso, con risultati incerti, che può avere o meno un significato economico apprezzabile. Un principio così calato pone perciò serissimi problemi di individuazione della condotta, a meno che non si vogliano punire anche condotte davvero risibili e non ancora offensive.

La Corte Costituzionale risolve il problema "scaricandolo" sul giudice del caso singolo. Il discrimine del penalmente rilevante, una volta esclusa la destinazione a terzi, è dato dall'inesistenza della *offensività*, dice il giudice delle leggi; pertanto quando dalle piante si estraggono quantità non irrisorie di sostanze stupefacenti, il principio di

¹⁶ È opportuno ricordare che i semi di canapa non contengono neppure in minime dosi il principio attivo e non sono compresi fra le parti della cannabis oggetto della Convenzione sugli stupefacenti, che li esclude espressamente dalla disciplina (vedi art. 1, co. 1 lett b) l. n. 142/1974).

¹⁷ "La mera offerta in vendita di semi di pianta dalla quale siano ricavabili sostanze stupefacenti non è penalmente rilevante, configurandosi come atto preparatorio non punibile perché non idoneo in modo inequivoco alla consumazione di un determinato reato, non potendosi dedurne l'effettiva destinazione dei semi": Sez. Un., sent. n. 47604 del 18/10/2012, con nota di C. RENOLDI, *Le Sezioni Unite sulla messa in vendita, via internet, di semi di canapa*, in *Cass. pen.*, 2013, 7-8, 2628.

¹⁸ Con la sentenza n. 360 la Corte ha anche chiarito che la diversità di condotte rispetto a quelle previste dall'art. 75 del d.pr. 309/90 non ha carattere di irragionevolezza mancando nella coltivazione l'immediatezza con l'uso personale che giustifica il minor rigore da parte del legislatore. Ha poi rilevato la maggior pericolosità di questa condotta in relazione all'impossibilità di determinare a priori il quantitativo ricavabile e la potenzialità.

offensività è soddisfatto e si applica la sanzione penale. Spetterà quindi al giudice sussumere la condotta concreta del coltivatore nell'alveo della "coltivazione" di cui all'art. 73 D.P.R. 309/90 – punibile penalmente - ovvero in una fase preliminare non punibile o nella detenzione per uso personale di cui all'art. 75 – punibile solo in via amministrativa¹⁹.

La soluzione che consente di uscire dal vicolo cieco dell'offensività indiscriminata presenta qualche forzatura logica ma ha soprattutto molti limiti sul piano concreto, dato che non determina ciò che è "irrisorio" e ciò che invece è "offensivo", considerato che non esiste una misurazione quantitativa della dose stupefacente di queste sostanze, e molto dipende dalla concentrazione, dall'abbinamento con altre sostanze presenti nella pianta etc.

Dunque il quinto mattone della babele è creato dalla Corte costituzionale, con questa sentenza che, al di là dell'enunciazione di principio, non chiarisce affatto i contorni della offensività.

5. La giurisprudenza discorde.

Dopo la sentenza della Corte costituzionale, data la vaghezza della sua applicazione pratica, s'erano così affermate in giurisprudenza addirittura tre tesi.

La prima faceva leva sulla lettera della legge che non distingue a seconda della destinazione della coltivazione (come avviene invece per la detenzione); sicché trattandosi di reato di pericolo astratto, esso doveva ritenersi integrato anche in presenza di un esiguo numero di piantine, senza tenere conto di fattori qualitativi (la percentuale di principio attivo), quantitativi (il numero di piante coltivate), del grado di maturazione raggiunto dalla pianta, dovendo ritenersi per coltivazione proibita quell'attività che, partendo dalla semina, giunge sino alla raccolta.

La seconda riteneva non raggiunta, in concreto, l'offensività della coltivazione in presenza di un dato quantitativo estremamente ridotto. Nonostante l'oggettiva pericolosità in fatto della coltivazione di stupefacenti presunta dal legislatore, la condotta concreta di coltivazione di una o poche piante sarebbe priva dei crismi della tipicità.

La terza tesi distingueva tra due forme di coltivazione. La coltura c.d. domestica, effettuata in via approssimativa e rudimentale e destinata per il suo ridotto quantitativo all'uso meramente personale, sarebbe equiparabile, sul piano del trattamento penale, alla mera detenzione e, come tale, non assumerebbe rilievo penale. Invece quella definita tecnico-agraria, caratterizzata da un elevato coefficiente organizzativo (desumibile dall'essere la coltivazione in terreno, dal tipo di semina, dalla perizia della coltivazione,

¹⁹ Sul principio di offensività in questa materia si veda principalmente V. MANES, *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze*, in G. INSOLERA – V. MANES (a cura di), *La disciplina penale degli stupefacenti*, Milano, 2012, 69.

dalla disponibilità di attrezzi e strutture) costituirebbe reato potendosi desumere un approccio chiaramente imprenditoriale²⁰.

Non si può non notare come quest'ultimo orientamento - certamente finalizzato a escludere dal circuito penale i coltivatori occasionali - avrebbe finito col punire sistematicamente la coltura industriale della canapa, che ovviamente è fatta sul terreno, con mezzi e approccio imprenditoriale; e ciò a dimostrazione della distanza fra la giurisprudenza, focalizzata sulla coltivazione di cannabis per marijuana, e la realtà agricola della coltivazione di canapa.

Coltivazione che nel frattempo aveva cominciato a riprendersi, grazie ad una richiesta industriale non del tutto scomparsa, ad un crescente utilizzo dei semi per la produzione alimentare, all'attività vivaistica destinata all'estero.

6. La riforma del 2006.

Interviene intanto una nuova legge, la n. 49/2006.

Il cuore della riforma è la parificazione del trattamento sanzionatorio (dapprima differenziato dai commi 1 e 4 dell'art. 73) previsto per i reati aventi ad oggetto le droghe *pesanti* e le droghe *leggere*²¹ (cui corrispondevano rispettivamente le previgenti tabelle I e III, II e IV); e ciò viene attuato anche modificando l'art. 14 e creando una unica tabella - la tabella I - in cui secondo l'art. 4 vices-ter della legge si inseriscono, fra le sostanze stupefacenti o psicotrope: "...n. 6) la *cannabis indica*, i prodotti da essa ottenuti, i *tetraidrocannabinoli*, i loro analoghi naturali".

Non cambia nella legge la disciplina della coltivazione, in quanto il nuovo art. 73 punisce "*Chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, coltiva... sostanze stupefacenti di cui alla tabella I*".

In pratica la legge ripropone il divieto di coltivare la "*cannabis indica*"; tuttavia, contrariamente a quanto aveva fatto il decreto del 1990, nella nuova tabella unica delle sostanze stupefacenti allegata alla stessa legge è inclusa la sostanza "*Delta9 THC*", con la sua denominazione chimica, e non la cannabis... E nel successivo decreto ministeriale 11.4.2006 ("*Tabella dei quantitativi massimi detenibili delle sostanze stupefacenti*") si indica fra le sostanze il "*Delta-9-tetraidrocannabinolo (THC): dms 25 mg; moltiplicatore 20; qmd 500 mg*". Il quantitativo massimo detenibile di 500 mg di THC è pari, indicativamente, a 5 g di hashish al 10% e a 20 gr di marijuana in foglie al 2%, riprendendo i criteri di misurazione del decreto del 1990: ma la secca indicazione del principio attivo THC coinvolge qualsiasi tipo di cannabis.

²⁰ Cfr. su questo punto S. BELTRANI, *Coltivazione domestica di piante da stupefacenti: la fine di un equivoco*, in Cass. Pen., 2008, 12, 4513.

²¹ Appare rilevante ricordare un dato che sarà ripreso più avanti: la relazione di accompagnamento alla legge afferma che "*una tale distinzione [fra droghe leggere e droghe pesanti] non avrebbe più concreta ragione di esistere, in quanto i più recenti e scientificamente accreditati risultati della ricerca tossicologica avrebbero dimostrato come il principio attivo presente in alcune sostanze stupefacenti sarebbe oggi incomparabilmente maggiore rispetto al passato, in particolare per la cannabis indica, nella quale, forse per le diverse modalità di coltivazione, sembrerebbe che il principio attivo sia passato dallo 0,5-1,5% degli anni '70-'80 ai valori attuali del 20-25%*".

7. Le Sezioni Unite non risolvono, e la Consulta nemmeno.

Dopo poco, a dirimere il contrasto di giurisprudenza sulla coltivazione cui si è sopra accennato, intervengono le Sezioni Unite con le due pronunce "gemelle" di aprile-luglio 2008 (S.U., 24.4.2008, n. 28605 "Di Salvia" e S.U. 24.4.2008, n. 28606, "Valletta"), sostanzialmente optando per il secondo orientamento²².

Nelle decisioni in questione, le S.U. affermano il principio secondo il quale *"costituisce condotta penalmente rilevante qualsiasi attività non autorizzata di coltivazione di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, anche quando sia realizzata per la destinazione del prodotto ad uso personale"*.

Le Sezioni Unite, oltre a ribadire gli argomenti svolti dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 360/95, evidenziano che la condotta di coltivazione, anche dopo l'intervento normativo del 2006, non è stata richiamata dall'art. 73, co. 1 *bis*, né dall'art. 75, co. 1, D.P.R. 309/90, ma solamente dal novellato art. 73, co. 1. Il legislatore, pertanto, ha voluto attribuire a tale condotta una perdurante rilevanza penale, quali che siano le caratteristiche della coltivazione e quale che sia il quantitativo di principio attivo ricavabile dalle piante.

Ritenendo del tutto arbitraria la distinzione tra coltivazione in senso "tecnico-agrario" ovvero imprenditoriale e coltivazione "domestica", la Suprema Corte osserva che qualsiasi tipo di coltivazione è caratterizzato da un dato essenziale e distintivo rispetto alle fattispecie di detenzione, che è quello di contribuire ad accrescere la quantità di sostanza stupefacente esistente sul mercato, sì da meritare un trattamento sanzionatorio diverso e più grave²³.

Le S.U. affrontano poi il problema del rapporto tra la fattispecie di coltivazione ed il principio di offensività, di fatto riportandosi ai principi enunciati della Corte Costituzionale; e riferendosi al principio di offensività inteso nella sua accezione concreta, anche le S.U. "sorvolano", rimettendo di nuovo al giudice, senza dare indicazioni concrete, di verificare di volta in volta se la condotta sia assolutamente inidonea a porre a repentaglio il bene giuridico protetto risultando *in concreto* inoffensiva.

La sentenza "Di Salvia" dunque, in quanto di nuovo generica sul punto cruciale, non può soddisfare la giurisprudenza di merito, o almeno quella parte che sembra non accettare l'impostazione formalistica secondo cui ogni coltivazione, anche minima e finalizzata a mero uso personale, è vietata.

Per completezza si può anticipare che in questa situazione è naturale che si ritorni a dubitare della legittimità costituzionale della legge così interpretata: e quindi anche la Corte costituzionale deve tornare a pronunciarsi, e lo fa con la sentenza n. 109 del 2016.

²² Cfr. S. BELTRANI, *Coltivazione domestica*, cit.

²³ Cfr. A. BASSI, *La disciplina sanzionatoria in materia di stupefacenti*, Padova, 2010, 64.

Può essere rilevante sottolineare la parte originale dell'ordinanza di rimessione: la violazione dell'art. 3 Cost. viene dedotta dal rimettente sotto il profilo della ingiustificata disparità di trattamento fra chi detiene, per uso personale, sostanza stupefacente ricavata da piante da lui stesso in precedenza coltivate - condotta inquadrabile nella formula «comunque detiene», e dunque sanzionata solo in via amministrativa - e chi è invece sorpreso mentre ha ancora in corso l'attività di coltivazione, finalizzata sempre all'uso personale, condotta sanzionata penalmente. Per cui la rilevanza, amministrativa o penale, dell'illecito finirebbe per dipendere dal momento della scoperta: il coltivatore per proprio consumo andrebbe incontro a semplici sanzioni amministrative se ha già raccolto il prodotto; risponderebbe penalmente se non lo ha ancora fatto.

La Corte costituzionale nega che sia così e afferma che la disponibilità del prodotto della coltivazione non rappresenta altro che l'ultima fase della coltivazione stessa, ossia la "raccolta" del coltivato, per cui la disparità di trattamento denunciata non sussiste: il detentore a fini di consumo personale dello stupefacente "raccolto" e il coltivatore "in atto" rispondono entrambi penalmente²⁴.

8. Ancora giurisprudenza in contrasto.

Riprendendo il filo della giurisprudenza, dopo le SS.UU. "Di Salvia" la stessa appare in...confusione. La vaghezza delle indicazioni delle Corti legittima il sorgere nuovamente di una pluralità di orientamenti²⁵.

Un primo contrasto si può osservare in relazione all'offensività di qualsiasi coltivazione che abbia efficacia drogante²⁶.

Secondo la giurisprudenza più restrittiva²⁷, l'offensività in concreto della condotta può essere esclusa soltanto quando la sostanza ricavabile risulti priva della concreta attitudine ad esercitare, anche in misura minima, l'effetto psicotropo, cioè l'effetto di quella che viene definita "soglia drogante": che però non è determinabile,

²⁴ Per un commento, L. ROMANO, [Non viola la costituzione la fattispecie incriminatrice della coltivazione di cannabis per uso personale](#), in questa Rivista, 30 maggio 2016.

²⁵ Vedi per una rassegna delle questioni C. BRAY, [Cultivazione di marijuana e \(in\)offensività della condotta nella recente giurisprudenza di legittimità: necessità di fare chiarezza](#), in questa Rivista, 23 maggio 2016.

²⁶ Rinvio per un esame completo alla Relazione di orientamento dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione, *La categoria dell'offensività nel reato di coltivazione di piante da stupefacenti*, n. 36/2016, a cura del consigliere Matilde Brancaccio, www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/Relazione_Penale_c36_16.pdf.

²⁷ Sez. 4 n. 43184 del 20/09/2013, Rv. 258095: *...offensività della condotta, la quale però non può essere esclusa ogniqualvolta i quantitativi prodotti risultino inferiori alla "dose media singola", determinata dalle tabelle ministeriali, ma soltanto quando risultino privi della concreta attitudine ad esercitare, anche in misura minima, gli effetti psicotropi evocati dall'art. 14 del d.P.R. n. 309 del 1990.*

Sez. 3 n. 23082 del 09/05/2013: *configurabile il reato relativamente alla coltivazione n.43 piantine di "cannabis" - che all'atto dell'accertamento avevano un contenuto di sostanza ricavabile inferiore sia al valore di una dose singola che alla dose soglia.*

Sez. 4 n. 44136 del 27/10/2015: *l'offensività in concreto della condotta può essere esclusa soltanto quando la sostanza ricavabile risulti priva della concreta attitudine ad esercitare, anche in misura minima, l'effetto psicotropo...*

come ha ammesso la stessa Cassazione²⁸ rilevando che manca ogni riferimento parametrico per legge o per decreto; né, si deve aggiungere, in medicina risulta elaborato tale parametro in modo condiviso per la assoluta imprevedibilità della reazione soggettiva.

Così, secondo un diverso orientamento il raggiungimento della semplice efficacia drogante non è sufficiente: l'offensività in concreto viene perciò misurata con riferimento ai valori soglia della legge del 2006; e in questo caso alcuni si riportano come previsione al limite di 25 mg per la dose media singola²⁹, altri a quello di 500 mg per il quantitativo massimo detenibile³⁰.

Altro netto contrasto c'è in ordine alla prova della capacità stupefacente della pianta.

Secondo una giurisprudenza formalista³¹, una volta che è accertata la conformità al tipo botanico vietato, non serve accertare l'offensività in concreto della condotta in quanto deve aversi riguardo sia al principio attivo ricavato nell'immediato, sia a quello ricavabile all'esito del ciclo biologico delle piante. La norma incriminatrice, quindi, vieta e punisce la coltivazione della pianta di canapa indiana senza riferimento alla sostanza stupefacente che da essa può trarsi in particolari fasi della sua crescita, del suo sviluppo e della sua maturazione, vietando il legislatore la coltivazione delle dette specie vegetali

²⁸ Cass. Sez. 6, Sentenza n. 8393 del 22/01/2013, secondo la quale, ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 73 d.P.R. n. 309 del 1990 è necessario dimostrare, con assoluta certezza, che il principio attivo contenuto nella dose destinata allo spaccio, o comunque oggetto di cessione, sia di entità tale da poter produrre in concreto un effetto drogante. In parte motiva la sentenza affronta il problema *"che il principio attivo contenuto nella singola sostanza oggetto di spaccio possa non superare la cosiddetta "soglia drogante", in mancanza di ogni riferimento parametrico previsto per legge o per decreto..."*.

²⁹ Sez. 6 n. 5254 del 10/11/2015: escluso il reato per la coltivazione di due piante di canapa indiana e la detenzione di 20 foglie della medesima pianta, in presenza di una produzione che, pur raggiungendo la soglia drogante, era *"assolutamente minima"*;

Cass. N. 22110 del 02/05/2013: esclusa l'idoneità offensiva della condotta di coltivazione domestica di tre piantine di marijuana poste in distinti vasetti e dotate di potere drogante; Sez. 4 n. 25674 del 17/02/2011: ritenuto inoffensiva ex art. 49 cod. pen. la condotta di coltivazione domestica di una piantina di canapa indiana (con principio attivo pari a mg. 16).

³⁰ Cass. n. 33835 dell'08/04/2014: penalmente irrilevante la coltivazione di due piantine di marijuana contenenti un principio attivo inferiore al quantitativo massimo detenibile; Sez. 6, Sentenza n. 8058 del 17/02/2016: annulla senza rinvio la pronuncia di condanna relativa alla coltivazione di una pianta di cannabis indica, da cui sono risultati ricavabili gr. 0,345 di principio attivo, perché inoffensiva in concreto.

³¹ Sez. 6, Sentenza n. 51497 del 04/12/2013: La coltivazione di piante da cui sono estraibili sostanze stupefacenti è penalmente rilevante posto che l'attività in sé, in difetto delle prescritte autorizzazioni, è da ritenere potenzialmente diffusiva della droga.

Sez. 6, Sentenza n. 35654 del 28/04/2017: Ai fini della punibilità della coltivazione non autorizzata di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, l'offensività della condotta consiste nella sua idoneità a produrre la sostanza per il consumo, sicché non rileva la quantità di principio attivo ricavabile nell'immediatezza, ma la conformità della pianta al tipo botanico previsto e la sua attitudine, anche per le modalità di coltivazione, a giungere a maturazione e a produrre la sostanza stupefacente.

Sez. 4, Sentenza n. 50970 del 05/07/2017: nell'ipotesi di coltivazione non autorizzata di piante dalle quali sono estraibili sostanze stupefacenti, deve aversi riguardo sia al principio attivo ricavato nell'immediato, sia a quello ricavabile all'esito del ciclo biologico delle piante.

perché idonee a produrre l'agente psicotropo indipendentemente dal principio attivo estraibile.

Altra giurisprudenza³² invece ritiene che non sia sufficiente l'accertamento della conformità della pianta al tipo botanico vietato, dovendosi invece accertare l'offensività in concreto della condotta. Con riferimento alla coltivazione, questo tipo di verifica deve essere rivolta ad accertare la potenziale lesività delle piantine, ma avendo riferimento all'attualità, non alla futura ed eventuale capacità di mettere in pericolo il bene tutelato. In altri termini, la condotta di coltivazione, per essere punita, deve essere in grado in concreto di mettere in pericolo la salute pubblica e ciò può accadere se la pianta ha una effettiva e attuale capacità drogante.

Significativa in tal senso la motivazione della sentenza Sez. 6, n. 2618 del 21/10/2015 (che ha annullato con rinvio la pronuncia di merito, constatata la mancata verifica della quantità di principio attivo ricavabile da nove piantine di "cannabis indica" non giunte a maturazione), nella quale si afferma:

"In questo modo, la Corte d'appello ha omissis ogni valutazione in concreto sulla offensività della condotta oggetto di contestazione, operando un giudizio sulla futura esistenza di principi attivi e, dunque, sulla capacità drogante della sostanza estraibile dalle piantine, pervenendo ad un accertamento ipotetico che fonda il riconoscimento della responsabilità penale con riferimento ad una condotta di coltivazione di cui non risulta dimostrata la capacità di mettere in pericolo il bene tutelato."

Dunque non mancano contraddizioni riguardanti la individuazione della punibilità della coltivazione. Ma al di là di questi (potremmo dire fisiologici) contrasti di giurisprudenza, in questo momento la questione più importante riguarda l'attualità della rilevanza penale della stessa coltivazione della cannabis.

9. Intanto la coltivazione della canapa...

Occorre fare un passo indietro: si era già accennato al fatto che negli anni '90 la coltivazione della canapa industriale si era ripresa; e, si anticipa, tale ripresa si è ancora più rinvigorita negli ultimi dieci anni³³.

³² Sez. 6, Sentenza n. 2618 del 21/10/2015: annulla con rinvio la pronuncia di merito, constatata la mancata verifica della quantità di principio attivo ricavabile da nove piantine di "cannabis indica" non giunte a maturazione. Sez. 6, Sentenza n. 8058 del 17/02/2016: ai fini della configurabilità del reato di coltivazione di piante stupefacenti, non è sufficiente l'accertamento della loro conformità al tipo botanico vietato, dovendosi invece accertare l'offensività in concreto della condotta.

³³ Alla tradizionale possibilità di coltivare canapa da fibra (destinata oggi alla produzione di prodotti tessili, pannelli isolanti, calcestruzzi, carta, combustibile, prodotti cosmetici ecc.) si è affiancata quella di coltivare varietà da seme (per la fabbricazione di una vasta gamma di alimenti naturali a partire dall'olio e dalla farina di canapa); la canapa è poi particolarmente adatta alla reintrodotta pratica colturale del sovescio. Inoltre si è scoperto il settore della fitodepurazione (tramite l'azione di assorbimento dell'apparato radicale della pianta, vengono estratti dal terreno componenti organici o inquinanti come i metalli pesanti); coltivando canapa si attiva un processo di fitobonifica, miglioramento della fertilità dei suoli, azione di contrasto alla deforestazione e desertificazione e un'importante azione di cattura e sequestro di anidride carbonica.

Per questo l'Associazione dei coltivatori di canapa aveva ottenuto nel 1997 una circolare finalizzata alla tutela degli agricoltori rispetto alla effettuazione dei controlli che scaturiscono dall'attuazione del T.U. 309/1990. Per differenziarla dalla cannabis proibita (quella destinata alla produzione di marijuana che la legge n. 162/1990 denominava "*cannabis indica*"), si usa il termine "*Cannabis sativa L.*", tradotta anche con un arcaico e non più utilizzato "*canapa da taglio*"³⁴ (cioè destinato alla produzione di fibra); e si prescrive che l'attività di coltivazione sia soggetta a un obbligo di comunicazione all'autorità di pubblica sicurezza.

Ma, come si è descritto prima in relazione alla *cannabis indica*, neppure la *cannabis sativa* ha una chiara definizione botanica. È chiaro a tutti che la indicazione di "*Cannabis sativa L.*"³⁵ è insufficiente e generica. E ciò emerse quando la coltivazione di questa pianta entrò nel circuito dei finanziamenti europei, dopo che la "canapa" venne inserita nel Catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole. Parlando di denaro, l'Unione Europea richiese parametri precisi, e con un Regolamento del 1999 il pagamento del contributo europeo venne subordinato all'utilizzazione di varietà di canapa aventi tenore in THC non superiore allo 0,2%³⁶.

Venne perciò emessa nel 2002 una nuova circolare relativa alla "Canapa destinata alla produzione di fibre (*cannabis sativa* - NC 5302 10 00)", nella quale si prevedono norme di sostegno a favore dei coltivatori e si ribadisce il limite del THC non superiore allo 0,2%.

Ad oggi, le varietà di canapa iscritte nel Catalogo europeo, e quindi di cui la coltivazione è consentita, sono 62; molte sono italiane³⁷.

Contemporaneamente, il fortissimo incremento di prodotti derivanti dai semi di canapa ha posto il problema dei livelli massimi di residui di THC ammessi negli alimenti: limiti oggetto di una disciplina confusa che continua a creare non pochi problemi agli agricoltori e alle aziende.

³⁴ Ministero Delle Politiche Agricole E Forestali - Circolare 2 dicembre 1997, n. 73 - Disposizioni relative alla coltivazione della Cannabis sativa L. (Canapa da "taglio"). Nella circolare il Ministero definisce con gli organi nazionali di polizia un percorso operativo diretto alla tutela degli agricoltori ed alla effettuazione dei controlli che scaturiscono dall'attuazione del T.U. 309/1990; promuove il reperimento sul mercato internazionale delle sementi certificate necessarie per l'investimento iniziale, a fini sperimentali e dimostrativi, di un areale di circa 1.000 Ha; stabilisce che la coltivazione della canapa da taglio, sia per impieghi cartari che tessili, dovrà svolgersi nell'ambito di zone limitate - circoscritte e perfettamente identificate, dandone comunicazione all'autorità di pubblica sicurezza.

³⁵ Cioè il riferimento alla classificazione operata da Linneo nel 1773, che prevede la cannabis come specie unica (quindi in astratto comprensiva anche delle sottospecie *indica* e *ruderalis*): evidente la sovrapposizione teorica con le piante la cui coltivazione era vietata dal T.U. n. 309/1990.

³⁶ È quanto disposto dall'articolo 5 bis del regolamento (CE) n. 1251/99 del 17 maggio 1999: il pagamento per superficie è subordinato all'utilizzazione di varietà di canapa aventi tenore in THC non superiore allo 0,2%. Si lasci evidenziare il fatto che fino a quando si tratta di reati e di libertà della persona si tollerano incertezze e oscillazioni; quando si tratta di denaro, immediatamente si avverte la necessità di normare in modo preciso...

³⁷ A p. 233 del catalogo 2016 si trova ad esempio la Carmagnola, che è forse la canapa più diffusa in Europa e nasce appunto a Carmagnola, poco meno di trenta chilometri da Torino: da questo seme deriva la maggioranza delle varietà europee.

10. La riforma del 2014 che aggrava l'incertezza.

Le circolari del 1997 e del 2002 si erano rese necessarie per la formulazione della legge n. 162, che come si è detto sembrava vietare nel modo più drastico la coltivazione di ogni pianta che contenesse THC; tanto che numerosi furono i problemi affrontati dai coltivatori sottoposti a controlli e a iniziative della polizia.

Problemi che si perpetuarono con la legge n. 49 del 2006, dato che si è visto che la mera indicazione di "*cannabis indica*" come pianta proibita non era sufficiente a chiarire nulla in concreto.

La situazione si è fatta ancora più confusa nel 2014: a seguito della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale, il parlamento interviene con il decreto legge 20 marzo 2014 n. 36, che di fatto ripristina il sistema tabellare del 1990, con 4 tabelle e divisione fra droghe leggere e droghe pesanti, ma con alcune novità rispetto al decreto 12 luglio 1990.

Nella legge di conversione n. 79/2014 si modifica ancora l'art. 26 del T.U. n. 309/1990 inserendo dopo il divieto di coltivazione delle piante l'eccezione "della canapa coltivata esclusivamente per la produzione di fibre o per altri usi industriali, diversi da quelli di cui all'articolo 27, consentiti dalla normativa dell'Unione europea"³⁸.

Nella tabella I la legge inserisce di nuovo il "Delta-9-trans- tetraidrocannabinolo (THC)"; ma nella tabella II non cita il principio attivo Delta-9-THC, sopprime la parola "indica" dopo cannabis³⁹, toglie ogni percentuale di riferimento e toglie ogni denominazione chimica, lasciando solo il nome comune.

Per cui la nuova tabella II è questa:

- Tabella II: sostanze: Denominazione Comune:
- Cannabis ((...)) (foglie e infiorescenza)
- Cannabis (olio)
- Cannabis (resina)

Questa novella crea ancora maggiore incertezza, perché la *cannabis* è una pianta, non una sostanza, e la tabella la mette in fila con i principi attivi (mentre mette il THC nella tabella I!); perché senza una specificazione botanica sia pure imprecisa e incerta, senza riferimento chimico e senza percentuale, sembra vietare ogni coltivazione di cannabis con qualsiasi percentuale anche infinitesimale di THC.

La confusione fra cannabis, cannabis sativa, cannabis indica, marijuana etc sembra depistare in alcuni casi anche la giurisprudenza. In una sentenza⁴⁰ si parla di *cannabis sativa* all'8% di THC: mentre la *cannabis sativa* è la canapa "buona" prevista dalle circolari, che sviluppa percentuali di principio attivo poco rilevanti. E dopo la legge n. 79/2014, una sentenza sembra portare all'estremo la nuova indicazione legislativa che

³⁸ Modifiche introdotte dalla legge di conversione all'art. 1, comma 4, capoverso 1, del decreto legge.

³⁹ La qualificazione della *cannabis* come *indica* sarebbe scomparsa in sede di conversione del decreto: cfr. G. AMATO, *Sulla costruzione dell'elenco l'ombra del Tar*, in *Guida al diritto*, 2014, 15, 46

⁴⁰ Cass., Sez. 4, sent. n. 10618 del 18/01/2013: "le analisi tecniche effettuate hanno accertato la presenza di delta 9thc, principio attivo contenuto nelle foglie e nelle infiorescenze- della pianta "*cannabis sativa*", ricompresa nella tabella delle sostanze stupefacenti, con un titolo dell'8,48%...".

vieta la *cannabis* senza ulteriori specificazioni: nella motivazione si afferma che il principio attivo Delta9THC non è più espressamente indicato nella tabella II perché la sua indicazione è superflua per la semplice ragione che la cannabis stessa è una sostanza stupefacente “con riferimento a tutte le sue varianti (*Indica, Sativa L, etc*) e alle diverse forme di presentazione (*foglie e infiorescenza, olio e resina*)”; perciò “tutte le specie di cannabis, nessuna esclusa, sono assoggettate alla disciplina di settore”⁴¹.

Una simile interpretazione polverizza le distinzioni (sia pure imprecise e sfasate) operate dalle leggi del 1990 e del 2006 fra le varietà di cannabis; annulla il significato delle circolari prima citate; ignora la normativa europea che prevede e sostiene economicamente da moltissimi anni la produzione della Cannabis Sativa L., inserita nel Catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole (che oggi è alla 38^a edizione).

Insomma il quadro normativo e giurisprudenziale era tale da mettere a repentaglio la produzione di canapa industriale, insufficientemente tutelata da semplici circolari; per cui AssoCanapa chiede e ottiene finalmente nel 2016 una legge: la legge 2 dicembre 2016, n. 242⁴².

11. La legge 2 dicembre 2016, n. 262.

La legge afferma innanzitutto che le varietà ammesse iscritte nel *Catalogo europeo delle varietà delle specie di piante agricole* (quindi 62 varietà di quella che il Catalogo denomina “*Cannabis sativa L.*”), non rientrano nell’ambito di applicazione del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti⁴³.

⁴¹ Cfr. Cass., Sez. 6, sent. n. 46074 del 08/10/2015; per rispondere alla difesa che fa presente che la sua coltivazione era di cannabis sativa, permessa dalla legge, la sentenza afferma: “*La cannabis sativa L, in quanto contenente il principio attivo Delta-9-THC, presenta natura di sostanza stupefacente sia per la previgente normativa che per l’attuale disciplina, costituita dall’art. 14 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, come modificato dall’art. 1, comma terzo, D.L. 20 marzo 2014, n. 36, convertito dalla legge 16 maggio 2014, n. 79, in cui l’allegata Tabella II prevede solo l’indicazione della Cannabis, comprensiva di tutte le sue possibili varianti e forme di presentazione, e riferibile a tutti i preparati che la contengano, rendendo così superfluo l’inserimento del principio attivo Delta-9-THC*”.

⁴² Si legge nella relazione alla proposta di legge (reperibile sul sito della Camera): “In mancanza di una normativa del rango di legge specifica su tale coltura e in presenza soltanto di decreti e circolari ministeriali per dare attuazione alla normativa europea sui contributi a sostegno della coltivazione, coloro che coraggiosamente hanno cominciato a coltivare canapa da fibra si sono sempre trovati in balia del buon senso e dell’intelligenza degli appartenenti alle Forze dell’ordine e dei magistrati che intervenivano. Talvolta, a seguito di accertamenti eseguiti con procedure di prelievo e di esame difformi da quanto prescritto dalla normativa europea per la determinazione della percentuale di THC delle coltivazioni, i coltivatori hanno rischiato e in alcuni casi hanno subito procedimenti penali con onerose spese legali e con il sequestro o la distruzione o, comunque, la perdita del raccolto di coltivazioni risultate del tutto regolari agli accertamenti eseguiti secondo la normativa europea dall’organo deputato alla vigilanza da parte del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali (MIPAAF)”.

⁴³ Art. 1 co. 2. *La presente legge si applica alle coltivazioni di canapa delle varietà ammesse iscritte nel Catalogo comune delle varietà delle specie di piante agricole, ai sensi dell’articolo 17 della direttiva 2002/53/CE del Consiglio, del 13 giugno 2002, le quali non rientrano nell’ambito di applicazione del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti.*

Dunque, per la coltivazione di queste piante, rispetto all'art 73 T.U. n. 309/1990, il fatto non sussiste.

La legge stabilisce che la coltivazione delle varietà di canapa di cui sopra è consentita senza necessità di autorizzazione⁴⁴. Quindi la comunicazione alla più vicina stazione forze dell'ordine (Polizia di Stato, Carabinieri, Guardia di Finanza) tramite un modulo denuncia, non è più necessaria. Gli unici obblighi per il coltivatore sono quello di conservare i cartellini della semente e le fatture di acquisto⁴⁵.

La legge disegna con chiarezza il rapporto fra questa cannabis legale e il principio attivo THC che comunque essa contiene: per rientrare pienamente nella normativa di settore (e quindi anche avere il finanziamento europeo), la percentuale di THC non deve superare lo 0,2%. La percentuale di THC nelle piante analizzate potrà oscillare dallo 0,2% allo 0,6% senza comportare alcun problema per l'agricoltore (sarà evidentemente un problema del produttore che ha garantito una percentuale inferiore allo 0,2%). Nel caso in cui la percentuale di THC dovesse superare la soglia dello 0,6%, l'autorità giudiziaria può disporre il sequestro o la distruzione della coltivazione, ma anche in questo caso "è esclusa la responsabilità dell'agricoltore"⁴⁶.

La misurazione della percentuale di Thc deve avvenire secondo precise procedure previste da norme europee e nazionali⁴⁷.

La legge infine assegna al ministero della Salute sei mesi di tempo dall'entrata in vigore della legge per legiferare in materia di limiti massimi di THC negli alimenti, per portare chiarezza nel settore alimentare ad agricoltori, trasformatori e produttori.

12. La coltivazione della "cannabis light".

Questa normativa però va ulteriormente messa in connessione non solo con la tradizionale normativa degli stupefacenti, e con le consuete modalità di coltivazione illegale, ma con il nuovo fenomeno della c.d. "cannabis light".

⁴⁴ Art. 2 1. La coltivazione delle varietà di canapa di cui all'articolo 1, comma 2, è consentita senza necessità di autorizzazione.

⁴⁵ Art. 3. Obblighi del coltivatore. 1. Il coltivatore ha l'obbligo della conservazione dei cartellini della semente acquistata per un periodo non inferiore a dodici mesi. Ha altresì l'obbligo di conservare le fatture di acquisto della semente per il periodo previsto dalla normativa vigente.

⁴⁶ Art. 4 co. 5. Qualora all'esito del controllo il contenuto complessivo di THC della coltivazione risulti superiore allo 0,2 per cento ed entro il limite dello 0,6 per cento, nessuna responsabilità è posta a carico dell'agricoltore che ha rispettato le prescrizioni di cui alla presente legge.

7. art. 4 co. 6. Il sequestro o la distruzione delle coltivazioni di canapa impiantate nel rispetto delle disposizioni stabilite dalla presente legge possono essere disposti dall'autorità giudiziaria solo qualora, a seguito di un accertamento effettuato secondo il metodo di cui al comma 3, risulti che il contenuto di THC nella coltivazione è superiore allo 0,6 per cento. Nel caso di cui al presente comma è esclusa la responsabilità dell'agricoltore.

⁴⁷ Art. 4 co. 3. Nel caso di campionamento eseguito da parte del soggetto individuato dal soggetto di cui al comma 1, le modalità di prelevamento, conservazione e analisi dei campioni provenienti da colture in pieno campo, ai fini della determinazione quantitativa del contenuto di tetraidrocannabinolo (THC) delle varietà di canapa, sono quelle stabilite ai sensi della vigente normativa dell'Unione europea e nazionale.

Alcune delle varietà di cannabis consentite dall'Unione europea, che devono contenere una percentuale di THC inferiore allo 0.2%, contengono però una percentuale rilevante di CBD⁴⁸, che non è un principio psicoattivo ed è in grado di ridurre e regolare gli effetti del THC. Il CBD stesso si accompagna ad una lunga lista di proprietà mediche. La principale, fra queste, è la capacità di alleviare i sintomi di diversi disturbi, quali il dolore cronico, le infiammazioni, le emicranie, le artriti, gli spasmi, l'epilessia e la schizofrenia.

La *Cannabis light* (derivante dai semi consentiti dalla UE) dunque contiene poco THC e molto CBD. Coltivare la cannabis light è legale? O meglio, non è reato (perché potrebbe comportare una sanzione amministrativa, che nulla ha a che fare con quelle previste dal T.U. n. 309/1990)?

Molti lo sostengono, e al momento non pare siano emersi concreti elementi contrari a questa interpretazione⁴⁹.

13. Il commercio della “marijuana light” e l’esperienza svizzera.

Dalla cannabis light si produce la *marijuana light*. Il ragionamento sulla legalità della detenzione però è diverso da quello sulla coltivazione, in cui l'unico limite è quello del Thc che si misura su un campione di piante (e, sia detto per inciso, non è in relazione con i limiti di Thc degli alimenti). La marijuana - cioè quel prodotto merceologico che si ottiene dalle infiorescenze essiccate della canapa - è considerata una droga e come tale è illegale. Per chi detiene quella sostanza, la percentuale di THC è irrilevante... a meno che non sia rilevante per escludere la punibilità se manca l'effetto stupefacente (anche tenendo conto che in presenza di percentuali rilevanti di CBD, l'effetto stupefacente del THC si affievolisce).

La marijuana light contiene come si è detto un elevato tenore di CBD; ma questa sostanza non è in tabella, né risulta avere effetto stupefacente per cui non può rientrare neppure in via indiretta fra quelle previste dal T.U. n. 309/1990.

⁴⁸ Il CBD o cannabidiolo è il secondo cannabinoide attivo maggiormente presente nella Cannabis dopo il THC. Non è un principio psicoattivo – non ha quindi alcun effetto stupefacente – anzi si ritiene che riesca a contenere e calibrare gli effetti psicoattivi del THC. Ciò significa che le varietà con livelli elevati di THC e CBD provocheranno effetti cerebrali mantenendo la mente molto più lucida di quanto non avverrebbe con una qualità contenente meno CBD che, invece, indurrebbe ad effetti più nebulosi ed inebrianti. In medicina il CBD viene utilizzato per curare i disturbi legati al dolore cronico, emicranie, infiammazioni e artriti, spasmi ed epilessia, schizofrenia. Chi usa la marijuana a scopo terapeutico e i paesi del mondo che ne consentono la vendita lo fanno per la presenza di questo cannabinoide, che normalmente è presente con la percentuale dell'1% circa.

⁴⁹ Lo sostiene per esempio Carlo Alberto Zaina, che cura il settore Stupefacenti per il sito Altalex: “La cannabis leggera può essere coltivata in casa, senza conseguenze legali. Oggi tutti i cittadini possono coltivare canapa purché proveniente da semi inclusi nella lista approvata dall'Unione Europea, senza incorrere in nessun tipo di sanzione, e utilizzarne le infiorescenze per produrre in proprio la cannabis light risparmiando non poco denaro”.

Va dato conto a questo punto dell'esperienza svizzera. In quel paese nel 2016 un'azienda di prodotti vegetali biologici ha ottenuto il permesso per commercializzare cannabis con Thc legale e ha messo in commercio un prodotto denominato "CPure", infiorescenze di cannabis con contenuto legale di Thc (in Svizzera il limite è all'1%) e una concentrazione al 7,2% di Cbd. Le forze di polizia hanno lamentato l'impossibilità di distinguere la nuova "marijuana light" dalla consueta cannabis psicoattiva che continua ad essere illegale. Comunque in Svizzera la cannabis leggera è stata catalogata come prodotto sostitutivo del tabacco e viene venduta in pacchetti analoghi a quelli del trinciato e tassata come le sigarette. Il mercato è talmente in espansione che ora sono disponibili non solo le infiorescenze di cannabis, ma anche i cristalli di Cbd puro e addirittura l'hashish light, con il 19% di Cbd.

14. Cannabis e marijuana light in Italia.

In Italia due aziende si sono lanciate sul mercato per prime vendendo canapa con percentuali di Cbd del 4% o canapa sminuzzata (senza semi) con percentuali di Cbd intorno al 3%; ma già si preparano a mettere sul mercato nuovi prodotti.

Nell'ultimo anno c'è stato comunque un boom dei negozi di canapa, con aperture quasi in ogni città. Le cifre commerciali parlano di circa 30 tonnellate di fiore di canapa l'anno prodotte da 80 aziende agricole, poi rivendute in barattoli.

A prescindere dalla legalità del commercio e detenzione della marijuana light, tuttavia, è chiaro che il problema in materia di coltivazione si pone come ineludibile.

Nell'ipotesi tipica di pochi esemplari che le forze dell'ordine sequestrano denunciando il proprietario, si ha certezza della natura della pianta stessa? È una delle 62 varietà permesse dalla comunità europea? O è una delle centinaia di varietà nate nel mondo dagli incroci delle varietà principali?

La sua coltivazione è permessa dalla legge n. 242, e magari ne consegue una sanzione di pochi euro per aver smarrito il cartellino, o è vietata dal T.U. n. 309/1990 così come interpretato dalla Corte costituzionale e dalle Sezioni Unite?

Quella pianta, se lasciata maturare, svilupperà un THC dello 0,2 come prevede la legge del 2016, o del 20% come prefigurava la legge del 2006? Avrà al contrario un contenuto di CBD tanto elevato da poter essere usata come medicamento?

Quindi a quale scopo è stata coltivata? Se è coltivata per l'effetto rilassante, e quindi non ha effetto stupefacente, qual è il limite dell'offensività?

E poi c'è una ulteriore domanda: a chi spetta provare tutto questo?

La legge n. 242 prevede che le coltivazioni di canapa delle varietà ammesse iscritte nel Catalogo non rientrano nell'ambito di applicazione del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti. Spetta al pubblico ministero provare che quella piantina non rientra nel catalogo, o al coltivatore dimostrare che rientra? Se il coltivatore dimostra che pur non essendo nel catalogo europeo, è di una specie che sviluppa forte CBD e THC inferiore allo 0,2%, o fra lo 0,2 e lo 0,6%, a prescindere dalle autorizzazioni amministrative si potrà considerarla come "non offensiva" rispetto all'effetto stupefacente?



3/2018

Se il coltivatore mostra un cartellino di cui si dubita la corrispondenza al seminato, se si deve provare che la pianta deriva da quel tipo di seme è possibile farlo con una perizia? E se è possibile, quanto impegnerebbero autorità di polizia e autorità giudiziaria (e anche quanto costerebbero...) tutte le perizie che servirebbero per tutte le piantine di cannabis che vengono scoperte?

Intanto si trovano in commercio nei negozi sia la marijuana light prodotta in Italia (quindi tendenzialmente con THC inferiore allo 0,6%) sia la marijuana light importata dalla Svizzera e lì regolarmente acquistata. Se quella marijuana ha un principio attivo di THC inferiore all'1%, e quindi è stata legalmente venduta dalle aziende svizzere a quelle italiane, si dovrà tenere indenne anche il negoziante italiano? E il consumatore è perseguibile anche se acquista in un negozio?

In una fase in cui come al solito non c'è da attendersi grande e tempestivo aiuto dal legislatore, toccherà alla giurisprudenza rispondere.

**GARD C. REGNO UNITO: UN'ALTRA OCCASIONE PERSA
DELLA CORTE EDU IN MATERIA DI END-OF-LIFE DECISIONS**

Nota a [Corte EDU, sez. I, 27 giugno 2017, Gard e Altri c. Regno Unito](#)

di Ottavia Polipo

***Abstract.** This paper discusses the European Court of Human Rights' endorsement in substance of the English formula of the "best interest test" in its application by both the Great Ormond Street Hospital and the national courts to the case of the minor Charles Gard. In particular, the ECHR judges have declared compatible to articles 2 and 8 of the Convention the decisions of the English jurisdictional bodies to: (i) uphold the request to withdraw life-sustaining treatments made by the hospital, and (ii) reject the cross appeal, filed by the parents of the minor, requesting a Court Order for their son to undergo experimental therapies in the U.S.A.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'evoluzione giurisprudenziale inglese della formula del "best interest test" e il quadro normativo. – 3. Il caso "Charlie": i giudici inglesi autorizzano la sospensione dei trattamenti di sostegno vitale e negano il trasferimento nella clinica americana. – 4. Il ricorso dei genitori del minore alla Corte Europea dei diritti dell'Uomo e il rigetto dei giudici di Strasburgo in nome del "margine di apprezzamento". – 5. Riflessioni conclusive: il delicato equilibrio tra un'effettiva tutela dei diritti umani e la dovuta autonomia degli Stati firmatari per un corretto bilanciamento degli interessi in gioco.

1. Premessa.

Obiettivo del presente lavoro è quello di analizzare la sentenza *Gard c. Regno Unito* con la quale la Corte di Strasburgo ha dichiarato la conformità agli articoli 2, 5, 6 e 8 CEDU dell'istanza di sospensione dei trattamenti di sostegno vitale proposta dall'ospedale *Great Ormond Street Hospital* e delle decisioni delle corti inglesi in relazione al ricovero del minore Charles Gard, affetto da una grave malattia mitocondriale. In particolare, tali provvedimenti giurisdizionali hanno, in nome del "miglior interesse" del minore, da un lato, accolto la richiesta dei medici curanti, e, dall'altro, rigettato l'istanza incidentale inoltrata dai genitori relativa alla sottoposizione del paziente ad una nuova cura sperimentale negli Stati Uniti.

Al fine di meglio comprendere la recente decisione dei giudici europei, si ripercorrerà l'evoluzione giurisprudenziale della formula del "best interest test" per poi analizzarne l'applicazione concreta al caso di Charles Gard, giungendo, infine, a

esaminare la decisione della Corte EDU alla luce delle ultime interpretazioni della Convenzione in materia di “fine vita”.

2. L’evoluzione giurisprudenziale inglese della formula del “*best interest test*” e il quadro normativo.

L’applicazione della formula del “*best interest test*” nel Regno Unito risale agli anni ‘80/90 dello scorso secolo e nasce in relazione a fattispecie di eutanasia infantile¹. In linea generale, si tratta di un *legal standard* che permette di stabilire – *in primis* al medico curante e, in secondo luogo, agli organi giurisdizionali – se sia possibile autorizzare o sospendere un determinato trattamento medico: la terapia viene eseguita solo quando la si reputa conforme al “migliore interesse” del paziente².

La *ratio* a fondamento di tale formula si fonda sul duplice assunto che, da un lato, il minore, similmente all’incapace naturale, non è considerato in grado di provvedere a se stesso e, dall’altro, neanche i suoi rappresentanti legali – innanzitutto i genitori – perseguono sempre il suo benessere³. Per questa ragione, le corti inglesi avevano ravvisato la necessità di un *test* grazie al quale è riconosciuto a soggetti terzi, investiti di un ruolo di protezione, il potere di individuare “la scelta migliore” per il minore in materia sanitaria⁴.

In particolare, nella specifica ipotesi di contrasto tra l’opinione dei genitori e quella dei medici curanti, sono gli organi giurisdizionali a prendere la decisione finale applicando la formula del “*best interest test*” secondo quanto stabilito dal consolidato *case*

¹ M. BRAZIER, *Euthanasia and the law in British Medical Bulletin*, 1996, p. 317-325, I. KENNEDY – A. GRUBB, *Medical Law*, cit., p. 775-823.

² N. BHATIA – M. BAGARIC, *Best interests of neonates: time for a fundamental re-think*, in *Journal of Law and Medicine*, 2013, p. 852-865. Se la formula del “*best interest test*” trova applicazione e si sviluppa in relazione a fattispecie di eutanasia infantile, in un secondo momento tale test viene applicato anche in merito a casi che coinvolgono soggetti incapaci ma maggiorenni, come in *Re F*, giudizio relativo ad una donna adulta affetta da malattia mentale, o nel noto caso *Bland*, riguardante un individuo in stato vegetativo permanente. *Re F (Mental Patient: Sterilization)* (1990) 2 AC 1 e *Airedale NHS Trust v Bland* (1993) AC 789 in *westlaw.com*. R. TALLARITA, *L’eutanasia nel Regno Unito*, in S. SEMPLICI (a cura di), *Il diritto di morire bene*, 2002, p. 135 ss.

³ N. BHATIA, *Best interests of neonates*, cit., p. 852, 853.

⁴ *Ibidem*.

law inglese⁵ e dalla Sezione 8⁶ e 31⁷ del *Children Act* del 1989⁸. Addirittura, in tali situazioni, il personale sanitario ha l'obbligo di adire le corti così come affermato dalle linee guida emesse dal *General Medical Council* (GMC)⁹ e come sancito, in via definitiva, dal precedente *Glass*¹⁰.

In tali procedimenti, i c.d. *wards of court*, il giudice individua un tutore (*guardian*) affinché rappresenti gli interessi del minore in maniera terza e imparziale (si tratta di una facoltà stabilita dalla sezione 14(a)¹¹ del *Children Act* e poi confermata dalle *Family Procedure Rules* del 2010¹²).

⁵ Il riferimento è a: *Re A (Children) (Conjoined Twins: Surgical Separation)* (2001) Fam 147, *An NHS Trust v. MB (A Child represented by CAFCASS as Guardian ad Litem)* (2006) e *Wyatt v. Portsmouth NHS Trust* (2000) FLR, in *westlaw.com*.

⁶ Section 8(1) *Children Act* 1989:

- "a specific issue order" means an order giving directions for the purpose of determining a specific question which has arisen, or which may arise, in connection with any aspect of parental responsibility for a child.

⁷ Section 31 *Children Act* 1989:

(1) On the application of any local authority or authorised person, the court may make an order
(a) placing the child with respect to whom the application is made in the care of a designated local authority;
or

(b) putting him under the supervision of a designated local authority

(2) A court may only make a care order or supervision order if it is satisfied

(a) that the child concerned is suffering, or is likely to suffer, significant harm; and

(b) that the harm, or likelihood of harm, is attributable to

(i) the care given to the child, or likely to be given to him if the order were not made, not being what it would be reasonable to expect a parent to give to him; or

(ii) the child's being beyond parental control.

(3) No care order or supervision order may be made with respect to a child who has reached the age of seventeen (or sixteen, in the case of a child who is married) ...

⁸ K. LEASK, *The role of the courts in clinical making*, in *Ethics and Law*, 2005., p. 1256-1258.

⁹ Ai sensi del par. 24 delle linee guida "*Seeking patients' consent: the ethical considerations*" emesse dal GMC nel 1998 (e richiamate nel citato caso *Glass*), poi sostituito dai par. 22,27,32 delle linee guida "*0-18 years: guidance for all doctors*" entrate in vigore nel 2007.

¹⁰ Come nel caso in esame, anche il giudizio *Glass* giunse, nel 2003, all'attenzione della Corte EDU: i giudici di Strasburgo condannarono il Regno Unito per violazione dell'art. 8 CEDU, ravvisando un'ingiustificata interferenza nell'esercizio del diritto alla vita privata di Carol Glass, madre di David Glass, dato che il personale sanitario aveva autorizzato, in assenza di una situazione di emergenza, l'adozione di palliativi in contrasto con l'opinione del genitore e violando l'obbligo di adire le autorità giurisdizionali (Corte EDU, sent. 18 marzo 2003 e sent. 9 marzo 2004, *Glass c. Regno Unito* in *westlaw.com*). A.C. ELIAS-JONES - J. SAMANTA, *The implications of the David Glass case for future clinical practice in the UK*, in *Archives of Disease in Childhood*, 2005, p. 822-825.

¹¹ Section 14 (A) *Children Act* 1989.

A "special guardianship order" is an order appointing one or more individuals to be a child's "special guardian" (or special guardians).

¹² Chapter 3 *Family Procedure* 2010:

When a children's guardian or litigation friend will be appointed

Appointment of a children's guardian in specified proceedings or proceedings to which Part 14 applies

16.3. — (1) Unless it is satisfied that it is not necessary to do so to safeguard the interests of the child, the court must appoint a children's guardian for a child who is

(a) the subject of; and

(b) a party to, proceedings

(i) which are specified proceedings; or

La formula del “*best interest test*”, di cui fanno uso le corti inglesi in tali controversie, compendia *diversi criteri* delineati, valorizzati e modificati dalla giurisprudenza nazionale dagli inizi degli anni '80 fino ad oggi: sembra, dunque, opportuno, in questa sede, ripercorrere i *leading cases* che hanno maggiormente contribuito alla loro definizione¹³.

In origine, il fattore principale preso in considerazione dai giudici inglesi concerneva il *livello di “tollerabilità” della vita* che il minore avrebbe dovuto affrontare in seguito alla terapia¹⁴, come si evidenzia, ad esempio, nel caso di *Re B* del 1981¹⁵. In tale giudizio, la Corte di Appello autorizzò il trattamento medico, a fronte del rifiuto opposto dai genitori, sulla base della considerazione che la bambina, pur affetta dalla sindrome di Down, fosse in grado di vivere una vita “tollerabile” in seguito all'intervento chirurgico che l'avrebbe salvata da morte certa per una congestione intestinale¹⁶. Si trattava di un criterio che, benché conducesse nella maggior parte dei casi ad autorizzare le terapie, ugualmente implicava l'astratta possibilità che esistessero situazioni concrete in cui il “miglior interesse” del paziente consistesse altresì nella sospensione dei trattamenti medici.

Solo in un secondo momento, il “*test of intolerability*” è sostituito da *un vero e proprio bilanciamento*, in cui diversi fattori sono presi in considerazione al fine di pervenire al rifiuto o all'interruzione del trattamento medico anche quando vitale¹⁷. Uno dei primi giudizi in cui si utilizza tale ultima formulazione è quello di *Re C* del 1989: si trattava di una bambina affetta da idrocefalia congenita, a cui i medici avevano attribuito un'aspettativa di vita di poche settimane dopo la nascita¹⁸. L'autorità locale, in qualità di tutore di C, fece ricorso per chiarire *ex ante* se esistesse un obbligo di sottoporre la neonata a trattamenti medici nel caso in cui avesse contratto un'infezione grave o le modalità per nutrirla fossero divenute impraticabili¹⁹. Il *team* dei medici curanti affermò che i trattamenti sanitari dovevano essere diretti esclusivamente a diminuire la sofferenza della bambina, e non a prolungarne la vita. In applicazione del “*best interest test*”, la *Court of Appeal* decise nel senso che, nell'eventualità di un aggravamento delle condizioni di salute, la scelta di non iniziare una terapia medica si sarebbe configurata come legittima in quanto finalizzata ad alleviare il dolore della paziente, in conformità al suo “migliore interesse”²⁰. I giudici giungono a tale conclusione evidenziando *la futilità*

(ii) to which Part 14 applies.

¹³ P. LEWIS, *England and Wales*, in J. GRIFFITHS – H. WEYERS – M. ADAMS (a cura di), *Euthanasia and Law in Europe*, Oxford, 2008, p. 355.

¹⁴ P. LEWIS, *England and Wales*, cit., p. 355.

¹⁵ *Re B (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)* (1981) WLR 1421 CA, in *westlaw.com*.

¹⁶ I medici le attribuivano un'aspettativa di vita dai venti a trent'anni. Nell'argomentare la sua decisione, Lord Justice Dunn afferma: “We were told that no reliable prognosis can be made until probably she is about two years old. That in itself leads me to the route by which the court should make its decision, *because there is no evidence that this child's short life is likely to be an intolerable one*”. *Re B (A Minor) (Wardship: Medical Treatment)*, cit., p. 1424.

¹⁷ P. LEWIS, *England and Wales*, cit., p. 355.

¹⁸ *Re C (a Minor) (Wardship: Medical Treatment)* (1989) 3 WLR 240 CA, in *westlaw.com*.

¹⁹ N. BHATIA, *Best interests of neonates*, cit., p. 854.

²⁰ *Re C (a Minor)*, cit., p. 39C.

del trattamento medico nel caso specifico; infatti, data la breve aspettativa di vita prospettata per la minore, la Corte sottolinea come i benefici derivanti dalla terapia non condurrebbero alla guarigione, ma posticiperebbero solo di poco il decesso²¹.

Da qui, la tendenza a promuovere procedimenti in cui, sempre in via preventiva, si autorizzano i medici a sospendere in futuro i trattamenti nell'eventualità di un peggioramento delle condizioni di salute del paziente minorenne. Tale orientamento giurisprudenziale inizia a incrinare il principio, fino ad allora quasi "incontestabile", della *sanctity of life* e del conseguente diritto alla vita, il diritto umano per eccellenza; nasce così il problema di bilanciare il valore della "sacralità della vita" secondo un approccio "case by case"²².

Il "best interest test" si arricchisce di ulteriori criteri in un caso più complesso, in cui il paziente non presentava un'aspettativa di vita breve. Si tratta della *leading authority* in materia: *Re J* del 1991²³. Un bambino nato prematuramente che, a causa di ripetute convulsioni che gli impedivano di respirare, necessitava del sostegno della ventilazione artificiale; nel caso di specie, tuttavia, non era stata prevista una morte imminente²⁴. L'*équipe* medici che lo seguiva presentò istanza in via preventiva chiedendo se, in caso di collasso, esistesse un *duty of care* che li vincolasse alla rianimazione tramite ventilazione meccanica²⁵. Anche in questa ipotesi, la Corte di Appello stabilì che il personale sanitario, in caso di mancato intervento, non avrebbe violato nessun obbligo di assistenza²⁶. La sentenza argomenta espressamente che esiste una forte presunzione in favore del prolungamento della vita del minore, ma che questa non è assoluta bensì relativa, ossia superabile quando, nel caso oggetto di esame, vi siano elementi che inducano alla conclusione che l'interruzione, o la mancata attivazione dei trattamenti sanitari, sia nel "miglior interesse" del minore²⁷.

Nel caso di specie la Corte inglese, oltre a confermare i criteri già individuati dal *case law* precedente (ossia l'utilità dei trattamenti e la qualità della vita del paziente successivamente all'intervento medico²⁸), sottolinea l'importanza di bilanciare diversi e ulteriori fattori. In primo luogo, i giudici precisano che *l'uniformità di opinioni*, tra il *team* di medici e i genitori dell'infante, non è da reputarsi necessaria, ma è auspicabile; in particolare, ad avviso della Corte, il giudice deve esaminare il punto di vista dei genitori ed è obbligato a tenerlo in considerazione²⁹.

²¹ N. BHATIA, *Best interests of neonates*, cit., p. 854.

²² Così chiaramente riassunto da Lord Donaldson in *Re J*: "This brings me face to face with the problem of formulating the critical equation. In truth it cannot be done with mathematical or any precision. There is without doubt a very strong presumption in favour of a course of action which will prolong life but, even excepting the "cabbage" case" to which special considerations may well apply, it is not irrebuttable", *Re J (a Minor) (Wardship: Medical Treatment)* (1991) cit., p. 46E.

²³ *Re J (a Minor) (Wardship: Medical Treatment)* (1991) Fam 33 CA, in *westlaw.com*.

²⁴ N. BHATIA – M. BAGARIC, *Best interests of neonates*, cit., p. 854.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Re J (a Minor)*, cit., p. 47A.

²⁷ *Re J (a Minor)*, cit., p. 46F.

²⁸ *Re J (a Minor)*, cit., p. 46F.

²⁹ *Re J (a Minor)*, cit., p. 37G.

In secondo luogo, la Corte chiarisce che, ai fini della decisione finale, *rilevi anche il grado di sofferenza* a cui sarà soggetto il minore con il trattamento³⁰. Tale ultimo criterio viene ripreso e sviluppato anche in un diverso settore non inerente alle terapie di sostegno vitale, ma relativo alle terapie adiuvanti.

Il riferimento è a *Re King* del 2014, giudizio relativo al caso di un bambino di cinque anni affetto da neoplasia cerebrale³¹. Il *team* di medici, eseguita con successo l'operazione chirurgica di asportazione del tumore, aveva prescritto delle sessioni di radioterapia per evitare la recidiva³². In contrasto, i genitori manifestarono la volontà di sperimentare una terapia alternativa (la protonterapia) che comportava meno rischi per l'organismo, ma risultava disponibile solo in alcuni Stati tra i quali non figurava il Regno Unito³³. Per questo motivo, senza il consenso del personale sanitario³⁴, i genitori sospesero temporaneamente le cure a cui era sottoposto il minore (nello specifico, l'alimentazione per tubo nasogastrico) per raggiungere una clinica in Repubblica Ceca dove la terapia era praticata. Tuttavia, il tentativo di trasferimento non venne portato a termine, poiché le autorità locali inglesi si attivarono per richiedere un mandato di arresto europeo: i genitori furono arrestati in Spagna e si procedette ad un nuovo ricovero del minore in un ospedale di Malaga³⁵.

A seguito di tale evento, si aprì in Inghilterra, un procedimento civile in cui il *thema decidendum* verteva sul grado di sofferenza che il bambino avrebbe potuto patire se fosse stato effettivamente trasferito dalla Spagna in Repubblica Ceca³⁶. L'Alta Corte, fondandosi sugli articoli 2 e 8 della CEDU, stabilì che il trattamento alternativo proposto dai genitori del minore era ragionevole e che il paziente non avrebbe patito un eccessivo grado di sofferenza³⁷. In particolare, il giudice sottolinea che, nel caso di specie, la richiesta dei genitori è meritevole di accoglimento poiché la divergenza di opinioni tra genitori e personale sanitario non riguarda un trattamento sanitario di sostegno vitale, bensì una terapia di "mantenimento" successiva ritenuta comunque idonea a garantire al minore uno *standard* di vita adeguato³⁸.

Da tale precedente, si ricava il cosiddetto "*degree of suffering*" o "*significant harm test*", ossia il principio secondo cui il trattamento sanitario è negato se la sua esecuzione può portare al minore un nocimento non proporzionato ai possibili benefici³⁹.

³⁰ Lord Donaldson sostiene che esistano casi "in which the answer must be that it is not in the interests of the child to subject it to treatment which will cause increased suffering and produce no commensurate benefit, giving the fullest possible weight to the child's, and mankind's, desire to survive". *Re J (a Minor)*, cit., p. 47A.

³¹ *Re King, (a Minor)*, EWHC, 2014, 2964 (fam.), in *westlaw.com*.

³² *Re King, (a Minor)*, cit., par. 5.

³³ *Re King, (a Minor)*, cit., par. 9.

³⁴ Secondo la versione dei genitori di Ashya King, il trasferimento del figlio era avvenuto con il consenso del personale sanitario. *Re King, (a Minor)*, cit., par. 12.

³⁵ *Re King, (a Minor)*, cit., par. 13.

³⁶ *Re King, (a Minor)*, cit., par. 14.

³⁷ *Re King, (a Minor)*, cit., par. 34.

³⁸ *Re King, (a Minor)*, cit., par. 31-34.

³⁹ T. GRAEME LAURIE - SHAWN HARMON - GERARD, *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*, Oxford, 2016 p. 101.

È evidente che il criterio del “grado di sofferenza” non va a sostituire la formula di bilanciamento del “*best interest test*”, ma si aggiunge quale ulteriore elemento da prendere in considerazione ed è in stretto rapporto di proporzionalità rispetto ai criteri relativi all’utilità del trattamento e alla qualità della vita successiva al trattamento. In tal senso, nello stesso giudizio *Re King* si evince che, ai fini del bilanciamento, il giudice prende in considerazione anche gli ulteriori criteri delineati dalla giurisprudenza inglese, adattandoli alla specificità del caso concreto e dando particolare rilievo all’elemento dell’eventuale sofferenza in capo al minore a motivo della peculiarità delle terapie alternative di mantenimento⁴⁰.

A conclusione della sintetica disamina dei citati *leading cases*, si possono elencare i criteri oggetto della formula del “*best interest test*” come segue⁴¹:

1. *the futility/utility of the treatment*: la valutazione da un punto di vista medico dei benefici che si possono trarre dal trattamento sanitario, con particolare attenzione nei casi in cui si tratti di una malattia terminale con conseguente aspettativa di vita molto bassa;
2. *the quality of life*: il livello di tollerabilità di vita successiva al trattamento, secondo l’opinione del personale medico;
3. *a significant harm*: il grado presumibile di sofferenza che il paziente patirebbe nel subire il trattamento, legato in un rapporto di proporzionalità al criterio dell’utilità della terapia e della qualità della vita successiva (sempre secondo una valutazione tecnica del *team* di medici);
4. *the parental views*: l’opinione non vincolante dei genitori, che si auspica sia conforme a quella dei medici curanti e che, in ogni caso, deve essere presa in considerazione dal giudice.

In proposito, vale l’efficace riassunto dettato per un altro precedente in materia:

“The matter must be decided by the application of an objective approach or test. That test is the best interests of the patient. *Best interests are used in the widest sense and include every kind of consideration capable of impacting on the decision. These include, non-exhaustively, medical, emotional, sensory (pleasure, pain and suffering) and instinctive (the human instinct to survive) considerations.* It is impossible to weigh such considerations mathematically, but the court must do the best it can to balance all the conflicting considerations in a particular case and see where the final balance of the best interests lies.

Considerable weight (Lord Donaldson of Lynton MR referred to ‘a very strong presumption’) *must be attached to the prolongation of life because the individual human instinct and desire to survive is strong and must be presumed to be strong in the patient. But it is*

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ A. SLOWTHER, *Death with dignity: the debate in England*, in *Clinical ethics*, 2009, p. 1.

not absolute, nor necessarily decisive; and may be outweighed if the pleasures and the quality of life are sufficiently small and the pain and suffering or other burdens of living are sufficiently great⁴²”.

In altri termini, ad avviso delle corti inglesi, la formula del “*best interest test*” si fonda su una *forte presunzione giuridica al prolungamento della vita*, ma questa non è assoluta, bensì relativa, in quanto può essere *superata in considerazione delle specificità della situazione in esame*⁴³. Inoltre, i *diversi criteri* devono essere *bilanciati in relazione al singolo soggetto* e non in riferimento a un bambino “medio”, di età e condizioni analoghe: si tratta, dunque, di una formula che tende ad essere oggettiva, ma che tiene conto delle specificità del caso concreto⁴⁴.

Vale la pena di sottolineare da subito, ai fini dell’esame della sentenza oggetto della presente trattazione, che il “*consenso dei genitori*” costituisce un *requisito non originario*, ma subentrato in un secondo momento nell’attività interpretativa di bilanciamento dei giudici, in quanto, in precedenza, rilevava esclusivamente l’opinione dei medici secondo un’assoluta visione paternalista del rapporto medico-paziente⁴⁵.

3. Il caso “*Charlie*”⁴⁶: i giudici inglesi autorizzano la sospensione dei trattamenti di sostegno vitale e negano il trasferimento nella clinica americana.

Charles Gard soffriva di una rara forma di malattia mitocondriale nota come sindrome da deplezione del DNA mitocondriale, causata da una mutazione del gene RRM2B che provoca disfunzionamento di diverse parti del corpo (inabilità a muovere occhi, braccia, gambe, sordità), con presenza di attacchi epilettici e persistenti encefalopatie⁴⁷. Il minore, fin dalla nascita, necessitava della ventilazione e del sostentamento artificiale⁴⁸.

⁴² An NHS Trust v. Mb (*A Child represented by CAFCASS as Guardian and Litem*), cit., par. 16.

⁴³ Re J (*a Minor*) cit., par. 46E.

⁴⁴ A. SLOWTHER, *Death with dignity*, cit., p. 2. La teoria del “miglior interesse” non fu utilizzata unicamente per ottenere autorizzazioni preventive dalle corti al fine di evitare eventuali responsabilità penali o civili dovute all’interruzione, il rifiuto o l’instaurazione dei trattamenti sanitari. Essa, infatti, è stata invocata anche in procedimenti penali in corso per sostenere l’esclusione di responsabilità dei medici curanti che, nel “*best interest*” del minore, avevano ritirato o addirittura non avviato la terapia medica vitale. Il precedente più noto è R v. Arthur del 1981 che riguardava il caso del dottor Leonard Arthur, accusato dell’omicidio di John Pearson, un neonato con sindrome di Down. Il medico, in conformità con la volontà dei genitori, aveva assistito il paziente unicamente attraverso la “*nursing care*” e prescrivendo una dose di sedativo da somministrare a intervalli regolari. R v. Arthur, (1981), 12 BMLR 1 in *weslaw.com*.

⁴⁵ In dottrina: P. LEWIS, *England and Wales*, cit., p. 355, A. SLOWTHER, *Death with dignity*, cit., p. 1.

⁴⁶ Denominazione usata dai media inglesi e stranieri.

⁴⁷ R.A. MIRANTE, *La Corte europea dei diritti dell’uomo: interruzione del trattamento di sostegno e miglior interesse del paziente incapace di esprimere il consenso. Il caso Charlie*, in *Giurisprudenza penale*, anno 2017, p. 1-9. A. MARTANI, *Il caso di Charlie Gard-sospensione artificiale di un neonato*, in *Biodiritto.com*, p. 1 ss.

⁴⁸ R.A. MIRANTE, *La Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit, p. 1. Si usa il tempo passato perché Charles Gard è morto il 28 luglio 2017.

Il personale medico informò i genitori dell'esistenza di una terapia sperimentale da attuare nello stesso ospedale, ma li avvisarono altresì che non vi era alcuna evidenza scientifica che ne dimostrasse i benefici sui pazienti affetti da quella malformazione⁴⁹. Le condizioni del minore peggiorarono prima dell'inizio del trattamento e i medici curanti, valutate le sopraggiunte circostanze, escludono che la terapia potesse portare a qualche beneficio e, anzi, comunicarono ai genitori che questa avrebbe prolungato le sofferenze del figlio⁵⁰.

Di conseguenza, il *Great Ormond Street Hospital* (GOSH) – l'ospedale presso il quale era ricoverato il minore – si rivolse all'Alta Corte di Londra al fine di ottenere *una dichiarazione in via preventiva che autorizzasse la sospensione del c.d. polmone d'acciaio, strumentazione necessaria per la funzione respiratoria, e la somministrazione delle sole cure palliative in nome del "best interest" del paziente*⁵¹. A tale istanza si opposero i genitori, i quali chiesero, in via incidentale, l'autorizzazione a trasferire il figlio in un ospedale degli Stati Uniti che si era reso disponibile a eseguire il trattamento sperimentale proposto, in un primo momento, dallo stesso ospedale GOSH⁵².

Secondo la tipica procedura dei *ward of court*, il giudice nominò un tutore affinché potesse rappresentare l'esclusivo interesse di Charles⁵³. Questi, in conformità con quanto affermato dall'ospedale, esclude che fosse nel "miglior interesse" del bambino affrontare il viaggio pianificato dai genitori, nella prospettiva certa di acuire in tal modo la sua sofferenza senza una reale e concreta possibilità di miglioramento⁵⁴.

Nel corso dell'istruttoria, l'Alta Corte ebbe modo di consultare diversi esperti, tra i quali, il *team* dei medici curanti e quello della clinica americana che si era reso disponibile a sottoporre Charles alla terapia sperimentale: tutti concordavano sulle scarse possibilità di successo del trattamento e sulla presumibile (anche se non certa) ulteriore sofferenza che il bambino avrebbe patito a causa del viaggio e dell'esecuzione del trattamento⁵⁵; nello stesso senso erano anche le opinioni riguardanti il probabile dolore provocato al minore dalla somministrazione delle terapie di sostegno vitale⁵⁶.

In data 11 aprile 2017, l'Alta Corte accolse l'istanza dell'ospedale sulla base della formula del "miglior interesse", in esito al bilanciamento dei diversi criteri elaborati dal *case law* inglese⁵⁷.

È opportuno sottolineare l'attenta considerazione che la Corte ha riservato al punto di vista dei genitori, ampiamente analizzato nel corso del giudizio, probabilmente anche per rispondere alla profonda commozione suscitata nell'opinione pubblica dai

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ R.A. MIRANTE, *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 2.

⁵¹ R (on the application of Gard) v *Great Ormond Street Hospital* (2017) EWHC in *westlaw.com*.

⁵² R (on the application of Gard) v *Great Ormond Street Hospital* (2017) EWHC, cit., par. 107-112.

⁵³ R (on the application of Gard) v *Great Ormond Street Hospital* (2017) EWHC, cit., par. 116.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ R (on the application of Gard) v *Great Ormond Street Hospital* (2017) EWHC, cit., par. 70-106, 113-115. Furono sentiti anche medici specialisti non appartenenti al personale sanitario della struttura ricorrente.

⁵⁶ R (on the application of Gard) v *Great Ormond Street Hospital* (2017) EWHC, cit., par. 70-106, 113-115.

⁵⁷ R.A. MIRANTE, *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p.3.

*mass media*⁵⁸. Tuttavia, i giudici hanno verificato la possibilità che si potesse arrecare altra sofferenza al minore con il trasferimento, pervenendo alla conclusione che, anche se non vi era certezza medica in proposito, tale circostanza era reputata altamente probabile⁵⁹. Infine, la Corte evidenzia che il trattamento suggerito dai genitori di Charles, così come la ventilazione meccanica e il sostentamento artificiale, erano del tutto inutili ai fini dell'effettiva guarigione del minore e, anche laddove la terapia sperimentale avesse avuto esito positivo, la qualità della vita di Charles sarebbe comunque rimasta sostanzialmente invariata⁶⁰.

I genitori appellarono la decisione, sulla base della violazione del principio dello *stare decisis* e degli articoli 2, 5 e 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo⁶¹.

In relazione al precedente, il riferimento era al citato caso *Re King*: i genitori asserivano che ne derivava il principio vincolante secondo cui il trattamento sperimentale dovesse essere negato solo nell'ipotesi di grave nocumento al minore, che non si sarebbe verificato nel caso di specie o che, comunque, non risultava provato con certezza⁶².

Per quanto concerne, invece, il mancato rispetto degli articoli 2, 5 e 8 della CEDU, la difesa affermava che il ricorso alla Corte da parte dell'ospedale costituiva un'ingiustificata interferenza nell'esercizio dei diritti alla vita e alla riservatezza di Charles e degli stessi genitori; i ricorrenti sostenevano che, anche sotto questo aspetto, vale la regola sancita in *Re King* secondo cui risulta necessario adire gli organi giurisdizionali solo quando la terapia suggerita possa cagionare un rilevante grado di sofferenza al minore⁶³.

La Corte d'Appello, una volta chiarita la portata del citato precedente e l'applicazione della formula del "*best interest test*", si uniformò alla decisione del giudice di prime cure, precisando che la ricostruzione degli appellanti si fondava su tre errori⁶⁴.

Quanto al primo errore, i giudici escludono che il precedente *Re King* possa essere applicato al caso in esame, poiché riguarda una fattispecie ben diversa; invero, in tale procedimento non si discuteva circa l'applicabilità o meno di una terapia sperimentale e dell'eventuale sospensione dei trattamenti di sostegno vitale, bensì circa l'alternativa tra due terapie adiuvanti⁶⁵. In particolare, l'oggetto del richiamato giudizio riguardava la scelta tra due differenti trattamenti di mantenimento, sulla base del presupposto che

⁵⁸ R (on the application of Gard) v *Great Ormond Street Hospital* (2017) EWHC, cit., par. 107-112.

⁵⁹ R (on the application of Gard) v *Great Ormond Street Hospital* (2017) EWHC, cit., par. 113-115.

⁶⁰ R (on the application of Gard) v *Great Ormond Street Hospital* (2017) EWHC, cit., par. 124, 126.

⁶¹ R (on the application of Gard) v *Great Ormond Street Hospital* (2017) EWCA, in *westlaw.com*. La rilevanza diretta della CEDU nell'ordinamento inglese trova fondamento nello *Human Rights Act* del 1998 il quale stabilisce che la Convenzione è trasposta in legge nell'ordinamento del Regno Unito come un vero e proprio *bill of rights*, andando a costituire una parte fondante della costituzione intesa in senso sostanziale, dato che, come noto, il Regno Unito è privo di una costituzione intesa in senso formale. G. SMORTO, *Note comparatistiche sull'eutanasia*, in *Diritto&questioni pubbliche*, 2007, p. 143 ss

⁶² R (on the application of Gard) v *Great Ormond Street Hospital* (2017) EWCA cit., par. 36.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ R (on the application of Gard) v *Great Ormond Street Hospital* (2017) EWCA cit., par. 119.

⁶⁵ R (on the application of Gard) v *Great Ormond Street Hospital* (2017) EWCA cit., par. 96,111.

il minore avesse già superato con successo il punto critico della patologia da cui era affetto⁶⁶. Di conseguenza, ad avviso dei giudici, il caso di Charles era difficilmente comparabile in quanto fondato su presupposti spiccatamente diversi.

In relazione al secondo errore interpretativo, la Corte precisa che il criterio del “*significant harm*” non costituisce un canone esclusivo di individuazione del “miglior interesse”, dato che tale formula si fonda su diversi elementi elaborati dal *case law* inglese, come la qualità di vita dopo il trattamento, il punto di vista dei genitori e, soprattutto, la futilità della terapia⁶⁷. Sulla base di quest’ultimo elemento dirimente i giudici della Corte, alla luce delle rilevanze istruttorie di primo grado, sostengono l’inutilità del trattamento sperimentale e accolgono, conseguentemente, l’istanza dell’ospedale GOSH⁶⁸.

Infine, la Corte d’Appello rileva che, anche qualora si dovesse scegliere esclusivamente in base all’approccio del c.d. “*significant harm*”, si dovrebbe affermare che il trattamento di sostegno vitale per Charles è causa di inutili pene senza alcuna prospettiva concreta di miglioramento, così come lo sarebbe il trasferimento negli Stati Uniti⁶⁹.

Relativamente alla presunta violazione degli articoli 2, 5 e 8 CEDU, i giudici precisano che l’ospedale ha correttamente adito la Corte nel rispetto del *Children Act* e della giurisprudenza inglese e, pertanto, risulta erranea l’interpretazione del precedente *Re King* nel senso delineato dalla difesa⁷⁰. Con analoga motivazione, la Suprema Corte ha confermato la sentenza di secondo grado precisando che, quando è in gioco il “migliore interesse” del minore, gli interessi dei genitori devono essere subordinati⁷¹.

4. Il ricorso dei genitori del minore alla Corte Europea dei diritti dell’Uomo e il rigetto dei giudici di Strasburgo in nome del “margine di apprezzamento”.

I genitori di Charles, una volta esperiti i rimedi giudiziari interni, fecero ricorso alla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, lamentando a proprio nome la violazione degli artt. 2, 5, 6 e 8 della Convenzione e, in nome e per conto del minore, degli artt. 2 e 5 CEDU⁷².

In particolare, relativamente al *diritto alla vita*, i ricorrenti sostenevano che fosse stato leso sotto un duplice aspetto: da un lato, perché l’ospedale non forniva l’accesso alla terapia sperimentale, dall’altro, perché il personale sanitario aveva sollevato la

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ R (on the application of Gard) v *Great Ormond Street Hospital* (2017) EWCA cit., par. 97,104.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ R (on the application of Gard) v *Great Ormond Street Hospital* (2017) EWCA cit., par. 114.

⁷⁰ R (on the application of Gard) v *Great Ormond Street Hospital* (2017) EWCA cit., par. 105 ss.

⁷¹ R (on the application of Gard) v *Great Ormond Street Hospital* (2017) UKSC in *westlaw.com*. R.A. MIRANTE, *La Corte europea dei diritti dell’uomo*, cit., p. 3.

⁷² Corte EDU, sent. 3 luglio 2017, *Gard c Regno Unito*, in *echr.coe.int*.

richiesta di sospendere le terapie di sostegno vitale davanti a un organo giurisdizionale⁷³.

Per quanto riguarda la *libertà personale* di Charles, i genitori del minore affermavano che questa era stata lesa dal rifiuto opposto dall'ospedale in merito alla dimissione del minore⁷⁴.

In relazione al *diritto dei ricorrenti ad una tutela giurisdizionale effettiva*, essi lamentavano che la Corte d'Appello inglese avesse sostenuto che il trasferimento negli Stati Uniti avrebbe causato un danno significativo per il paziente, senza tuttavia escutere alcun testimone in merito⁷⁵.

Infine, per quanto riguarda l'art. 8, i genitori sostenevano che il ricorso dell'ospedale GOSH all'autorità giurisdizionale costituiva un'ingiustificata interferenza con il loro diritto alla vita privata, dato che rappresentava un intervento non necessario e, in particolare, non proporzionato alle circostanze del caso concreto⁷⁶.

In via preliminare, i giudici esaminano il *problema della legittimazione attiva* dei genitori in relazione alla presunta lesione dei diritti del figlio ai sensi degli artt. 2 e 5 CEDU; pur non dichiarando tali questioni inammissibili *ratione personae*, la Corte non le affronta nel merito e si limita a fare alcune precisazioni⁷⁷.

Invero, richiamando il recente caso *Lambert*⁷⁸, i giudici sottolineano che, di regola, le questioni relative ai diritti altrui non possono essere esaminate, in forza dell'art. 34 CEDU, se non in presenza in via cumulativa di due condizioni, non sussistenti nel caso di specie⁷⁹. La prima riguarda l'accertamento del rischio di un vuoto di tutela effettiva, in caso di mancato accoglimento della questione da parte della Corte EDU⁸⁰. La seconda condizione richiede, invece, l'assenza di un conflitto di interessi tra il titolare del diritto in questione e colui che lo fa valere in giudizio⁸¹.

Nel caso in esame, in relazione al primo criterio, i giudici di Strasburgo sottolineano che, sin dal primo grado di giudizio, era stato *individuato un tutore ad hoc* da parte degli organi giurisdizionali, con lo specifico fine di *garantire la tutela degli interessi propri di Charles Gard*⁸². In merito, invece, al secondo criterio, la Corte rileva che *esiste un evidente conflitto di interessi* poiché i ricorrenti, nei diversi giudizi, avevano sostenuto la necessità di trasferire il minore nella clinica americana, mentre le corti inglesi avevano concluso che tale decisione non risultava nel "miglior interesse" del paziente; pertanto, ad avviso dei giudici, i genitori non sono soggetti idonei a rappresentare i diritti in capo al minore⁸³. In ogni caso, la Corte ammette che, rispetto al caso *Lambert*, quella in esame

⁷³ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 76.

⁷⁴ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 99-103.

⁷⁵ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 56.

⁷⁶ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 56.

⁷⁷ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 68-70.

⁷⁸ Corte EDU, sent. 5 giugno 2015, *Lambert c. Francia*, in *echr.coe.int*.

⁷⁹ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 62.

⁸⁰ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit. par. 64.

⁸¹ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit. par. 64-66.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 67.

rappresenta una situazione più complessa perché il paziente non ha mai avuto una vita adulta e, pertanto, non ha mai espresso le sue volontà⁸⁴. Di conseguenza, i giudici di Strasburgo stabiliscono di accordare un maggior peso alle dichiarazioni dei genitori nel giudizio⁸⁵.

Per quanto concerne le questioni relative alle presunte violazioni dei diritti dei ricorrenti (libertà personale, diritto alla vita, ad una tutela giurisdizionale effettiva e alla vita privata), queste sono risultate ammissibili, ma infondate⁸⁶.

Lo sviluppo argomentativo della Corte EDU si basa sulla nuova interpretazione olistica della Convenzione che, dunque, deve essere letta *“comme un tout”*.⁸⁷ Tale criterio ermeneutico, delineato in materia di *“fine vita”* per la prima volta nel caso *Haas*⁸⁸ e confermato nel recente giudizio *Lambert*⁸⁹, permette di dare una lettura congiunta agli artt. 8 e 2 CEDU, evitando così di far prevalere un diritto sull'altro. In altri termini: l'interpretazione sistematica di tali disposizioni consente di scegliere *“una terza via”*, secondo la quale il diritto alla vita e quello alla vita privata non sono diritti antitetici, ma complementari⁹⁰.

*Siffatto combinato disposto vale non solo quando si tratti di soggetti giuridicamente capaci che intendano esercitare il loro diritto di autodeterminazione terapeutica in relazione a determinate “decisioni di fine vita”⁹¹, quali l'eutanasia attiva, l'eutanasia passiva volontaria o il suicidio assistito (come si verifica nel leading case *Haas*⁹²), ma anche quando, come nel caso di Charles Gard, si è in presenza di individui incapaci (o perché minori, o perché in uno stato psico-fisico che li ha resi tali) e si tratti di altre tipologie di “End-of-Life Decisions”, quali l'eutanasia passiva involontaria o l'accanimento terapeutico (come nel più volte citato giudizio *Lambert*⁹³). Di conseguenza, i giudici leggono congiuntamente gli artt. 8 e 2 CEDU sia che si inizi dall'analisi della prima*

⁸⁴ R.A. MIRANTE, *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 4.

⁸⁵ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 70. Medesima problematica si era posta in precedenti giudizi in materia di *“decisioni di fine vita”* quali *Sanles Sanles*, *Ada Rossi*, *Koch* e *Lambert*.

⁸⁶ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 98, 103, 125.

⁸⁷ Corte EDU, *Haas c. Svizzera*, cit., par. 54 (il testo viene riportato in francese in quanto è la lingua della versione ufficiale).

⁸⁸ Corte EDU, sent. 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*, cit., par. 54.

⁸⁹ Corte EDU, *Lambert c. Francia*, cit., par. 142.

⁹⁰ I. COLUSSI, *Quando a Strasburgo si discute di fine vita*, cit., p. 447.

⁹¹ Con *“decisioni di fine vita”* (o *“End-of-Life Decisions”*) si intendono *“quelle condotte, attive o passive, compiute nei confronti del paziente dal medico curante o da altri soggetti (solitamente i familiari), che determinano l'abbreviarsi della sua vita e che sono poste in essere causa pietatis oppure per ragioni riguardanti una personale concezione di dignità in relazione allo stato in cui versa tale individuo”*. G. SMORTO, *Note comparatistiche sull'eutanasia*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2007, p. 143-178, J. GRIFFITHS – H. WEYERS – M. ADAMS (a cura di), *Euthanasia and Law in Europe*, Oxford, 2008, p. 1-3.

⁹² Corte EDU, sent. 20 gennaio 2011, *Haas c. Svizzera*, in *echr.coe.int.*, in cui si precisa che tale lettura congiunta, in materia di suicidio assistito, impone all'ordinamento che legalizza, a particolari condizioni, tale fattispecie in nome del diritto alla vita privata ex articolo 8, di stabilire un procedimento idoneo ad assicurare che la decisione finale del soggetto corrisponda ad una scelta libera e consapevole, di modo da rispettare l'articolo 2 che impone di tutelare degli interessi pubblici quali la sanità pubblica, la sicurezza, la prevenzione del crimine ed anche la protezione dei soggetti più deboli.

⁹³ Corte EDU, sent. 5 giugno 2015, *Lambert c. Francia*, in *echr.coe.int.*

disposizione, sia che si parta dall'esame della seconda, dal momento che, come osservato dalla stessa Corte EDU, "l'inverso è ugualmente vero"⁹⁴.

Per quanto riguarda l'asserito danno al *diritto alla vita*, la Corte di Strasburgo dichiara infondata la questione, distinguendo le due diverse presunte condotte lesive dell'ospedale⁹⁵.

In relazione al *mancato accesso alle misure sperimentali*, i giudici citano il precedente *Hristozov*⁹⁶, dal quale si deduce che l'art. 2 CEDU non possa essere interpretato nel senso di imporre agli Stati di garantire un accesso indiscriminato a qualunque tipo di terapia, comprese quelle non ancora riconosciute dalla comunità scientifica internazionale⁹⁷.

Circa la richiesta di sospensione dei trattamenti di sostegno vitale da parte del personale medico, la Corte, di nuovo rifacendosi al citato *leading case* di *Lambert* in materia di accanimento terapeutico⁹⁸, rileva che la normativa inglese è conforme gli obblighi nascenti dall'art. 2 CEDU⁹⁹.

Secondo i giudici, da tale disposizione¹⁰⁰ sorgono due obblighi positivi in capo agli Stati membri: l'obbligazione di prevedere delle norme che rendano penalmente rilevanti quelle condotte che mettano in pericolo la vita degli individui; e l'obbligo di predisporre delle leggi che impongano agli ospedali, sia privati che pubblici, delle misure idonee ad assicurare la protezione dei malati¹⁰¹.

In particolare, in via preliminare, la Corte chiarisce che quest'ultimo obbligo è rispettato se sussistono in via cumulativa le seguenti condizioni, individuate in virtù della citata lettura congiunta degli artt. 8 e 2 CEDU nell'ambito di rilevanti precedenti giudiziari¹⁰²:

1. quando esista un quadro normativo chiaro e preciso che preveda una forte presunzione a favore del prolungamento della vita suscettibile di venire meno solo in casi eccezionali¹⁰³;
2. quando sia previsto nella normativa nazionale l'obbligo per il medico di tenere conto, al fine di individuare il "miglior interesse" di un soggetto

⁹⁴ Corte EDU, *Lambert c. Francia*, cit., par. 142. I. COLUSSI, *Quando a Strasburgo si discute di fine vita*, cit., p. 447. Per l'individuazione del diritto all'autodeterminazione terapeutica quale risultato della lettura congiunta degli artt. 8 e 2 CEDU vedi: Corte EDU, *Haas c. Svizzera*, cit., par. 5.

⁹⁵ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 85 ss.

⁹⁶ Corte EDU, 13 novembre 2012, *Hristozov e Altri c. Bulgaria*, in *echr.coe.int*.

⁹⁷ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 77,78.

⁹⁸ Il quale a sua volta rinvia ai casi *Widmer*, *Glass* e *Burke*.

⁹⁹ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 89.

¹⁰⁰ Oltre a tali obblighi positivi, scaturisce dall'art. 2 CEDU anche quello *negativo* che impone agli Stati di *non* ledere il diritto alla *vita* e, quindi, di non mettere in atto condotte che ledano tale bene individuale. Nel giudizio in esame i ricorrenti fanno riferimento *esclusivamente alle obbligazioni positive*, a differenza di quanto accade negli altri giudizi riguardanti fattispecie di sospensione di trattamenti di sostegno vitale, quali, ad esempio, il citato caso *Lambert* (Corte EDU, *Lambert c. Francia*, cit., paragrafo 119) o *Glass* (Corte EDU, sent. 18 marzo 2003, *Glass c. Regno Unito*, cit., p. 14).

¹⁰¹ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 79.

¹⁰² Ricavato da: Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 81.

¹⁰³ Il riferimento è a: Corte EDU, sent. 9 marzo 2004, *Glass c. Regno Unito*, cit., par. 75.

incapace, delle volontà precedentemente espresse dallo stesso e dell'opinione di altri medici, nonché di quella dei familiari¹⁰⁴;

3. quando la legge preveda la possibilità di ricorrere ad un organo giurisdizionale in caso di dubbio sulla migliore decisione da prendere nei confronti del paziente¹⁰⁵.

Prima di esaminare la sussistenza di tali condizioni nel caso in esame, la Corte chiarisce che, per quanto concerne la sospensione dei trattamenti che abbiano come unico scopo il prolungamento artificiale della vita¹⁰⁶, *non esiste un "consenso europeo"*, ossia, i giudici non ravvisano, sulla base di un'indagine di diritto comparato, un'uniformità nelle discipline normative e nelle prassi dei diversi Stati membri, sia per quanto riguarda l'astratta possibilità di permetterne o meno l'interruzione, sia per quanto riguarda le diverse modalità di attuazione di tale sospensione¹⁰⁷.

Com'è noto, in linea generale, la presenza di un *consensus* si trova in una relazione di inversa proporzionalità rispetto alla *consistenza del margine di apprezzamento nazionale*: quanto più i giudici riscontrano un'eterogeneità di disciplina tra gli Stati firmatari, tanto più ampia è la discrezionalità concessa alla singola Nazione nel valutare se determinate misure risultano necessarie o meno nell'ordinamento giuridico di riferimento¹⁰⁸.

Nel caso in esame, la Corte, pur sottolineando la propria funzione di supervisore, accorda agli Stati – come già era avvenuto nel giudizio *Lambert*¹⁰⁹ – un *"duplice" margine di apprezzamento* in merito sia alla possibilità stessa di rendere lecita o meno l'interruzione delle terapie di sostegno vitale, sia in relazione alle sue modalità attuative¹¹⁰.

¹⁰⁴ Il rinvio è a: Corte EDU, *Burke c. Regno Unito*, cit., p. 8.

¹⁰⁵ Corte EDU, *Lambert c. Francia*, cit., par. 143.

¹⁰⁶ Con l'espressione "sospensione dei trattamenti che abbiano come unico scopo il prolungamento artificiale della vita" la Corte EDU include sia la fattispecie di (a) *eutanasia passiva involontaria* quale condotta omissiva caratterizzata dalla mancata attivazione o dall'interruzione dei trattamenti medici a cui consegue la morte del soggetto, dove il decesso è causato dalla patologia e il soggetto è incapace e quindi non può esprimere un idoneo rifiuto o consenso, ma tale decisione viene presa da altri soggetti; (b) *accanimento terapeutico*, ossia di un trattamento di documentata inefficacia in relazione all'obiettivo, a cui si aggiunga la presenza di un rischio elevato e/o una particolare gravosità per il paziente con un'ulteriore sofferenza, in cui l'eccezionalità dei mezzi adoperati risulti chiaramente sproporzionata agli obiettivi della condizione specifica. F. MANTOVANI, alla voce *Eutanasia*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, volume DIR-E, IV edizione, Torino, 1990, p. 423 ss.

¹⁰⁷ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 83. In dottrina: E. BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, in *Journal of International Law and Politics*, 1999, p. 843 ss. S. MANCINI, *Lautsi II: la rivincita della tolleranza preferenzialista*, cit., p. 425-427. In giurisprudenza: Corte EDU, sent. 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, in *echr.coe.int*.

¹⁰⁸ I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea e della Corte europea dei Diritti dell'uomo*, in A. ODDENINO – E. RUOZZI – A. VITERBO – F. COSTAMAGNA – L. MOLA – L. POLI (a cura di), *La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario: atti dell'incontro di studio tra giovani cultori delle materie internazionalistiche – VII Edizione Torino 9-10 ottobre 2009*, Napoli, 2010, p. 12.

¹⁰⁹ Corte EDU, *Lambert c. Francia*, sent. 5 giugno 2015, paragrafo 73 ss.

¹¹⁰ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 83-98. P. TANZARELLA, *Il margine di apprezzamento*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, p. 149 ss.

Sulla base di tale ampio riconoscimento di discrezionalità, i giudici di Strasburgo affermano che risultano rispettati i citati requisiti e dichiarano compatibile all'art. 2 CEDU la decisione dell'ospedale GOSH di adire le Corti, i provvedimenti giurisdizionali conseguenti e il complessivo quadro normativo e giurisprudenziale inglese¹¹¹.

Per quanto riguarda l'esistenza di un quadro normativo chiaro e preciso, la Corte EDU rinvia a quanto statuito nel precedente *Glass* laddove aveva sostenuto che la normativa inglese soddisfa tale requisito in quanto consente di dedurre un chiaro *iter* da seguire¹¹²; in particolare, qualora occorra decidere in relazione al trattamento medico riguardante un minore, è richiesta, in linea generale, l'autorizzazione del rappresentante legale e, qualora sussista un conflitto di opinioni tra costui e il personale medico circa il "*best interest*" del paziente, il medico ha l'obbligo di adire un tribunale a meno che non si tratti di un'emergenza¹¹³. Inoltre, i giudici ricordano che, sempre nel giudizio *Glass*, la Corte EDU aveva già affermato che dal quadro legislativo e giurisprudenziale inglese è possibile dedurre una forte presunzione a favore del prolungamento della vita, che viene meno solo in determinate circostanze¹¹⁴.

Per quanto concerne la seconda condizione, i giudici di Strasburgo evidenziano come i tribunali nazionali, essendo nell'impossibilità di valere la volontà precedente del paziente in quanto minore, avevano attribuito grande rilievo non solo all'opinione dei genitori e dei medici, ma anche a quella del tutore, quale organo terzo e indipendente istituito *ad hoc* per garantire la salvaguardia degli interessi di Charles¹¹⁵.

Relativamente al terzo requisito, la Corte afferma che, secondo il quadro legislativo nazionale, il personale sanitario ha l'obbligo, e non la generale facoltà, in caso di contrasto di opinioni con i genitori, di adire il tribunale, come ribadito nel caso *Glass*¹¹⁶. Peraltro, secondo l'opinione della Corte EDU, gli organi giurisdizionali inglesi avevano condotto un'analisi approfondita del caso sottoposto alla loro attenzione; ciò risulta evidente dalle numerose audizioni di consulenti medici, esperite nelle fasi istruttorie dei diversi giudizi in merito all'opportunità di sottoporre il minore alla terapia sperimentale¹¹⁷.

Una volta risolta positivamente la questione della conformità del "*best interest test*" e della sua applicazione concreta in relazione all'art. 2 CEDU, i giudici verificano la conformità di tale formula e della condotta dell'ospedale GOSH alla *libertà personale* sancita all'art. 5 CEDU.

La Corte EDU sottolinea che, come nel precedente *H.L. c. Regno Unito* del 1999, la mancata dimissione di Charles non costituisce un'illegittima privazione di libertà dal momento che sarebbe stato possibile per i genitori interrompere il ricovero ricorrendo alle corti nazionali, qualora queste avessero reputato tale decisione conforme al "miglior

¹¹¹ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 89 ss.

¹¹² Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 89.

¹¹³ Corte EDU, sent. 9 marzo 2004, *Glass c. Regno Unito*, cit., par. 75.

¹¹⁴ *Ibidem*.

¹¹⁵ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 92, 93.

¹¹⁶ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 96.

¹¹⁷ *Ibidem*.

interesse” del minore; l’istanza alle autorità giurisdizionali costituisce, ad avviso della Corte, un c.d. “mezzo processuale di salvaguardia” che impedisce di identificare la condotta dell’ospedale come un limite eccessivo della libertà personale¹¹⁸.

Infine, i giudici di Strasburgo analizzano in maniera congiunta la presunta violazione del diritto dei ricorrenti ad una tutela giurisdizionale effettiva e quello alla vita privata. In particolare, la Corte analizza le censure avanzate dai genitori di Charles esclusivamente alla luce dell’art. 8 CEDU, qualificando le questioni ricondotte all’art. 6 come ulteriori argomenti a sostegno della ingiustificata interferenza dell’ospedale nella loro sfera di riservatezza¹¹⁹.

Preliminarmente, la Corte precisa che il primo comma dell’art. 8 CEDU sancisce che ogni individuo è titolare di un diritto alla *privacy*, il quale, tuttavia, può essere ristretto ove siano sussistenti tre condizioni definite al secondo comma, e così riassumibili¹²⁰:

1. “*the accordance with the law*” (o anche principio di legalità): la restrizione del diritto deve essere prevista da una specifica legge nel rispetto degli *standard* qualitativi di prevedibilità e conoscibilità;
2. “*the legitimate aim*” (o anche principio di finalità): la *ratio* della normativa deve rinvenirsi nella tutela di uno dei pubblici interessi elencati nel testo della Convenzione;
3. “*the necessity in a democratic society*” (o anche principio di necessità, inclusivo del criterio di proporzionalità tra mezzi e fine perseguito): la “normativa restrittiva” deve essere conseguenza di un “bisogno sociale pressante” e deve risultare proporzionale all’obiettivo che si intende raggiungere.

Nel caso concreto, lo specifico problema rilevato dai ricorrenti concerne il rispetto del terzo requisito, mentre non viene contestata la sussistenza delle prime due condizioni¹²¹. Invero, i genitori di Charles, usando come unico criterio quello del citato “*significant harm test*”, affermano che il personale sanitario avrebbe dovuto adire i giudici solo nel caso in cui la terapia avesse inflitto con certezza un rilevante grado di sofferenza al minore, circostanza che, a loro avviso, non si sarebbe verificata nel caso concreto, realizzandosi in tal modo un’interferenza sproporzionata nella propria vita privata¹²².

La Corte, disattendendo l’opinione dei ricorrenti, ritiene l’iniziativa legale dell’ospedale un’interferenza giustificata ai sensi del secondo comma dell’articolo 8 e, in particolare, rispettosa del principio di necessità sotto diversi profili¹²³.

In primis, i giudici rilevano che il ricorso dei medici al tribunale è considerato obbligatorio a causa del contrasto di opinioni sussistente tra il personale sanitario e i

¹¹⁸ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 99-103.

¹¹⁹ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 104.

¹²⁰ I. COLUSSI, *Quando a Strasburgo si decide di fine vita*, cit., p. 448.

¹²¹ In particolare, la Corte, brevemente, precisa che il rispetto del principio di legalità lo si ricava dal precedente *Glass*, così come l’individuazione del fine legittimo della normativa che corrisponde a quello del perseguimento del “miglior interesse del paziente” (Corte EDU, *Glass c. Regno Unito*, cit., par. 75, 77).

¹²² Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 114.

¹²³ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 115 ss.

genitori del minore in forza del precedente *Glass*¹²⁴. In secondo luogo, la Corte sottolinea che il criterio suggerito dai ricorrenti del “*significant harm*” non è avvalorato da alcuna giurisprudenza, mentre esiste un ampio consenso circa la formula del “miglior interesse”, sia a livello nazionale che internazionale, precisando¹²⁵, peraltro, che, anche usando in via esclusiva il *test* indicato dai ricorrenti, si giungerebbe, comunque, ad affermare che il trasferimento del minore sarebbe causa, quasi certamente, di un’inutile sofferenza¹²⁶.

Infine, la Corte precisa che la *ratio* sottesa all’art. 8 CEDU è quella di proteggere l’individuo da eventuali azioni arbitrarie poste in essere dalle pubbliche autorità¹²⁷. Compito dei giudici di Strasburgo non è, dunque, quello di sostituirsi agli organismi nazionali, bensì quello di verificare che le decisioni prese da questi ultimi non siano discrezionali: in particolare, nel caso in esame, i giudici ravvisano che le decisioni delle corti inglesi sono state meticolose e complete, dichiarando il ricorso infondato anche sotto questa profilo¹²⁸.

Anche in relazione alla presunta violazione del diritto alla vita privata, la Corte fa riferimento alla tecnica del *margin of appreciation*, sottolineando come, nel bilanciare i diversi interessi, ossia quello del benessere del bambino, quello dei genitori, e quello dell’ordine pubblico, gli Stati godano di una relativa discrezionalità, fatta eccezione per il “miglior interesse del minore”: infatti, i giudici rilevano che esiste un ampio consenso, sia a livello dei singoli ordinamenti, sia a livello di diritto internazionale, circa il fatto che il benessere del bambino debba essere il fattore principale a fondamento delle decisioni delle Corti¹²⁹.

5. Riflessioni conclusive: il delicato equilibrio tra un’effettiva tutela dei diritti umani e la dovuta autonomia degli Stati firmatari per un corretto bilanciamento degli interessi in gioco.

La sentenza in esame costituisce il risultato prevedibile e naturale dell’evoluzione giurisprudenziale della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo in materia di “fine vita”.

Innanzitutto, è evidente che nel giudizio *Gard c. Regno Unito*, i giudici rinviavano implicitamente al precedente *Widmer c. Svizzera* del 1993, con il quale la Commissione aveva stabilito, una volta per tutte, che non è possibile far discendere dal diritto alla vita un obbligo positivo in capo agli Stati firmatari di incriminare espressamente l’eutanasia passiva involontaria o l’interruzione delle terapie di sostegno vitale per accertato

¹²⁴ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 115.

¹²⁵ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 118. Il riferimento è all’art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite dei Diritti del Fanciullo del 1989, all’art. 6 della Convenzione di Oviedo del 1997 e all’art. 24 della Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea del 2000.

¹²⁶ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 119.

¹²⁷ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 123.

¹²⁸ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 123, 124.

¹²⁹ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 107, 108.

accanimento terapeutico¹³⁰. In secondo luogo, la Corte EDU individua le condizioni necessarie ai fini della conformità della normativa inglese e della decisione dell'ospedale GOSH agli artt. 2 e 8 CEDU, basandosi sulla ormai consolidata *lettura congiunta* di tali disposizioni, sancita per la prima volta in *Haas c. Svizzera* in materia di assistenza al suicidio, ma che risulta applicabile anche alle altre "decisioni di fine vita" in forza del precedente *Lambert c. Francia*, relativo ad una fattispecie di accanimento terapeutico¹³¹. Peraltro gli specifici requisiti che caratterizzano le obbligazioni positive nascenti dall'art. 2 CEDU sono quelli individuati nel precedente *Glass c. Regno Unito* riguardante, similmente al giudizio *Gard*, il quadro normativo inglese e un caso di eutanasia passiva involontaria¹³².

Tuttavia, a parte tali impliciti o espliciti riferimenti ai precedenti, il principale e costante *leitmotiv* nella giurisprudenza della Corte EDU in materia di "fine vita", richiamato, da ultimo, nel giudizio in esame, è sicuramente rappresentato dall'(ab)uso della tecnica del margine di apprezzamento¹³³.

Tale concezione – nata, a livello giurisprudenziale, negli anni '50 e oggi espressamente prevista all'art.1 del Protocollo n. 15¹³⁴ – sostiene, in generale, che esista uno spazio di libertà lasciato agli Stati firmatari nell'applicazione della Convenzione al fine di bilanciare l'adempimento degli obblighi pattizi con la tutela di altre esigenze statali, discrezionalità che, comunque, è sottoposta a un controllo da parte della Corte stessa¹³⁵.

Dal punto di vista degli Stati, si tratta di una tecnica che permette di stabilire un "confine" tra misure statali di interferenza con i diritti tutelati dalla CEDU considerate legittime, e misure restrittive non ammesse¹³⁶. Dal punto di vista della Corte EDU, invece, il margine di apprezzamento configura una misura di *judicial self-restraint*, la cui *ratio* corrisponde alla necessità di evitare di imporre agli ordinamenti giuridici limiti inderogabili idonei a sollevare possibili conflitti tra i giudici di Strasburgo e i diversi Stati, preoccupati di una prevaricazione della propria sovranità in aree fondamentali¹³⁷.

¹³⁰ Commissione, sent. 10 febbraio 1993, *Widmer c. Svizzera*, p. 3. C. PARODI, [Una cauta pronuncia della Corte europea in tema di eutanasia attiva](#), in *questa Rivista*, 19 febbraio 2013, p. 4. La Commissione costituiva un organo istituito dalla CEDU che operava svolgendo un esame preliminare delle questioni sottoposte alla Corte. Il Protocollo n. 11 dell'11 maggio 1994 ha fuso la Commissione con la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in un unico organo giurisdizionale. Vedi I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento*, cit., p. 9.

¹³¹ Cfr. *supra*, par. 4.

¹³² Cfr. *supra*, par. 4.

¹³³ Ulteriore strumento già utilizzato in precedenza dalla Corte EDU in materia di "fine vita" è la "tecnica della fattispecie" secondo la quale, piuttosto che stabilire ed applicare principi astratti a tutte le questioni in tema di "fine vita", si preferisce distinguere *case by case* ed armonizzare i valori secondo le circostanze del caso concreto. Cfr. I. COLUSSI, *Quando a Strasburgo si discute di fine vita*, cit., p. 460.

¹³⁴ Si tratta di una una modifica formale del testo del preambolo della CEDU finalizzata a dare maggiore trasparenza ed accessibilità alla tecnica giudiziaria del margine di apprezzamento, la quale, a livello sostanziale, non subisce alcun emendamento. Cfr. C. CINELLI, *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 808.

¹³⁵ I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento*, cit., p. 7-28.

¹³⁶ F. DONATI – P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, in P. FALZEA – A. SPADARO – L. VENTURA (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, p. 65 ss.

¹³⁷ I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento*, cit., p. 27.

Questo meccanismo è giustificato dal fatto che la CEDU non sostituisce le carte costituzionali dei diversi Paesi, ma costituisce un ulteriore strumento di diritto pubblico per la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali o, in altri termini, il minimo comune denominatore che necessariamente deve sussistere tra gli Stati firmatari¹³⁸.

Inizialmente la dottrina del margine di apprezzamento è stata utilizzata in questioni attinenti presunte violazioni dell'art. 15 CEDU, il quale, in generale, consente agli ordinamenti giuridici di derogare alle obbligazioni convenzionali in caso di guerra o estremo pericolo¹³⁹. Successivamente, l'applicazione di tale dottrina si è estesa a misure statali non rivolte a garantire la sicurezza nazionale in particolari situazioni straordinarie, bensì riguardanti l'art. 14 CEDU (divieto di discriminazione) e, soprattutto, i cd. "diritti ad incastro" previsti dagli artt. 8-11 CEDU (che sanciscono il diritto alla vita privata, la libertà di pensiero, di coscienza e religione, di espressione e, infine, di riunione e associazione): il primo comma di tali disposizioni sancisce il diritto o la libertà, laddove il secondo ne delimita l'esercizio quando sussistono particolari condizioni, ossia il rispetto dei principi di legalità, finalità e necessità. Quest'ultimo, a sua volta, include il principio di proporzionalità e la circostanza che la misura sia emessa per un "bisogno sociale impellente"¹⁴⁰; è proprio in relazione al principio di necessità che, in generale, trova applicazione la tecnica del margine di apprezzamento che concede agli Stati un ampio spazio di discrezionalità nell'identificare ciò che costituisce una risposta ad un "*pressing social need*" e ciò che rappresenta un'interferenza proporzionata all'obiettivo che lo Stato vuole perseguire¹⁴¹.

Inoltre, a cominciare dai *leading cases* *Handyside*, *Sunday Times* e *Dudgeon*, i giudici di Strasburgo iniziano a fare uso di tale tecnica anche in materia di "moralità pubblica", al fine di tutelare il pluralismo delle concezioni morali presenti nei diversi ordinamenti giuridici, utilizzando il citato criterio del *consensus standard* al fine di individuare l'ampiezza del margine di discrezionalità concesso¹⁴².

Fin da queste prime applicazioni della tecnica del margine di apprezzamento, la Corte EDU aderisce a quell'orientamento dottrinale secondo cui la libertà concessa agli Stati è relativa esclusivamente ai citati "diritti ad incastro", ossia quelle libertà o quei diritti che, secondo il testo stesso della Convenzione, possono essere legittimamente

¹³⁸ I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento*, cit., p. 25.

¹³⁹ F. DONATI, *La dottrina del margine di apprezzamento*, cit., p. 69. I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento*, cit., p. 9. Per la giurisprudenza: Commissione, *Grecia c. Regno Unito*, 176/56 del 1956 e *Lawless c. Irlanda*, 332/57 del 1958.

¹⁴⁰ F. DONATI, *La dottrina del margine di apprezzamento*, cit., p. 69. S. GREER, *The exceptions to Articles 8-11 of the European Convention on Human Rights*, in *Human Rights files*, 1997, p. 18 ss. I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento*, cit., p. 10.

¹⁴¹ I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento*, cit., p. 10.

¹⁴² Corte EDU, 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, Corte EDU, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito* e Corte EDU, 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito* in *echr.coe.int*. I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento*, cit., p. 9, 10. F. DONATI, *La dottrina del margine di apprezzamento*, cit., p. 69. La Corte ha esteso notevolmente i confini del concetto di "moralità pubblica", fino a ricomprendervi misure statali riguardanti la materia della sessualità, l'aborto fino a includervi anche il "fine vita". L. DE PANFILIS, *Etica pubblica e Bioetica del fine vita: riflessioni su un possibile confronto*, in *Labour&Law issues*, vol. 1, no. 2, 2015. Per una ricostruzione critica di tale ampia definizione di "moralità pubblica" vedi, per tutti: R. PERRONE, *Il concetto di public morals*, cit., p. 33-54.

ristretti in presenza di particolari condizioni¹⁴³. Tale concezione si fonda sull'assunto che esista una vera e propria gerarchia tra i diritti umani a cui consegue un "doppio regime", da un lato, quello dei diritti assoluti, o inderogabili, e, dall'altro, quello riguardante i diritti relativi o derogabili¹⁴⁴. Tuttavia, in non poche pronunce si rileva che la Corte deroga, direttamente o indirettamente, a tale concezione; un esempio è sicuramente il caso del divieto di tortura sancito dall'articolo 3 CEDU, il quale, oltre a costituire uno dei diritti espressamente inderogabili dalla stessa Convenzione, rappresenta, secondo l'opinione prevalente, una norma di diritto internazionale cogente, non suscettibile, dunque, di restrizione da parte di qualunque Stato a prescindere dalla sua specifica adesione alla CEDU¹⁴⁵. In relazione a tale disposizione, l'interpretazione della Corte EDU, finalizzata a fornire una definizione del termine "tortura e trattamenti disumani e degradanti" ha, da un lato, escluso qualsiasi libertà degli Stati di stabilire essi stessi i limiti di tale nozione, ma ha, dall'altro, attribuito loro una certa discrezionalità nel ricondurre o meno una determinata situazione all'interno dell'ambito operativo di tale termine¹⁴⁶; è evidente che quest'apparente attività ermeneutica in realtà "maschera" un vero e proprio bilanciamento degli interessi in gioco a cui consegue la sostanziale concessione agli Stati di un margine di libertà¹⁴⁷.

Nella specifica materia delle "*End-of Life Decisions*", la Corte europea ha utilizzato la tecnica del margine di apprezzamento, sia in relazione a fattispecie riguardanti l'esercizio del diritto di autodeterminazione terapeutica di soggetti adulti e capaci, frutto della lettura congiunta degli articoli 2 e 8 CEDU, come nel noto caso *Pretty*¹⁴⁸, sia in situazioni concernenti individui incapaci, perché minori o perché affetti da malattie mentali (come, per esempio, nel citato giudizio *Haas*¹⁴⁹), in cui i ricorrenti lamentavano la violazione del loro diritto alla vita privata o del diritto alla vita e alla *privacy* dello stesso soggetto privo di capacità di intendere e di volere¹⁵⁰.

Per quanto concerne il diritto alla vita privata, la Corte, sottolineando in tutti i giudizi la sussistenza di un ampio margine di apprezzamento in capo agli Stati, ha

¹⁴³ F. DONATI, *La dottrina del margine di apprezzamento*, cit., p. 65 ss.

¹⁴⁴ La diversità di trattamento tra questi diritti fondamentali ha rappresentato una questione ampiamente esaminata in dottrina e giurisprudenza tanto a livello nazionale, quanto in seno alla stessa Corte EDU, alternandosi soluzioni che negano qualunque privilegio ai diritti assoluti, teorie che, diversamente, sottraggono tali diritti alla possibilità di un bilanciamento, fino ad arrivare a concezioni mediane che riconoscono ai diritti inderogabili uno statuto procedimentale "privilegiato". A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali "assoluti" nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, 2006, p. 645. H.C. YUROW, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, 1996, p. 188 ss. In giurisprudenza: Corte EDU, *Dudgeon c. Regno Unito*, cit., p. 1 ss.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹⁴⁶ A. TANCREDI, *L'emersione dei diritti fondamentali*, cit., p. 645. In merito alla differenza tra la discrezionalità nella definizione di un istituto giuridico e la discrezionalità nella riconduzione di una fattispecie all'interno dell'ambito operativo di un istituto, vedi, per tutti: R. PERRONE, *Il concetto di public morals*, cit., p. 50.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, cit., par. 70, 71, 78.

¹⁴⁹ Corte EDU, *Haas c. Svizzera*, cit., par. 55, 61. Ernst Haas era affetto, da più di vent'anni, da una grave forma di sindrome bipolare. I. COLUSSI, *Quando a Strasburgo si discute di fine vita*, cit., p. 450.

¹⁵⁰ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 83 ma anche Corte EDU, *Lambert c. Francia*, cit., par. 147 e Corte EDU, sent. 19 luglio 2012, *Koch c. Germania*, cit., par. 70.

sempre dichiarato sussistente la condizione della necessità prevista al secondo comma dell'art. 8 CEDU¹⁵¹. Per quanto, invece, riguarda il diritto alla vita, i giudici hanno dovuto affrontare il problema preliminare relativo all'astratta possibilità di applicare la tecnica del margine di apprezzamento in relazione ad un diritto inderogabile: la Corte, nel giudizio *Lambert*, ha precisato che, benché l'articolo 2 CEDU rientri nella categoria dei diritti assoluti, per i quali non è possibile nessuna disapplicazione¹⁵², fatte salve le specifiche deroghe previste dalla stessa disposizione, tale divieto riguarda unicamente l'obbligo negativo discendente da tale disposizione, mentre, per quanto concerne gli obblighi positivi, in particolare, quando relativi a questioni scientifiche, giuridiche ed etiche complesse come quella del "fine vita", la Corte riconosce un certo margine di apprezzamento; in particolare, in forza di tale libertà, i giudici europei hanno sempre escluso un'eventuale violazione delle suddette obbligazioni scaturenti dall'articolo 2 della Convenzione¹⁵³.

Più in generale, la Corte EDU ha da sempre sottolineato che le "End-of-Life Decisions" costituiscono un ambito in cui i diversi ordinamenti giuridici godono di un'ampia discrezionalità, data la generale assenza del c.d. "consenso europeo" tra gli Stati firmatari¹⁵⁴. Solo di recente, nel giudizio *Lambert* del 2015, i giudici di Strasburgo, in completo *revirement* a quanto stabilito in precedenza nel citato caso *Pretty* del 2002, hanno affermato che l'unica eccezione a tale libertà riguarda i casi di soggetti capaci e il relativo ruolo della volontà dell'individuo, sul quale esiste un'uniformità nei diversi Paesi, così come è stato peraltro ribadito, di recente, nello stesso caso *Gard*¹⁵⁵.

Se, dunque, è possibile rilevare una parziale "cambiamento di rotta" della giurisprudenza della Corte EDU in presenza di individui capaci, così non accade per le fattispecie di accanimento terapeutico o di eutanasia passiva involontaria riguardanti soggetti incapaci, casi in cui i giudici di Strasburgo continuano a lasciare ampia discrezionalità agli Stati. Infatti, come visto nell'analisi del giudizio *Gard c. Regno Unito*,

¹⁵¹ I. COLUSSI, *Quando a Strasburgo si discute di fine vita*, cit., p. 455.

¹⁵² Fatte salve, ovviamente, le specifiche deroghe previste dalla stessa disposizione.

¹⁵³ Corte EDU, *Lambert c. Francia*, cit., par. 144: "The Court reiterates that Article 2 ranks as one of the most fundamental provisions in the Convention, one which, in peace time, admits of no derogation under Article 15, and that it construes strictly the exceptions defined therein (see, among other authorities, *Giuliani and Gaggio c. Italy* [GC], no. 23458/02, §§ 174-77, ECHR 2011 (extracts)). However, in the context of the State's positive obligations, when addressing complex scientific, legal and ethical issues concerning in particular the beginning or the end of life, and in the absence of consensus among the member States, the Court has recognised that the latter have a certain margin of appreciation". In dottrina: I. DE LA RASILLA DEL MORAL, *The increasingly Marginal Appreciation of the Margin of Appreciation Doctrine*, in *German Law Journal*, 2006, Vol. 6, No. 7, p. 611-624. Al contrario, secondo una diversa dottrina, di fatto non si può parlare di applicazione del margine di apprezzamento in relazione all'articolo 2: D.U. Galetta, *Il principio di proporzionalità nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo fra principio di necessità e dottrina del margine di apprezzamento statale: riflessioni generali su contenuti e rilevanza effettiva del principio*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 751- 752, che richiama l'analisi di J. CALLEWAERT, *Is There a Margin of Appreciation in the Application of articles 2, 3 and. 4 of the Convention?* in *Hum. Rights Law Jour.*, 1998, 19 ss. I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento*, cit., p. 11. I. COLUSSI, *Quando a Strasburgo si discute di fine vita*, cit., p. 455.

¹⁵⁴ Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 83 ma anche Corte EDU, *Lambert c. Francia*, cit., par. 147 e Corte EDU, sent. 19 luglio 2012, *Koch c. Germania*, cit., par. 70.

¹⁵⁵ Corte EDU, *Lambert c. Francia*, cit., par. 147, Corte EDU, *Gard c. Regno Unito*, cit., par. 83.

la Corte ha persino concesso un “doppio” margine di apprezzamento in merito sia alla possibilità stessa di rendere lecita o meno l’interruzione delle terapie di sostegno vitale, sia in relazione alle sue modalità attuative¹⁵⁶.

Proprio il riconoscimento di tale ampia e diversificata libertà concessa dai giudici europei, rende, nella specifica materia del “fine vita”, ancora più fondate e pertinenti le critiche generali mosse dalla dottrina nei confronti della tecnica del margine di apprezzamento e relative, in particolare, agli ostacoli opposti dalla stessa alla creazione di *standard* europei comuni, e all’inevitabile frustrazione dell’efficacia sia della Convenzione che della Corte stessa, dato che la vasta discrezionalità attribuita agli Stati firmatari, di fatto, vanifica la funzione di supervisione internazionale e di armonizzazione dei giudici di Strasburgo e della CEDU¹⁵⁷. Tali considerazioni assumono una particolare rilevanza poiché le “*End-of-Life Decisions*” rappresentano una materia sensibile e problematica a causa del citato “intreccio” del diritto alla vita e quello alla *privacy*: è proprio in un settore così complesso e delicato che non solo è auspicabile ma, addirittura, necessario l’intervento della Corte EDU, quale organo istituito *ad hoc* per la tutela dei diritti umani¹⁵⁸.

D’altra parte, anche lo stesso uso del consenso europeo, quale “fattore principe” per delimitare il margine di discrezionalità concesso agli Stati, si presta a facili critiche¹⁵⁹.

Infatti, alcuni Autori hanno discusso, infatti, circa la generale attendibilità di tale metodo, sostenendo che gli esercizi comparativi su cui si fonda non siano, in numerosi casi, dotati di un idoneo approfondimento o, talvolta, non siano adeguatamente motivati: di frequente si riscontra che il giudizio sulla sussistenza o meno di un *consensus* tra gli Stati membri non riposa su un’analisi comparativa rigorosa e/o su una motivazione puntuale¹⁶⁰. Secondo un’altra prospettiva, parte della dottrina ha rilevato che si tratta di un parametro che contrasta con la stessa *ratio* della Convenzione, nata come strumento di tutela dei diritti fondamentali, anche (e, forse, soprattutto) nei confronti di maggioranze ostili¹⁶¹: i diritti umani sono fundamentalmente contro-maggioritari, dato che le maggioranze dispongono già dello strumento legislativo per

¹⁵⁶ Cfr. *supra*, par.4.

¹⁵⁷ Alcuni Autori sottolineano, in generale, che la tecnica del margine di apprezzamento rende i giudizi davanti alla Corte EDU arbitrari e imprevedibili, arrivando a violare il principio della certezza del diritto. C. PARODI, [Una cauta pronuncia della Corte europea in tema di eutanasia attiva](#), cit., p. 3, par. 7. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale in tema di margine di apprezzamento vedi in dottrina: Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Theory and the Principle of Proportionality in Jurisprudence of the ECHR*, 2001, Oxford. I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento*, cit., p. 27. R. PERRONE, *Il concetto di public morals*, cit., p. 47, 48. E. BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, cit., p. 844.

¹⁵⁸ I. ANRÒ, *Il margine di apprezzamento*, cit., p. 27.

¹⁵⁹ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation doctrine*, cit., p. 197.

¹⁶⁰ Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation doctrine*, cit., p. 197, R. PERRONE, *Il concetto di public morals*, cit., p. 48. La dottrina e la stessa giurisprudenza della Corte EDU hanno da tempo individuato ulteriori fattori rispetto al consenso europeo da cui far dipendere l’ampiezza del margine di apprezzamento, tra cui, oltre alla natura del diritto leso, anche le circostanze del caso concreto (in dottrina: F. DONATI – P. MILAZZO, *La dottrina del margine di apprezzamento*, cit., p. 66 e nella giurisprudenza della Corte EDU: Corte EDU, sent. 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danimarca*) in *echr.com*.

¹⁶¹ R. PERRONE, *Il concetto di public morals*, cit., p. 48.

soddisfare i propri bisogni e desideri¹⁶². Più nel dettaglio, si è sostenuto che “la dottrina del margine di apprezzamento” non costituisca una tecnica accettabile al fine di risolvere conflitti che contrappongono minoranze e maggioranze, poiché, in tali casi, concedere discrezionalità alle prime significherebbe ignorare le esigenze delle seconde¹⁶³.

Inoltre tale tecnica è risultata contraddittoria in diverse pronunce della Corte. Ad esempio, in *A, B, C c. Irlanda*¹⁶⁴ o *Lautsi e Altri c. Italia*¹⁶⁵, la Corte non rileva un *consensus* tra gli Stati membri in relazione alla normativa che riguarda, rispettivamente, l’aborto terapeutico e i simboli religiosi nelle scuole pubbliche, pur essendo ben pochi gli Stati che prevedono normative simili a quella irlandese e italiana¹⁶⁶.

Infatti, come ben riassunto dal giudice Malinverni nella sua opinione dissenziente nel giudizio *Lautsi*:

I have difficulty following that line of argument. Whilst the doctrine of the margin of appreciation may be useful, or indeed convenient, it is a tool that needs to be handled with care because the scope of that margin will depend on a great many factors....In the present case it is by relying mainly on the lack of any European consensus that the Grand Chamber has allowed itself to invoke the doctrine of the margin of appreciation (see paragraph 70). In that connection I would observe that, besides Italy, it is in only a very limited number of member States of the Council of Europe (Austria, Poland, certain regions of Germany (Länder) – see paragraph 27) that there is express provision for the presence of religious symbols in State schools. In the vast majority of the member States the question is not specifically regulated. On that basis I find it difficult, in such circumstances, to draw definite conclusions regarding a European consensus... Be that as it may, one thing is certain: the doctrine of the margin of appreciation should not in any circumstances exempt the Court from the duty to exercise the function conferred on it under Article 19 of the Convention, which is to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties in the Convention and the Protocols thereto¹⁶⁷.

Anche nel stesso caso *Gard* è possibile notare una simile e discutibile applicazione della indagine di diritto comparato, almeno sotto due profili.

¹⁶² S. MANCINI, *Lautsi II: la rivincita della tolleranza preferenzialista*, cit., p. 425- 427.

¹⁶³ R. PERRONE, *Il concetto di public morals*, cit., p. 49. E. BENVENISTI, *Margin of appreciation, consensus, and universal standards*, cit., p. 847 ss.

¹⁶⁴ Corte EDU, sent. 16 dicembre 2010, *A, B, C c. Irlanda*, in *echr.coe.int*.

¹⁶⁵ Corte EDU, sent. 18 marzo 2011, *Lautsi e Altri c. Italia*, in *echr.coe.int*.

¹⁶⁶ P. RONCHI, *Crucifixes, Margin of Appreciation and Consensus: The Grand Chamber Ruling in Lautsi v Italy*, in *Ecclesiastical Law Journal*, 2011, p. 287-297. H. HANNUM-D. L. SHELTON, S-J. ANAYA-R. CELORIO, *International Human Rights: Problems of Law, Policy, and Practice*. 2011.

¹⁶⁷ Corte EDU, *Lautsi e Altri c. Italia dissenting opinion*, p. 47.

In relazione al primo, la Corte, come visto, esclude l'esistenza di un *consensus* europeo in relazione alla stessa possibilità di interrompere le terapie di sostegno vitale, laddove, nel di poco precedente caso *Lambert* del 2015, secondo le stesse indagini di diritto comparato, i giudici di Strasburgo, pur arrivando alla medesima conclusione sull'assenza di uniformità in materia, osservano, in via incidentale, che la maggioranza degli Stati firmatari autorizzano, in presenza di determinati presupposti, la sospensione dei trattamenti – sia con una legislazione apposita, sia con l'intervento delle corti¹⁶⁸ – mentre solo una minoranza lo vieta o non si esprime in materia¹⁶⁹.

Per quanto riguarda, invece, il secondo aspetto problematico, nel giudizio *Gard*, come già osservato, la Corte non rileva la presenza di un'omogeneità di prassi nemmeno rispetto alle modalità di attuazione dell'interruzione; è evidente che si tratta di un'affermazione priva di fondamento logico, dato che difficilmente è rinvenibile una qualunque materia di qualsiasi settore del diritto in cui vi sia una totale coincidenza di procedure in tutti gli Stati firmatari.

Tali contraddizioni riassumono, dunque, emblematicamente il problema dell'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento che dovrebbe rispondere, teoricamente, all'esigenza di conciliare con le dovute cautele universalismo e diversità, e che, invece, risulta un espediente tecnico-politico per la Corte per evitare di interferire con l'attività statale nelle materie più delicate¹⁷⁰: l'uso di tale formula è evidente espressione di un'estrema cautela dei giudici europei, fondata sul timore che un intervento diretto rischierebbe d'invasare le prerogative degli Stati contraenti, "gelosi" della loro sovranità¹⁷¹.

Sembra, dunque, opportuno distinguere: in determinate materie, la tecnica del margine di apprezzamento può realizzare una maggiore tutela dei diritti umani, dato che gli Stati si trovano nella c.d. "*better position*", ossia hanno un preciso quadro delle necessità maggiormente sentite e pressanti e possono dare una migliore valutazione

¹⁶⁸ Il rinvio da parte dei giudici di Strasburgo è all'ordinamento italiano e, in particolare, al noto giudizio relativo a Eluana Englaro definito dalla celebre sentenza della Corte di Cassazione, Sez. Unite, sentenza 13 novembre 2008, n. 27145 (e, per quanto riguarda la responsabilità del personale sanitario, dal decreto di archiviazione dal Tribunale di Udine penale del 11 gennaio 2010). Tale pronuncia, ai tempi del giudizio *Gard*, rappresentava, a livello nazionale, l'unico punto di riferimento in materia di eutanasia passiva involontaria, data la lacuna normativa in materia. Tuttavia, si segnala che tale tipologia di "Decisione di Fine vita" è ora regolata dalla legge n. 219 del 2017 la quale, in generale, ha disciplinato l'esercizio del diritto al rifiuto alle cure sia da parte di soggetti capaci che incapaci.

¹⁶⁹ Corte EDU, *Lambert c. Francia*, par. 73: "According to the information available to the Court concerning 39 of the 47 Council of Europe member States, no consensus exists in practice in favour of authorising the withdrawal of treatment designed only to prolong life artificially. In the majority of countries, treatment may be withdrawn subject to certain conditions. In other countries the legislation prohibits withdrawal or is silent on the subject". E al par. 147: "The Court notes that no consensus exists among the Council of Europe member States in favour of permitting the withdrawal of artificial life-sustaining treatment, although the majority of States appear to allow it."

¹⁷⁰ S. MANCINI, *Lautsi II: la rivincita della tolleranza preferenzialista*, cit., p. 425 ss.

¹⁷¹ C. PARODI, [Una cauta pronuncia della Corte europea in tema di eutanasia attiva](#), cit., p. 3, par. 7. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale in tema di margine di apprezzamento, vedi in dottrina: Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Theory and the Principle of Proportionality in Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, 2002.

della situazione attuale all'interno del proprio territorio rispetto a quella eventualmente formulata dalla Corte EDU¹⁷². Diversamente, in altri settori, in particolare quelli che concernono diritti primari e fondamentali, come quello del “fine vita”, a prescindere dal fatto che tali libertà siano o meno formulati secondo il citato meccanismo “dell’incastro”, la logica dello spazio di libertà perde di significato, o, meglio, tale discrezionalità dovrà essere necessariamente ridotta e, soprattutto, non potrà essere ancorata al criterio del consenso europeo.

Non si può, dunque, che condividere quell’orientamento dottrinale, ribadito in alcune pronunce della stessa Corte EDU, che, sottolineando la diversa natura del diritto leso, riduce la discrezionalità degli Stati e individua diversi fattori rispetto al consensus standard da cui far dipendere il margine di apprezzamento¹⁷³.

Peraltro, nella stessa materia del “fine vita”, la Corte, di recente, aveva ridotto il margine di apprezzamento degli Stati, condannando per la prima volta uno Stato firmatario per violazione dell’articolo 8 CEDU, salvo poi annullare tale pronuncia per rilevato abuso del diritto, vanificando così questa fondamentale presa di posizione. Il riferimento è al noto giudizio *Gross* del 2013, che aveva acquisito molta rilevanza per la circostanza che l’accertata lesione del diritto alla *privacy* aveva riguardato l’ordinamento giuridico svizzero, noto per essere uno dei rari Paesi europei a “modello permissivo”¹⁷⁴. In particolare, i giudici di Strasburgo erano giunti a condannare la Svizzera in quanto la normativa in materia di suicidio assistito interferiva con il diritto alla vita privata della ricorrente poiché non risultava conforme al principio di legalità e, in particolare, allo *standard della foreseeability*¹⁷⁵.

¹⁷² In dottrina: R. PERRONE, *Il concetto di public morals*, cit., p. 43. Per la giurisprudenza: Corte EDU, sent. 7 dicembre 1976, *Handyside c. Regno Unito*, in *echr.coe.int*.

¹⁷³ R. PERRONE, *Il concetto di public morals*, cit., p. 44. Corte EDU, 22 ottobre 1981, *Dudgeon c. Regno Unito* in cui si sottolinea la particolare natura del diritto leso, che nel caso di specie, riguardava il diritto alla *privacy* nella sfera della sessualità. Per quanto riguarda l’uso, invece, di diversi criteri da cui far dipendere l’ampiezza del margine di apprezzamento, si sottolinea che recentemente i giudici di Strasburgo hanno utilizzato criteri logici diversi dall’analisi comparativa nel caso *Animal Defenders International c. Regno Unito*. In particolare, in tale giudizio, la Corte ha usato un inconsueto parametro per la misurazione del margine di apprezzamento: i giudici si sono concentrati non sulla compatibilità alla CEDU del provvedimento statale a posteriori, bensì della sua legittimità a priori, alla luce della materia considerata. I giudici conducono una valutazione della *ratio* posta a fondamento della misura adottata dall’ordinamento inglese e non un giudizio sull’impatto che il provvedimento concreto di attuazione della misura ha avuto sulla fattispecie isolata. Corte EDU, sent. 24 aprile 2013, *Animal Defenders International c. Regno Unito* in *echr.coe.int*. C. CINELLI, *Corte Europea dei Diritti dell’Uomo*, cit., p. 807.

¹⁷⁴ In materia di “decisioni di fine vita”, gli ordinamenti giuridici sono distinguibili in due tipologie: quelli “a modello impositivo” e quelli “a modello permissivo”. Negli Stati “a modello impositivo” si esclude un dovere generale di mantenersi in vita o di essere curati, di conseguenza, è riconosciuto il diritto al rifiuto dei trattamenti medici sanitari non obbligatori, ma non sono previste delle normative che, a particolari condizioni, legalizzino le ipotesi di suicidio assistito o eutanasia attiva volontaria. Diversamente, il modello “a tendenza permissiva” si caratterizza, invece, oltre che, ovviamente, per il riconoscimento del diritto di opporsi alle cure, per la non punibilità, in presenza di determinati presupposti, delle condotte, poste in essere dal personale sanitario, dirette a provocare direttamente la morte del paziente o ad assisterlo nel suicidio, su richiesta di quest’ultimo. C. CASONATO, *Il consenso informato. Profili di diritto comparato*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2007, p. 1055.

¹⁷⁵ La vicenda riguardava Alda Gross, cittadina svizzera di avanzata età che, non riuscendo ad accettare il

Tale pronuncia non risultava in linea con il citato orientamento che riconosce agli Stati un ampio margine di apprezzamento e, in forza del quale, la Corte non era mai giunta a condannare un ordinamento giuridico in materia¹⁷⁶; ritroviamo tale tecnica solo nelle *dissenting opinions*, nelle quali si esclude la violazione dell'articolo 8¹⁷⁷.

Questa sentenza rappresentava, dunque, un vero e proprio “cambio di rotta” dell’orientamento della Corte EDU, in quanto, obbligando l’ordinamento svizzero a modificare la normativa in materia di suicidio assistito, poneva le basi per una maggiore “incisività” delle sue decisioni in materia di “fine vita”¹⁷⁸. Tuttavia, come accennato, tali aspetti innovativi sono stati vanificati dalla successiva dichiarazione di abuso del dritto ex art. 35.3(a) CEDU, con la quale la *Grande Chambre* ha rilevato che la difesa della ricorrente aveva tentato di tenere nascosta la morte della signora Gross al fine di ottenere che la Corte si pronunciasse comunque sulla legislazione svizzera, a vantaggio di altri potenziali soggetti nella sua stessa situazione; in tal modo i giudici hanno “azzerato” un processo di quasi tre anni¹⁷⁹.

In conclusione, per quanto concerne lo specifico e delicato settore del “fine vita”, è necessario un intervento più incisivo dei giudici di Strasburgo, i quali, di fatto, in forza di una costante applicazione della tecnica del margine di apprezzamento e dell’uso del criterio del consenso europeo, hanno da sempre aderito acriticamente alle scelte nazionali, concedendo, in tal modo, una lieve immunità in materia¹⁸⁰. In particolare, tale

decadimento delle sue capacità fisiche e mentali, decise di richiedere a diversi medici svizzeri di prescrivere il pentobarbitolo sodico. Sebbene fosse confermata la sua piena capacità di discernimento da diversi psichiatri, tutti i dottori si rifiutarono di predisporre la sostanza. La ragione del diniego risiedeva nel fatto che, secondo le linee guida del 2005 dell'Accademia Svizzera delle Scienze Mediche (A.S.S.M), per l'autorizzazione a ricevere la sostanza era necessario, come condizione preliminare, che il soggetto soffrisse di una malattia, che risultava assente nel caso di specie. Esperite le vie interne, la signora Gross si rivolse, pertanto, alla Corte EDU, lamentando la violazione degli articoli 2, 3, 6, 8, 13 della Convenzione. In particolare, in relazione all'articolo 8, la ricorrente affermò che era stato leso il suo diritto alla *privacy* nel momento in cui le autorità svizzere l'avevano privata della possibilità di ottenere la sostanza letale, incidendo sul suo diritto di decidere con quali mezzi e a che punto terminare la sua esistenza. La Corte esclude la sussistenza di una violazione di *tutti* i diritti menzionati, eccetto per l'articolo 8. Invero, in relazione a tale disposizione i giudici di Strasburgo accertano che la normativa svizzera interferisce con il diritto di *privacy*, ma non risultano soddisfatte tutte le condizioni previste al secondo comma dell'articolo 8 per giustificare tale restrizione al diritto di vita privata; in particolare, risulta mancante il requisito della *foreseeability*. Corte EDU, sent. 14 maggio 2013, *Gross c. Svizzera*, cit., par. 69. E. CRIVELLI, *Gross c. Svizzera: la Corte di Strasburgo chiede alla Svizzera nuove e più precise norme in tema di suicidio assistito*, in *Rivista AIC*, 2013, fascicolo 3, p. 5 ss.

¹⁷⁶ E. CRIVELLI, *Gross c. Svizzera*, cit., p. 5 ss.

¹⁷⁷ Nelle *dissenting opinions* i giudici sottolineano che le condizioni richieste dall'ordinamento svizzero per la prescrizione di una sostanza letale erano sufficientemente chiare e in linea con lo scopo legittimo di evitare abusi e da esse risultava logicamente escluso il caso della signora Gross. Inoltre, ad avviso dei giudici, tali limitazioni al diritto alla vita privata erano pienamente armoniche rispetto al margine di apprezzamento concesso agli Stati, proprio perché si tratta di una materia delicata e manca un *consensus* a livello internazionale ed europeo. Corte EDU, sent. 14 maggio 2013, *Gross c. Svizzera*, *dissenting opinion*, cit., par. 1, 2, 10.

¹⁷⁸ E. CRIVELLI, *Gross c. Svizzera*, cit., p. 8.

¹⁷⁹ Corte EDU, sent. 30 settembre 2014, *Gross c. Svizzera*, cit., par. 37.

¹⁸⁰ J. CALLEWAERT, *Quel avenir pour la marge d'appréciation?*, in P. MAHONEY – F. MATSCHER – H. PETZOLD – L.

applicazione automatica – e molte volte contraddittoria – del *consensus*, fondata su una maggioranza meramente numerica, ha, di fatto, portato la Corte ad abdicare alla sua fondamentale funzione antimaggioritaria di protezione delle minoranze che, in una necessaria ottica evolucionistica, dovrebbe portare ad una sempre maggiore ed effettiva protezione dei diritti umani: nel momento in cui i giudici europei rinunciano a tale ruolo, questi permettono agli Stati di determinare gli interessi che possono derogare alle libertà individuali, con pregiudizio dell'intero meccanismo di garanzia stabilito dalla CEDU¹⁸¹.

È possibile affermare, fondandosi sui recenti sviluppi della stessa Corte EDU, che risulta ormai superata quella storica statuizione presente nella pronuncia del giudizio *Pretty* per cui, in forza del precedente *Dudgeon*, il margine di apprezzamento è limitato, ai sensi dell'articolo 8 CEDU, solo rispetto all'ingerenze nell'ambito della vita sessuale, mentre, una questione attinente al "fine vita" non può essere considerata "*of the same nature, or as attracting the same reasoning*"; in tal modo, la Corte di Strasburgo affermava che le "decisioni di fine vita" costituiscono un aspetto più periferico della vita dell'uomo rispetto alla possibilità di vivere le proprie preferenze sessuali¹⁸². È evidente, invece, data la rilevanza assunta dal tema delle "*End-of-life Decisions*", che vale la regola più generale delineata nello stesso giudizio *Dudgeon* che distingue unicamente tra attività concernenti il diritto alla vita privata che incidano nella sfera pubblica e quelle che invece non hanno conseguenze in tale area, dove le seconde sono destinate a godere di una protezione più intensa da parte dei giudici di Strasburgo, ed un conseguente ridotto margine di apprezzamento¹⁸³.

Non si deve, dunque, perdere di vista che anche in materia di "decisioni di fine vita", esiste un *necessario "contro limite" all'autonomia concessa agli Stati* e che questo è rappresentato dal sempre più rilevante *principio di effettività*, da intendersi quale sorta di "contrappeso" al principio di sussidiarietà, il quale permette di garantire una concreta "*tutela multilivello dei diritti umani, priva di irragionevoli discriminazioni, e una maggiore uniformità di disciplina tra gli Stati firmatari, obiettivi primari a fondamento della stessa nascita della CEDU e della Corte di Strasburgo*"¹⁸⁴.

WILDHABER (a cura di), *Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in Memory of Rolv Ryssdal*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, 2000, p. 147-166.

¹⁸¹ R. PERRONE, *Il concetto di public morals*, cit., p. 51, 52.

¹⁸² Corte EDU, *Pretty c. Regno Unito*, cit., par. 70, 71. A. PEDAIN, *The human rights dimension of the Diane Pretty case*, cit., p. 193.

¹⁸³ R. PERRONE, *Il concetto di public morals*, cit., p. 44.

¹⁸⁴ Il termine "tutela multilivello" dei diritti umani ha una duplice accezione: si intende, infatti, sia la protezione a più "livelli" apprestata sul piano normativo, in quanto tali diritti sono sanciti sia da fonti internazionali che nazionali, sia quella relativa alla loro tutela giurisdizionale, fornita sia dalle corti dei singoli ordinamenti che da organismi sovranazionali come, ad esempio, la Corte di Strasburgo.

A. RUGGERI, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali, tra esperienze di formazione e teorie costituzionali*, in *Politica del diritto*, 2007, p. 317 ss. C. CINELLI, *Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 804, 805. G. DE VERGOTTINI, *Oltre il dialogo tra le Corti*, cit., p. 83.

L'INCOSTITUZIONALITÀ DI ALCUNE IPOTESI DELLA LEGGE MERLIN E I RIMEDI INTERPRETATIVI IPOTIZZABILI

Osservazioni a margine di [Corte App. Bari, Sez. III, ord. 6.2.2018](#),
Pres. De Cillis, Est. Blattmann D'Amelj, ric. Tarantini e altri

di Alberto Cadoppi ^(*)

* In ottemperanza al *Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors* elaborato dal COPE (Committee on Publication Ethics), fatto proprio dalla *Rivista* in cui il presente contributo viene pubblicato, preciso di aver sostenuto le tesi in esso espresse in un parere *pro veritate* richiestomi dall'avvocato Nicola Quaranta (uno dei difensori di Giampaolo Tarantini) e depositato nel processo di appello svoltosi a Bari, conclusosi con l'ordinanza emanata dalla III sezione penale della omonima Corte d'Appello in data 6 febbraio 2018, qui pubblicata, con la rimessione degli atti alla Corte costituzionale. Sottolineo dunque i possibili profili di conflitto di interessi (quelli del mio ruolo nel processo da un lato, e quelli della scienza penale, dall'altro) relativi al presente scritto.

Rilevo peraltro che già in passato, ben prima e indipendentemente rispetto al menzionato parere, avevo in diversi miei scritti scientifici sostenuto con convinzione la tesi dell'incostituzionalità del favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata, e di altre simili fattispecie della legge Merlin: già nel 1999 (insieme al collega Paolo Veneziani) in A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Art. 2, I comma. Prostituzione minorile*, in A. CADOPPI (a cura di), *Commentari delle norme contro la violenza sessuale e della legge contro la pedofilia*, II ed., Padova, 1999, pp. 457-459: ivi tra l'altro si rinviava a nota 1 ad A. CADOPPI, *Della incostituzionalità di gran parte delle norme della "legge Merlin"*, lavoro definito "di prossima pubblicazione", e in effetti già pronto allora, ma che poi fu pubblicato solo nel 2013 in versione abbreviata e con diverso titolo: A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in *Indice pen.*, 2013, pp. 229-246; e in *Scritti in onore di Alfonso Stile*, Napoli, 2014; nonché con poche variazioni in A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale. Problemi e prospettive*, Roma, 2014, pp. 281-299 (versione a cui farò riferimento nelle note di questo contributo); *ID.*, *Note introduttive*, ivi, pp. 1-11 (e spec. p. 5 ss.); v. poi *ID.*, *Prostituzione: addio Merlin?*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 7/2015, p. 781 ss. La tesi dell'incostituzionalità sostenuta nel 1999 si trova ribadita in termini analoghi anche nelle successive edizioni del commentario predetto (III ed., Padova, 2002, pp. 503-505; IV ed., Padova, 2006, pp. 73-76).

Sono poi tornato sul tema ancor più di recente: A. CADOPPI, *Liberalismo e prostituzione*, in *Scritti in onore di Luigi Stortoni*, a cura di M. MANTOVANI – F. CURI – S. TORDINI CAGLI – V. TORRE – M. CAIANIELLO, Bologna, 2016, p. 3 ss.; A. CADOPPI – F. MANFREDI, *Prostituzione e tratta di persone*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 651 ss.

Abstract. *L'autore parte dalla premessa secondo cui vi sono varie tipologie di prostitute e di "prostituzioni", e ai due estremi si pongono da un lato la prostituzione coattiva, e dall'altro il fenomeno delle c.d. "escort", persone che per libera scelta decidono di concedere favori sessuali a pagamento al di là di ogni costrizione. Relativamente a questa tipologia, l'a. si domanda se sia giusto punire il reclutamento ed il favoreggiamento della prostituzione. Se nel 1958, quando fu varata la legge Merlin, il bene giuridico dei reati in materia doveva ritenersi la moralità pubblica, col passare dei decenni e l'evolversi della società e dell'assetto dell'ordinamento, si deve oggi ritenere che il bene giuridico consista nella libertà di autodeterminazione sessuale della prostituta nell'ambito della sua scelta di fornire sesso a pagamento. Tale inquadramento – del resto condiviso da tutta la dottrina e da gran parte della giurisprudenza più recente – porta a ritenere contrastanti con una serie di principi costituzionali i predetti reati. Infatti, si tratta di condotte che non comportano né induzione né sfruttamento, ma solo ausili all'esercizio della prostituzione. La repressione penale di tali condotte comporta dunque una lesione del principio di offensività (perché nessun danno producono al bene giuridico, anzi avvantaggiando il possibile soggetto passivo del reato), ma anche una lesione del diritto di autodeterminazione sessuale della prostituta, tutelato dall'art. 2 Cost. Le predette fattispecie integrano anche altre violazioni costituzionali: al principio di legalità, per la insanabile indeterminatezza delle stesse; e di conseguenza al principio di uguaglianza, e al principio di proporzionalità della pena. L'a. si mostra dunque pienamente d'accordo con l'Ordinanza della Corte d'Appello di Bari del 6 febbraio 2018. Nella parte conclusiva del contributo, si domanda peraltro se sia possibile ipotizzare interpretazioni "secondo Costituzione" delle norme relative: forse si potrebbe pensare di restringere interpretativamente le predette fattispecie ai casi di prostituzione non libera e non volontaria; oppure, si potrebbe dar rilievo in materia alla scriminante del consenso dell'offeso.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il tema. – 3. "Prostituzioni". – 4. La legge Merlin nella sua genesi: brevi cenni. – 5. Le fattispecie della legge Merlin. – 6. Il bene giuridico: evoluzione. – 7. Conseguenze della ridefinizione del bene giuridico. – 7.1. L'incostituzionalità del reato di favoreggiamento e di altri delitti della legge. – 7.1.1. Le violazioni del principio di legalità. – 7.1.1.1. La nozione di "prostituzione". – 7.1.1.2. L'incostituzionalità delle fattispecie di prostituzione per la indeterminatezza dello stesso concetto di prostituzione. – 7.1.1.3. La mancata definizione della fattispecie di reclutamento. – 7.1.1.4. L'incostituzionalità della norma di cui all'art. 3 n. 4 prima parte legge Merlin per contrasto con il principio di legalità. – 7.1.1.5. La mancata definizione del favoreggiamento e la sua indeterminatezza. – 7.1.1.6. L'incostituzionalità del favoreggiamento per violazione del principio di legalità. – 7.1.1.7. Possibili obiezioni alla tesi dell'incostituzionalità per violazione del principio di legalità. – 7.1.2. Il principio di offensività e (alcuni) delitti di prostituzione. – 7.1.2.1. La "dignità": dignità "oggettiva" e "soggettiva" – 7.1.2.2. Il concetto di "vittima". – 7.1.2.3. Dignità, "vittima", e "paternalismo morale" nella prospettiva della legge Merlin. – 7.1.2.4. Repressione della prostituzione come libera scelta e violazione del principio di offensività. – 7.1.3. Libere scelte di prostituirsi e violazione del diritto costituzionalmente garantito di autodeterminazione sessuale. – 7.1.4. Il diritto di esercitare la prostituzione come lavoro in condizioni di salute e sicurezza. – 7.1.5. Altre violazioni costituzionali della legge Merlin relativamente ai reati in esame. – 7.1.6. Quale pronuncia si richiederebbe alla Corte costituzionale? – 7.2. La questione della reinterpretazione "costituzionalmente orientata" di alcune delle fattispecie della legge. – 7.2.1. La ridefinizione del bene giuridico: possibili ricadute interpretative. – 7.2.2. Il favoreggiamento e una sua possibile reinterpretazione. – 7.2.3. Il reclutamento e sue possibili reinterpretazioni. – 7.2.4. Il ruolo del consenso dell'avente diritto nei reati di prostituzione. – 8. Conclusioni. – 9. Osservazioni finali.

1. Premessa.

La Corte d'Appello di Bari, con l'Ordinanza del 6 febbraio pubblicata in [questa Rivista](#), ha rinviato alla Corte costituzionale la questione di costituzionalità dell'art. 3, comma primo, n. 4) prima parte e n. 8) della legge 20 febbraio 1958 n. 75, nella parte in cui configura come illecito penale il reclutamento ed il favoreggiamento della prostituzione volontariamente e consapevolmente esercitata siccome in contrasto con gli artt. 2, 3, 13, 25 comma 2°, 27 e 41 della Costituzione. Da tempo¹ sostengo la tesi dell'illegittimità costituzionale di varie norme della legge Merlin, fra cui quelle considerate nel predetto provvedimento: sono dunque pienamente d'accordo con le conclusioni a cui è giunto l'estensore dell'Ordinanza e con le motivazioni della stessa.

Non mi spingerò in questa sede ad un'analisi filologica dell'Ordinanza, rinviando direttamente alla lettura della stessa, caratterizzata d'altra parte da una chiarezza ed efficacia argomentativa non facilmente superabili da un commento alla stessa. Cercherò piuttosto nelle pagine che seguono di motivare le mie opinioni in materia, richiamando di tanto in tanto l'Ordinanza e le sue conclusioni. Tornerò più volte sulle stesse questioni con inevitabili ripetizioni, e me ne scuso sin d'ora col lettore. Ciò è dovuto al fatto che i principi costituzionali che entrano in discussione in materia sono molti e assai intrecciati fra loro, sicché nel discutere ciascuno di essi non si potrà fare a meno di tornare, a volte, su cose già dette trattando del principio precedente.

Ancor prima di entrare nel vivo della trattazione, mi sia concesso, in questa sede preliminare, un rilievo relativamente all'altra eventuale "scappatoia" che avrebbe potuto adottare il giudice d'appello per risolvere i problemi di incostituzionalità della legge del 1958. Invero – come meglio si vedrà (v. *infra*, § 7.2) – si potrebbe forse prospettare una reinterpretazione di alcune almeno delle fattispecie di cui alla legge Merlin (fra cui quelle di cui all'Ordinanza), dando rilievo al consenso libero e volontario della prostituta. Si tratta di una reinterpretazione delle predette fattispecie "secondo Costituzione" piuttosto coraggiosa, ma che – come meglio si vedrà – potrebbe trovare ampia legittimazione a seguito della ridefinizione del bene giuridico dei reati in tema di prostituzione; ridefinizione proposta in questa sede, accolta dalla stessa Ordinanza, ma, soprattutto, ormai decisamente prevalente nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia. Una volta re-inquadrati i reati di prostituzione come veri e propri reati contro la persona, infatti, si potrebbe ritenere che, nei casi di prostituzione "volontariamente e liberamente esercitata", chi si prostituisce abbia il diritto di acconsentire – e financo di richiedere – ad altri condotte di procacciamento del cliente o più in generale di favoreggiamento. Un consenso che andrebbe ad escludere in concreto

¹ Si veda la nota precedente per un elenco di miei lavori in cui avevo in passato sostenuto questa tesi. Per un primo commento alla Ordinanza, breve ma accurato, rinvio a F. P. LASALVIA, *Reclutamento e favoreggiamento delle escort alla Consulta: prove di diritto penale liberal*, in *Il Quotidiano Giuridico* (rivista online), 5 marzo 2018.

l'offensività e dunque, di conseguenza, se non la stessa la tipicità, quantomeno l'antigiuridicità del fatto².

Restano comunque ferme le argomentazioni relative alla incostituzionalità delle predette ipotesi della legge del '58, che – in difetto di una siffatta eventuale reinterpretazione – sono a mio avviso del tutto fondate.

2. Il tema.

Le questioni sul tappeto, nel caso che ci occupa, sono le seguenti:

- 1) La problematica della incostituzionalità di alcune ipotesi della Legge Merlin;
- 2) La possibilità di reinterpretazione di alcune di quelle ipotesi al fine di scongiurarne l'incostituzionalità.

Al fine di proseguire nell'analisi, pare opportuno premettere che il principale imputato del procedimento culminato nell'Ordinanza della Corte d'Appello era stato condannato dai giudici di primo grado (citata nella stessa Ordinanza) per i soli reati di reclutamento (art. 3 n. 4 legge n. 75 del 1958) e favoreggiamento (art. 3 n. 8 legge cit.). È dunque su questi due reati che si incentreranno le mie riflessioni.

Altro dato determinante che va subito premesso è che a più riprese la sentenza di primo grado aveva sottolineato che le escort che l'imputato avrebbe reclutato o favorito avevano agito in piena libertà. Ovvero si erano determinate agli atti prostitutivi di cui a processo del tutto volontariamente, senza condizionamenti di sorta. Neppure è risultato a processo che esse siano state obbligate ad adempiere ad indiscriminate prestazioni sessuali verso terzi: infatti si è trattato di episodi relativi ad un unico cliente, nei confronti del quale, oltretutto, le escort ben avrebbero potuto, al momento opportuno, rifiutare ogni prestazione sessuale.

Nella sentenza di primo grado non solo emerge che le escort hanno agito in piena libertà e con piena volontà, ma che non hanno subito alcun danno, ma tutt'al più vantaggi, dagli episodi prostitutivi a loro addebitati. Alcune di loro si erano infatti costituite parte civile, ma i giudici di prime cure hanno recisamente negato ogni risarcimento del danno (morale o materiale) proprio per la mancanza di alcun danno arrecato alle stesse.

Le vicende oggetto di giudizio nel processo di cui all'Ordinanza, dunque, si caratterizzano, nell'ambito della materia "penale-prostituzionale", come veri e propri "casi di scuola". Esse si prestano perfettamente ad una discussione giuridica sulle questioni sopra esposte (possibile incostituzionalità di alcune delle norme della legge Merlin, ed eventuale reinterpretazione di alcune delle fattispecie della legge stessa). Una discussione che può farsi con relativa "serenità", in questo caso, visto che, da un lato, non sono addebitati all'imputato i reati "peggiori" della legge Merlin (sfruttamento, induzione o altri, specie se aggravati *ex art. 4* della legge); e che, dall'altro, siamo ben

² Anche su questo punto, sostenevo già da anni la necessità di dar maggior rilievo al *consenso* dell'offeso nei reati di prostituzione, sempre condividendo la tesi col collega Paolo Veneziani, in A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale. Introduzione e analisi dei titoli*, Padova, 2004, p. 217.

lontani da ipotesi di prostitute “da strada” sfruttate e magari costrette a concedere il loro corpo ad altri.

In fondo, i quesiti che dobbiamo porci in questa sede sono i seguenti: è giusto punire chi procura un cliente ad una prostituta (*rectius* escort), la quale è perfettamente libera nella sua scelta di prostituirsi, e per la quale il procacciamento di un cliente rappresenta addirittura un vantaggio? Si può dire che un simile fatto leda il bene giuridico protetto oggi dalle norme in materia? Si può dire che la punibilità di una simile ipotesi (se ritenuta inevitabile sul piano interpretativo delle norme relative) sia conforme a Costituzione? Si può, infine, procedere ad una reinterpretazione delle norme applicabili, in modo da escludere queste ipotesi “di scuola” dall’operatività delle stesse senza passare attraverso una declaratoria di incostituzionalità?

3. “Prostituzioni”.

Come è stato ben rilevato nell’ambito dei più recenti studi criminologici³, non si può parlare di “prostituzione” al singolare, come se si trattasse di un fenomeno unitario, ma piuttosto di “prostituzioni”. Vi sono varie categorie di prostitute, che oltretutto oggi non sono più tutte dello stesso genere, ma spaziano fra il genere femminile, quello maschile, ed altri ancora. Le prostitute – userò sempre il femminile, più per comodità e per rispetto della tradizione che per ossequio alla realtà sociale sempre più frastagliata – sono inquadrabili in una vera e propria scala “gerarchica”, sotto il profilo del disvalore dei fatti di cui esse stesse sono bene o male protagoniste. Pur semplificando, possiamo distinguere almeno fra tre categorie: a) si parte dalla ragazza di colore o extracomunitaria traghettata in Italia sotto il pretesto di darle un lavoro, e che viene poi sbattuta nel mercato del sesso, e costretta a prostituirsi magari con violenze minacce ed altro (qui la prostituzione si mescola alla vera e propria tratta): chiamiamola generalizzando *prostituzione coattiva*; b) si passa alla giovane ragazza che per estremo stato di bisogno è costretta – in qualche modo – a prostituirsi; appaiata a questa potremmo inquadrare la giovane tossicodipendente che per procurarsi la droga vende il suo corpo: chiamiamola pur con approssimazione *prostituzione necessitata*; c) all’estremità “inferiore” di questa scala gerarchica, troviamo la “escort”, ovvero una ragazza che accompagna ricche persone bisognose di compagnia, e più o meno occasionalmente, nell’ambito di questa attività, si prostituisce, spesso scegliendo il cliente, e rifiutando dunque chi non le aggrada per qualche motivo: chiamiamola *prostituzione volontaria, o libera, o per scelta*.

A queste varie tipologie di prostitute corrispondono spesso varie tipologie di clienti, e varie tipologie di “sfruttatori”, “reclutatori” e “favoreggiatori”. Nell’ambito dell’ultima categoria, quella delle escort, i clienti sono spesso ricchi o benestanti, e

³ I. MERZAGORA – G. TRAVAINI, *Prostituzioni*, in A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, cit., pp. 38-55. A questo volume si farà spesso riferimento nel presente scritto. Sugli aspetti criminologici, ancor più di recente, v. gli stessi I. MERZAGORA – G. TRAVAINI, *Prostituzione: il mestiere più nuovo del mondo*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2017, p. 635 ss.

raramente aggressivi o brutali; non di rado è assente la figura dello sfruttatore; e resta chi le procura clienti e chi le favorisce nella loro attività, magari occasionalmente. La escort comunque di norma non dipende da nessuno, e il “favoreggiatore” le dà fondamentalmente una mano per trovare il cliente o più in generale per agevolarne l’attività. Si tratta, per usare categorie del diritto del lavoro – che come si vedrà non sono poi così fuori luogo – di una *lavoratrice autonoma*, e non subordinata⁴.

È chiaro che sotto il profilo criminologico le figure di prostitute che necessitano protezione penale sono essenzialmente le prime due. Queste, sempre per usare terminologie care ai criminologi, sono da considerare vere e proprie “vittime”. Non così le escort, che sono semplicemente persone che effettuano scelte di vita magari non approvate dalla morale dominante, ma che non sono vittime di nessuno, né del cliente né del favoreggiatore (o reclutatore): entrambi recano solo vantaggi alle escort e al loro lavoro. Si può infatti dire, relativamente a questa terza categoria di persone, come meglio vedremo, che il loro “mestiere” sia considerabile a tutti gli effetti un “lavoro”.

Nel caso che ci occupa, siamo sicuramente nell’ambito della terza categoria, quella sub c), ovvero di quella di escort che non devono e non possono assolutamente essere considerate vittime, e che esercitano per libera scelta, magari anche solo occasionalmente, un lavoro, probabilmente immorale, ma che non reca danno a nessuno e men che meno a loro stesse. Questo è del resto quanto attesta la stessa citata sentenza di primo grado nel processo barese, che sottolinea da un lato la libertà della scelta delle escort di cui ai fatti considerati, e dall’altro la mancanza assoluta di qualsiasi danno, morale o materiale, nei loro confronti. Va inoltre ribadito che le escort in questione, come spesso accade nel settore, sono “libere professioniste”, o comunque lavoratrici autonome, non dipendendo da nessuno e non essendo inserite in alcuna organizzazione prostitutiva.

Se relativamente alle categorie di prostitute sub a) e sub b) (e pur considerando le mille sfumature che troviamo fra un caso e l’altro nella realtà sociale) si può giustificare un l’intervento penale (che deve anzi essere particolarmente severo nelle ipotesi più gravi), per le persone di cui alla terza categoria, quella sub c), in realtà, la questione della legittimazione dell’intervento penale è tutta da discutere, ed anzi, come si vedrà, è da risolvere decisamente in senso negativo, almeno per alcune delle ipotesi di cui alla legge Merlin.

4. La legge Merlin nella sua genesi: brevi cenni.

Al fine di proseguire il discorso sull’attuale assetto della legge Merlin e sulle questioni di cui si è detto, occorre premettere almeno brevi cenni sulla genesi della legge del 1958.

Come è noto, anteriormente al 1958, in Italia vigeva un sistema di regolamentazione della prostituzione. Non è il caso di entrare in dettagli sul punto, e del

⁴ Esistono anche vere e proprie organizzazioni di escort, ma non è il caso di cui al processo barese.

resto si tratta di cose per lo più note, ma la prostituzione si svolgeva nelle c.d. “case chiuse”, che dovevano essere autorizzate dall’autorità, e dove le prostitute erano soggette a costanti controlli sanitari al fine di evitare il più possibile la propagazione di malattie veneree.

Sarebbe complesso cercare di descrivere in modo attendibile quelle realtà. Vi è chi le ha dipinte come realtà addirittura gioiose e serene⁵, e chi ha evidenziato gli aspetti più crudi e foschi di quegli ambienti⁶.

Certamente, se consideriamo la condizione generale della donna in Italia a quel tempo (si tratta di sessanta anni fa!), ci rendiamo conto che le ragazze o donne che si trovavano nei “bordelli” non dovevano godere di grande libertà, ed è verosimile pensare che molte di esse fossero in un modo o nell’altro costrette – si pensi alla povertà italiana del dopoguerra – a fare “il mestiere più antico del mondo” per campare o comunque per cercare di risollevare la loro condizione economica di partenza.

I motivi per cui si giunse alla approvazione della legge “Merlin” (dalla senatrice socialista Lina Merlin, costituente e prima donna ad entrare nel Senato italiano) sono vari. In primo luogo al tempo vi era un movimento internazionale – sorto in Inghilterra nelle ultime decadi dell’Ottocento – per l’abolizione delle case di prostituzione. Erano anche stati approvati documenti internazionali in questo senso. Nel corso dei decenni, in molti stati (a partire dai paesi nordici) si era già attuata la svolta “abolizionista”, e l’Italia arrivò quasi ultima a quel traguardo, una decina d’anni dopo la Francia.

Gli abolizionisti avevano come ultimo obiettivo quello di eliminare *in toto* la prostituzione. A questo fine, il primo passo era quello di chiudere i bordelli legalizzati. La prostituzione non doveva essere proibita in quanto tale, anche perché le prostitute si ritenevano comunque vittime, e non le si voleva punire. Tuttavia, si dovevano reprimere tutte le condotte di terzi collegate alla prostituzione, e necessarie il più delle volte per rendere *tout court* possibile l’esercizio stesso della prostituzione. Ciò al fine di rendere quasi impossibile alle prostitute di accedere alla “professione” e di esercitarla. La legge approvata nel ’58 ha, coerentemente con questi obiettivi, dato vita ad una fittissima maglia di divieti penalmente sanzionati. L’art. 3 punisce non solo tutte le condotte relative alla apertura o gestione di case chiuse; ma anche la concessione in locazione di locali ad uso di prostituzione; il reclutamento di prostitute; l’induzione alla prostituzione; e infine, a chiusura, lo sfruttamento e il favoreggiamento della prostituzione.

Come al solito, è difficile ricostruire la *voluntas legislatoris* dell’epoca come una cosa unitaria, ché infatti molte erano le differenti anime che contribuirono all’approvazione della legge. Sono molto istruttive comunque le parole del relatore del progetto di legge al Senato senatore Boggiano Pico, e del relatore del progetto alla Camera onorevole Tozzi Condivi. Il cattolicissimo Boggiano Pico⁷ riferiva delle condizioni dei bordelli (derivando le notizie da reports della Società delle Nazioni): “Le

⁵ I. MONTANELLI, *Addio Wanda!*, Milano, 1956, in una dura critica alla nuova legge ormai in via di approvazione.

⁶ Si vedano ad es. le relazioni Boggiano Pico e Tozzi Condivi di cui al testo tra breve.

⁷ Si veda la voce Boggiano Pico, Antonio, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 11 (1969), versione online.

ragazze sono costrette a mettersi a disposizione in qualunque momento di ogni cliente, anche il più ripugnante. La loro dignità umana è annullata”⁸. Sfruttate sessualmente, non raramente erano costrette a ricevere dieci uomini e anche più in una sola notte. Sottolineava anche la grande importanza, nella società d’allora, che le ragazze potessero giungere vergini al matrimonio; e che le spose potessero essere sempre fedeli ai mariti. Ribadiva inoltre che vari studi medico-antropologici sulla sessualità dell’essere umano avevano attestato che il rapporto poligamico era contrario alla natura della specie umana. Condannava aspramente il sesso come piacere: “prendere la *libido coeundi* come finalità significa ridiscendere alla pura animalità, rinnegando la dignità umana”. Sottolineava poi l’illiceità e l’immoralità del rapporto di prostituzione, dove oltre alla libertà veniva lesa la dignità umana. E ribadiva che la prostituta nelle case chiuse non godeva di alcuna libertà, “poiché a nessuno che lo richieda può ricusarsi”. Neppure era di norma concesso alle prostitute comunicare con l’esterno, se non con lo sfruttatore.

Ancor più marcatamente cattolica l’impronta del discorso dell’onorevole Renato Tozzi Condivi. In un sito web dell’azione cattolica⁹, di lui – rimasto vedovo assai giovane – si scrive: “Pur ancora molto giovane non cerca di risposarsi, mantenendo nei confronti della donna un atteggiamento fatto di enorme rispetto e pure di timidezza: per lui la donna era la mamma, la moglie, la figlia, la Santa Madre di Gesù verso la quale nutrì sempre grande devozione”. L’onorevole democristiano più volte parla di rispetto della morale nel suo discorso. Il progetto di legge segnava “le premesse necessarie per giungere ad una più completa elevazione della morale pubblica”¹⁰. Torna poi sulla questione della dignità umana. E quanto alla libertà, rimarca che “la prostituta non è libera. La prostituzione regolamentata ammette questa degradazione della libertà”. Il Tozzi Condivi, in linea con le prescrizioni cattoliche, invita all’utilizzo dell’istinto sessuale solo per finalità di procreazione, in quanto ogni deviazione da queste finalità porta ad una “degradazione della dignità della persona umana”. E conclude sottolineando che, se anche la legge diverrà famosa come “legge Merlin” [socialista, N.d.R.], essa sarà in realtà considerata sempre come la “più alta legge cristiana”.

Le citazioni, pur concise, ci fanno respirare l’atmosfera di quei giorni, e comprendere molti degli obiettivi dei compilatori della legge.

Ci evidenziano anche il fatto che con la legge si voleva colpire soprattutto lo sfruttamento della prostituzione, e del resto il titolo della legge (“Abolizione della regolamentazione della prostituzione e lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui”) lo evidenzia chiaramente. Le case chiuse dovevano essere abolite non solo perché erano sinonimo di uno “Stato ruffiano” che la mentalità cattolica e benpensante

⁸ Il discorso di Boggiano Pico fu pubblicato in G. GUSTAPANE, *Casa di prostituzione e lenocinio*, Lecce-Galatina, 1959, p. 223 ss.

⁹ Si veda il sito “santiebeati.it”.

¹⁰ Anche il discorso dell’onorevole Tozzi Condivi si trova pubblicato in G. GUSTAPANE, *Casa di prostituzione*, cit., p. 257 ss. Va aggiunto che era diffusa all’epoca l’idea che la donna prostituta fosse persona deviante e immorale, ed anche socialmente pericolosa (l’eco della concezione lombrosiana della prostituta come “donna delinquente” non si era probabilmente ancora spento): si veda sul punto, con citazioni dai lavori preparatori della legge del ’58, R. DAMASO, *Il diritto penale e il corpo delle donne*, in *Studi sulla Questione Criminale*, XI, n. 2, 2016, pp. 9-41, ed ivi p. 23.

di allora non poteva tollerare; ma anche perché le prostitute nei bordelli erano davvero – almeno a sentire quei discorsi¹¹ – private della loro libertà, anche e soprattutto di scelta del cliente. Dunque toglierle dalle case di tolleranza significava, secondo i proponenti della legge, garantire in fondo la loro libertà, e con essa la loro dignità.

In definitiva, per capire lo spirito della legge ci si deve porre nel contesto del tempo, e di una prostituzione davvero sfruttata e quasi coatta all'interno dei bordelli di Stato.

Non solo. È più in generale la condizione della donna che a quel tempo era lontana miglia da quella odierna¹². Si pensi che le donne all'epoca avevano avuto il diritto di voto solo da pochi anni. Ancora, una donna non poteva diventare magistrato, cosa che avvenne solo a partire dal 1963. Nel codice penale, era previsto il delitto di adulterio solo per la donna, perché solo per lei vigeva un obbligo "penale" di fedeltà. Il marito poteva essere punito solo se commetteva "concubinato", ovvero se manteneva presso la casa coniugale o altrove una "concubina". Solo alla fine degli anni '60 la Corte costituzionale dichiarò l'incostituzionalità di quelle norme antiche e sessiste. In famiglia vigeva d'altra parte la "patria potestà", trasformata solo nel 1975, con la riforma del diritto di famiglia, in "potestà genitoriale", equiparando il ruolo di marito e moglie nella educazione dei figli (istituto ulteriormente ritoccato nel 2013 nella meno autoritaria "responsabilità genitoriale"). Lo stesso marito deteneva nei confronti della moglie la "potestà maritale", nonostante l'art. 3 della Costituzione e la parità fra i sessi in esso contemplata (su emendamento della stessa senatrice Lina Merlin): anche questa "superiorità normativa" del marito fu eliminata nel 1975. La moglie non poteva – anche per questa disparità – negare di concedersi sessualmente al marito, sicché il marito che ne pretendeva violentemente l'amplesso non commetteva violenza carnale (art. 519 c.p.) essendone esentato (in Italia, come altrove: v. la "*marital rape exemption*" del diritto inglese). Solo attorno al 1977 la Cassazione italiana giunse a condannare lo "stupro maritale", con una storica svolta giurisprudenziale.

Non occorre proseguire in questa infinita carrellata per dimostrare quanto grande fosse la differenza fra uomo e donna – persino nelle leggi dello Stato – fino almeno ai primi anni '70. Un abisso che naturalmente si ripercuoteva anche in materia di prostituzione, dove la donna era ancor più sottomessa all'uomo rispetto a quanto avveniva negli ambiti di vita sociale normale, fino a perdere quasi completamente la propria libertà (nelle stesse case chiuse) e ad essere oggetto di sfruttamenti vari da parte di persone di dubbia moralità, non a caso denominati con vari epiteti spregiativi ("pappone", "magnaccia", "lenone", "ruffiano", ecc.).

Considerato quanto finora detto, anche se si possono nutrire forti riserve sulla legge Merlin (una brutta legge, mal scritta, che affastellava fattispecie fra loro molto diverse¹³, e che presentava vari aspetti di ipocrisia "all'italiana"), si deve riconoscere che,

¹¹ Ben diversamente, come accennato, la pensava ad esempio Indro Montanelli, fiero oppositore, con tanti altri, della legge Merlin.

¹² Sul punto rinvio ad A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, cit., pp. 284-285.

¹³ Fu duramente criticata sotto l'aspetto tecnico sin dall'inizio da tutti i giuristi italiani. Per tutti, v. F.

allora, essa costituì un passo avanti, o almeno aveva questo obiettivo. In particolare, tenendo conto del fatto che la donna – già bistrattata da una società arretrata e maschilista – nei postriboli autorizzati perdeva sostanzialmente ogni libertà e ogni dignità, con la nuova legge si voleva ridare libertà e dignità a queste persone, liberandole da quella sorta di schiavitù costituita dai “bordelli di Stato”.

5. Le fattispecie della legge Merlin.

Solo a seguito della pur rapida sintesi dianzi svolta relativamente al contesto in cui sorse la legge Merlin, si possono forse comprendere le scelte da essa effettuate.

Il bene giuridico, intanto. Esso, nello spirito dei compilatori della legge – pur nella confusione di idee già allora diffusa – era certamente la moralità pubblica. Tuttavia, gli artefici della legge dovevano anche mirare a proteggere la libertà della donna-prostituta. Ciò nel senso che le fattispecie ricalcavano la figura della prostituta di allora, che, come si diceva, era una persona che nei bordelli perdeva sostanzialmente ogni libertà. Non si pensava, in quel momento, alla figura della prostituta che per scelta avesse deciso di svolgere quel mestiere come attività “libero-professionale”, perché non era quella la realtà su cui i compilatori della legge volevano incidere. La stessa dignità umana, della prostituta, si riproponeva nei discorsi dei lavori preparatori della legge, per il medesimo motivo: quelle donne, costrette fra le quattro mura dei “casini di Stato”, obbligate a far sesso con chiunque, senza possibilità di cernita o di rifiuto, e spesso sfruttate da uomini senza scrupoli nella loro vita privata, avevano abdicato, più o meno coattivamente, alla loro dignità, in una vita di degrado stigmatizzata persino dalle teorie lombrosiane della “donna delinquente”¹⁴.

L'intervento della legge Merlin era sicuramente paternalistico, nel senso che la legge si sostituiva alla stessa volontà delle prostitute impedendo loro di proseguire la vita del bordello, e proteggendole dalla stessa loro possibile scelta di prostituirsi. Ma i motivi di tale ingerenza paternalistica erano radicati nella realtà degradata delle case chiuse, dove le stesse donne – per scelta o non – abdicavano ad ogni possibile libertà futura, gettandosi nelle spire di un ingranaggio che non perdonava, e che le avrebbe costrette ad accettare tutto e tutti, solo per qualche spicciolo magari da devolvere al magnaccia di turno. Il fatto è che nella società di quel tempo, e considerando la condizione della donna di quegli anni (i primi progetti Merlin risalgono agli anni '40!), una tutela paternalistica aveva forse senso, e sicuramente lo aveva se l'obiettivo

ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, vol. I, V ed., Milano, 1966, p. 414: “le disposizioni penali della legge, a prescindere dai motivi, quanto mai discutibili, di politica legislativa che hanno determinato la riforma, appaiono sotto l'aspetto tecnico, come già la quasi unanime dottrina nei primi scritti ha avuto modo di rilevare, così infelicitemente espresse che l'interprete non riesce a sottrarsi ad un senso di vero e proprio smarrimento. Si direbbe che le preoccupazioni di natura extragiuridica, nonché la fretta, abbiano fatto dimenticare i principi fondamentali che la scienza e la tecnica del diritto, con lunghi e faticosi sforzi, hanno elaborato per la formulazione delle leggi”.

¹⁴ C. LOMBROSO – G. FERRERO, *La donna delinquente, la prostituta e la donna normale*, Torino, 1893, *passim*.

principale era quello di eliminare luoghi così squallidi come i bordelli, e reprimere ogni condotta capace di riproporne l'esistenza.

Le fattispecie introdotte evidenziavano questi obiettivi del legislatore e il clima nel quale la legge si muoveva¹⁵. Pur senza voler qui eccedere nell'analisi, è chiaro che tutti i delitti di cui ai primi 4 numeri dell'art. 3 della legge avevano di mira l'abolizione delle case chiuse e il divieto di ricostituirne di nuove. Lo stesso n. 4), relativo al reclutamento, aveva senso, anche terminologicamente, solo nella prospettiva della prostituzione come la si era vista all'opera nei bordelli di Stato fino al 1958. Si "reclutava" una prostituta al fine di inviarla in una casa chiusa, di metterla "al soldo" di qualcuno o di una qualche organizzazione volta alla gestione e allo sfruttamento della prostituzione. Non è un caso che la legge richiedesse che il reclutamento avvenisse al fine "di farle esercitare la prostituzione", laddove è chiaro che si intendeva non l'attività di chi reperiva una donna disinibita disposta a concedersi per denaro ad un cliente isolato e per un episodio isolato, ma quella di chi "ingaggiava" una donna (che fosse o meno già prostituta) al fine di farle esercitare il mestiere nel modo tradizionale che allora era usuale. Nel contesto in cui nasceva la legge, il "reclutamento" dunque doveva essere un delitto di una certa gravità, proprio perché era attraverso il reclutamento che avveniva la formazione del "materiale umano" delle case di tolleranza.

Quanto alle fattispecie di induzione, esse evidentemente miravano a colpire chi portava donne "oneste" verso la "cattiva strada" della prostituzione. Qui era chiaro un intento paternalistico e moralistico. Paternalistico, perché si riteneva che la "debolezza" della donna (peraltro effettiva all'epoca) necessitasse di tutela rafforzata anche solo verso gli "allettamenti" di terzi a dedicarsi al mestiere; moralistico, perché si riteneva comunque moralmente disdicevole l'avviamento verso la strada del mercato del sesso, a prescindere dalla considerazione di libertà di autodeterminazione in materia al tempo lungi dall'essere anche solo immaginate, specie per le donne (che, come diceva Boggiano Pico, dovevano giungere "vergini" al matrimonio). Tuttavia, la repressione dell'induzione, specie allora, poteva avere un senso, proprio per la considerazione della particolare vulnerabilità della donna, specie di bassa condizione sociale, nella società dell'epoca. Va sottolineato, in effetti, che la fattispecie di cui al n. 5) si applicava in base al dettato normativo solo relativamente all'induzione di una "donna". Una simile disparità di trattamento, sicuramente contrastante, in astratto, con l'art. 3 Cost., in concreto, nella società di allora, poteva, se non giustificarsi, quantomeno comprendersi. Oggi, nel contesto attuale, deve ritenersi sicuramente incostituzionale.

Il n. 7) riguardava ancora una volta sostanzialmente la prostituzione organizzata, questa volta illegalmente, attraverso associazioni dedite al reclutamento delle persone per la prostituzione, ovvero sostanzialmente al fenomeno oggi noto come "tratta".

¹⁵ Si rinvia per analisi delle fattispecie, nell'ambito di opere uscite poco dopo l'entrata in vigore della legge, fra gli altri, a G. GUSTAPANE, *Case di prostituzione*, cit.; F. Leone, *Delitti di prossenetismo ed adescamento*, Milano, 1964.

Assai centrata la ricostruzione dell'impianto della legge fatta a neppure vent'anni dalla sua entrata in vigore da F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio a mezzo stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, pp. 695-707.

Il n. 8), come noto, prevedeva le fattispecie residuali dello sfruttamento e del favoreggiamento della prostituzione.

La repressione penale dello sfruttamento aveva *ictu oculi* un senso, specie in quel contesto. Naturalmente si doveva trattare di reato abituale, visto che la prostituzione, così come intesa allora, era un vero e proprio “mestiere”. La repressione del favoreggiamento poteva porre maggiori problemi di legittimazione. Che senso aveva punire chi favoriva una prostituta nella sua attività, quando la legge non richiedeva espressamente un esercizio coattivo del mestiere? Ebbene, anche qui si può capire quel reato solo mettendosi nella prospettiva di chi viveva al tempo delle case chiuse e della prostituzione di Stato. I compilatori della legge non pensavano certo alle odierne “escort”. Pensavano alle ragazze sfruttate nei bordelli e costrette a cedere il loro corpo a chicchessia indiscriminatamente, senza possibilità di scelta o di rifiuto del cliente. In questo contesto, era forse comprensibile – anche in un’ottica di abolizione delle case chiuse – pensare di punire il semplice favoreggiamento. Non si contemplava neppure l’ipotesi di una prostituzione davvero libera; e nei casi in cui si poteva ravvisare una qualche scelta da parte della prostituta, una tale scelta veniva ritenuta immorale e comunque offensiva della dignità. Si ricordino le parole di Boggiano Pico: le ragazze dovevano giungere vergini al matrimonio. Cosicché si interveniva paternalisticamente senza riconoscere una vera e propria libertà di autodeterminazione in campo sessuale alle giovani donne.

6. Il bene giuridico: evoluzione.

Nei primi tempi, la dottrina e la giurisprudenza interpretarono il bene giuridico dei reati in esame collocandolo prevalentemente nella moralità pubblica e nel buon costume¹⁶. Una riprova di ciò si ha nel fatto che per molto tempo non si è ritenuta ammissibile la costituzione di parte civile, salvo i casi delle aggravanti di cui al n. 1) dell’art. 4, che richiedevano la violenza o la minaccia e dunque anche la lesione di un bene individuale (sul punto v. *infra*, § 6.2.1 e altrove). Invero, persona offesa dei delitti in questione, non aggravati, era ritenuto lo Stato, non persone fisiche determinate.

Ovviamente, così inquadrati i reati di prostituzione, si prescindeva dall’accertamento dell’esistenza di una vittima. O meglio, forse si può dire che, nell’ottica del legislatore del ’58, la prostituta doveva considerarsi presuntivamente una vittima, nel senso che la si inquadrava per come essa si trovava costretta ad agire nell’ambito delle case di prostituzione. Del resto abbiamo visto che la prospettiva era comunque paternalistica. Non si prendeva in considerazione il punto di vista della prostituta, ma beni a lei superiori quali la stessa moralità o la dignità. Questo concetto di dignità poi era tutto particolare. Non si trattava di una dignità soggettiva, personale, legata alla concezione che ogni donna poteva avere di sé stessa; ma di una dignità

¹⁶ Fra i tanti G. GUSTAPANE, *Casa di prostituzione e lenocinio*, Galatina, 1959, *passim*; A. CALVI, *Sfruttamento della prostituzione*, Padova, 1970, p. 73.

oggettiva, impersonale, legata a ciò che lo Stato o la morale corrente riteneva un comportamento giusto e appropriato per una ragazza (v. *amplius infra*, spec. § 7.1.2.1).

Questa concezione – legata alla genesi delle fattispecie in materia – è stata seguita per decenni, anche se pian piano la dottrina ha cominciato a suggerire impostazioni diverse. Si può citare Francesco Palazzo, che, sulle orme dello stesso Antolisei, già a metà degli anni '70 sosteneva che la legge aveva inteso “garantire la libertà sessuale della prostituta”¹⁷.

Occasionalmente, questo bene giuridico emergeva anche in giurisprudenza, già negli anni '80¹⁸, anche se prevalente continuava ad essere l'inquadramento sotto l'ala protettrice della moralità pubblica.

La dottrina, col passare degli anni, ha sempre più spostato l'asse della tutela verso il “nuovo” bene giuridico *libertà di autodeterminazione della persona in materia sessuale*. Oggi si può dire che questo è l'orientamento decisamente dominante, e ormai costante della dottrina¹⁹.

Anche la giurisprudenza ha fatto altrettanto, sia pur con qualche ritardo rispetto alla dottrina. A partire soprattutto da una sentenza della Cassazione del 2004²⁰ che peraltro traeva spunto da altri interessanti precedenti (come la già citata sentenza del 1985) - si è proceduto ad una ridefinizione del bene giuridico, con una deviazione dalla impostazione dalla stessa sentenza definita “moraleggiante” della giurisprudenza precedente. Ad avviso della Cassazione, la legge Merlin aveva proceduto a porre in primo piano, “accanto alla salvaguardia della moralità pubblica, del buon costume e dell'ordine sociale, evidenziata da alcune sanzioni marginali in tema di adescamento e di turbativa della pubblica tranquillità, la dignità e la libertà della prostituta”. Il “nuovo” bene giuridico individuato dalla sentenza *de qua* è dunque quello della “*dignità e la libertà della persona umana con particolare riguardo al libero esercizio del meretricio* al fine di evitare lo sfruttamento della stessa o comunque il pericolo di una qualsiasi forma di speculazione”. Questo bene giuridico deve ritenersi, per il giudice di legittimità, “preminente rispetto all'altro” (ovvero a quello “vecchio” della moralità pubblica), e le fattispecie della legge Merlin dovrebbero essere reinterpretate alla luce di questo bene giuridico, in modo “costituzionalmente orientato”.

¹⁷ F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio a mezzo stampa*, cit., p. 704. V. anche F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 416.

¹⁸ Si veda Cass., sez. II, n. 5838 del 15 febbraio 1985, Rv. 169748 (citata anche dal giudice di prime cure, p. 36 della sentenza).

¹⁹ Da ultimi A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, in A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, cit., p. 282 ss.; D. PULITANÒ, *Diritto penale. Parte speciale*, I, Torino, 2011, pp. 309-310; F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, in A. CADOPPI (a cura di) *Prostituzione e diritto penale*, cit., p. 302 ss.; A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona: la rilevanza penale della condotta di favoreggiamento*, in A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, cit., p. 315 ss; nonché L. BONTEMPI, in *Codice penale commentato* a cura di E. DOLCINI e G.L. GATTA, Milano, 2015, vol. III, pp. 1988-1989; ed ora V. BONFANTI – P. DI NICOLA, in P. DI NICOLA – V. BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, Milano, 2015 e *passim*; T. PADOVANI, *La disciplina penale della prostituzione*, Pisa, 2015, p. 372; e nella sostanza M. BERTOLINO, *Introduzione al focus*, in *Focus: prostituzione e tratta. Lo sfruttamento sessuale della persona nella globalizzazione*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 627 ss., ed ivi p. 631.

²⁰ Cass. Pen., Sez. III, 8 giugno 2004, n. 35776.

La giurisprudenza più recente sembra sul tema sempre più incline ad accogliere questa impostazione. Va peraltro detto che non mancano isolate sentenze più “conservatrici” che mantengono il vecchio inquadramento della moralità pubblica e del buon costume²¹, e altre “intermedie” che abbinano l’originario, vetusto interesse tutelato a quello più “moderno” della libertà di autodeterminazione sessuale della prostituta²².

Va rilevato che l’impostazione della importante sentenza n. 35776 del 2004 viene accolta in pieno anche da una pronuncia ancor più recente dalla Corte Suprema, ovvero la n. 49643 del 2015 (ud. 22 settembre e depos. 17 dicembre), particolarmente rilevante per il nostro caso, in quanto riguardante un processo milanese concernente fatti assai simili a quelli giudicati a Bari, e relativi a prostituzioni a vantaggio dello stesso cliente finale. In questa sentenza si legge che il bene giuridico sarebbe *tout court* quello della “libera autodeterminazione della prostituta a svolgere le proprie attività”.

Il processo di affrancazione dal bene giuridico moralità pubblica e buon costume – che del resto era quello delle fattispecie originarie del codice Rocco in materia di prostituzione – non lascia certamente sorpresi. La stessa sussistenza in generale del bene giuridico “moralità pubblica e buon costume”, oggi, può lasciare grandemente perplessi, se non addirittura suscitare forti dubbi di illegittimità costituzionale. In un ordinamento laico, in un sistema penale affrancato da contaminazioni con i precetti religiosi – caratteristica di altri sistemi molto lontani dal nostro, come buona parte di quelli islamici – non ha senso proteggere la “moralità pubblica in quanto tale”. Sul punto ci sarebbe da dir molto, e non è questa la sede per farlo. Si può rimandare per tutti a chi ha da tempo autorevolmente studiato queste tematiche con un’impostazione moderna e in linea con la nostra Costituzione²³.

Ma le opinioni dottrinali – come spesso accade – anticipano successivi sviluppi della giurisprudenza e della stessa legislazione. Il risultato è stato in pratica il progressivo annientamento dello stesso Titolo IX del codice penale²⁴, che, nell’impostazione originaria del codice Rocco (1930), doveva giocare un ruolo determinante nella tutela dei *boni mores* e della “ferrea moralità” dello Stato fascista; uno Stato – non dimentichiamolo – che nel 1929 aveva coi Patti lateranensi dichiarato la religione cattolica come “Religione dello Stato”.

Si è cominciato proprio con i reati in tema di prostituzione, che con la riforma del ’58 sono stati espunti dal codice penale, ed in particolare dallo stesso Titolo IX. Peraltro, come detto, inizialmente queste abrogazioni non hanno determinato un chiaro re-inquadramento delle nuove fattispecie extracodicistiche della legge Merlin sotto il profilo del bene tutelato. Nel 1996 è arrivata peraltro la riforma più cospicua, che ha privato il Titolo IX del più corposo gruppo di delitti, ovvero dei delitti c.d. “sessuali”.

²¹ Per es. Cass. Pen., sez. III, N. 4139 del 2012.

²² Per es. Cass. 9 novembre 2004, e 14 ottobre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, 454 ss.

²³ G. FIANDACA, *Problematica dell’osceno e tutela del buon costume*, Padova, 1984. L’impostazione di Fiandaca è stata seguita dalla dottrina pressoché unanime e anche dalla giurisprudenza in importanti casi di cui si dirà nel testo.

²⁴ Sul punto mi permetto rinviare ad A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Introduzione alla parte speciale*, vol. I, V ed., Padova, 2016, pp. 261-286.

Essi – come è ampiamente noto – sono stati ricollocati con la legge n. 66 di quell’anno nell’alveo dei delitti contro la persona (Titolo XII), realizzando ciò che la dottrina e la stessa opinione pubblica auspicava da decenni. Era assurdo infatti inquadrare lo stupro ed altri reati del genere nell’ambito dei delitti contro la moralità pubblica, quando si trattava di violazioni di un diritto fondamentale e inviolabile della persona come la libertà di autodeterminazione sessuale.

Restavano nell’ex roboante Titolo IX ormai pochi reati, ed anzi sostanzialmente solo i delitti di cui agli artt. 527 e 528. In relazione a questi delitti, già la giurisprudenza, sulla scia delle illuminanti indicazioni della dottrina più moderna (*in primis* il citato Fiandaca), aveva sostanzialmente spostato l’asse dalla tutela del vetusto bene della moralità pubblica e buon costume a quello dell’individuo, relativamente alla libertà da intromissioni nella sfera della sua riservatezza costituite da ostentazioni di oscenità imposte allo stesso contro la sua volontà. Anche a seguito di questa ridefinizione del bene giuridico, la giurisprudenza (e così le stesse Sezioni Unite e la Corte Costituzionale²⁵), hanno avallato la esclusione dalla sfera di operatività della norma di cui all’art. 528 dell’esposizione per il commercio di videocassette pornografiche in sale frequentabili da soli adulti consenzienti.

La recente legge di depenalizzazione (d. lgs. N. 8 del 2016) ha spazzato via quasi integralmente anche ciò che restava dei detti artt. 527 e 528, trasformati, salvi alcuni rimasugli, in meri illeciti amministrativi²⁶.

Dunque, si può dire che ormai del Titolo IX non rimane quasi nulla di penalmente rilevante, a definitiva conferma dell’inattualità – per usare un eufemismo – del bene giuridico moralità pubblica e buon costume.

Considerando questo percorso, dicevo, non stupisce affatto che anche in materia di prostituzione, reati concepiti inizialmente (1958), pur ambiguamente, forse come reati contro la morale, o comunque come reati volti a proteggere paternalisticamente donne deboli e schiavizzate, a prescindere dalle loro scelte, l’interesse protetto venga oggi spostato con decisione verso la *tutela della persona*. I reati di prostituzione debbono essere considerati oggi reati contro la persona a tutti gli effetti. E in particolare come reati contro la *libertà di autodeterminazione in materia sessuale* di chi si vuole prostituire.

7. Conseguenze della ridefinizione del bene giuridico.

Naturalmente questa ridefinizione porta con sé varie conseguenze.

²⁵ Cass., SS.UU., 1° ottobre 1991, in *Foro it.*, 1992, II, c. 183 ss. (con qualche differenza sul piano del bene giuridico, ma con risultati applicativi analoghi a quelli auspicati dal Fiandaca); Corte cost., 9-27 luglio 1992, n. 368, in *Giur. Cost.*, 1992, 2935, con note di F. RAMACCI e di R. ORRÙ. V. anche successivamente Cass., SS.UU., 24 marzo 1995, in *Foro it.*, 1996, II, c. 17 ss., per ribadire l’orientamento assolutorio precedente, nel frattempo messo in discussione da alcuni contrasti giurisprudenziali.

Sul tema rinvio tra gli altri ad A. CADOPPI, in A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *I reati contro la persona*, T. I, Padova, 2014, p. 137 ss.

²⁶ Sarebbe interessante approfondire la questione, ma non appare necessario per la prosecuzione del presente contributo.

7.1. *L'incostituzionalità del reato di favoreggiamento e di altri delitti della legge.*

La prima conseguenza che si può trarre dal nuovo inquadramento del bene giuridico rilevante in materia è l'incostituzionalità di alcune almeno delle fattispecie della legge Merlin.

Al fine di procedere nella dimostrazione della tesi, occorre procedere per gradi.

7.1.1. Le violazioni del principio di legalità.

In primo luogo, numerose sono le violazioni del *principio di legalità* nell'ambito della legge del '58.

7.1.1.1. La nozione di "prostituzione".

La legge Merlin, come è noto, non ha definito la nozione di "prostituzione". Questo è avvenuto molto probabilmente perché all'epoca si sapeva bene cosa si dovesse intendere per prostituzione.

Si trattava di un fenomeno ben più "unitario" di oggi. La prostituzione maschile era quasi assente, cosicché nella quasi totalità dei casi la prostituta era una donna. Non solo: si è visto più sopra – pur in sintesi – com'era la vita nei bordelli e quale era la condizione reale delle prostitute. Si è visto che le donne dedite a questo mestiere lo svolgevano in modo continuativo, passando di "casino" in "casino", al servizio costante dei tenutari delle case chiuse. Non avevano libertà di rifiutare i clienti, e spesso erano costrette a ricevere numerosi clienti nel corso di una sola notte.

Di qui, vari caratteri tipici della prostituzione. Essa richiedeva l'offerta indiscriminata e abituale del proprio corpo a fini sessuali da parte di una donna in cambio di un corrispettivo economico da parte dei clienti.

Si può dire dunque che la mancata definizione di prostituzione, allora, probabilmente non comportava violazioni del precetto costituzionale di determinatezza, perché il concetto era ben ricavabile dalla realtà sociale e anche dalle norme del TULPS vigenti fino all'entrata in vigore della legge del '58 (art. 190 ss.). Del resto, il bene giuridico "moralità pubblica" (e lo stesso bene "salute pubblica" talora menzionato nei commenti del tempo) aiutava in tal senso a restringere le condotte rilevanti a quelle tipiche della prostituzione anteriormente regolamentata. Ciò nonostante, non mancarono anche nei primi anni dall'adozione della legge dispute dottrinali sull'estensione del concetto²⁷.

²⁷ Per tutti si può citare P. NUVOLONE, *Sul concetto di prostituzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1960, e successivamente ripubblicata in *ID.*, *Trent'anni di diritto e procedura penale. Studi*, vol. II, Padova, 1969, pp. 954-956.

Col passare del tempo, il mutare del “mestiere”, ma soprattutto l’emergere di varie tipologie e persino “generi” di prostituzioni e di prostitute, ha portato ad una progressiva disgregazione del concetto unitario di prostituzione. Come si diceva più sopra, i criminologi parlano oggi di “prostituzioni”, sicché non è facile capire se tutte queste tipologie debbano rientrare nel concetto di prostituzione di cui alla legge Merlin, specie in rapporto alle norme penali della stessa.

Da un lato, questo estendersi delle varietà dei comportamenti *lato sensu* riconducibili al fenomeno prostitutivo ha portato la giurisprudenza ad ampliare via via, interpretativamente, la predetta nozione. Così, pian piano, è quasi sparita l’abitudine, almeno relativamente a certe fattispecie della legge, sicché – ad esempio – lo sfruttamento, che un tempo richiedeva necessariamente l’abitudine, col passare dei decenni è stato ricondotto alla punibilità anche di un solo episodio²⁸.

La stessa realizzazione di un rapporto o di atti sessuali col tempo si è pian piano svaporata nell’interpretazione giurisprudenziale. Oggi, si è passati a reprimere la stessa prostituzione *online*, almeno nelle ipotesi in cui si riscontri comunque una interazione fra il cliente e gli atti compiuti dalla prostituta. È venuta dunque a mancare pian piano la stessa necessità di un contatto fisico fra cliente e prostituta.

Non è ben chiaro allo stato quali atti siano necessari perché si abbia prostituzione, anche se è verosimile ritenere che si debba comunque trattare di atti sessuali. La stessa giurisprudenza in tema di violenza sessuale (art. 609 bis), d’altra parte, ha mostrato di estendere a dismisura il concetto di “atti sessuali”, fino a ricomprendervi persino i baci sulla guancia o altre “smancerie”, per usare una parola rifluita in una sentenza piuttosto recente²⁹. Di fronte a un quadro simile – peraltro criticabile e criticato da buona parte della dottrina³⁰ – ci si domanda se si debba ritenere che un bacio sulla guancia o altro comportamento analogo possa integrare la stessa nozione di prostituzione. Forse no, ma in base a quali criteri?

D’altronde, anche relativamente ad un altro carattere “storico” della nozione di prostituzione ci si è spinti molto al di là delle posizioni interpretative originarie. Alludo alla “indiscriminatezza” delle prestazioni della prostituta. Essa era ovviamente un requisito della prostituzione *d’antan*, ma oggi? La giurisprudenza mostra di essersi spinta abbastanza in là, dapprima andando ad estendere l’indiscriminatezza all’ambito di certe “categorie” di clienti³¹, per poi, molto di recente, sostenere rilevante come

²⁸ Non occorrono ripetute citazioni di giurisprudenza relativamente a questi orientamenti. Si rinvia una volta per tutte, fra gli altri, a L. Bontempi, in *Codice penale commentato*, diretto da E. DOLCINI – G. L. GATTA, IV ed., Milanofiori Assago (MI), T. III, p. 1990 ss. per una adeguata analisi giurisprudenziale in materia.

²⁹ In un caso in tema di violenza sessuale, deciso da Cass., sez. III, n. 964 del 2015 con una condanna, un medico era entrato in una casa di riposo dove sedeva al tavolo una operatrice sanitaria, e dopo essersi avvicinato a lei, la baciava sulla bocca appoggiando le proprie labbra con una forte pressione. La donna reagì allontanando l’agente, respingendolo con le mani e dicendogli: “ma come si permette di fare certe smancerie, vada a vedere dei pazienti”!

³⁰ Rinvio da ultimo al mio *Baci e violenza sessuale. Alla ricerca della tassatività perduta*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 11/2016, p. 1469 ss.

³¹ V. già Cass., 16 ottobre 1979, in *Cass. Pen.*, 1981, p. 895. Si veda fra le altre anche la già citata Cass. Pen., sez. III, n. 35776 del 2004.

prostituzione il concedersi per denaro o altra utilità anche ad un solo cliente ben individuato. Si tratta di un'opinione già emersa in giurisprudenza, a quanto pare, anni fa, ma solo in relazione alla peculiare fattispecie dell'induzione³². Assai di recente, nella sentenza n. 49643 del 2015, come detto relativa ad altro episodio avente lo stesso "cliente finale" di cui al processo culminato nella Ordinanza della Corte d'Appello di Bari qui pubblicata, il "cliente unico e ben determinato" è stato considerato sufficiente per integrare il concetto di prostituzione, in base ad una peraltro problematica distinzione fra "mantenuta" (soggetto che non commetterebbe alcuna attività prostitutiva) e "favorita" (soggetto che invece cadrebbe nella definizione di prostituzione). Nel caso di specie, i giudici di legittimità vedrebbero sussistere la prostituzione, più che per l'indiscriminatezza della scelta da parte delle escort (ché tutte avevano rapporti con lo stesso cliente oculatamente "scelto"), paradossalmente per l'indiscriminatezza della scelta da parte del cliente, che – stando ai giudici – non poteva certo avere una relazione continuativa con tutte quelle donne!

A parte la paradossalità del ragionamento della Corte, colpisce il fatto che, con questo ultimo colpo di spugna, il concetto di prostituzione si sia allargato ulteriormente e a dismisura, fino a comprendere casi veramente al limite fra il fenomeno in questione e tante relazioni più o meno comuni – in cui si mischia in qualche modo il sesso con l'interesse – che un tempo mai sarebbero rientrate nella predetta nozione. Ci si potrebbe domandare, a questo punto, se non debba rientrare nel concetto di prostituzione anche il c.d. "matrimonio per interesse", figura sicuramente ancor oggi presente sulla scena sociale, anche se forse meno diffusa rispetto al passato, in cui per certi ceti sociali costituiva addirittura la regola. Anzi, il matrimonio è *ictu oculi* cosa ben maggiore ed impegnativa per la sposa rispetto a un semplice rapporto sessuale occasionale. Dunque si dovrebbe dire che, se è prostituzione il rapporto col cliente determinato, *a fortiori* dovrebbe esserla il matrimonio – quello consumato, ovviamente – dovuto a motivi di interesse³³. Sembra un esempio paradossale, ma Mary Wollstonecraft nel 1790 definì provocatoriamente il matrimonio una "prostituzione legale"³⁴! Di questo passo, peraltro, la nozione di prostituzione si protende pian piano verso l'infinito, risultando quasi impossibile tracciare limiti atti a contenerla.

Va detto peraltro che il lento spostamento del bene giuridico – dalla moralità pubblica (e/o salute pubblica) alla libertà di autodeterminazione della persona – ha forse contribuito all'ampliamento della nozione di prostituzione, non più necessariamente legata al continuativo esercizio del mestiere in pubblici postriboli (questo sì in sintonia col vecchio bene giuridico), ma anche a episodi più circoscritti in cui comunque si

³² I giudici di prime cure, nel processo di cui all'Ordinanza, citano in questo senso un precedente in tema di induzione (peraltro da chi scrive non rintracciato): Cass., n. 5838 del 15 febbraio 1985 Rv. 169748.

³³ Sul fenomeno della cessione del proprio corpo a fini di interesse e sulle sue tante sfumature è di estrema rilevanza la lettura di A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, Marsilio, Venezia, 2014. Si tratta di un saggio molto ampio e frutto di una approfondita ricerca di taglio sociologico-culturale sul tema della prostituzione in senso ampio e in senso stretto.

³⁴ *A Vindication of the Rights of Men*, in *A Mary Wollstonecraft Reader*, a cura di B. H. SOLOMON – P. S. BERGEN, New York, 1983, p. 247.

comprime la libertà della persona³⁵. Tuttavia, va rilevato altresì – come si dirà meglio *infra* – che lo spostamento del bene giuridico verso la libertà della persona avrebbe dovuto portare ad un correlativo rimodellamento interpretativo delle fattispecie in materia di prostituzione, e della stessa nozione di prostituzione. In sostanza, avrebbe dovuto portare alla eliminazione dalla sfera del penalmente rilevante di tutte le ipotesi di prostituzione effettivamente volontarie³⁶. Ma sulla questione della prostituzione “come libera scelta” tornerò successivamente.

7.1.1.2. L'incostituzionalità delle fattispecie di prostituzione per la indeterminatezza dello stesso concetto di prostituzione.

Per quanto sin qui detto, si deve ritenere che oggi la mancanza di una definizione legislativa di prostituzione produca una *grave violazione del principio costituzionale di legalità, sub specie* del sotto-principio di determinatezza-tassatività. Se un tempo, infatti, la mancata definizione poteva comprendersi considerando la nozione all'epoca piuttosto chiara di prostituzione sia dal punto di vista normativo sia nel retroterra criminologico, oggi non si può più dire che sia così. Sotto il profilo normativo, ben lungi da noi sono le regole del TULPS che un tempo governavano la regolamentazione della prostituzione, ed è ormai tramontato il saldo riferimento al bene giuridico “moralità pubblica” (o “salute pubblica”). Sotto il profilo criminologico, le forme di prostituzione sono oggi le più varie. E l'enorme estensione del concetto derivante da una giurisprudenza forse eccessivamente punitiva provoca ciò che gli americani chiamano “*overbreadth*” di una disposizione: una “eccessiva ampiezza” che, oltre a non rendere più percepibili ai cittadini – né per vero agli stessi giuristi – i veri confini della norma, rischia di accorpare in una sola disposizione normativa (e qui le pene fra l'altro sono identiche per tutte le fattispecie della legge) ipotesi distantissime fra loro per gravità e per qualità criminosa, ammesso che molte di esse ne abbiano una.

Il “diritto vivente”, del resto, non sembra aver migliorato le cose, ma, come visto, le ha piuttosto peggiorate. Fra l'altro, è oggi palese la distanza fra una dottrina che continua a riproporre un concetto “classico” di prostituzione (legato alla abitudine, e alla indiscriminatezza, se non alla stessa professionalità dell'attività³⁷) e una giurisprudenza

³⁵ In questo senso, da ultimo, V. BONFANTI – P. DI NICOLA, *La legge Merlin e le fattispecie di reato previste dall'art. 3 nei numeri da 1 a 7*, in *EID.*, *I reati in materia di prostituzione*, Milano, 2015, pp. 15-17. Nel campo della prostituzione minorile questo aspetto diventa particolarmente evidente. Si pensi all'ipotesi di cui all'art. 600 bis comma II c.p., dove addirittura si supera il concetto di prostituzione, per rendere punibile il cliente per “atti sessuali a pagamento”. Ma in quell'ambito una tale estensione è del tutto plausibile, vista la rilevante esigenza di tutela del corretto sviluppo del minore.

³⁶ Così, coerentemente con quanto sostenuto in riferimento al bene giuridico tutelato e alla nozione di prostituzione (v. nota precedente), P. DI NICOLA, *Il reato di favoreggiamento della prostituzione (art. 3, n. 8, prima ipotesi)*, in V. BONFANTI – P. DI NICOLA, *I reati in materia di prostituzione*, cit., pp. 48-49.

³⁷ Non è il caso di citare i molti autori che ancor oggi insistono sulla nozione “classica” di prostituzione (pur con varie sfumature fra le varie opinioni). Si vedano comunque fra gli altri D. BALESTRIERI, *Prostituzione e diritto penale nell'ordinamento italiano*, in A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, cit., p. 273 ss.; Id.,

che, pur fra contrasti e incertezze, pare prescindere sempre più da tutti questi requisiti estendendo a dismisura la nozione predetta. Sicché oggi la mancata definizione di “prostituzione” non può più a lungo tollerarsi, e deve condurre a ritenere incostituzionali le fattispecie della legge in cui tale termine rileva, per violazione dell’art. 25, II co., Cost., e del principio di legalità da esso contemplato. Una violazione che nel caso specifico dei fatti di cui al processo barese (e pur non entrando in dettagli di fatto estranei a questo contributo) sembra ben rilevante, dal momento che si tratta di atti prostitutivi relativi a un solo cliente, e in relazione ai quali le escort avrebbero – a quanto pare – ben potuto rifiutare la prestazione.

7.1.1.3. La mancata definizione della fattispecie di reclutamento.

Il legislatore del ‘58 ha previsto varie condotte penalmente rilevanti. Le ha tutte accomunate sotto la stessa cornice sanzionatoria, come se si trattasse di ipotesi simili sotto il profilo del disvalore. Come è noto – lo scriveva già l’Antolisei in risalenti edizioni del suo classico manuale³⁸ – non era così. Vi erano ipotesi piuttosto gravi (nell’ottica degli obiettivi della legge), come lo sfruttamento, e altre molto lievi, come ad es. il favoreggiamento.

Il reclutamento faceva parte delle disposizioni volte ad evitare il riproporsi delle case chiuse, abolite con la legge. Con le fattispecie di cui ai nn. 1, 2 e 7 si colpiva l’organizzazione, ovvero l’esercizio su larga scala della prostituzione, nel suo svolgersi attuale; con quelle di cui ai nn. 4 e 7 prima parte le attività prodromiche all’instaurarsi dell’organizzazione³⁹. Un secondo gruppo di reati riguardava l’avviamento alla prostituzione (nn. 5 e 4 seconda parte): si presupponeva in queste ipotesi che la donna non fosse già avviata alla prostituzione, di qui la gravità del comportamento nell’ottica della legge Merlin. Un terzo gruppo concerneva ipotesi che non riguardavano un’organizzazione, e che agivano su persone già divenute prostitute: si tratta dello sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione (n. 8), e a queste si potevano appaiare la tolleranza abituale (n. 3) e il lenocinio (n. 5 seconda parte), come modalità specifiche del favoreggiamento⁴⁰.

I delitti di prostituzione, in *Trattato di diritto penale* a cura di A. CADOPPI – S. CANESTRARI – A. MANNA – M. PAPA, *Parte speciale*, vol. VI, Torino, 2009, p. 108 ss.; S. Melotti, commento alla l. n. 75 del 1958, in A. CADOPPI – S. CANESTRARI – P. VENEZIANI, *Codice penale commentato con dottrina e giurisprudenza*, La Tribuna, Piacenza, p. 3009 ss. Si veda anche, per una panoramica, L. BONTEMPI, in *Codice penale commentato*, diretto da E. DOLCINI – G.L. GATTA, cit., pp. 1990-1992.

Mantiene il requisito della indiscriminatezza dei clienti, pur nell’ambito di limitate cerchie di persone, T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 46.

³⁸ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 415: “l’articolo in esame [art. 3] attua un livellamento tra fatti di diversissima entità, colpendo con la medesima sanzione comportamenti che sono sentiti dalla coscienza sociale come particolarmente gravi, altri assai meno riprovevoli, e persino alcuni che solo con difficoltà possono considerarsi immorali”.

³⁹ Così F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio*, cit., p. 696, ed ivi rimandi.

⁴⁰ Così ancora F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio*, cit., p. 697; nonché F. MANTOVANI, *La nuova disciplina penale della lotta contro lo sfruttamento della prostituzione altrui*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1959, pp. 460-

Questa chiara lettura degli intenti della legge del '58, attuata già a poca distanza di tempo dalla sua emanazione dal Mantovani e da altri autori, evidenzia che nelle mire della legge Merlin il reclutamento (art. 3, n. 4 prima parte) riguardava esclusivamente il fenomeno della prostituzione organizzata su scala più o meno larga, ovvero ipotesi che fino a quel momento erano state costituite dalle case di tolleranza. Non a caso si usava il termine "reclutamento". Si tratta di un termine tratto dal gergo militaresco: reclutare significa "assoldare" un giovane militare per un esercito, o simili. Anche qui, si trattava dunque di "ingaggiare" o "assoldare" donne per metterle a disposizione del circuito organizzato della prostituzione, quello in cui esse avrebbero perso ogni libertà, come avveniva fino al 1958 nei bordelli di Stato. D'altra parte, la legge richiedeva, come già accennato più sopra, che il reclutamento di una persona avvenisse "al fine di farle esercitare la prostituzione", laddove l'esercitare evidenziava che la donna doveva essere assoldata per esercitare il mestiere della prostituta: una ulteriore conferma del "clima" di organizzazione nell'ambito del quale doveva operare il reclutamento⁴¹.

La giurisprudenza in materia di reclutamento sembra piuttosto scarna. Tuttavia si riscontrano varie sentenze in cui si evidenzia il dato dell'assoldamento in una organizzazione (che ovviamente dal '58 in poi non poteva che essere criminale) relativa ad un esercizio stabile e regolare di prostituzione: "Ai fini dell'integrazione del delitto di reclutamento di prostitute, è sufficiente porre in essere un'attività, in qualsiasi modo effettuata e anche su scala molto modesta, di ricerca della donna da ingaggiare e di persuasione della medesima, mediante la rappresentazione dei vantaggi realizzabili, a recarsi in un determinato luogo e a rimanervi per un certo tempo al fine di prestarsi, con continuità e regolarità, alle richieste di prestazioni sessuali dei clienti: fattispecie relativa ad ingaggio di donne straniere avviate al meretricio in un paese estero e sradicate da quello di origine"⁴². In altre sentenze si dà rilievo alla necessità che il reclutamento dia luogo ad un vero e proprio rapporto di lavoro subordinato fra il reclutatore e la reclutata e che postuli l'esistenza di una sorta di contratto fra i due⁴³.

Sussistono comunque dubbi sulla necessità di una qualche opera di persuasione della prostituta da parte del "reclutatore": se la sentenza sopra citata (n. 12999 del 2014) ed altre⁴⁴ sembrano richiederla, in altra pronuncia non la si ritiene necessaria⁴⁵. Una delle poche cose che paiono abbastanza assodate in dottrina e giurisprudenza riguarda il fatto che nel reclutamento non è necessario che la attività prostitutiva avvenga, visto il dolo specifico contenuto nella norma.

461.

⁴¹ Per la nozione "classica" – e più conforme allo spirito della legge del '58 – di reclutamento basti citare F. LEONE, *Delitti di prossenetismo*, cit., p. 105, che ritiene il termine "sempre indicativo d'un rapporto di subordinazione, di dipendenza regolata, e presuppone l'esistenza d'un'organizzazione, nel cui ingranaggio si venga immessi".

⁴² Cass., sez. III, 12 novembre 2014, n. 12999.

⁴³ Cass. 22 aprile 1968, Russo, CED 108180. In dottrina si veda in questo senso T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 270.

⁴⁴ Per es. Cass., sez. III, 9 novembre 1990, in *Cass. Pen.*, 1992, 755.

⁴⁵ Cass., sez. III, 4 dicembre 2007, n. 11835.

Ma le predette difformità interpretative evidenziano come la mancata definizione da parte del legislatore abbia creato non pochi problemi interpretativi. Se si considera poi il profondo mutamento del contesto criminologico della prostituzione dal '58 ad oggi, e se si aggiunge il mutato inquadramento del bene giuridico, il risultato finale è quello di una confusione interpretativa che appare difficilmente superabile.

7.1.1.4. L'incostituzionalità della norma di cui all'art. 3 n. 4 prima parte legge Merlin per contrasto con il principio di legalità.

La conclusione pare scontata. Il "diritto vivente" non sta risolvendo i congeniti problemi di indeterminatezza della fattispecie di "reclutamento", condotta non definita dal legislatore. Al contrario, col passare del tempo le difficoltà interpretative appaiono ancor più gravi.

L'originario spirito della norma (che faceva riferimento a contesti in cui il reclutamento avveniva per gettare nei bordelli giovani donne in balia degli sfruttatori più o meno regolarizzati, e destinate così a perdere praticamente ogni libertà) fa fatica a misurarsi con le molteplici tipologie di "prostituzioni" oggi ravvisabili nella realtà sociale.

Specie alcune estensioni interpretative attuate da recente giurisprudenza – che tendono a svuotare l'aspetto di "ingaggio" effettivo della prostituta – paiono configurare una fattispecie che spazia, oggi, da condotte molto gravi e forse giustamente punibili, a condotte dal disvalore pressoché nullo, specie se considerato sotto la nuova angolazione della tutela del bene libertà di autodeterminazione della prostituta: si ripropone quella *overbreadth* (eccessiva ampiezza) di cui si diceva più sopra con riguardo alla nozione di prostituzione.

In definitiva, si deve ritenere che la norma confligga – specie a causa della mancata definizione da parte del legislatore – con il principio di legalità, e in particolare col sottoprincipio di determinatezza-tassatività (art. 25, co. II, Cost.).

Una violazione che nel caso in esame appare rilevante, dal momento che qui non sembrano affatto sussistere gli estremi di quell'ingaggio di tipo quasi militaresco che richiedeva originariamente, a quanto pare, la norma.

7.1.1.5. La mancata definizione del favoreggiamento e la sua indeterminatezza.

Come è noto, il legislatore del '58 si è ben guardato dal definire anche la condotta di favoreggiamento. Anzi, ha fatto il contrario, scrivendo nel n. 8 dell'art. 3: "*in qualsiasi modo favorisca ... la prostituzione altrui*".

Come la stessa Corte di legittimità ha dovuto riconoscere, tale fattispecie, tra tutte quelle introdotte dalla l. n. 75 del '58, "è quella caratterizzata da maggiore indeterminatezza nella descrizione della condotta tipica"⁴⁶.

⁴⁶ Cass., sez. III, 9 novembre 2004, in *Foro it.*, 2005, II, 454 ss.

La Suprema Corte avrebbe dovuto trarre da questa constatazione la più naturale delle conseguenze, rinviando alla Corte Costituzionale la questione per decidere sulla (in)costituzionalità della norma. Viceversa, ha cercato di risolvere l'innato deficit di determinatezza della fattispecie di favoreggiamento reinterpretandola, al fine di escludere dall'operatività della norma almeno alcune ipotesi di scarso disvalore. Si trattava nella specie del noto caso del riaccompagnamento della prostituta sul "luogo di lavoro" da parte del cliente dopo la consumazione del rapporto. Con la predetta sentenza, la Corte assolveva, risolvendo almeno uno dei tanti problemi che il favoreggiamento può suscitare in concreto.

Ma se forse, quantomeno per ragioni equitative, era giusto nel caso di specie assolvere, il principio di diritto utilizzato a tal fine dalla sentenza in questione non pare aver risolto nulla, non essendo in grado di fornire un criterio capace di guidare davvero i giudici nei casi futuri. In effetti la sentenza ha sostanzialmente riproposto un criterio distintivo già emerso in giurisprudenza (e oggi abbastanza in voga), ovvero quello della distinzione fra *favoreggiamento della prostituzione* e *favoreggiamento della prostituta*. Solo il primo, per la Corte, costituirebbe favoreggiamento punibile; il secondo sarebbe al di fuori della tipicità della norma.

Va detto che la distinzione in questione, sebbene in qualche modo ancorata allo stesso dato lessicale della legge, è assolutamente oscura⁴⁷. Infatti, è ben difficile distinguere in concreto fra le attività che "in qualsiasi modo" favoriscono la prostituzione e quelle che favoriscono la sola prostituta. Al di là di casi marginali, quasi sempre, se si favorisce la prostituta (nell'ambito di attività o di situazioni più o meno direttamente connesse al suo "mestiere") si finisce anche per favorirne la prostituzione⁴⁸. Lo stesso caso del "riaccompagnamento" è paradigmatico in questo senso. Il cliente che riaccompagna la prostituta nel punto in cui, sulla strada, l'aveva prelevata, non favorisce forse "in qualche modo" la prostituzione della stessa? L'unica cosa che si può dire sul punto è che la Cassazione è stata "comprensiva" col cliente, e ha evitato di giungere ad

La genericità della legge relativamente all'ipotesi del favoreggiamento è stata rilevata praticamente da tutti gli autori che se ne sono occupati. Basti citare qui, tra i più classici, F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 423; F. MANTOVANI, *La nuova disciplina penale*, cit., pp. 464-465; e spec. p. 458, dove il chiaro A. scrive: "il rilievo che impressiona e allarma maggiormente è quello relativo alla genericità che caratterizza talune fattispecie della nuova legge. Questa dà del lenocinio e dello sfruttamento la più vaga ed ascetica definizione che, sul piano giuridico, si possa immaginare". E cita in nota (nota 10) analoghe lamentele espresse nella seconda metà dell'Ottocento dal Carrara relativamente al codice penale toscano del 1853.

Recentemente, T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 288, parla di "senso di precaria incertezza nell'interpretazione", e rileva che la determinatezza in materia "vacilla".

⁴⁷ T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 301, prendendo atto della poco praticabile distinzione fra favoreggiamento della prostituta e della prostituzione, scrive con l'usuale efficacia: "Ma a questo punto come ci orientiamo in un quadro così variegato e così perplesso, visto che procediamo, in qualche modo, a vista nella giurisprudenza? Ogni caso è a sé stante, ogni caso evoca una soluzione che si giustifica sulla base di argomentazioni francamente deboli, la cui tenuta appare prossima alla inconsistenza".

⁴⁸ Per la dimostrazione dell'assunto, e per una emblematica rassegna giurisprudenziale in proposito, v. per tutti F. GIUNTA, *Le prostituzioni*, cit., pp. 309-312.

una condanna che sarebbe stata evidentemente eccessiva. Si pensi che l'accompagnatore della prostituta non è stato punito neppure in un caso in cui aveva riaccompagnato la meretrice per ben cinque volte consecutive⁴⁹!

Anche nella maggioranza delle altre ipotesi in cui si è assolto perché, asseritamente, non ricorreva favoreggiamento della "prostituzione" ma solo della "prostituta", si sarebbe potuto tranquillamente condannare, visto che un qualche beneficio alla stessa attività di prostituzione è quasi sempre ravvisabile. Dire – come spesso si legge in giurisprudenza – che in questi casi non si realizza l'agevolazione alla prostituzione se non "indirettamente", non è affatto convincente, vista la chiara lettera della legge, che intende punire chi "in qualsiasi modo" favorisce la prostituzione. Si pensi al locatore che affitta alla prostituta un appartamento in cui ella vive ed esercita il mestiere⁵⁰, o a colui che – senza consulenze speciali – essendo gestore di servizi di pubblicità, pubblicizza su giornali⁵¹ o via internet⁵² l'attività di certe prostitute.

Il fatto è che distinzioni di questo tipo non sono in grado di produrre alcun risultato accettabile. Tutt'al più, possono condurre alla eliminazione dalla sfera del penalmente rilevante certe categorie d'autore che non si vogliono punire (es. il cliente, il locatore, il gestore pubblicitario, ecc.), ma senza che ciò sia realmente giustificabile alla luce della lettera e dello spirito (quello originario) della legge; e senza garanzia alcuna di uniformità nell'applicazione⁵³, per la labilità delle opinabili distinzioni faticosamente elaborate⁵⁴.

Si pensi – a conferma delle indefinite capacità espansive del concetto – che anche recentemente si è condannato un taxista che accompagnava abitualmente, dietro compenso di denaro, una prostituta sul luogo di meretricio. E non da un oscuro giudice di merito, ma dalla III Sezione della Cassazione⁵⁵!

Il favoreggiamento resta condotta indefinita e soprattutto capace di spaziare fra ipotesi del tutto innocue e ipotesi di un qualche disvalore, anche se ben difficilmente si tratta di fatti di rilevante gravità (a differenza di quanto avviene con riguardo allo sfruttamento).

Probabilmente, anche qui il legislatore del '58 aveva davanti agli occhi la triste realtà delle ragazze sfruttate nei bordelli, dove esse venivano praticamente private della

⁴⁹ Cass. Pen., sez. III, 7 ottobre 2011, n. 36392.

⁵⁰ V. da ultimo, per un'assoluzione relativamente a questo pur contrastatissimo caso, Cass. Pen., sez. III, 4-17 febbraio 2014, n. 7338.

⁵¹ Per un'assoluzione in un caso simile Cass. Pen., Sez. III, 21 ottobre 2014, n. 48981.

⁵² Per un'assoluzione in un caso simile Cass. Pen., Sez. III, 29 gennaio 2013, n. 20384. Ma si tratta di giurisprudenza piuttosto consolidata, salvi casi in cui si rinviene una qualche attività personalizzata ulteriore a favore della singola prostituta da parte del gestore. Distinzione anche questa di difficile comprensibilità.

⁵³ Si vedano ancora i disarmanti esempi di F. GIUNTA, *Le prostituzioni*, cit., pp. 309-312.

⁵⁴ Rileva provocatoriamente T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 289, che prendendo per buone le parole della legge anche il medico che fa guarire in tempi più rapidi una prostituta la favorirebbe e ne favorirebbe l'attività prostitutiva!

⁵⁵ Cass., Sez. III, 7 luglio 2016, n. 28 212, in *Dir. pen. proc.*, n. 9/2016, p. 1185 ss.

loro libertà: e in questo quadro, punire attività sistematiche di favoreggiamento poteva forse avere un senso.

Sulla questione del bene giuridico protetto e della libertà di autodeterminazione della persona, in rapporto al delitto di favoreggiamento, tornerò fra breve. Per ora basti evidenziare che tale condotta è talmente ampia da permettere la repressione penale di condotte che rappresentano addirittura elementari esercizi di libertà costituzionalmente garantite⁵⁶. Si pensi alle due prostitute che abitavano insieme nello stesso appartamento; quando l'una era assente l'altra rispondeva alle telefonate dirette all'altra per fissarne gli appuntamenti: ebbene, entrambe furono condannate per favoreggiamento, con una famosa sentenza di qualche decennio fa⁵⁷. Ed entrambe sarebbero probabilmente ancora punibili oggi, pure applicando la distinzione summenzionata fra favoreggiamento della prostituta e della prostituzione: infatti, non vi è dubbio che prendendo appuntamenti reciproci esse favorivano l'una la "prostituzione" dell'altra.

7.1.1.6. L'incostituzionalità del favoreggiamento per violazione del principio di legalità.

Da quanto detto appare chiaro che anche la disposizione di cui al n. 8 (prima ipotesi) dell'art. 3 della legge Merlin deve ritenersi incostituzionale per *violazione del principio di legalità*, e in particolare del sottoprincipio di determinatezza/tassatività (art. 25, co. II, Cost.)⁵⁸.

La giurisprudenza non è stata in grado di apportare significative migliorie interpretative alla norma, e si è visto che la distinzione a volte utilizzata fra favoreggiamento della prostituzione e favoreggiamento della prostituta non ha prodotto risultati apprezzabili perché a sua volta affetta da connaturata indeterminatezza. Il "diritto vivente" resta assai incerto, e foriero di applicazioni contrastanti e ingiuste.

Anche in questo caso, come nei casi precedenti, la estrema ampiezza dei possibili significati della disposizione porta con sé quell'*overbreadth* della norma che comporta conseguenze nefaste: accomuna fatti dall'esiguo, o nullo disvalore a fatti di maggiore rilevanza, così aprendo le porte non solo all'indeterminatezza, ma anche alla disparità di trattamento e alla violazione dei principi di proporzione e di uguaglianza (artt. 27 e 3 Cost.). Cosa che sempre accade, del resto, quando viene violato l'art. 25 per indeterminatezza.

Anche la possibile incostituzionalità del favoreggiamento pare rilevante nel caso di specie, dove, in difetto di condanne a titolo di reclutamento, riemergerebbe la penale

⁵⁶ Giustamente F. GIUNTA, *Le prostituzioni*, cit., p. 310, ha rilevato che in questi casi la condivisione da parte di più prostitute autonome di un appartamento "non è solo dovuto all'intuitiva e normale esigenza di ripartire i costi dell'attività, ma è il segnale di un'emancipazione della prostituta dalla figura del protettore, quale antidoto ai rischi del lavoro in strada".

⁵⁷ Cass. Pen., 3 febbraio 1973, in *Giust. pen.*, 1973, II, c. 735.

⁵⁸ Di recente in tal senso F. MAZZACUVA, *La disciplina penale della prostituzione e i delitti collegati*, in A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, vol. II, *I reati contro la persona*, Tomo I, p. 155.

responsabilità a titolo di favoreggiamento dell'imputato, in relazione a ipotesi – come si dimostrerà *infra* – dal minimo o nullo disvalore, se non morale, quantomeno giuridico.

7.1.1.7. Possibili obiezioni alla tesi dell'incostituzionalità per violazione del principio di legalità.

Va detto che la Corte costituzionale, con la Sentenza n. 44 del 1964, aveva ritenuto l'infondatezza della questione, sulla base dei seguenti rilievi:

“I concetti di agevolazione e di sfruttamento della prostituzione altrui presentano una obiettività ben definita, anche perché acquisiti da tempo nel Codice penale e sottoposti a lunga elaborazione dottrinale. Essi hanno un preciso ed inconfondibile significato, che non si presta ad equivoche interpretazioni. Allargare il raggio di applicazione della previsione legislativa fino a comprendere attività che prima rimanevano impunte non significa svuotare di contenuto la norma, ma estenderla e rafforzarla. E la circostanza che sia stata usata una formula, la quale, pur essendo di più ampio contenuto, risulti sinteticamente espressa, non costituisce un vizio della norma - siccome ritiene l'ordinanza di rimessione - ma un fatto normale in materia penale. Ed invero, tutti i comandi giuridici sono per loro natura di carattere generale ed astratto; ed è ben noto che, nell'indicare i fatti tipici costituenti reato, la legge a volte fa una descrizione minuta di essi, ma spesso si limita a dare un'ampia nozione del fatto, senza scendere a particolari di esecuzione. E già questa Corte ha avuto occasione di affermare in proposito che ‘il principio in virtù del quale nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge (art. 1 del Codice penale) non è attuato nella legislazione penale seguendo sempre un criterio di rigorosa descrizione del fatto. Spesso le norme penali si limitano ad una descrizione sommaria ed all'uso di espressioni meramente indicative, realizzando nel miglior modo possibile l'esigenza di una previsione tipica dei fatti costituenti reato’” ([Sentenza n. 27 del 23 maggio 1961](#)).

Bisogna infine rilevare che queste nuove figure di reato, sottoposte al vaglio della dottrina e della giurisprudenza, sono state efficacemente determinate nei loro contorni e limiti. Onde, sotto qualsiasi aspetto esaminata, la censura della norma appare priva di fondamento”.

Va rilevato in proposito che la Sentenza – emanata oltre cinquant'anni fa, a pochi anni dalla entrata in vigore della legge Merlin – si riferisce indistintamente ai reati di sfruttamento e favoreggiamento della prostituzione, il che già ne inficia i risultati. Invero, se lo sfruttamento – pur criticabile per vari motivi – ha modo di inquadrarsi maggiormente sia in una prospettiva di tutela del bene giuridico considerato allora rilevante che di quello che attualmente viene riconosciuto rilevante in materia (la libertà di autodeterminazione della donna), e può trovare più facilmente soluzioni

interpretative accettabili⁵⁹, non così si può dire del favoreggiamento, la cui particolarità è già stata segnalata in precedenza in questo contributo, ed è stata riconosciuta più volte della stessa Corte di Cassazione almeno in tempi recenti (si ricorderà Cass., 9 novembre 2004, in cui si afferma esplicitamente che tra le ipotesi della legge del '58 quella del favoreggiamento “è quella caratterizzata da maggiore indeterminatezza nella descrizione della condotta tipica”).

Qui, si intende porre la questione della compatibilità con la Costituzione del favoreggiamento, senza mischiarne la figura con quella dello sfruttamento.

Relativamente al favoreggiamento, non si può certo dire che quanto sostenuto dalla Corte costituzionale allora sia sostenibile oggi. Affermare “che queste nuove figure di reato, sottoposte al vaglio della dottrina e della giurisprudenza, sono state efficacemente determinate nei loro contorni e limiti” è oggi assolutamente impossibile. Si è rilevato più sopra che le distinzioni operate dalla giurisprudenza sono solo apparentemente capaci di isolare i casi veramente offensivi del bene giuridico e dunque degni di rientrare nella definizione del concetto di favoreggiamento. La realtà è che sia la dottrina che la giurisprudenza – a sessant’anni dall’entrata in vigore della legge – annaspino sempre più nel tentativo di trovare adeguate limitazioni interpretative all’evanescente concetto del favoreggiamento⁶⁰. E resta sempre possibile, anche a seguito degli inani tentativi fatti, di includere in quel concetto tutto e il contrario di tutto. Invocare dunque il “diritto vivente” sperando di salvare una norma lasciata priva di appigli interpretativi dal legislatore sarebbe oggi cosa impensabile.

Inoltre, il concetto di legalità e di determinatezza-tassatività delineato dalla Corte nella Sentenza emanata oltre cinquant’anni fa non sembra più al passo coi tempi. Pur senza qui entrare nel vivo della questione del principio di legalità-determinatezza-tassatività, è evidente che dire che il legislatore può permettersi di non offrire una “rigorosa descrizione del fatto” non sembra più accettabile oggi. La dottrina ha sempre più perfezionato la teoria della determinatezza col passare dei decenni, ed oggi si parla in alcuni prestigiosi manuali persino di principio di “precisione”, al quale si dovrebbe informare il legislatore per rispettare il principio di legalità⁶¹. Sostenere che il Parlamento può anche evitare di fornire nella redazione della norma una “rigorosa descrizione del fatto” si scontra frontalmente con le attuali acquisizioni della letteratura penalistica.

Anche nella già citata Sentenza n. 49643/2015 della Corte di Cassazione già citata si replica ad una questione di legittimità costituzionale sollevata dalle difese in quel processo per violazione del principio di legalità-determinatezza. La Suprema Corte aderisce alle osservazioni già formulate nello stesso processo dal giudice distrettuale, secondo cui uno dei modi di descrizione dei fatti di reato consiste nella formulazione di “reati a forma libera” proprio “al fine di garantire la più ampia protezione ai beni che si intendono tutelare”. E la giurisprudenza – secondo detti giudici – avrebbe in effetti

⁵⁹ Sul tema rinvio ad A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione*, cit., pp. 298-299.

⁶⁰ Richiamo sul punto ancora, per tutti, T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 301.

⁶¹ G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, V ed. agg. da E. DOLCINI – G. L. GATTA, Milano, 2015, p. 63 ss.

adattato nel tempo il concetto di favoreggiamento all'evolversi della società attraverso progressivi affinamenti interpretativi.

Si può osservare sul punto, in primo luogo, che i reati “a forma libera” – anche da definizioni manualistiche – possono solo essere reati d'evento, laddove la forma libera della condotta è compensata dal disvalore dell'evento stesso, e dal legame causale fra la condotta (libera) e l'evento (descritto). Si pensi all'omicidio: qui è vero che si è formulato – da secoli – un reato “a forma libera”, e proprio al fine di tutelare maggiormente il bene supremo della vita, ma si tratta del più paradigmatico reato di evento che si conosca. I reati di pura condotta non possono essere reati “a forma libera”, poiché in tali casi l'intero disvalore si condensa nella condotta, e se questa è indeterminata, perché “a forma libera”, l'intero reato diventa indeterminato.

In secondo luogo, si deve ribadire che il “diritto vivente” ha sì cercato in mille modi di adeguare il favoreggiamento all'evolversi del bene giuridico e alle mutate esigenze di tutela, ma elaborando distinzioni inutilizzabili perché troppo incerte e fondate su criteri del tutto inadatti a dare attuazione al collegato principio di offensività.

E qui il ragionamento si salda con ciò che aggiunge la stessa Corte di legittimità (nella medesima sentenza n. 49643/2015) a quanto già rilevato in merito dal giudice distrettuale. La Corte osserva che “certamente non può ritenersi vulnerato il principio di legalità e determinatezza della pena [*sic!*] sol perché la norma penale manchi di definizioni precise che delineino preventivamente i confini dell'illecito penale. Tocca all'interprete, ovviamente, fornire della norma una interpretazione costituzionalmente orientata e, proprio grazie a questa opera di rifinitura, azioni astrattamente ritenute idonee ad integrare la fattispecie sono poi state private di rilievo penale in aderenza ad un concetto costituzionalmente più elastico e flessibile del favoreggiamento”.

In sostanza, la stessa Corte di Cassazione torna sul “diritto vivente”, e sulla sua capacità di dar tassatività ad una norma che originariamente ne sarebbe priva. Personalmente non sono contrario al rilievo del diritto vivente ed anche alle sue capacità, in certi casi, di dar forma più chiara, tassativa ed offensiva, a disposizioni apparentemente non sufficientemente determinate⁶². Tuttavia, si è già ampiamente detto, da un lato, dell'incapacità, in questo caso specifico, da parte del diritto vivente di fornire soluzioni plausibili e realmente utilizzabili al problema della congenita indeterminatezza del “favoreggiamento”. E sotto altro profilo, il tema si confonde con quello della compatibilità di tale ipotesi normativa col principio di offensività. Solo se il diritto vivente fosse realmente in grado di isolare (con una certa chiarezza) le condotte di favoreggiamento realmente offensive del bene giuridico, allora si potrebbe dire risolto anche il problema. Ma al tema dei (tormentati) rapporti fra favoreggiamento e offensività è dedicato il prossimo paragrafo, al quale dunque rinvio.

⁶² Ne ho scritto in vari miei lavori: per tutti rinvio mio *Il valore del precedente nel diritto penale*, Torino, 1999 (e II ed. 2014). Il diritto vivente deve però confezionare “norme” a loro volta sufficientemente tassative. Sul tema si vedano anche gli importanti rilievi di F. VIGANÒ, [Il principio di prevedibilità delle decisioni giudiziarie in materia penale](#), in *questa Rivista*, 19 dicembre 2016, p. 26 ss.

7.1.2. Il principio di offensività e (alcuni) delitti di prostituzione.

Al fine di analizzare i rapporti fra principio di offensività e alcuni dei delitti di cui alla Legge Merlin vanno preliminarmente analizzati due concetti-chiave su cui si tornerà spesso nell'analisi seguente, ovvero quelli di "dignità" e di "vittima"⁶³.

7.1.2.1. La "dignità": dignità "oggettiva" e "soggettiva".

Si è già parlato in precedenza e si parlerà ancora di dignità. Cosa si intende per dignità? È giusto utilizzare il diritto penale per tutelare la dignità?

Qui, in estrema sintesi, si può dire che la dignità può avere almeno due significati: vi è una dignità "oggettiva" e una dignità "soggettiva". La dignità oggettiva (o "impersonale") è un qualcosa di esterno alla volontà del soggetto da proteggere, e derivante da parametri di tipo sociale o morale di riferimento derivabili dalla opinione collettiva, o se vogliamo, dalle norme di cultura di una certa società. Facciamo un esempio: Tizia, donna di venticinque anni, decide di prostituirsi attraverso un libero esercizio del suo diritto di autodeterminarsi. In base al concetto oggettivo di dignità, si può ritenere che Tizia manchi di dignità, perché la sua scelta di prostituirsi non è conforme alle norme sociali o morali diffuse nella società, in altri termini è moralmente o socialmente deviante. Se fosse giusto utilizzare il diritto penale per tutelare la dignità in senso oggettivo, nel caso ora prospettato sarebbe giusto castigare penalmente Tizia, per la sua scelta lesiva della sua stessa dignità. Oppure, se non si volesse punire Tizia, ritenendola comunque un soggetto incapace di una libera scelta per aver effettuato una scelta così poco ortodossa, si potrebbe giustamente procedere a punire Caio, cliente di Tizia, solo per il fatto che ne è stato cliente, ledendo così la dignità della prostituta Tizia in senso oggettivo.

Senza dare per ora risposte a questo quesito, è bene peraltro precisare cosa si intende viceversa per dignità "soggettiva". La dignità soggettiva (o personale"⁶⁴) è quella che consegue alle libere scelte di un soggetto capace di autodeterminarsi⁶⁵. In

⁶³ Riprendo questi concetti da A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione*, cit., p. 285 ss.

Condivide questa distinzione fra dignità oggettiva e soggettiva A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti*, cit., p. 319 ss., proprio in tema di prostituzione; analogamente, ancor più di recente, P. DI NICOLA, *Il reato di favoreggiamento*, cit., p. 48 ss.

⁶⁴ Usa questa terminologia S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, p. 241 ss., a cui si rinvia per una accurata analisi della tematica.

⁶⁵ Interessanti spunti per una definizione e per un pratico utilizzo di una simile nozione di "dignità soggettiva" si trovano in una importante sentenza della Cassazione civile (Cass., I sez. civ., rel. Giusti, 16 ottobre 2007, n. 21748), relativa ad un caso di notorietà nazionale (caso *Englaro*), dove si dà la possibilità di autorizzare l'interruzione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiale di una persona in stato di coma vegetativo irreversibile, quando sia "univocamente accertato, sulla base di elementi tratti dal vissuto del paziente, dalla sua personalità e dai convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici che ne orientavano i comportamenti e le decisioni, che questi, se cosciente, non avrebbe prestato il suo consenso alla continuazione del trattamento". In un passo della motivazione di tale sentenza si parla - relativamente alla persona in coma - della sua personalità e del "*suo modo di concepire*, prima di cadere in stato di incoscienza,

questa prospettiva, ciascuno ha una propria dignità e un proprio tipo di dignità, e ogni dignità è diversa da soggetto a soggetto. In materia sessuale, ad esempio, ciò che è dignitoso per qualcuno può essere ripugnante per qualcun altro. E se si riconosce libertà di autodeterminazione in materia sessuale, occorre anche riconoscere che ciascuno si autodefinisce il proprio concetto di dignità anche in materia sessuale. Forse per qualcuno può essere poco dignitoso essere omosessuale o avere rapporti omosessuali; ma per altri essere omosessuale o avere rapporti omosessuali non è affatto poco dignitoso. La stessa cosa potrebbe valere per la prostituzione: per Tizia potrebbe essere del tutto dignitoso prostituirsi⁶⁶, mentre per Caia una simile attività potrebbe essere assolutamente inappropriata e indegna.

Se il diritto penale può tutelare la dignità, inquadrando la dignità sotto un profilo soggettivo e non sotto un profilo oggettivo, le prospettive cambiano drasticamente: non si potrebbe ad esempio legittimamente sottoporre a pena un comportamento solo perché è poco dignitoso per una maggioranza della popolazione (o per la “morale di Stato”). Si potrebbero peraltro giustamente castigare quelle condotte lesive della dignità soggettiva, ovvero quelle condotte che costringono un soggetto ad agire diversamente rispetto a ciò che lui considera dignitoso.

7.1.2.2. Il concetto di “vittima”.

Detto questo sulla dignità, si deve aggiungere qualcosa relativamente al concetto di vittima. Secondo una concezione del diritto penale ampiamente condivisa, facente capo al c.d. liberalismo penale, questo ramo del diritto dovrebbe intervenire per tutelare vittime. Non sarebbe dunque giusto configurare da parte del Legislatore “reati senza vittime”⁶⁷.

l'idea stessa di dignità della persona, alla luce dei suoi valori di riferimento e dei convincimenti etici, religiosi, culturali e filosofici che orientavano le sue determinazioni volitive” (corsivi aggiunti). Sulla sentenza ho già espresso alcune considerazioni nel mio Liberalismo, paternalismo e diritto penale, in Valori e secolarizzazione nel diritto penale, a cura di S. CANESTRARI – L. STORTONI, Bologna, 2009, pp. 283-326, ed ivi spec. p. 306, e nota 53 (il lavoro è uscito anche in Sulla legittimazione del diritto penale, a cura di G. FIANDACA e G. FRANCOLINI, Torino, 2008).

Cfr. anche su questi concetti S. TORDINI CAGLI, *Dignità personale e diritto alla propria morte. Verso una versione laica dell'eutanasia?* in G. BALBI – A. ESPOSITO (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*, Torino, 2011, pp. 105-126, ed ivi riferimenti ulteriori. Nel versante civilistico, si vedano le considerazioni di M. R. Marella, *Sesso, mercato e autonomia privata*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C.M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, T. I, Milano, 2011, p. 887 ss., anch'essa per una prevalenza della libertà sulla dignità in senso oggettivo. Ancor più decisi in questo senso i rilievi di V. ZENO ZENCOVICH, *Approcci diversi a contratto e sessualità*, in S. CANESTRARI – G. FERRANDO – C.M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Il governo del corpo*, T. I, cit., p. 873 ss., ed ivi spec. pp. 879-880 (“Il paradigma della dignità umana”): l'A. sottolinea la rilevanza della libertà di autodeterminazione specie in materia sessuale, e la sua prevalenza rispetto all'astratto bene della “dignità umana”.

⁶⁶ Per una rivendicazione della dignità di prostituirsi, si si rinvia ancora al volume di A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., *passim*.

⁶⁷ Classici in materia H. PACKER, *The Limits of the Criminal sanction*, Stanford, California, 1968; E. M. SHUR – H. A. BEDAU, *Victimless Crimes: Two Sides of a Controversy*, Englewood Cliffs, New Jersey, 1974.

Detto altrimenti, il diritto penale può legittimamente entrare in funzione solo quando un certo comportamento va a procurare danni ad altri senza il consenso di questi ultimi: è il c.d. “*harm principle*”, o “principio del danno”, un principio che da tempo sta a fondamento della legittimazione del diritto penale nei paesi anglosassoni, e che di recente anche da noi ha trovato accoglimento a fianco della teoria del bene giuridico, di cui costituisce anzi un completamento e un puntello ulteriore⁶⁸. Facciamo ancora un esempio in materia di prostituzione. Se Tizia decide liberamente di prostituirsi, e Caio le procura oggetti o altre cose utili per l’esercizio di tale attività, non si può certo ritenere che Tizia sia una vittima del comportamento di Caio. Infatti, da un lato, il comportamento di Caio non pare recare nessun danno a Tizia; semmai, al contrario, le procura, soggettivamente, un vantaggio. Inoltre, è chiaro che in questa ipotesi Tizia acconsente all’attività di Caio, non essendo costretta da Caio a fare o subire alcunché. Qui, dunque, Tizia non può certo definirsi una “vittima”.

7.1.2.3. Dignità, “vittima”, e “paternalismo morale” nella prospettiva della legge Merlin.

La sintetica considerazione dei predetti concetti (dignità e vittima) è sembrata un passo necessario per procedere nell’analisi della questione della legittimità costituzionale della repressione penale del favoreggiamento della prostituzione e di altri reati consimili, nella prospettiva dell’offensività.

Abbiamo infatti rilevato più sopra che quando nel 1958 la legge Merlin intervenne per contrastare il fenomeno della prostituzione, aveva come obiettivo più generale il pur utopistico fine della eliminazione della prostituzione stessa, anche per la salvaguardia della pubblica moralità; ma relativamente alle prostitute (ché specie a quel tempo il fenomeno della prostituzione era soprattutto se non quasi esclusivamente femminile) la legge mirava alla protezione delle stesse come vittime, e alla tutela della dignità delle stesse come donne. In una tale prospettiva, appurare cosa significhi vittima e cosa significhi dignità appare dunque di decisiva rilevanza.

Come si accennava, è plausibile che, considerando la società di allora, si potesse legittimamente intervenire con lo strumento penale a tutela di simili interessi. In effetti, quanto abbiamo precisato sopra relativamente ai concetti di dignità e di vittima ha un senso nel momento in cui ci si riferisce a persone riconosciute davvero capaci di autodeterminarsi. Ma, quando si ha a che fare con persone che non godono o di diritto o di fatto pienamente di questa capacità, la considerazione dei sopra esposti concetti cambia drasticamente. Se un soggetto non è capace di autodeterminarsi, non gli si potrà riconoscere il diritto di formarsi un’autonoma dignità soggettiva. Si pensi al minorenni:

⁶⁸ Sul c.d. “*harm principle*” si rinvia alle fondamentali pagine di J. FEINBERG, *The Moral Limits of the Criminal Law*, 4 voll., Oxford, 1984-1988. Nella dottrina italiana, anche per il collegamento e l’integrazione con la teoria del bene giuridico, si veda fra gli altri il volume a cura di G. FIANDACA – G. FRANCOLINI, di *Sulla legittimazione del diritto penale*, cit.; nonché A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*. *The Moral Limits of the Criminal Law*, Milano, 2010.

il minore non gode di capacità di autodeterminarsi, almeno in certe materie. Conseguentemente, non potrà misurarsi la dignità del minore secondo parametri suoi soggettivi, in base alle sue “concezioni del mondo”, e non si potrà far altro che imporre al minore stesso una concezione di dignità oggettivamente determinata. Lo stesso minore, relativamente a certi comportamenti attuati nei suoi confronti, non potrà liberamente acconsentirvi, non godendo appunto di libertà di autodeterminazione. Egli dunque sarà una vittima relativamente a certi episodi, anche nei casi in cui abbia volontariamente acconsentito alla loro attuazione. Se ad esempio Tizia, minorenni, decidesse con convinzione di dedicarsi alla prostituzione, e Caio, maggiorenne, le fornisse oggetti o cose utili all’esercizio della sua attività, ella sarebbe una vittima del comportamento di Caio, benché per certi versi si possa dire che sia stata favorita la sua attività di prostituta attraverso gli atti agevolatori di Caio.

Detto altrimenti, si può sostenere che nei confronti del minore o di altri soggetti incapaci possa avere tranquillamente ingresso nel diritto penale il cosiddetto *paternalismo giuridico*⁶⁹. Gli interessi del minore possono essere definiti dal Legislatore in base a parametri generali, e non tenendo conto delle scelte soggettive del minore; e nel caso concreto, l’eventuale consenso del minore ad attività che il Legislatore comunque considera dannose nei suoi confronti non può avere alcun rilievo.

Tornando alla condizione della donna e in particolare della prostituta negli anni ’50 del secolo scorso, la si può probabilmente assimilare a quella di un minore o di un soggetto incapace (naturalmente con i dovuti adattamenti, e ovviamente senza alcun intento oltraggioso)⁷⁰. Nei suoi confronti, era forse comprensibile un intervento di taglio paternalistico del Legislatore, che è stato ciò che la citata legge Merlin ha attuato nel 1958.

Oggi abbiamo visto che la condizione della donna è, in generale, ben diversa da allora. Abbiamo altresì evidenziato che vi sono molti tipi diversi di prostituzioni, alcune coattive, altre meno, altre addirittura completamente libere e volontarie, come accade nel caso di cui al processo culminato nell’Ordinanza qui pubblicata, e come in tal sede aveva attestato lo stesso giudice di prime cure.

Nell’ambito della prostituzione come attività frutto di una libera scelta da parte di una persona – donna o uomo o altro ancora che sia – una tutela paternalistica non avrebbe alcun senso, se non svilendo il contenuto del principio di libertà di autodeterminazione di cui agli artt. 2 e 3 Cost. In questi casi, da un lato non vi è lesione di dignità alcuna. Ché infatti, abbiamo visto che relativamente a persone libere di autodeterminarsi l’unico concetto di dignità che può accettarsi come degno di tutela è

⁶⁹ Sul *paternalismo giuridico* nella nostra dottrina, di recente, si veda (oltre al mio *Liberalismo, paternalismo e diritto penale*, già citato), la serie di contributi di A. CADOPPI – L. CORNACCHIA – D. MICHELETTI – S. TORDINI CAGLI pubblicati in *Criminalia*, 2011, pp. 223-340, sotto il titolo complessivo di: “Il punto su...Paternalismo legislativo e paternalismo giudiziario”, nonché gli scritti di M. ROMANO – H. MALM – R. SHAFER-LANDAU – S. CANESTRARI – F. FAENZA in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale*. The Moral Limits of the Criminal Law, cit., pp. 103-185, al Capitolo II, *Harm to Self*.

⁷⁰ Si consideri, *mutatis mutandis*, che, per i criminalisti antichi, e fino a buona parte del XVIII secolo, si scusava l’*ignorantia legis* alle donne, proprio per l’inferiorità che – nella società di quei tempi – le caratterizzava di fronte all’uomo.

quello della dignità soggettiva. Una tutela della dignità oggettiva sarebbe autoritaria e – lo si ribadisce – paternalistica. Tra l'altro, in questo caso, si tratterebbe di *paternalismo morale*. E il paternalismo morale è – fra i vari paternalismi giuridici – quello che più unanimemente viene condannato dagli studiosi. Invero, ammettendo un intervento paternalistico di tipo morale nell'ambito del diritto penale, si finirebbe a tutelare col più terribile dei diritti *la pura morale*, cosa che confliggerebbe addirittura con il *principio di laicità dello Stato* e con altri diritti e libertà costituzionalmente garantiti. Si punirebbe il “modo di essere” delle persone, e nel caso di specie addirittura un esercizio di una libertà di autodeterminazione in materia sessuale⁷¹.

Chi si prostituisce – magari occasionalmente e con clienti selezionati (come molte escort) – del tutto liberamente, per scelta personale, evidentemente opta per un modo di vivere particolare che può non essere condiviso da molti, può suscitare ribrezzo morale in altri, può lasciare indifferenti altri ancora, ma che per la prostituta o escort stessa non costituisce lesione di alcuna dignità. La escort – che per scelta fa “quello” – non ritiene “indegna soggettivamente” l'attività di prostituzione: la ritiene semplicemente un'attività frutto di una propria scelta⁷².

Si consideri che negli anni '60 si ebbe uno storico dibattito in Inghilterra fra chi riteneva ammissibile il paternalismo morale, e chi lo avversava fortemente. Il dibattito fu scatenato da una sentenza della House of Lords, che nel 1962 aveva creato dal nulla il nuovo reato di “*conspiracy to corrupt public morals*”. Si trattava della redazione di un

⁷¹ Per simili considerazioni rinvio ancora, tra gli altri, a V. ZENO ZENCOVICH, *Approcci diversi a contratto e sessualità*, cit., p. 873 ss.; M. R. MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, cit., p. 889 ss.; nonché ad A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., *passim* (ad es. p. 220 ss., p. 227, e p. 241).

Fra i penalisti, si tratta di un'opinione comune nell'ambito di chi si è occupato di recente della materia: fra gli altri v. A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione*, cit., p. 291 ss.; F. GIUNTA, *Prostituzioni tra fatto e diritto*, cit., pp. 303-307; A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti*, cit., p. 319 ss.; ed ora P. DI NICOLA, *Il reato di favoreggiamento*, cit., p. 48 ss.

⁷² Si veda sul punto M. L. MAQUEDA ABREU, *La prostitución: el “pecado” de las mujeres*, in *Quadernos Electronicos de Filosofia del Derecho*, 28/06/2017, p. 77, particolarmente efficace nel contrastare quelle opinioni secondo cui l'attività prostitutiva sarebbe di per sé – e senza possibili eccezioni – contrastante con la dignità della donna. La studiosa spagnola rivendica per le donne il diritto di libertà di scegliere di prostituirsi. Si può qui citare come esempio concreto il caso della transessuale turca Efe Bal, la quale più volte ha dichiarato di essere pienamente convinta e soddisfatta della propria scelta di prostituirsi, e ciò nell'ambito in trasmissioni televisive, e persino nella sala convegni “Aldo Moro” di Montecitorio, nell'occasione della presentazione – nell'aprile 2015 – di due proposte di legge in materia di regolamentazione della prostituzione (a firma una della senatrice Spilabotte ed altri; e l'altra dell'onorevole Vargiu ed altri), e della contemporanea presentazione del volume da me curato *Prostituzione e diritto penale*, cit.; ivi (ed in altre simili successive occasioni di presentazione delle leggi e del volume in altre città) erano presenti anche altri esponenti del mondo della prostituzione, come Pia Covre, anch'essa convinta sostenitrice dei diritti delle prostitute e della libera scelta di prostituirsi. Si noti che Efe Bal ha cercato in ogni modo di regolarizzare la sua posizione lavorativa negli uffici competenti, senza mai riuscirci (per il mancato espresso riconoscimento nel nostro sistema del lavoro di prostituzione), per poi vedersi perseguitata dal Fisco per ingenti evasioni fiscali! La stessa ha lamentato pubblicamente in vari contesti (anche televisivi appunto) questa situazione paradossale, derivante dall'ipocrisia delle leggi italiane in materia. Definisce il legislatore italiano “ipocrita fino al midollo” A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., p. 240 (a questo volume si rinvia anche per una dimostrazione, anche attraverso testimonianze dirette e indirette, della diffusione della prostituzione come scelta libera e autonoma di donne e uomini).

“catalogo di prostitute” a cui i clienti avrebbero potuto attingere per sceglierle. Nel diritto inglese, scritto o non scritto, tale condotta non rientrava in alcuna fattispecie di reato esistente. L’Alta Corte di Westminster si fece prendere dal “moralismo giuridico” e creò un nuovo reato *ad hoc* pur di rendere punibile quella condotta⁷³. Si pensi a che ne è di tutto questo oggi, al tempo delle centinaia di siti internet attivi in tutto il mondo che propagandano impunemente sesso a pagamento... Comunque sia, Lord Devlin, un anziano giudice portavoce del conservatorismo giuridico, sostenne a spada tratta la legittimità di questo intervento⁷⁴; il più grande oppositore di questa virata moralistica della giurisprudenza inglese fu il grande filosofo del diritto Herbert Hart, il quale contrastò efficacemente le argomentazioni di Devlin a favore del paternalismo morale. Hart arrivò ad ammettere qualche forma marginale di paternalismo fisico (si pensi alla discussa tematica dell’eutanasia), ma negò recisamente ogni legittimità al paternalismo morale⁷⁵.

Del resto, non a caso uno dei punti su cui si sviluppò il dibattito riguardava la repressione penale dell’omosessualità. Devlin sosteneva la legittimità di tale repressione, per il “ribrezzo morale” suscitato dall’omosessualità sui benpensanti come lui. Hart ribatteva che il “ribrezzo morale” per una certa condotta non può mai essere un buon motivo per punirla col diritto penale, a meno che questa condotta non cagioni un danno ad altri. Hart riproponeva così la tesi già esposta un secolo prima da un altro filosofo inglese, John Stuart Mill, secondo il quale l’unico buon motivo per proibire (a maggior ragione col diritto penale) una condotta è il fatto che questa condotta arrechi un danno ad altri. Il semplice fatto che arrechi o possa arrecare un danno a sé stessi (ovvero a chi la pone in essere liberamente e volontariamente) non legittima l’intervento coattivo e punitivo dello Stato.

È la tesi del c.d. “*Harm Principle*”, dai tempi di Mill seguita in terra anglosassone dalla maggioranza degli studiosi e in tempi recenti rivitalizzata e portata a compimento da autori del calibro di Joel Feinberg, che con i suoi 4 tomi sui “*Moral Limits of the Criminal Law*” pubblicati nella seconda metà degli anni ’80 ha scritto quella che ancor oggi può essere considerata la più completa trattazione moderna del liberalismo giuridico-penale⁷⁶.

Di fronte alla prostituzione (magari occasionale) per libera scelta, quella delle escort, quella insomma di cui al processo culminato nell’Ordinanza qui pubblicata, ci si trova in un terreno che si presta perfettamente all’applicazione dei principi dell’*harm*

⁷³ *Shaw v. DPP* [1962] AC 220.

⁷⁴ P. DEVLIN, *The Enforcement of Morals*, New York, 1965.

⁷⁵ H. L. A. HART, *Law, Liberty and Morality*, Stanford, California, 1963. Sul dibattito Devlin-Hart rinvio a quanto ho scritto nella voce *Moralità pubblica e buon costume (reati in materia di)* (diritto anglo-americano), in *Digesto delle Discipline penalistiche*, vol. VIII, 1994, p. 190 ss.

⁷⁶ V. retro le note 62 e 63 per citazioni in proposito. L’*harm principle* è oggi comunque riconosciuto come principio-guida in tema di legittimazione del diritto penale da numerosi manuali di diritto penale. Fra gli altri si possono citare G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VII ed., Bologna-Roma, 2015, p. 28 nota 52; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, VI ed., Torino, 2015, p. 11 ss.; A. MANNA, *Corso di diritto penale. Parte generale*, III ed., Padova, 2015, p. 84 ss. (in relazione al principio costituzionale di laicità); A. CADOPPI – P. VENEZIANI, *Elementi di diritto penale. Parte generale*, VI ed., Padova, 2015, p. 115 ss.

principle. In questo caso, può essere che la escort arrechi un danno (morale, si intende) a se stessa, ma non arreca certamente danno ad altri. Cosicché, in base alle tesi del liberalismo giuridico, e in base alle confutazioni del paternalismo morale – che vedono oggi convergere gran parte degli studiosi a livello mondiale, ed anche nel nostro paese – non troverebbe legittimazione alcuna la repressione penale della prostituzione per libera scelta. Né il ricorso al fumoso concetto della dignità può soccorrere in tal senso, se non ipotizzando un concetto etero-imposto di dignità oggettiva che abbiamo visto confliggere con fondamentali libertà costituzionalmente garantite.

7.1.2.4. Repressione della prostituzione come libera scelta e violazione del principio di offensività.

La repressione penale della prostituzione come libera scelta (e delle attività non dannose e non coattive ad essa collegate) – è il caso del processo di cui all’Ordinanza – deve dunque ritenersi illegittima costituzionalmente per violazione del principio di offensività.

In primo luogo, va qui ricordato che il bene giuridico tutelato, nella visione pre-legge Merlin ma anche nella visione della maggioranza dei commentatori della legge del ’58 – e pure nella giurisprudenza – era inizialmente considerata la moralità pubblica (o tutt’al più la salute pubblica). Si trattava di beni giuridici super-individuali (sul punto torneremo anche più oltre), e non individuali. Naturalmente, essendo beni giuridici super-individuali (se non “statuali”: si tutelava in fondo una “morale di Stato”), non erano disponibili dall’individuo.

Nell’ottica della tutela della moralità pubblica, dunque, non vi era tanto da discutere. I reati di cui alla legge Merlin (salve eccezioni) si potevano considerare lesivi di questo bene giuridico, visto che ogni riapertura di case chiuse, ogni sfruttamento o anche favoreggiamento della prostituzione, insomma ogni potenziale o effettivo contributo al “ritorno” o all’incremento della prostituzione, nella prospettiva “abolizionistica” di allora, poteva dirsi lesivo della moralità pubblica. La volontà della singola prostituta non veniva presa in considerazione, perché non si tutelava un bene della persona, ma un bene pubblicistico. Dunque, se la prostituta (o escort) avesse attuato la prostituzione con piena volontà e libertà di scelta, questo non interessava al legislatore, che voleva tutelare beni collettivi come la moralità pubblica⁷⁷.

Ma oggi le cose – come evidenziato più sopra – sono cambiate drasticamente. La dottrina ormai unanime e la giurisprudenza più moderna e oggi ormai maggioritaria non ritengono più che il bene tutelato sia la moralità pubblica. A questa si è ormai sostituito il bene giuridico della *persona della prostituta*, *sub specie* della sua *libertà di autodeterminazione in materia sessuale*. Se è così, si deve oggi guardare ai reati di prostituzione come reati contro la persona, e quindi la tutela ha perso il suo carattere

⁷⁷ “Che ci sia o meno il consenso della meretrice non importa. Le puttane sono vittime per legge. Meretricio volontario e sfruttamento vengono mischiati in un unico calderone liberticida”: così A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., p. 220.

collettivo ed è diventata di tipo individuale, cosa del resto normale visto il lento progredire verso un ordinamento giuridico-costituzionale che non vede più al centro lo Stato (come ai tempi del fascismo) ma la persona.

In questa prospettiva, va chiarito quale sia il bene realmente protetto: si tratta della libertà di autodeterminazione della prostituta/escort o della sua dignità⁷⁸?

Fra i due poli – visto quanto abbiamo detto poco sopra – non dovrebbe esservi antitesi. Infatti, abbiamo visto che se si intende tutelare col diritto penale la dignità, essa deve essere dignità soggettiva, o personale, e non dignità oggettiva. Dunque, la *dignità soggettiva*, in questo campo, trova forma solo come *esercizio di una libertà di autodeterminazione in materia sessuale*. La dignità soggettiva della prostituta/escort che agisce volontariamente e liberamente indica il “mestiere” di prostituta come un mestiere conforme alle scelte della prostituta stessa, e che quindi nulla ha di male per chi lo svolge. In questo senso, se si tutela la dignità soggettiva della prostituta convinta, non ha certamente senso punire fatti che le arrecano vantaggio nella sua attività professionale liberamente scelta. Diversamente avviene in rapporto a fatti che violano la libertà di autodeterminazione della prostituta costringendola ad esercitare il mestiere o ad esercitarlo in un certo modo. Ma quando vi è pieno consenso e libera scelta da parte della prostituta, la repressione delle condotte collegate alla stessa non trova legittimazione in alcun bene giuridico.

Si può pensare che alcune delle fattispecie della legge del '58, sotto questo profilo, possano mantenere profili di offensività anche di fronte a “libere scelte”: si può pensare allo sfruttamento (almeno a certe forme di esso) o alla induzione (o almeno a certe forme di essa). Ma nell'ambito del reclutamento o del favoreggiamento, così come interpretati dallo stesso giudice di primo grado nel processo di cui all'Ordinanza, non vi sarà mai alcuna lesione del bene giuridico tutelato se il bene è la libertà di autodeterminazione della donna in materia sessuale e se la scelta è stata libera⁷⁹.

Del resto è lo stesso Tribunale nella sentenza di primo grado su cui si è innestata, in grado di appello, l'Ordinanza qui pubblicata, ad attestare inequivocabilmente che le escort nei fatti di cui a processo – persino quelle che si erano costituite parte civile – *non hanno subito alcun danno* (né materiale né morale) dai reati che sono stati addebitati all'imputato. Non si può dunque dire che siano state “vittime” delle condotte di reclutamento o favoreggiamento per cui il Tarantini è stato condannato. E ciò per il semplice motivo che *non è stato leso il bene giuridico*.

In conclusione, si deve ritenere che le fattispecie del reclutamento e del favoreggiamento, così come interpretate dal giudice di prime cure, violino patentemente il *principio di offensività*, un principio la cui rilevanza costituzionale è stata riconosciuta

⁷⁸ Abbiamo visto più sopra che non poche sentenze in tema di prostituzione richiamano – oltre alla libertà di autodeterminazione – anche la dignità della prostituta. Lo stesso giudice di prime cure nel processo di cui all'Ordinanza accoglie questo duplice riferimento.

⁷⁹ Scrive A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., p. 240: “La prostituzione non è reato, ma il favoreggiamento di qualcosa che non è reato è reato. [...] Come spiegarlo a una persona normale?”. Nel linguaggio poco tecnico-giuridico della giornalista-politologa-sociologa, si coglie però la contraddizione legislativa che chiunque è in grado di percepire.

più volte dalla stessa Corte costituzionale (v. per tutte la importantissima Sentenza n. 364 del 1988 in tema di *ignorantia legis*, redatta da Renato Dell'Andro): un principio che trova sanzione, fra l'altro, negli artt. 13, 25 e 27 Cost.

Va detto che la Cassazione, con la citata Sentenza n. 49643 del 2015, ha rigettato simili prospettazioni di incostituzionalità della norma sul tema dell'offensività, rilevando che si può superare tale paventata incostituzionalità delle norme citate tramite interpretazioni "costituzionalmente orientate" delle stesse. E a parere dei giudici di legittimità una tale reinterpretazione delle norme della legge Merlin – in particolare la Corte allude al favoreggiamento – sarebbe stata già attuata dalla giurisprudenza.

La Corte vuole riferirsi alla ben nota distinzione fra favoreggiamento della prostituta e favoreggiamento della prostituzione, di cui ho già detto più sopra (§ 7.1.1.5). Ma, come ho già avuto modo di dimostrare, credo persuasivamente, la distinzione in parola non ha prodotto risultati soddisfacenti. Da un lato essa non è facilmente praticabile, dal momento che è assai oscura la distinzione fra le due cose, visto che quasi sempre chi favorisce la prostituta (almeno in certi ambiti) ne favorisce anche la prostituzione e viceversa⁸⁰. Dall'altro, anche ammesso, e non concesso, che si trovasse un discrimine fra le predette due tipologie di favoreggiamento, la distinzione stessa non avrebbe alcuna capacità di risolvere i connaturati problemi di incostituzionalità del favoreggiamento (ed anche del reclutamento). Quanto ai casi di favoreggiamento della prostituta, essi non hanno nulla a che fare col diritto né col diritto penale, e non è neppure il caso di parlarne. Quanto ai casi di favoreggiamento della prostituzione, anche qui non si realizza alcuna lesione di beni giuridici (quantomeno nelle ipotesi di prostituzione "libera"), per quanto si è detto finora. Ovvero per il fatto che non può certo costituire lesione del bene giuridico "libertà della persona in materia di scelte sessuali" il comportamento di chi favorisce alla escort l'attuazione pratica di una sua libera scelta. Anzi, in questi casi si realizza l'esatto contrario della lesione del bene giuridico. Se la escort sceglie liberamente di offrire sesso a pagamento, chi dà una mano alla prostituta nella effettuazione di tale sua scelta produce un vantaggio, e non un danno allo stesso bene giuridico tutelato.

Sul punto, peraltro, la citata sentenza della Cassazione fa un'ulteriore precisazione per dimostrare che vi sarebbe comunque offensività anche in questi casi. Rileva che l'agevolazione da parte di altri è una condotta idonea ad interferire sulla libera autodeterminazione della prostituta a svolgere la propria attività "perché costituente il primo passo verso lo sfruttamento economico del corpo della prostituta".

La Corte qui si arrampica evidentemente sugli specchi. Cerca di trovare una via d'uscita al *cul de sac* in cui si è messa adottando come bene giuridico la libertà di autodeterminazione della persona in materia sessuale. Una volta prescelto questo bene

⁸⁰ A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., p. 250-252, cita una serie di sentenze della Cassazione in tema di favoreggiamento, evidenziando che casi analoghi portano a decisioni diverse (con assoluzioni o condanne in un caso e nell'altro), senza che sia dato di capire le supposte differenze fra gli stessi; e conclude la carrellata con una amara considerazione finale rivolta ai lettori: "Ecco, se non capite, non stupitevi. Siete in buona compagnia". Anche in questo caso l'analisi non è tecnica, ma evidenzia che molte decisioni (e supposte distinzioni) in materia stridono con lo stesso buon senso.

giuridico – che è peraltro quello più in sintonia con i principi costituzionali e con l’assetto moderno del diritto penale – avrebbe dovuto trarne le debite conseguenze e ritenere illegittimo costituzionalmente il favoreggiamento per violazione del principio di offensività. Viceversa, al fine di evitare questa soluzione, escogita questo *escamotage* per dimostrare che comunque, se non vi è lesione, vi è in ogni caso messa in pericolo del bene “libertà di autodeterminazione della persona in materia sessuale”, perché le condotte di favoreggiamento costituirebbero “il primo passo verso lo sfruttamento economico del corpo della prostituta”. In realtà, qui abbiamo solamente una escort (o prostituta) che decide liberamente di prostituirsi, magari anche in un’occasione isolata e con un cliente a lei adeguato. Si tratta di una libera scelta, frutto dell’esercizio di un diritto costituzionalmente garantito quale la libertà sessuale (sul punto v. meglio tra breve). Come si può dire che una condotta che semplicemente agevola la prostituta o escort nell’esercitare quel suo diritto di libertà costituzionalmente garantito costituisca “il primo passo verso lo sfruttamento economico del corpo” della stessa? In primo luogo – nei casi in cui la prostituta sceglie liberamente di prostituirsi – è lei stessa che vuole sfruttare economicamente il suo corpo concedendolo ad altri. E anche questa non è che l’espressione di quella libertà sessuale costituzionalmente garantita. Non sono altri che sfruttano economicamente il corpo della prostituta stessa.

Se poi si vuol dire invece che una volta intrapreso il mestiere di prostituta o di escort può essere che in un remoto futuro qualcuno sfrutterà economicamente il lavoro della prostituta stessa, questa è un’illusione priva di riscontri che non può giustificare addirittura la repressione penale di una condotta che ha il solo fine di favorire l’attività libera e lecita della prostituta. Si dovrebbe individuare un reale pericolo per il bene giuridico “libertà sessuale” della prostituta. Ma questo pericolo è solo molto remoto e potenziale. Facciamo un esempio: chi dà un appartamento in locazione alla prostituta dovrebbe essere punito perché la sua attività costituisce il “primo passo” verso lo sfruttamento economico del corpo della stessa? Ma se le si riconosce piena libertà di prostituirsi, è contraddittorio poi giustificare la punibilità di condotte di cui la prostituta stessa ha bisogno per poter esercitare la sua “libera” attività⁸¹.

Si tratta in realtà – sia concesso dirlo - di una vera e propria “truffa delle etichette”. Si ridefinisce il bene giuridico secondo schemi apparentemente moderni, per poi ripiombare in proibizioni antiche, giustificabili solo attraverso il ripiegamento su beni giuridici ormai superati. Alla fine, l’ottica della Cassazione non è molto distante da quella originaria della legge Merlin, che voleva tutelare le donne dallo sfruttamento, proibendo però paternalisticamente tutta una serie di condotte che con lo sfruttamento non avevano nulla a che fare (ma in un contesto completamente diverso da quello odierno, e avendo di mira la prostituzione come si esercitava allora nelle “case di meretricio”).

Diversamente, restando nell’ottica della libertà di autodeterminazione, la condotta agevolatrice sarebbe troppo distante dalla lesione e dalla stessa messa in

⁸¹ Sul punto sono particolarmente efficaci le argomentazioni di cui all’Ordinanza qui pubblicata, al § 11, in critica alla sentenza della Cassazione n. 49643 del 2015 citata nel testo.

pericolo del bene giuridico per potersi dire giustificabile alla luce del principio di offensività.

A ciò si aggiunga che la prostituta ha spesso bisogno di aiuti esterni di qualche tipo per procedere nella propria attività. Ad esempio, specie la escort può avere bisogno di pubblicizzarsi, o di terzi che le procaccino dei clienti. Ebbene, criminalizzando il favoreggiamento, si criminalizzano (potenzialmente⁸²) tutte le attività di terzi atte a migliorare e a rendere più redditizia l'attività della prostituta stessa. In questo modo, si colloca irrimediabilmente l'attività normale di una prostituta che esercita il mestiere per libera scelta in un ambito di criminalità, che non fa che peggiorare lo status della prostituta stessa, che prima o poi rischierà davvero, in quel modo, di finire vittima di sfruttatori⁸³. In definitiva. La repressione penale del favoreggiamento di fronte a casi di prostituzione per scelta ha l'effetto criminogeno di costituire davvero il primo passo verso lo sfruttamento. Dunque, non è il favoreggiamento (es.: la locazione di un appartamento, il procacciamento di un cliente, o simili) che costituisce in questi casi il primo passo verso lo sfruttamento, ma tutt'al più è la repressione penale di esso che può provocare questo effetto paradossale.

Quanto detto dovrebbe bastare per dimostrare la fallacia delle argomentazioni della Cassazione in argomento.

La sentenza di primo grado nel processo di cui all'Ordinanza, in proposito, sembra profilare il bene giuridico in altro modo ancora, al medesimo fine di poter dimostrare la legittimazione della punibilità di simili condotte. I giudici del Tribunale di Bari in realtà non abbandonano completamente il bene giuridico della moralità pubblica, che viene comunque chiamato in causa, anche se forse in posizione subordinata rispetto all'altro della persona. Sul bene "moralità pubblica" ho già detto, e non torno qui sulla dimostrazione della totale inattualità di un bene siffatto, che in realtà oggi sarebbe, se adottato a giustificazione di repressioni penali, addirittura incostituzionale come tale.

Passiamo dunque agli altri beni espressi dal giudice di primo grado del processo barese, relativi alla tutela della persona. Si accenna alla "dignità umana", ma anche sul tema dignità ho discusso abbastanza a lungo più sopra, dimostrando, credo, che se la dignità è quella soggettiva o personale – l'unica compatibile con i principi costituzionali e con un ordinamento laico, liberale e non autoritario – allora essa non viene affatto né

⁸² E salve avventure interpretative di dubbia legittimazione. Del resto proprio la questione della punibilità della pubblicizzazione della prostituzione – passata attraverso gravi contrasti giurisprudenziali – evidenzia la contraddittorietà e la infondatezza della distinzione più volte criticata fra favoreggiamento della prostituta e favoreggiamento della prostituzione, laddove è chiaro che, a rigore, ogni pubblicizzazione (su giornali o su siti internet) della attività prostitutiva dovrebbe costituire favoreggiamento della prostituzione e non solo della prostituta. Non si capisce dunque come sia possibile che in questi casi, spesso, si giunga alla assoluzione degli imputati.

⁸³ Si legga quanto scrive in proposito F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, cit., p. 308: "L'incriminazione di tutte le attività serventi o comunque satelliti dell'atto prostitutivo, fa sì che la liceità di quest'ultimo sia più formale che sostanziale, più tollerata che proclamata, con la conseguenza di spandere intorno alla persona che si prostituisce un alone emarginante di disdoro e di implicita disapprovazione paternalistica".

lesa né posta in pericolo dai reati qui considerati quando la scelta della prostituta o escort è libera. Anche su questo punto non è il caso di ripetere cose già dette.

Il predetto giudice di prime cure passa poi al bene “libertà di autodeterminazione”, e lo declina nel modo seguente: la libertà sessuale della donna che faccia commercio del proprio corpo dietro corresponsione di denaro o altra utilità, “intesa come libertà dall’interferenza di terzi che dall’attività di prostituzione altrui intendano ricavare un vantaggio economico ovvero in qualsiasi modo procurare condizioni favorevoli per l’esercizio della stessa, rendendo possibile un’interazione – anche occasionale – con chi sia disposto a comprarne i favori”.

Lasciamo stare la parte in cui si parla di chi realizza condotte capaci di ricavare un vantaggio economico dalla prostituzione, perché qui siamo sul versante dello sfruttamento della prostituzione e si tratta di un reato che non viene in rilievo in questo parere.

Passiamo alla seconda parte, dove si parla di una libertà da interferenze di terzi che intendono “in qualsiasi modo procurare condizioni favorevoli per l’esercizio della stessa”.

Qui francamente si riscontra un salto logico. Come si può tutelare la libertà di autodeterminazione della donna in materia di scelte sessuali, e più in particolare nella scelta di prostituirsi, se poi la si tutela da coloro che procurano “in qualsiasi modo condizioni favorevoli” all’esercizio della prostituzione? Ma se si tratta di una libera scelta della persona – tutelata addirittura costituzionalmente – come si può dire che tale libera scelta sia lesa da chi ne rende più favorevoli o agevoli le condizioni di svolgimento? Si cade evidentemente nella stessa logica della legge Merlin, da cui apparentemente ci si allontana accogliendo – a parole – concezioni più moderne, ma in realtà riproponendone in pieno la prospettiva originaria, quella della protezione paternalistica di povere donne che nei locali di meretricio finivano per perdere davvero, allora, negli anni ’50, ogni libertà.

Oggi, se si accoglie l’inquadramento del bene giuridico nella libertà di autodeterminazione bisogna, coerentemente, affermare che quando la prostituzione – o comunque la concessione di favori sessuali dietro pagamenti – è frutto di libera scelta, è tale scelta che va tutelata, perché frutto di libertà di autodeterminazione. E allora, in questi casi, si deve dire che chi agevola le condizioni di esercizio dell’attività prescelta dalla prostituta non lede alcun bene giuridico, men che meno quello della libertà di autodeterminazione della stessa. Anzi, favorisce l’attuazione concreta della scelta della prostituta stessa, realizzando, come già si notava, l’esatto opposto della lesione del bene della libertà.

La verità è che dietro la visione apparentemente moderna del giudice barese di prime cure si cela una adesione ad una visione della prostituzione come un “male da estirpare”. Lo dice a chiare lettere lo stesso Tribunale quando rileva che la punizione del favoreggiamento è pienamente in linea con le esigenze di tutela della legge, che mira ad “impedire che il fenomeno della prostituzione si accentui e si espanda per le condizioni favorevoli ad esso offerte da soggetti che si trovino in posizione di terzietà rispetto a coloro tra i quali il patto di meretricio intervenga”. In altro passo, lo stesso giudice afferma che la legge Merlin, con le fattispecie da essa contemplate, “rende manifesto il

disvalore sociale attribuito ad atti che implicino l'uso strumentale della propria sessualità per riceverne un corrispettivo, costituendo quest'ultimo un fenomeno che, se di per sé non illecito, è tuttavia da considerare socialmente degradante e in quanto tale da disincentivare".

Si avverte molto bene, in queste parole, l'avversione morale del giudice verso la prostituzione come "fenomeno degradante". Sembra quasi di risentire le parole del senatore Boggiano Pico e dell'onorevole Tozzi Condivi, non a caso riportate nelle prime pagine di questo parere. Ma il fatto è che o si abbraccia una filosofia rispettosa dei diritti di libertà di autodeterminazione, quelli tutelati dalla nostra Costituzione, oppure si cade nella trappola del paternalismo morale o di concetti fintamente rispettosi di tali libertà come quello di dignità oggettiva, o simili.

Spesso, dietro a questi "giri di parole" stanno atteggiamenti simili a quello che aveva negli anni '60 l'inglese Lord Devlin, che in nome della "degradazione sociale" o "morale" giustificava senza remora alcuna la repressione penale dell'omosessualità, allora non certo in auge nella morale comune.

Spostando l'accento sulla libertà di autodeterminazione, e "facendo sul serio" con la stessa, si dovrebbe coerentemente rispettare la scelta di chi vuole, occasionalmente o meno, prostituirsi, la scelta di coloro che con linguaggio più asettico e meno moralistico vengono oggi chiamati "*sex workers*". Si tratterà forse di un'attività moralmente poco ben accetta, ma questo non deve interessare il diritto penale, che tutela, fra le altre libertà, anche la libertà sessuale: libertà (negativa) *da* violenze ed abusi (come nella violenza sessuale), o libertà (positiva) *di* intraprendere le attività sessuali che intendono intraprendere (come nel libero esercizio della omosessualità o della prostituzione o di altro ancora che, beninteso, non rechi danno ad altri).

Chi aiuta o agevola o favorisce l'esercizio di una libera scelta – in campo sessuale o in altro campo – non reca danno a nessuno, e men che meno a chi vuole realizzare quella libera scelta.

Il Tribunale barese, nel processo di cui all'Ordinanza, al fine di rintuzzare l'incostituzionalità del delitto di favoreggiamento per violazione del principio di offensività, aggiunge un requisito allo stesso, ovvero la rilevanza causale della condotta del terzo relativamente al concreto svolgersi dell'atto di prostituzione (parla di "incidenza causale decisiva ai fini del concreto esercizio dell'attività di prostituzione"). E rileva che questo requisito si verifica nei casi di cui a processo relativamente alle escort contattate dal principale imputato.

Ebbene: a mio parere questo requisito dell'incidenza causale – che del resto da decenni era apparso sulla scena dell'interpretazione dei delitti in esame⁸⁴ – non risolve nulla. In primo luogo, la differenza fra favoreggiamenti causali e non causali (che si accompagnerebbe quasi sovrapponendosi alla distinzione fra favoreggiamento della prostituta, non causale, e favoreggiamento della prostituzione, causale) non ha alcuna rilevanza logica o teorica. Perché i favoreggiamenti non causali dovrebbero essere non

⁸⁴ Approfondimenti sul punto già in F. LEONE, *Delitti di prossenetismo ed adescamento*, cit., p. 182.

punibili e quelli causali sì? Afferma la sentenza di primo grado: perché quelli causali hanno la capacità di espandere il fenomeno della prostituzione, mentre gli altri no.

Ma allora la giustificazione torna ad essere quella più sopra contrastata, legata ad una considerazione della prostituzione come qualcosa da ridurre a tutti i costi anche nei casi delle prostitute per scelta, che liberamente intraprendono quell'attività. E abbiamo visto quanto questa prospettiva sia oggi sbagliata, perché adotta gli schemi degli artefici della legge Merlin attualmente superati e soprattutto lesivi di diritti di libertà costituzionalmente garantiti.

Va poi detto che applicando l'impostazione suggerita dal giudice di prime cure, si legittimerebbe ancor oggi, fra l'altro, la condanna delle due prostitute che abitano insieme in uno stesso appartamento e che si danno una mano a vicenda per fissare gli appuntamenti dell'una e dell'altra (c.d. "agevolazione reciproca"). In questo caso, sicuramente le risposte alle telefonate dei clienti da parte dell'una o dell'altra sono causali rispetto ai singoli episodi prostitutivi: ma chi sarebbe disposto oggi a punire l'una e l'altra per favoreggiamento della prostituzione, almeno nei casi di prostituzione liberamente esercitata da entrambe⁸⁵?

Il fatto è che il favoreggiamento, quando è causale, è ancor più vantaggioso alla prostituta o escort che vuole prostituirsi per libera scelta. Pensare che vi sia offensività solo in quei casi è dunque un controsenso, perché sono proprio quelli i casi in cui la prostituta ottiene i vantaggi maggiori: altro che danni! Altro che vittime! A meno di non tornare alla logica del paternalismo morale già più volte criticata e screditata nelle pagine precedenti.

In sostanza e in conclusione: molte fattispecie della legge Merlin, e sicuramente quelle del reclutamento e del favoreggiamento, se interpretate come le ha interpretate il giudice di primo grado nel processo di cui all'Ordinanza, debbono ritenersi incostituzionali per violazione del *principio di offensività*. Ed è questa una tesi che viene condivisa dalla maggioranza della dottrina che di recente si è occupata della tematica⁸⁶.

7.1.3. Libere scelte di prostituirsi e violazione del diritto costituzionalmente garantito di autodeterminazione sessuale.

Partiamo ancora una volta da quello che potrebbe sembrare un caso di scuola e che invece è proprio il caso di cui al processo barese: consideriamo delle persone (donne

⁸⁵ Per tutti si rinvia a quanto chiaramente rilevato da P. DI NICOLA, *Il reato di favoreggiamento*, cit., pp. 55-56.

⁸⁶ Fra i contributi più recenti: A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione*, cit., p. 294 ss.; A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali*, cit., p. 324 ss.; P. DI NICOLA, *Il reato di favoreggiamento*, cit., pp. 50-51; F. MAZZACUVA, *La disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 155. Si possono interpretare in questo senso altresì le considerazioni di F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, cit., p. 305 ss.; nonché di D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 310: tutte volte a dar rilievo al rispetto delle libere scelte dei "sex workers"; ed ora di F. PARISI, *Interferenze e convergenze fra prostituzione e tratta nelle recenti proposte di incriminazione del cliente*, in *Riv. It. med. Leg.*, 2017, pp. 673-674. Sembra così orientato da ultimo anche F. P. LASALVIA, *Reclutamento e favoreggiamento*, cit.

o uomini che siano) che liberamente decidono di prostituirsi, in casi sporadici o anche come mestiere.

Può il diritto penale legittimamente proibire condotte come il favoreggiamento o il reclutamento (intesi come da sentenza di primo grado) realizzate nei confronti di persone del genere senza violare il principio costituzionale di libertà di autodeterminazione in materia sessuale? La risposta è chiaramente, a mio avviso, negativa. Vediamo perché.

Va premessa in proposito una cosa peraltro già nota a chi legge queste pagine: il “reclutamento” di cui al processo barese consisteva semplicemente nel reperire una o più prostitute o escort per un cliente facoltoso e importante.

La escort in questo modo entrava in contatto col cliente ricco e famoso, si recava a cene presso di lui con altre persone, e, a parere del giudice di prime cure, intratteneva col cliente o altre persone rapporti sessuali o comunque compiva atti sessuali.

La condotta di reclutamento, o favoreggiamento che dir si voglia, non incide sulla libertà di scelta della prostituta o escort. Questo lo dice a chiare parole più volte il giudice di primo grado. La escort rimane libera di fare ciò che vuole, né le condotte dell'imputato hanno caratteristiche costringenti o riduttive della libertà della stessa. Anzi, come più volte detto, le condotte di reclutamento (ammesso che questa fattispecie si attagli alle condotte stesse) non procurano danni alla escort, ma le procurano vantaggi. Le danno modo di esplicare in concreto – e con un ottimo cliente – la sua libera scelta di prostituirsi.

Per ritenere accettabile, anche sotto il profilo costituzionale, la repressione penale del favoreggiamento (o del reclutamento così inteso) in ipotesi come quelle di cui al processo barese, occorrerebbe dimostrare che in questa materia non è ammissibile costituzionalmente una libertà di autodeterminazione da parte della donna, o comunque di chi vuole prostituirsi. E qui viene uno snodo fondamentale della questione⁸⁷, che già è emerso in più punti nella presente trattazione, ma che ora va affrontato *ex professo*.

Invero, non si dubita che la prostituzione rientri nell'ambito dell'attività sessuale. La prostituzione, anzi, non è che attività sessuale a pagamento. Per verificare se l'esercizio della prostituzione risponda ad una libertà di autodeterminarsi costituzionalmente garantita occorre dunque partire dal problema del riconoscimento di un *diritto costituzionalmente garantito di libertà sessuale*.

La “libertà sessuale” è concetto che risale nel tempo, se si pensa che persino nella configurazione originaria del codice Rocco, nel 1930, si collocavano i delitti c.d. sessuali nell'ambito dei delitti contro la “libertà sessuale” (pur ambiguamente all'interno del Titolo IX concernente i delitti contro la “moralità pubblica e il buon costume”). Ma, per venire ai decenni più recenti, che sia riconosciuta una libertà sessuale, e che questa libertà abbia anche rilievo costituzionale non è cosa che si possa porre seriamente in dubbio. Numerose sentenze della Corte Costituzionale riconoscono la libertà sessuale come diritto fondamentale della persona⁸⁸. Analogamente si può dire per la stessa

⁸⁷ Riprendo su questo punto argomentazioni già svolte in A. Cadoppi, *Favoreggiamento della prostituzione*, cit., p. 291 ss.

⁸⁸ Si veda ad es. la sentenza n. 561 del 1987 della Corte Costituzionale, dove viene detto che “[e]ssendo la sessualità uno degli essenziali modi di espressione della persona umana, il diritto di disporre liberamente

identità sessuale, che deve ritenersi diritto costituzionalmente garantito⁸⁹. Tutti questi diritti, se non sono esplicitamente menzionati dalla Costituzione, sono implicitamente derivabili dall'art. 2 Cost. che deve ritenersi contenere un catalogo aperto di diritti, come anche cospicua dottrina ha confermato⁹⁰. Del resto lo stesso art. 3 comma 2, attribuendo alla Repubblica il compito di rimuovere gli ostacoli che limitando di fatto la libertà [...] dei cittadini, impedendo il pieno sviluppo della persona umana, conferma questo diritto costituzionalmente garantito alla libertà sessuale. Numerosissime sono le sentenze della Cassazione che ribadiscono (ad esempio in materia di reati sessuali) questo diritto, con espresso riferimento ai predetti articoli della Costituzione⁹¹.

Né la libertà sessuale è riconosciuta solo all'interno dell'ordinamento italiano a livello costituzionale; anche la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in più di una pronuncia ha affermato con forza la sussistenza di tale libertà. Si pensi per tutti al caso *Dudgeon v. United Kingdom* (1981) con il quale si è ritenuta contrastare con la CEDU una legge dell'Irlanda del Nord che reprimeva gli atti omosessuali fra adulti consenzienti. La norma della CEDU che viene in considerazione in questi casi è l'articolo 8 che riguarda il diritto alla vita privata⁹². Più di recente, la stessa Corte EDU ha coniato il concetto di autonomia personale, di cui la libertà sessuale sarebbe parte integrante: su questa base è stata affermata l'illegittimità dell'interferenza statale, e, segnatamente, dell'intervento del diritto penale, anche rispetto a pratiche sadomasochistiche estreme e particolarmente cruenta, purché poste in essere in privato e con il consenso della "vittima"⁹³.

Il riconoscimento della libertà sessuale come diritto costituzionalmente garantito va in effetti inteso, come si accennava, sia in senso negativo che in senso positivo.

In senso *negativo* la libertà sessuale implica che un soggetto non possa essere costretto ad attuare condotte sessualmente rilevanti che egli non voglia attuare. A presidio di questa libertà stanno ovviamente tutte le norme di cui agli artt. 609 *bis* e seguenti del codice penale, che puniscono la violenza sessuale ed altri reati collegati.

è senza dubbio un diritto soggettivo assoluto, che va ricompreso tra le posizioni soggettive direttamente tutelate dalla Costituzione ed inquadrato tra i diritti inviolabili della persona umana che l'art. 2 Cost. impone di garantire."

⁸⁹ Si veda la sentenza della Corte Costituzionale n. 161 del 1985 dove viene detto che "il diritto di realizzare, nella vita di relazione, la propria identità sessuale, da ritenere aspetto e fattore di svolgimento della personalità".

⁹⁰ Cfr. per tutti A. BARBERA, *Art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna 1975, p. 50 ss. Si veda anche, per una nota alla menzionata sentenza n. 561 del 1987 della Corte Costituzionale, dove viene sostenuta la tesi per cui l'art. 2 Cost. costituirebbe catalogo aperto di diritti, L. MANNELLI, *Della libertà sessuale e del suo fondamento costituzionale – Nota a C. Cost. 18 dicembre 1987*, n. 561 in *Foro It.*, 1989, fasc. 7-8, pagg. 2113-2119.

⁹¹ Tra le moltissime, si veda ad es. Cass., sez. III, 19 novembre 2015, n. 18679, in *Dir. pen. e proc.*, n. 11/2016, con la mia nota *Baci e violenza sessuale*, cit.

⁹² *Dudgeon v. United Kingdom*, application no. 7525/76, 22 ottobre 1981 della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.

⁹³ Corte Edu, 17 febbraio 2005, *K.A. e A.D. c. Belgio*. Si veda in questo senso fra gli altri M.R. MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, cit., pp. 890-891.

Sotto il versante *positivo*, la libertà sessuale indica il diritto di esplicitare qualsiasi attività sessuale un soggetto abbia desiderio di fare, con il limite ovvio del rispetto degli interessi altrui. Così, in privato, ciascuno può esplicitare la sua libertà sessuale mediante attività di qualsiasi genere, purché attuate nei confronti di soggetti adulti e consenzienti e senza arrecare danni fisici irreparabili⁹⁴. In pubblico, l'esplicazione di tale libertà trova un limite nel fatto che il pubblico e il singolo passante non debbono essere sottoposti a forzose visioni di immagini o di atti che possono suscitare turbamento o fastidio⁹⁵.

Il riconoscimento di una libertà sessuale positiva porta ad esempio, come si è visto, a riconoscere il diritto alla omosessualità e al compimento di atti omosessuali, anche qui, naturalmente, nel rispetto del consenso altrui.

Si può dire che la libertà sessuale intesa in senso positivo si possa estendere anche all'esercizio della prostituzione? Sono fermamente convinto che la risposta debba essere affermativa. Al fine di dare una risposta plausibile a questa domanda, occorre peraltro domandarsi preliminarmente cosa caratterizzi l'attività di prostituzione rispetto a una qualsiasi attività sessuale. La risposta è abbastanza semplice: la prostituzione rispetto a qualsiasi attività sessuale si caratterizza per essere un'attività sessuale a pagamento.

Ora il quesito si deve riformulare nel modo seguente: la libertà sessuale intesa in senso positivo si deve ritenere estesa alla libertà di attuare un'attività sessuale a pagamento, ovvero dietro pagamento di un compenso? Non vedo alcuna ragione per escludere questo tipo di attività sessuale dal concetto di libertà sessuale di cui si tratta. Se si riconosce a qualsiasi soggetto capace di autodeterminarsi di poter realizzare qualsiasi attività sessuale purché questa non leda interessi altrui contro il consenso del danneggiato, non vedo perché si dovrebbe ritenere esclusa da questa libertà la prostituzione. Chi si prostituisce esercita indubbiamente un tipo di libertà sessuale⁹⁶. Non lede certamente in questo modo gli interessi della sua controparte, ovvero del cliente, perché anzi il cliente è per definizione consenziente al "contratto" di prostituzione. Neppure si può dire che il cliente sia danneggiato perché deve pagare un

⁹⁴ Il riferimento è all'art. 5 c.c., norma i cui riflessi penali sarebbero peraltro tutti da ripensare, come già alcuni autori hanno fatto. Ciò che si sostiene nel testo comunque sta in piedi anche a fronte di una interpretazione "vecchio stampo" di questa norma.

⁹⁵ Anche se, come dimostra la recente depenalizzazione quasi completa dei delitti di cui agli artt. 527 e 528 c.p., di cui al d. lgs. N. 8 del 2016, il legislatore italiano mostra di dar ormai poco peso anche a questo limite alla libertà.

Sotto il profilo del diritto costituzionale, si possono richiamare sul punto le rilevanti osservazioni di G. MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, in U. BRECCIA – A. PIZZORUSSO, *Atti di disposizione del proprio corpo*, a cura di R. ROMBOLI, Pisa, 2007, p. 227, a cui si rinvia per una discussione sui limiti del diritto di libertà sessuale (che si risolvono comunque sostanzialmente in quelli già evidenziati qui nel testo).

⁹⁶ Basta consultare il sito web del "Comitato per i diritti civili delle prostitute" (da anni attivo in Italia) per rilevare che esse stesse – quelle che esercitano il mestiere per libera scelta – lo ritengono una forma di manifestazione della loro libertà sessuale. Si veda ora anche un primo commento di Pia Covre all'Ordinanza qui pubblicata: *La lucciola in trincea: "Non va condannato chi ci aiuta a lavorare"*, in *Il Resto del Carlino*, 7 febbraio 2018, p. 9.

Sul tema si legga anche V. ZENO ZENCOVICH, *Approcci diversi a contratto e sessualità*, cit., p. 873 ss.; M. R. MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, cit., p. 889 ss.; A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona*, cit., p. 320 ss.

prezzo alla prostituta, perché anche relativamente a questo punto si deve ritenere che il cliente sia consenziente, e d'altra parte nessuno può porre in dubbio che questi possa disporre dei suoi interessi patrimoniali. È chiaro che sotto questo punto di vista bisogna distinguere tra clienti maggiorenni e clienti minorenni, ma relativamente ai clienti maggiorenni, non vedo quale danno possa derivare al cliente dall'attività della prostituta.

Certo, si potrebbe dire che la prostituta danneggia sé stessa, magari perché lede la propria dignità. Ma qui si ritorna a concetti già discussi. La dignità non può essere quella oggettiva che l'ordinamento postula in base a valori morali magari anche condivisi dalla collettività. Deve essere quella dignità soggettiva che deve essere riconosciuta ad ogni soggetto adulto capace di autodeterminarsi. Giustificare la proibizione della libertà di prostituirsi in base alla considerazione che la prostituta esercitando tale attività danneggia sé stessa potrebbe in definitiva reggersi in piedi solo passando attraverso il riconoscimento della legittimità di interventi moral-paternalistici nel diritto penale anche a scapito di soggetti adulti e capaci di determinarsi.

In definitiva, non si vede perché non si dovrebbe estendere il concetto di *libertà sessuale* anche alla libertà di prostituirsi⁹⁷. Certo, si potrebbe obiettare che il prostituirsi non è attività moralmente commendevole, e quindi si potrebbe sostenere che il nostro diritto non dovrebbe riconoscere una simile libertà proprio in quanto immorale. Ma possiamo negare un diritto o limitare una libertà solo per la sua supposta immoralità? Credo che nessuno sia oggi disposto ad accogliere così platealmente il moralismo giuridico come buona giustificazione per la repressione penale di una certa condotta⁹⁸.

Un altro argomento per contrastare l'inclusione della libertà di prostituirsi nell'ambito della più generale libertà sessuale (e a sua volta nell'ambito della più ampia "autonomia personale") potrebbe essere quello di ritenere *illecita* la prostituzione. Se si dimostrasse l'illiceità della prostituzione, si potrebbe naturalmente negare una libertà di prostituirsi, e a maggior ragione una rilevanza costituzionale di tale libertà.

Ma che la prostituzione sia attività pienamente *lecita*, nel nostro ordinamento, è fuori discussione. Non si tratta solo di opinioni dottrinali. Lo stesso giudice barese di prime cure del processo sfociato in appello nell'Ordinanza qui pubblicata riconosce la piena liceità giuridica della prostituzione.

Ma soprattutto, vi sono ormai varie sentenze della sezione tributaria della Cassazione che hanno riconosciuto tale liceità. Così, Cass., sez. trib., 1° ottobre 2010, n. 20528, che ha affermato che l'attività di prostituzione può essere "discutibile sul piano morale", ma "non può essere certamente ritenuta illecita". Analogamente ha poi deciso Cass., sez. trib., 2 marzo – 13 maggio 2011, n. 10578, e ancor più di recente Cassazione civ. Sez. V, 27 luglio 2016, n. 15596.

⁹⁷ Si può citare sul punto anche D. A. J. RICHARDS, *Sex, Drugs, Death and the Law. An Essay on Human Rights and Decriminalization*, Totowa NJ, 1982, che sostiene che "la gente ha un diritto umano di praticare il sesso commerciale".

⁹⁸ Sul punto rinvio a quanto ho già scritto più sopra, *passim*.

Tutte queste sentenze dichiarano la *piena liceità* della prostituzione, al fine di evitare qualsiasi dubbio sulla possibilità di assoggettarla a tassazione⁹⁹.

Tali sentenze menzionano estesamente, a supporto della tesi della liceità, la nota sentenza della Corte di Giustizia Europea del 20 novembre 2001, C-268/99, in cui la prostituzione viene considerata, in casi come quelli di cui al processo barese (escort non dipendenti o subordinate al alcuno o ad alcuna organizzazione), come “attività economica svolta in qualità di lavoratore autonomo”. Insomma, quando si tratta di attività libero-professionale, o comunque non subordinata, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea considera la prostituzione un lavoro come un altro, tanto da garantire a chi lo esercita di poterlo esercitare in ogni paese dell’Unione stessa in base al noto principio della “libera circolazione dei lavoratori” nell’ambito dell’Unione.

A tutte queste pronunce si può aggiungere una recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione Penale, che, distinguendo giustamente fra minorenni e maggiorenni, in relazione a questi ultimi ha definito attività “del tutto libera, non sanzionabile dall’ordinamento” “l’esercizio del meretricio che sia frutto di una scelta non condizionata da forme di coazione o di sfruttamento”¹⁰⁰.

Ma questi principi trovano conferma nella stessa giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, che ha affermato nel 2007¹⁰¹ che la prostituzione sarebbe incompatibile con i diritti e la dignità della persona solo quando “oggetto di costrizione”, il che significa che quando essa è frutto di libera scelta è anzi espressione di quegli stessi diritti.

La prostituzione – se libera e esercitata autonomamente al di fuori di forme di coazione o di sfruttamento – è dunque attività del tutto lecita, e deve ritenersi espressione del *diritto di libertà sessuale* a sua volta contenuto nel *più ampio diritto di autonomia personale o libertà di autodeterminazione*¹⁰².

⁹⁹ Va rilevato, a dire il vero, che anche i proventi illeciti sono assoggettabili a tassazione, ma resta la statuizione delle sentenze citate, comunque strumentale a togliere ogni dubbio sulla tassazione di quei proventi, e per chiarire la tipologia del reddito imponibile. Senza approfondire oltre questo problema, va rilevato infatti che in passato vi erano stati contrasti giurisprudenziali in materia, anche perché si era sostenuto, tra le altre cose, che il pagamento alla prostituta avrebbe avuto la natura di risarcimento del danno alla stessa, vittima di un fatto illecito altrui. Vi sono poi ulteriori risvolti della complessa questione, relativamente ai quali cui rinvio fra i tanti, per un sintetico quadro, a M. TASINI, *La rilevanza fiscale dell’attività di prostituzione*, in *Euroconference News*, rivista online, 11 novembre 2017; e a G. SALANITRO, *Attività di prostituzione, tra liceità e illiceità, abitualità e occasionalità*, in *Il Corr. Trib.*, n. 47/2016, p. 3659 ss.

¹⁰⁰ Cass. Pen., SS.UU., n. 16207 del 2014.

¹⁰¹ Sentenza 11 settembre 2007, *Tremblay v. Francia*.

¹⁰² La liceità della prostituzione differenzia la prostituzione stessa rispetto alla detenzione e consumo di stupefacenti, attività non sanzionata penalmente nel nostro ordinamento entro certi limiti, ma comunque illecita in quanto, allo stato, costituente illecito amministrativo. Considerando l’illiceità della detenzione di stupefacenti, è evidente che *de iure condito* la nostra legge non ritiene che il possesso e il consumo di stupefacenti (anche “leggeri”) siano espressione di un diritto di libertà costituzionalmente garantito. Ciò giustifica, sempre *de iure condito*, la punibilità di varie condotte, come lo spaccio, collegate al possesso e al consumo, poste in essere da terzi nei confronti del consumatore finale. Sulla distinzione tra i due campi, quello della prostituzione e quello del consumo di stupefacenti, per approfondimenti rinvio al mio *Favoreggiamento della prostituzione*, cit., pp. 295-296. È evidente che in ogni caso sul piano dei diritti costituzionali la questione potrebbe essere considerata in altro modo, e non si potrebbe escludere la tesi

D'altronde abbiamo visto sopra che nella giurisprudenza più recente il bene giuridico dei reati di prostituzione è stato ravvisato nella libertà di autodeterminazione in materia sessuale della prostituta, il che conferma senza bisogno di ulteriori sforzi dimostrativi il riconoscimento, da parte del nostro "diritto vivente", di questa libertà costituzionalmente garantita.

Nelle ipotesi di cui al processo qui considerato – il Tribunale barese nella sentenza di primo grado lo attesta più volte – il meretricio, se vi è stato, è stato esercitato liberamente, senza condizionamenti determinati da "forme di coazione o di sfruttamento", tanto che le imputazioni di sfruttamento della prostituzione e persino quelle di induzione sono immediatamente cadute. Se è così, nel caso di specie siamo di fronte, per usare le citate parole delle SS.UU., ad una prostituzione "del tutto libera, non sanzionabile dall'ordinamento", ovvero *assolutamente lecita*.

Allora si può dire che – relativamente a ipotesi come quelle di cui al processo barese – la repressione penale del favoreggiamento della prostituzione (e anche del reclutamento) sia *contrastante con il diritto di libertà sessuale della prostituta*, come manifestazione del suo più ampio diritto di autonomia personale o di autodeterminazione, sancito dagli artt. 2 e 3 Cost., come interpretati dalla giurisprudenza costante della stessa Corte costituzionale.

Naturalmente, questa violazione non si verificherebbe nelle ipotesi costringitive o di sfruttamento, ma siccome – almeno stando al "diritto vivente" – i nn. 4 e 8 dell'art. 3 della legge Merlin vengono ad essere integrati anche da condotte che non presentano affatto quei caratteri, come accade nei casi di cui al processo barese, a meno di interpretazioni davvero evolutive e costituzionalmente orientate degli stessi, si deve ritenere che le norme in questione violino le predette prescrizioni della Costituzione. In sostanza, si devono ritenere lesive della libertà di autodeterminazione in materia sessuale le disposizioni in esame, nella misura in cui permettono la repressione penale di condotte che non scalfiscono minimamente tali libertà, contribuendo anzi a renderle effettive in concreto¹⁰³.

dell'incostituzionalità degli illeciti di cui alla predetta legge, anche eventualmente di quelli semplicemente amministrativi. La differenza fra disciplina delle droghe e della prostituzione comunque resta innegabile, *rebus sic stantibus*.

Va peraltro invero presente che anche in relazione alle droghe esiste un filone di pensiero che le riconduce al diritto di autonomia personale: v. ad es. D. HUSAK, *Droghe illecite: un test dei "limiti morali del diritto penale"* di Joel Feinberg, in A. CADOPPI (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale – The Moral Limits of the Criminal Law*, cit. E recentemente al Parlamento si è discusso un Disegno di legge che liberalizzerebbe entro certi limiti le droghe leggere, passo già compiuto pochi anni fa in alcuni Stati USA, e in progressiva espansione in quel Paese.

¹⁰³ Rileva giustamente T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 288, che la prostituzione, "come tutte le attività lecite, per svolgersi ha non solo bisogno, ma in linea di principio anche il diritto di fruire di attività collaterali di ausilio". E aggiunge (p. 303) rilevando l'assurdità di punire un'attività di ausilio di una condotta lecita: "Sarebbe come dire che non è vietato radersi la barba [...] ma è vietato, tuttavia, fornire rasoio di qualunque tipo, saponi, forbici creme depilatorie e quant'altro possa servire per il taglio. A questo punto radersi sarà anche un'attività in sé lecita, ma in pratica è assistita da una tale messe di divieti da risultare impossibile da svolgere in condizioni di liceità, dal momento che, per svolgere la rasatura, occorre qualche strumento, un intervento esterno; occorre, in altri termini, entrare in qualche

Va considerata sul tema un'ultima questione. Uno scoglio ad una simile argomentazione si potrebbe considerare il testo dell'art. 5 c. c. nella misura in cui vieta atti di disposizione del proprio corpo in violazione del [...] "buon costume". Va però detto che la norma non concerne atti che riguardano il mero utilizzo sessuale del proprio corpo. Essa riguarda invece atti che implicano lesioni del corpo o diminuzioni fisiche dello stesso. Tanto è vero che chi tratta dell'art. 5 discute di tematiche quali la vendita di organi, le operazioni chirurgiche e i trapianti, i trattamenti sanitari obbligatori, le parti staccate del corpo, la donazione del sangue, le mutilazioni genitali, il cadavere, ed altro; ma mai della prostituzione¹⁰⁴. Questa attività, in sostanza, non rientra proprio nella nozione di "atti di disposizione del proprio corpo" di cui all'art. 5.

Ma in ogni caso, anche se la si volesse estendere oltre i propri limiti naturali, la norma deve ritenersi del tutto superata, e da questo punto di vista in odore di incostituzionalità, come dimostrato da cospicua e recente dottrina sia penalistica¹⁰⁵ che costituzionalistica¹⁰⁶. La si può ritenere costituzionalmente legittima solo a patto di reinterpretarla in sintonia con i principi di una concezione liberale e non autoritaria (né moralistica) del diritto, concezione che almeno dai tempi di Beccaria non dovrebbe essere considerata in discussione. Sicché essa non potrebbe comunque ostare a ritenere la prostituzione, se libera, esercizio della libertà costituzionalmente garantita di autodeterminazione in materia sessuale¹⁰⁷.

relazione col mondo per acquistare i prodotti necessari o fruire delle attività collaborative utili allo svolgimento dell'attività, in sé e per sé lecita.

In realtà, la libertà riconosciuta a una condotta, un certo tipo di comportamento, non può non implicare quelle libertà strettamente connesse e strumentalmente utili per l'estrinsecazione e l'esercizio di questa libertà". Sarebbe interessante citare il seguito delle riflessioni di Padovani – caratterizzate dalla solita disarmante efficacia – ma quanto riportato dovrebbe essere comunque sufficiente a chiarire il limpido ragionamento dell'insigne autore.

¹⁰⁴ Si vedano fra gli altri M. DOGLIOTTI, *Persone fisiche, capacità, status, diritti*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. BESSONE, Torino, 2014, p. 364 ss.; G. CIAN – A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario breve al codice civile*, Complemento giurisprudenziale, Padova, 2015, p. 70 ss.; G. ALPA – A. ANSALDO, *Le persone fisiche*, in *Il codice civile. Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1996, p. 247 ss.

¹⁰⁵ Cfr. S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell'avente diritto*, Bologna, 2008, *passim* e *Id.*, *Dignità personale e diritto alla propria morte*, cit., pp. 105-126.

¹⁰⁶ Cfr. S. CHERUBINI, *Tutela della salute e c.d. atti di disposizione del corpo* in F. D. BUSNELLI – U. BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, p. 73 ss. Più di recente, si veda G. RESTA, *La disposizione del corpo, regole di appartenenza e di circolazione* in S. CANESTRARI – F. GILDA – C. M. MAZZONI – S. RODOTÀ – P. ZATTI (a cura di), *Trattato di biodiritto – Il governo del corpo*, Tomo I, parte IV, *La disposizione del corpo*, Milano, 2011, pp. 805-854.

¹⁰⁷ Men che meno potrebbe essere utilizzata per dimostrare la pretesa insussistenza di un diritto costituzionalmente garantito di libertà sessuale comprendente anche la libertà di prostituirsi, con ogni correlativa conseguenza, la oggi contrastata "illiceità della causa" del contratto di prostituzione sotto il profilo civilistico, per contrarietà al "buon costume". A parte il fatto che, anche laddove una simile illiceità dovesse essere ritenuta ancora sussistente, essa non produrrebbe comunque un mancato riconoscimento della libertà costituzionalmente garantita di prostituirsi (per la diversità delle due prospettive), va rilevato che oggi questa illiceità viene contestata radicalmente dalla dottrina più moderna almeno rispetto a contratti relativi ad esercizi di libertà sessuale: fra gli altri posso menzionare V. ZENO ZENCOVICH, *Approcci diversi a contratto e sessualità*, cit., p. 873 ss.; M. R. MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, cit., p. 889 ss.; nonché G. TERLIZZI, *La nozione del buon costume e le sfide del pluralismo sociale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, n. 1, p. 629 ss.

Restano dunque i profili di illegittimità costituzionale già rilevati, che del resto trovano sempre più ampi consensi nella dottrina più recente¹⁰⁸, e che sicuramente sono rilevanti nell'ambito del processo di cui all'Ordinanza, come conferma l'Ordinanza stessa.

In questo senso anche, con particolare riferimento alla prostituzione, P. DI NICOLA, *La rilevanza giuridica dell'accordo tra la persona che si prostituisce e il cliente: questioni problematiche*, in P. DI NICOLA – V. BONFANTI, *I reati in materia di prostituzione*, cit., p. 147 ss.; v. anche, nello stesso volume, la sentenza pronunciata da Trib. Roma, sez. VIII pen., 7 maggio 2014, p. 159 ss.

Analogamente, non dovrebbe rilevare quanto affermato dal Consiglio di Stato, sez. VI, 16 dicembre 2010, n. 9071 (pubblicata nel medesimo volume, p. 203 ss.), per cui l'esercizio della prostituzione "non costituisce comune fonte lecita di guadagno, in quanto contraria al buon costume e, in quanto tale, nemmeno tutelabile in sede giurisdizionale, essendo nulli gli accordi raggiunti al riguardo (art. 1343 e 2035 c.c.), sicché è legittimo il provvedimento di revoca del permesso di soggiorno, rilasciato inizialmente per motivi di lavoro, sulla base del fatto che la richiedente svolgeva attività di meretrice". In primo luogo, la sentenza appare praticamente priva di ogni motivazione, e rinvia sul punto semplicemente ad un precedente della stessa sezione del Consiglio di Stato. In secondo luogo, va osservato che a questo punto i vari organi giudiziari dello Stato italiano dovrebbero chiarirsi l'uno con l'altro. Perché per la Cassazione, sezione tributaria, la prostituzione è un'attività perfettamente lecita, e non lo è per il Consiglio di Stato? Perché è perfettamente lecita per le Sezioni Unite penali, e non per il Consiglio di Stato? Perché, quando è ora di tartassare le prostitute, si forza il diritto a proprio piacimento? Perché quando è ora di far loro pagare le tasse, si ritiene lecita la loro attività, mentre quando è ora di revocare loro un permesso di soggiorno, la si ritiene illecita? In che modo vengono trattati esseri che comunque hanno lo status di persone dalle nostre magistrature? E come si può conciliare la decisione del Consiglio di Stato con quella emanata nel 2001 dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee? Nel caso europeo, varie prostitute provenienti dall'Europa dell'est ottenevano addirittura il riconoscimento del diritto di poter lavorare in Olanda come prostitute; mentre nel caso italiano, una prostituta veniva cacciata via da un Comune, e il Consiglio di Stato affermava la legittimità di quel provvedimento di "espulsione"!

Credo che abbia ragione chi ha affermato che nel nostro paese la libera scelta di migliaia di persone non è considerata, evidentemente – almeno dai burocrati più retrogradi – "degnata di riconoscimento, è ignorata, se non repressa": A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., p. 227. E ha ragione pure Pia Cove, da anni a capo del Sindacato per i diritti civili delle prostitute, che sostiene che se lo Stato vuole che le prostitute paghino le tasse, allora deve considerare il loro lavoro degno come qualsiasi altro, con il riconoscimento dei correlativi diritti e benefici sociali (l'opinione della Cove è riportata nel libro della Chirico, p. 276).

¹⁰⁸ A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione e principi costituzionali*, cit., p. 291 ss.; A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona*, cit., p. 321 ss.; P. DI NICOLA, *Il reato di favoreggiamento*, cit., p. 48 ss.; F. MAZZACUVA, *La disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 155. Sembra orientato in questo senso anche F. Parisi, *Interferenze e convergenze fra prostituzione e tratta*, cit., pp. 673-674. Sul punto si vedano anche i rilievi di M. BERTOLINO, *Introduzione al focus*, cit., p. 631. Sembra così orientato da ultimo anche F. P. LASALVIA, *Reclutamento e favoreggiamento*, cit.

La tesi è accolta anche da G. MARINO, *Appunti per uno studio dei profili costituzionalistici della prostituzione*, cit., pp. 225-229, cui si rinvia per importanti considerazioni di taglio spiccatamente costituzionalistico.

Si tratta comunque di una tesi che trova un autorevole precedente già nelle considerazioni espresse oltre quarant'anni fa da F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio*, cit., p. 705, che indicava la prostituzione "esercitata autonomamente ed indipendentemente come conseguenza di libera scelta" come attività "giuridicamente del tutto lecita", e configurabile "come esercizio del diritto alla libera disponibilità del proprio corpo".

7.1.4. Il diritto di esercitare la prostituzione come lavoro in condizioni di salute e sicurezza.

Abbiamo visto che – anche in base alla già citata sentenza della Corte di Giustizia – la prostituzione, almeno quella autonoma e libera, deve essere considerata un lavoro come un altro.

Ebbene, va aggiunto qui, se ve ne fosse bisogno, che le varie proibizioni di cui alla legge Merlin rendono sostanzialmente impossibile al *sex worker* di svolgere la sua attività liberamente scelta in condizioni di sicurezza, di incolumità e di igiene¹⁰⁹. Infatti, tutto ciò di cui la prostituta ha bisogno perché siano protetti questi diritti le viene negato, visto che tutte le attività di supporto alla prostituzione, a causa della rete di divieti della legge del '58, costituiscono reato (per i terzi che le pongono in essere).

Si pensi ad una prostituta che voglia assumere un addetto alla sua sicurezza per svolgere il suo lavoro senza rischi per la sua incolumità: questo addetto commetterebbe probabilmente favoreggiamento della prostituzione, non essendo dubitabile che la sua attività favorirebbe la prostituzione, oltre che la prostituta. Ma gli esempi potrebbero essere molti altri. La stessa locazione di un appartamento a fini di prostituzione dovrebbe essere negata alla prostituta, dal momento che chi dà in locazione ad essa l'appartamento commetterebbe un reato sanzionato dalla legge Merlin (potrebbero applicarsi, a seconda dei casi, i nn. 2, 3 e 8 dell'art. 3 della legge)¹¹⁰.

Ma più in generale, “grazie” al reticolo di delitti e di divieti della legge Merlin, la prostituta, o anche la stessa escort è obbligata a svolgere il suo lavoro (tutelato dalle norme dell'Unione europea) in condizioni di clandestinità¹¹¹, non essendole teoricamente neppure concessa attività di pubblicità con l'aiuto di terzi (nn. 5 e 8 dell'art. 3), salve interpretazioni *praeter legem*, se non addirittura “*contra legem*” talora attuate in tempi recenti da parte della giurisprudenza, pur tra vari contrasti e distinguo non sempre comprensibili; e soprattutto mai prevedibili in anticipo dal cittadino e dalla stessa prostituta, in barba al principio di “prevedibilità delle conseguenze penali delle proprie azioni” (precipitato se non essenza stessa del principio di legalità).

¹⁰⁹ Scrive A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., p. 276, parlando del Comitato per i diritti civili delle prostitute, che “si battono da anni per l'abolizione dei reati di adescamento e di favoreggiamento che rendono impossibile la vita a chi decide di prostituirsi”.

La stessa Chirico, a p. 279, riporta l'opinione di Morgane Merteuil, portavoce del sindacato delle prostitute francesi, che ha pubblicato recentemente un pamphlet contro le leggi liberticide in tema di prostituzione vigenti in Francia e contro le “radical-femministe” schierate per la proibizione totale della prostituzione (*Libérez le féminisme!*, Paris, 2012). La Merteuil ha scritto: “La prostituzione volontaria esiste. Noi non vogliamo il ritorno alle case chiuse dove un padrone ci tenga in schiavitù. Ma la normativa attuale ci impedisce di affittare un posto per incontrare i clienti e di lavorare in gruppo per avere maggiore sicurezza”. Il tema della *sicurezza* è dunque strettamente connesso a quello delle leggi che vietano le condotte agevolatrici della prostituzione come fa la legge Merlin. Si veda in proposito anche quanto scrive P. DI NICOLA, *Il reato di favoreggiamento*, cit., pp. 55-56.

¹¹⁰ Si è già detto che sul punto vi sono applicazioni giurisprudenziali contrastanti, e non è il caso di approfondire ulteriormente. Ma non è negabile che la lettera della legge Merlin imporrebbe comunque la condanna nella maggior parte di questi casi.

¹¹¹ Insiste su questo aspetto giustamente F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, cit., p. 306.

Non è un mistero, d'altronde, che dai tempi della approvazione della legge Merlin le prostitute non sono affatto calate di numero, ed anzi si sono moltiplicate in modo esponenziale¹¹². Ma la maggior parte di esse è stata costretta a riversarsi nelle strade dando vita a problemi non da poco di ordine e di decoro pubblico, e di sicurezza e salute per le stesse prostitute. Esse almeno un tempo erano protette all'interno delle case di prostituzione, sia nella loro incolumità, sia nella loro salute (grazie anche ai periodici controlli), mentre oggi il mestiere viene spesso esercitato in luoghi malsani, freddi, nascosti, ma nello stesso tempo esposti al pubblico che è costretto a subire viste a dir poco imbarazzanti¹¹³.

Il risultato di tutto ciò è che il lavoro dei *sex workers* è un lavoro rischioso sia per l'incolumità fisica che per la salute degli stessi. Non a caso da anni i rappresentanti delle organizzazioni dei "lavoratori del sesso" lottano per avere diritti pari a quelli degli altri lavoratori. Ma la società attuale non se la sente di offrire protezioni e diritti a chi compie scelte che la stessa Corte di Cassazione, sezione tributaria, ritiene "discutibili sul piano morale", ma certamente "non illecite". Viene un sospetto: lo Stato, quando si tratta di racimolare soldi dai contribuenti, non va tanto per il sottile e giustifica giuridicamente anche scelte forse immorali; ma quando si tratta di riconoscere diritti, anche basilari, a quelle stesse persone li nega.

Va riferito che la Corte Suprema canadese recentemente¹¹⁴, sulla base di considerazioni simili a quelle svolte finora, ha dichiarato incostituzionali tre norme-chiave nell'ambito della repressione penale della prostituzione in Canada. La questione era stata sollevata da tre prostitute che volevano vedere affermati i loro diritti di *sex workers*. In sintesi, sono caduti sotto la mannaia della Corte (adattando la terminologia inglese al nostro lessico giuridico-penale) il delitto che proibiva le case chiuse (artt. 210 e 197 c.p. canadese), il delitto di sfruttamento della prostituzione (art. 212 stesso codice), e quello di sollecitazione alla prostituzione (art. 213 stesso codice). Essi sono stati ritenuti contrari alla "sicurezza" delle prostitute, e non in sintonia con i principi di giustizia fondamentale di cui all'art. 7 della *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. La pronuncia parte dall'assunto di fondo che "non è un reato vendere sesso per denaro"¹¹⁵. Premesso ciò, le disposizioni canadesi – non molto dissimili da alcune di quelle previste dalla legge Merlin, e frutto della stessa politica "abolizionista" – sono state ritenute troppo ampie e

¹¹² Alcune stime pubblicate in apprezzati quotidiani italiani parlano di circa 45000 prostitute attive in Italia oggi: A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., p. 222, ed ivi riferimenti alla fonte. Nel 1958, al momento della approvazione della legge Merlin, le prostitute nelle case chiuse erano circa 4000, stando al discorso dell'onorevole Tozzi Condivi alla Camera già citato.

¹¹³ A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., p. 221, descrive il fallimento, da questo punto di vista, della legge Merlin: "La legge Merlin sottrae ai lavoratori e alle lavoratrici del sesso l'opzione della legalità. Ne amplifica l'emarginazione e la stigmatizzazione sociale, li relega a un rapporto di ostilità e diffidenza verso la pubblica autorità"; e ancora: "Le prostitute si riversano in strada, ben visibili dai finestrini delle automobili. Battono i marciapiedi dove sono ancora più esposte alle malattie, agli abusi dei clienti e all'arbitrio delle forze dell'ordine. Condannate al degrado di un luogo di lavoro che non è un luogo di lavoro, ma un cespuglio, un anfratto, un'automobile in sosta sul ciglio di una strada".

¹¹⁴ *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, del 20 dicembre 2013.

¹¹⁵ *Canada (Attorney General) v. Bedford*, cit., § 61.

sproporzionate rispetto agli obiettivi a cui il legislatore aveva mirato con la previsione delle norme medesime. Ad esempio, nel proibire i bordelli (*brothels*), il legislatore aveva preso di mira l'obiettivo di prevenire molestie alla collettività; ebbene, la Corte ritiene sproporzionato aver messo a repentaglio la sicurezza delle prostitute (costringendole alla prostituzione clandestina in strada o in casa propria) al fine di perseguire un simile meno importante obiettivo¹¹⁶. Quanto allo sfruttamento, esso è stato proibito per mettere al bando i lenoni (ovvero i parassiti "controllanti e abusivi"); ma, a cagione dell'eccessiva ampiezza della fattispecie, con l'effetto pratico di punire ogni persona di cui anzi la prostituta può aver bisogno, anche al fine di organizzare meglio il lavoro e renderlo più sicuro (guardie del corpo, centralinisti, autisti, segretari, ecc.). Non a caso, anche in Italia con lo sfruttamento si puniscono ipotesi molto dissimili tra loro: dal vero e proprio "magnaccia", magari violento e sopraffattore, a colui che semplicemente fornisce servizi alla prostituta utili all'esercizio meno pericoloso e più ordinato di un mestiere che per sua natura presenta insidie di varia natura.

La sentenza appare di grande interesse, e pare applicabile *de plano* ed anzi *a fortiori* alla normativa italiana, in cui addirittura si punisce il favoreggiamento, delitto amplissimo e tentacolare, dentro il quale può finire di tutto, anche molte condotte utili alla tutela dei predetti diritti dei *sex workers*.

I diritti di cui qui si tratta (salute, sicurezza, ecc. sul lavoro) sono ovviamente tutelati dalla Costituzione italiana: si pensi agli artt. 2, 3, 4, 32, e allo stesso intero tessuto dei diritti della persona sanciti dalla Carta costituzionale stessa.

Nei fatti di cui al processo barese la presente censura di costituzionalità può ritenersi rilevante, dal momento che il punire condotte come quella di chi procura un cliente alla prostituta in condizioni di sicurezza (come è accaduto nel caso di specie) spinge la prostituta stessa a cercare altre soluzioni clandestine e auto-gestite con maggiori rischi per i predetti diritti della persona e del lavoratore.

7.1.5. Altre violazioni costituzionali della legge Merlin relativamente ai reati in esame.

La legge Merlin, e in particolare i delitti di reclutamento e di favoreggiamento così come interpretati nella Sentenza di primo grado del Tribunale di Bari (alla base dell'Ordinanza qui pubblicata) comportano sicuramente altre violazioni della Costituzione italiana.

In primo luogo, risulta violato il principio costituzionalmente rilevante di *laicità*. Sul punto non vale la pena diffondersi in questo parere, rinviando a chi in dottrina ha recentemente sostenuto questa condivisibile opinione¹¹⁷. Solo si può osservare che non ha pregio, da questo punto di vista, la critica a questa tesi mossa dalla Cassazione, nella già più volte citata sentenza n. 49643 del 2015, quando rileva che: "il concetto di laicità e

¹¹⁶ Canada (*Attorney General*) v. *Bedford*, cit., §§ 130-136.

¹¹⁷ A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali della persona*, cit., p. 321 ss.; conf. F. MAZZACUVA, *La disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 155. Accoglie questa prospettiva, ora, anche F. PARISI, *Interferenze e convergenze fra prostituzione e tratta*, cit., pp. 673-674, nonché p. 685.

aconfessionalità dello Stato non esclude che condotte eticamente scorrette lo siano anche sotto il profilo penale, laddove entrino in rotta di collisione con beni costituzionalmente garantiti, in quanto il principio di laicità ha, pur sempre, un significato relativo e non assoluto al punto da togliere rilievo penale ad azioni che siano confliggenti con la morale o con la religione, laddove queste stesse azioni possano entrare in contrasto – come nel caso in esame – con altri interessi costituzionalmente protetti e meritevoli di tutela penale”.

Non è certo dubitabile che anche condotte immorali o contrarie a precetti religiosi possano costituire reato quando ledono o pongono in pericolo beni giuridici, o, detto altrimenti, quando recano danno ad altri. L’omicidio è certamente un fatto immorale, forse il più immorale di tutti; ed è forse il più grave peccato di tutti; ma nessuno discute che per questo motivo esso debba essere espunto dal novero dei reati! Il fatto è che il principio di laicità vieta la repressione penale di una certa condotta quando essa risulta inoffensiva di beni giuridici e non dannosa ad altri, ma è esclusivamente censurabile sotto il profilo morale o religioso. In altre parole, la immoralità o la peccaminosità di un certo comportamento non possono essere di per sé giustificazioni sufficienti per la repressione penale dello stesso. Questo è il vero significato del principio di laicità.

Ma nei casi dei favoreggiamenti e dei reclutamenti nelle ipotesi di cui al processo barese, l’unica reale giustificazione per punire tali condotte sarebbe proprio la loro immoralità se non la loro contrarietà a precetti religiosi. Si è infatti dimostrato più sopra che tali condotte non violano né pongono significativamente in pericolo beni giuridici, né sono capaci di cagionare danni ad altri. Ecco perché il principio di laicità osta ad una repressione penale di tali fatti. Del resto, sotto questo profilo, il ragionamento si salda e si sovrappone a quello già fatto relativamente al “paternalismo morale”¹¹⁸. Sarebbe giustificato punire queste ipotesi solo aderendo alle tesi che vedono nel paternalismo morale, ovvero nel moralismo giuridico, una sufficiente ragione per punire. Ma il paternalismo morale, o il moralismo giuridico, fanno a pugni con principio di laicità. Insomma, si ritorna a cose già dette con altre parole.

Si potrebbero poi ravvisare altre violazioni costituzionali. Si pensi al principio di *uguaglianza* (art. 3 Cost.)¹¹⁹. Come è possibile che nella legge Merlin siano punite allo stesso modo (come minimi e massimi edittali) tutte le condotte previste dai vari numeri di cui all’art. 3 della legge del ’58? Dalle più innocue (come il favoreggiamento specie in casi di prostituzione volontaria) alle più gravi, come quella di cui al n. 7, e come lo stesso sfruttamento (almeno in certe ipotesi)? Ma si tratta di una censura alla legge fin troppo vecchia e consolidata¹²⁰ per necessitare di ulteriori dimostrazioni.

¹¹⁸ Sul punto rinvio a quanto ho già scritto più sopra ai §§ 7.1.2.1, 7.1.2.2 e 7.1.2.3, e alle citazioni ivi riportate.

¹¹⁹ In dottrina si può citare F. MAZZACUVA, *La disciplina penale della prostituzione*, cit., pp. 155-156.

¹²⁰ Si veda già F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 415: “l’articolo in esame [art. 3] attua un livellamento tra fatti di diversissima entità, colpendo con la medesima sanzione comportamenti che sono sentiti dalla coscienza sociale come particolarmente gravi, altri assai meno riprovevoli, e persino alcuni che solo con difficoltà possono considerarsi immorali”. F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto di lenocinio*, cit., p. 695 ss., al fine di superare questo problema, proponeva una serie di riaggiustamenti interpretativi delle norme della legge su cui ritornerò tra breve nel testo. Recentemente, si veda T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 227, nonché M. BERTOLINO, *Introduzione al focus*, cit., p. 629.

Strettamente collegata, ed anzi sovrapponibile alla precedente, è la questione della proporzionalità delle pene (art. 27 Cost.). Le pene previste per alcuni dei delitti più innocui non sono affatto proporzionate alla innocuità degli stessi (paradigmatico il caso del favoreggiamento), considerando che pene identiche sono previste per reati molto più gravi previsti nello stesso art. 3 della legge medesima. Né sul punto occorre aggiungere altro¹²¹.

7.1.6. Quale pronuncia si richiederebbe alla Corte costituzionale?

Ci si potrebbe domandare. Di fronte a questioni di costituzionalità delle ipotesi della legge Merlin come sopra prospettate, cosa dovrebbe fare la Corte costituzionale? Si tratta di un problema rilevante, anche perché a seconda della tipologia della Sentenza della Corte, le ripercussioni in materia potrebbero essere più o meno deflagranti.

Vi è chiaro punto di partenza: tutte le questioni proposte in fondo sono riconducibili ad un “minimo comun denominatore”. La legge Merlin non contrasta *in toto* con la Costituzione – anche se sarebbe auspicabile una nuova e più moderna legge

Va detto che la Corte cost., con la sentenza n. 119 del 1973, ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità su questo punto, rilevando che: “non sussiste alcuna violazione del principio di uguaglianza, come conseguenza di una irragionevole disciplina adottata dal legislatore, al quale, come è stato già deciso ([sentt. n. 45 del 1967](#); [n. 109 del 1968](#); [nn. 45 e 114 del 1970](#); [n. 22 del 1971](#) e [n. 36 del 1972](#)), compete la valutazione della congruità fra reato e pena e su di essa nessun sindacato si rende possibile in questa sede, sempre che non ricorra il caso che la sperequazione assuma dimensioni tali da non riuscire sorretta da benché minima giustificazione. Nella specie non ricorre siffatto caso perché la latitudine della pena, che va da un minimo di due ad un massimo di sei anni di reclusione e da un minimo di centomila ad un massimo di quattro milioni di multa, ben consente al giudice di infliggere in concreto una pena del tutto proporzionata alla gravità della violazione”. Ma se quanto ha scritto la più illustre dottrina da ormai sessant’anni risponde al vero, è ben difficile continuare a sostenere (a maggior ragione a seguito del recente rimodellamento del bene giuridico in materia) che la normativa della legge Merlin non violi in principio di uguaglianza.

¹²¹ V. la nota precedente. Non mi soffermo qui sulla possibile lesione dell’art. 41 Cost., relativa al diritto di libera iniziativa economica privata, rinviando sul punto a quanto scritto nell’Ordinanza qui pubblicata. I profili di incostituzionalità prospettati nel testo sono comunque sufficientemente numerosi.

Relativamente all’art. 41 Cost., va piuttosto registrata un’opinione di segno opposto, ovvero quella di L. BONTEMPI, in *Codice penale commentato* a cura di E. DOLCINI – G.L. GATTA, cit., p. 1988, che ritiene che potrebbero contrastare con il predetto articolo della Costituzione certe proposte emerse di recente volte a sottoporre a regolamentazione la prostituzione (di cui si è detto a nota 72, e su cui si tornerà più oltre), per il fatto che esse legittimerebbero “il trarre profitto dalla prostituzione anche da parte di chi non si prostituisce”. Invero, l’art. 41 prescrive che l’attività economica “non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale, né recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana”, e questi limiti comporterebbero il divieto delle predette attività di sfruttamento economico del lavoro della prostituta. Occorrerebbero svariate pagine per considerare attentamente quanto rilevato dall’a; qui, basti dire – ai limitati fini del presente contributo – che le considerazioni citate potrebbero, se accolte, valere tutt’al più per la messa al bando dello sfruttamento della prostituzione, non certo del reclutamento o del favoreggiamento, condotte in cui la tipicità del fatto non contempla alcun genere di sfruttamento economico del lavoro di chi si prostituisce. E in questa sede le uniche due condotte prese in esame relativamente alla loro contrarietà alla Costituzione sono proprio, come più volte evidenziato, il reclutamento e il favoreggiamento.

in materia al passo con quanto mostra il diritto comparato¹²² – ma solo per il fatto che relativamente ad alcune delle sue ipotesi specialmente essa porta all'incriminazione di *fatti che non producono vittime*; fatti che si sostanziano in veri e propri aiuti o sostegni – più o meno retribuiti – all'attività della prostituta, ed attuati col pieno suo consenso, e nell'ambito di prostituzioni per scelta.

Per ricondurre la legge – nell'attesa di una sua sostanziosa modifica – al rispetto dei basilari principi costituzionali più sopra individuati, basterebbe poco. In fondo, se si desse *rilievo di esclusione della punibilità al consenso della prostituta* – se libero e volontario, ben inteso – quantomeno nell'ambito delle fattispecie della legge più sopra considerate, ovvero del reclutamento e del favoreggiamento, si risolverebbero tutti i problemi di incostituzionalità della stessa.

Se si desse rilievo al consenso, si annullerebbero i problemi di violazione del principio di legalità, dal momento che le eccessive ampiezze e gli slabbrati confini delle ipotesi più sopra analizzate (e dello stesso concetto di prostituzione) sarebbero sanati dalla esclusiva rilevanza penale di fatti contrari al consenso di vere e proprie vittime. La stessa cosa si può dire quanto al principio di offensività e alla correlativa questione della lesione della libertà di autodeterminazione in materia sessuale. Se si puniscono solo le condotte prive del consenso libero della prostituta, allora sicuramente non si pone più il problema dell'offensività, ché i fatti punibili lederebbero davvero, in tal caso, la libertà di autodeterminazione della persona; e al contempo la repressione penale di quelle condotte costituirebbe una giusta protezione, e non una lesione del diritto di autodeterminazione.

Lo stesso diritto alla sicurezza delle prostitute sarebbe tutelato laddove si desse loro la possibilità, nei casi di prostituzione dovuta a libera scelta, di farsi aiutare o agevolare nel loro lavoro da terzi non costringenti, non abusivi, non sfruttatori né violenti. E infine il principio di laicità sarebbe rispettato, laddove si punissero solo condotte lesive della libertà di autodeterminazione delle persone, escludendo dalla punibilità i fatti liberamente acconsentiti e puramente immorali. In tal modo, eliminando dalla sfera del penalmente rilevante i fatti non lesivi dell'interesse protetto, si rimedierebbe anche, *ipso facto*, ai problemi delle enormi differenze di gravità fra le varie fattispecie della legge e i vari casi punibili, il che eliminerebbe il problema della lesione degli artt. 3 e 27 Cost.

In definitiva, la Corte dovrebbe semplicemente dichiarare l'incostituzionalità del favoreggiamento (e del reclutamento se interpretato come ha fatto il giudice di I grado) *nella misura in cui risultino applicabili a fatti a cui la "persona offesa" ha liberamente acconsentito, nell'ambito dell'esercizio della prostituzione per libera scelta*.

Una simile pronuncia non porterebbe affatto a vuoti di tutela. Resterebbero applicabili, nei casi non consensuali, tutti i delitti di cui all'art. 3 della legge Merlin, e comunque resterebbero sicuramente applicabili le ipotesi aggravate di cui all'art. 4 della legge, che (forse tutte) implicano per loro natura il dissenso della prostituta e quindi una vittima. La Corte potrebbe dunque dichiarare la incostituzionalità delle norme

¹²² Sugli aspetti comparatistici delle legislazioni in tema di prostituzione rinvio ad A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, cit., pp. 62-271, e ivi ai contributi di vari autori stranieri.

impugnate senza portare a sconvolgimenti del sistema, ma anzi finalmente spostando davvero l'assetto della tutela verso la libertà della persona.

Va peraltro rilevato che una simile pronuncia di accoglimento limitatamente alle ipotesi di prostituzione libera e volontaria (in linea peraltro con quanto sostenuto nell'Ordinanza della Corte d'Appello barese) si sostanzierebbe in una sentenza in fondo "additiva" o "manipolativa". Le fattispecie di cui ai nn. 4 e 8 dell'art. 3 l. Merlin verrebbero infatti sostanzialmente riscritte, limitandone l'applicabilità alle ipotesi in cui si riscontri un dissenso o una mancata libera scelta da parte della prostituta rispetto a quelle condotte. Un simile intervento da parte della Corte potrebbe esporsi a qualche critica, benché la Consulta non si sia risparmiata in passato nell'emanare sentenze di questo genere (si pensi alla stessa fondamentale e indiscussa Sentenza n. 364 del 1988 in materia di *error iuris*).

Per evitare simili problemi, la Corte potrebbe optare per una scelta ben più radicale. Potrebbe dichiarare incostituzionali *tout court*, per violazione dei medesimi principi più sopra considerati, le norme che contemplano il reclutamento e il favoreggiamento della prostituzione. In effetti, si è visto che le norme in questione, nella loro "tipicità", non richiedono affatto in capo all'autore attività costrittive, violente, minacciose, né di incitamento o sfruttamento nei confronti delle prostitute. Dunque, come tali, le norme si devono ritenere incostituzionali. In più, sia con riferimento al reclutamento (così come interpretato dai giudici baresi), sia con riferimento al favoreggiamento (nella sua comune interpretazione), tali reati implicano condotte che per loro natura non paiono comunque essere applicabili a casi di sfruttamenti o costrizioni, visto che si sostanziano nella semplice intermediazione fra la prostituta e il cliente (l'una) e nel semplice ausilio alla stessa (la seconda). Si potrebbe dunque ritenere tali fattispecie affatto incompatibili con situazioni di coartazione, costrizione o sfruttamento. Del resto, se ricorrono induzioni, costrizioni, minacce, sfruttamenti, si possono comunque applicare varie altre fattispecie della legge, specie nella versione aggravata di cui all'art. 4 della legge; e nei casi più gravi gli stessi artt. 600 (riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù) o 601 c.p. (tratta di persone), se non addirittura l'art. 603-bis (intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro).

È questa una strada percorribile, che avrebbe il vantaggio di non dar luogo ad una pronuncia "additiva", e che allo stesso tempo non produrrebbe, a ben vedere, alcun vuoto di tutela.

7.2. La questione della reinterpretazione "costituzionalmente orientata" di alcune delle fattispecie della legge.

Si è detto finora della violazione di alcuni principi e diritti costituzionali da parte di certe norme della legge Merlin, e in particolare da parte dei delitti di reclutamento e favoreggiamento così come interpretati dal Tribunale di Bari nella sentenza di primo grado. La Corte d'Appello, nell'Ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale qui pubblicata, ha in sostanza confermato quelle interpretazioni, ritenendo di conseguenza l'incostituzionalità delle norme predette.

Vale la pena verificare, peraltro, se sia possibile proporre soluzioni interpretative, relativamente alle predette fattispecie, “costituzionalmente orientate”, in modo da scongiurare la necessità di una declaratoria di incostituzionalità in materia.

Si tratta di una via d’uscita spesso tentata dalla stessa giurisprudenza, anche di legittimità¹²³, e pure dal giudice barese in primo grado, anche se con esiti spesso deludenti. Sul punto qualcosa è già stato detto, ma vale la pena soffermarsi qui *ex professo* sulla questione, che appare comunque di grande rilevanza.

7.2.1. La ridefinizione del bene giuridico: possibili ricadute interpretative.

Abbiamo visto che nell’impostazione tradizionale della giurisprudenza le fattispecie in questione tutelavano il bene giuridico moralità pubblica e buon costume (con qualche cenno talvolta alla salute pubblica).

Conseguenza immediata di quell’inquadramento teleologico era la inammissibilità della costituzione di parte civile da parte della prostituta nei processi di prostituzione. Infatti, il bene giuridico non era la persona, ma la moralità pubblica. Persona offesa del reato, di conseguenza, non era la prostituta, ma lo Stato. Per questo motivo, si negava la costituzione di parte civile. Si faceva eccezione per le ipotesi di cui all’aggravante del n. 1) dell’art. 4, per il fatto che qui non si poteva negare la qualifica di soggetto passivo alla prostituta, vittima di violenza minaccia o inganno¹²⁴.

Altra conseguenza del vecchio inquadramento della tutela: l’attenuante del concorso doloso della persona offesa (art. 62 n. 5 c.p.) non era considerata applicabile alle fattispecie della legge. Infatti, anche in questo caso, la prostituta non poteva dirsi “persona offesa”. E d’altra parte, per aversi tale attenuante occorre una disponibilità dell’interesse protetto, laddove il concorso volontario della persona offesa alla causazione dell’evento diminuisce l’offesa all’interesse stesso. Se l’interesse protetto non è disponibile, questa diminuzione dell’offesa non si realizza, e così non si applica l’attenuante. Nel caso di specie, il bene giuridico moralità pubblica era ritenuto ovviamente indisponibile dai privati, perché di natura collettivo-pubblicistica. Di qui, l’inapplicabilità dell’attenuante¹²⁵. Anche in questo caso, si faceva eccezione nei casi di applicazione dell’aggravante di cui all’art. 4 n. 1) della l. n. 75/’58, perché in questi casi, ricorrendo una violenza o una minaccia, non poteva negarsi la sussistenza di una parte offesa¹²⁶.

La ridefinizione del bene giuridico cambia tutto. Non si tratta più di un bene giuridico collettivo-statuale (moralità pubblica), ma *individuale*: la *libertà di*

¹²³ Si veda ad es. Cass., sez. III, 22 settembre 2015, n. 49643, cit., relativa a ipotesi simili a quelle di cui al processo barese, e allo stesso cliente finale. Si veda anche Cass., 9 novembre 2004, cit., in tema di riaccompanamento della prostituta da parte del cliente.

¹²⁴ Si vedano le numerose sentenze citate in L. BONTEMPI, *Codice penale commentato* a cura di E. DOLCINI – G. L. GATTA, cit., p. 1989.

¹²⁵ Per es. Cass 26 novembre 1999, CED 215353.

¹²⁶ Cass. 12 maggio 1972, citata in L. BONTEMPI, *Codice penale commentato*, diretto da E. DOLCINI – G. L. GATTA, cit., p. 2030.

autodeterminazione della prostituta in materia sessuale. Per cui si deve, da un lato, *ammettere la costituzione di parte civile* (ed è ciò che è avvenuto nel processo di I grado a Bari, grazie proprio alla ridefinizione del bene giuridico da parte dello stesso Gip). In secondo luogo, per lo stesso motivo, si deve ritenere in astratto *applicabile anche l'attenuante di cui all'art. 62 n. 5*.

Ma le conseguenze del nuovo inquadramento di tutela sono ulteriori e più rilevanti.

La giurisprudenza, come si è visto più sopra, interpreta molte delle fattispecie della legge Merlin in modo assai estensivo. Né dà rilievo al consenso o dissenso della vittima, normalmente, per attenuare (v. quanto appena detto sull'attenuante di cui all'art. 62 n. 5 c.p.), o a maggior ragione per elidere la punibilità del fatto.

Il risultato è che nei processi si puniscono non di rado condotte che non arrecano danno alle prostitute o alla loro attività, ma anzi recano loro vantaggi.

7.2.2. Il favoreggiamento e una sua possibile reinterpretazione.

Si pensi al favoreggiamento. In questo caso, la condotta del favoreggiatore, come dice “la parola stessa”, reca un vantaggio alla prostituta, la favorisce, o meglio (entro i limiti in cui tale distinzione sia possibile) favorisce la sua attività.

Il favoreggiamento è sicuramente il reato “più innocuo” dell'intera legge Merlin. Tanto che da sempre la dottrina si domanda come la pena del favoreggiamento possa essere appaiata a quelle delle altre condotte punite da quella legge.

Questo reato, tra l'altro, reca con sé una congenita contraddizione: come è possibile che sia illecito penalmente aiutare un'altra persona che sta commettendo un fatto lecito? Già se lo domandava il Carrara, con un disarmante esempio ancora attualissimo: “è un vero assurdo che mentre la prostituta esercita senza pericolo il suo turpe mestiero si carceri l'amica di lei che le accomodò una stanza alle opere sue”¹²⁷!

La Cassazione ha talvolta tentato di attuare interpretazioni atte a restituire al favoreggiamento una qualche dimensione offensiva di cui sembra privo geneticamente.

Si pensi al caso del riaccompagnamento della prostituta da parte del cliente sul luogo dove essa esercita il mestiere dopo la prestazione. In questo caso – a seguito di vari contrasti giurisprudenziali e di varie condanne! – la Suprema Corte ha assolto, con due importanti sentenze del 2004, sulla base di una reinterpretazione della norma in chiave di offensività, sottolineando che l'interesse tutelato non è solo la moralità pubblica, ma anche “la libertà e la dignità delle persone che si prostituiscono di fronte alle insidie di terzi”. Lo scopo della legge era anche quello di “impedire che le persone dedite alla prostituzione siano sfruttate, strumentalizzate e comunque indotte alla loro umiliante attività”. A seguito di questa “aggiunta” al previo bene giuridico – quello della moralità pubblica – il reato di favoreggiamento diviene reato “plurioffensivo”, come la stessa sentenza sottolinea. La Cassazione si rende conto dei rischi che la norma che

¹²⁷ F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, vol. II, Lucca, 1870, p. 531.

prevede il favoreggiamento pone sotto il profilo della costituzionalità, e prosegue: “Tra tutte quelle introdotte dalla l. 75/58 essa è quella caratterizzata da maggiore indeterminatezza nella descrizione della condotta tipica; richiede pertanto un’ esegesi costituzionalmente adeguatrice, che rispetti i principi di determinatezza del precetto penale e di responsabilità penale personale, consacrati rispettivamente negli artt. 25 e 27 della Carta repubblicana.

Orbene – prosegue la Corte – per evitare ogni assurda dilatazione della condotta incriminata, soccorre il ricorso all’oggettività giuridica del reato come sopra individuata, che impone di escludere dal perimetro penale quelle condotte di astratto favoreggiamento che non offendono né la moralità pubblica o il buon costume né la libertà delle persone dedite alla prostituzione, che la l. 75/58 ha inteso tutelare. In altri termini, è il principio di offensività che in questo caso consente di restringere la tipicità della condotta nei limiti imposti dai principi costituzionali”.

Il percorso logico-giuridico della Corte è condivisibile, anche se dal riconoscimento della natura plurioffensiva del reato avrebbe dovuto derivare conseguenze diverse. Perché vi sia offensività in concreto, relativamente a un reato plurioffensivo “proprio”, occorre la lesione o la messa in pericolo di tutti i beni protetti, e non di uno solo di essi. La mancanza dell’offesa anche di uno solo di essi dovrebbe far ritenere inoffensivo il fatto, e dunque – se è corretto farlo dal punto di vista dei principi dell’interpretazione – insussistente la tipicità del reato.

Comunque sia, la Corte passa subito ad affermare che il riaccompagnamento della prostituta sul luogo di lavoro non offende “né la moralità pubblica o il buon costume, né la libertà della prostituta, ma anzi si configura semplicemente come una condotta accessoria alla consumazione del rapporto sessuale mercenario, che risponde a un sentimento di cortesia e di rispetto della dignità personale della prostituta”.

Il ragionamento della Corte evidenzia l’intento di non punire la condotta del cliente perché ritenuta in definitiva “non degna” di sanzione penale. Tuttavia, a rigore, la Cassazione, seguendo le premesse logico-giuridiche da cui muoveva, avrebbe dovuto condannare. Infatti, se si può dire che il riaccompagnamento non lede la libertà della prostituta, e neppure la sua “dignità personale”¹²⁸, non si può certo dire che non lede o pone in pericolo il bene della moralità pubblica o buon costume. E nella logica della Corte, in un reato plurioffensivo, basta che sussista la offesa di uno degli interessi protetti perché sia giustificata la punizione.

A prescindere comunque da discettazioni in tema di reato plurioffensivo, e da un’analisi più puntuale della sentenza del 2004, che ci porterebbe fuori dagli obiettivi del presente studio, si può dire che oggi è stata superata anche la visione del favoreggiamento (o anche di altri reati della legge del ’58) come reato plurioffensivo: infatti, nella giurisprudenza più recente e moderna, come detto più sopra, il bene giuridico moralità pubblica è stato definitivamente accantonato o, se menzionato,

¹²⁸ Si ricorderà quanto detto sopra sulla distinzione fra dignità oggettiva (o impersonale) e dignità soggettiva (o personale): ebbene, significativamente qui la Cassazione parla proprio di “dignità personale”; se avesse sposato una nozione oggettiva o impersonale della dignità, ne avrebbe dovuto riscontrare una lesione anche nel fatto del riaccompagnamento.

espressamente subordinato come rango a quello della libertà di autodeterminazione della prostituta, che è diventato il vero fulcro della tutela (v. *supra*).

Se è così, dobbiamo verificare le conseguenze di un simile spostamento di asse del bene giuridico, che, come più volte rilevato, da “sovra-individuale” è divenuto individuale.

Ebbene, la stessa sentenza da ultimo citata ci offre qualche buono spunto per proseguire il discorso: l’accompagnamento da parte del cliente della prostituta non deve essere punibile non perché non favorisce la prostituzione. Favorisce la prostituzione, e non solo la prostituta, perché rende molto più celere e agevole il rientro nel posto di lavoro e dunque offre alla prostituta la possibilità di dedicarsi ben presto ad un nuovo cliente (che poi, sperabilmente, la riaccompanied). Ma il punto non è questo. Non è ricorrendo alla già più sopra screditata distinzione fra favoreggiamento della prostituzione e favoreggiamento della prostituta che si risolve il problema; ma considerando le condotte astrattamente riconducibili ad un favoreggiamento alla luce della *libertà di autodeterminazione della prostituta*. Le condotte di favoreggiamento che non ledono la libertà di autodeterminazione in materia sessuale della prostituta non devono costituire reato, proprio perché non offendono né pongono in pericolo il bene tutelato, che, oggi, non è più la moralità pubblica, ma la libertà stessa.

Dunque, se consideriamo le ipotesi in cui la prostituta, o la escort, decide liberamente di cedere favori sessuali a pagamento – come quelle “di scuola” di cui al processo barese che ha generato l’Ordinanza – le condotte astrattamente configurabili come favoreggiamenti che non ledono questa libera scelta non debbono costituire reato. Nel caso di specie, non si dubita che le condotte poste in essere dal supposto favoreggiatore nei confronti delle escort non hanno leso alcuna libertà delle stesse. Al contrario, sono state utili e vantaggiose alle escort per permettere loro di realizzare in un caso concreto la loro libera scelta di prostituirsi, o, per dirla altrimenti, di lavorare come *sex workers*.

Si potrebbe dunque tentare di reinterpretare il reato di favoreggiamento escludendo dalla tipicità, per mancanza di offensività in concreto, le ipotesi in cui il favoreggiamento non lede la libertà della prostituta, perché questa ha scelto volontariamente il suo lavoro, e accetta volentieri l’agevolazione altrui.

Questa può essere una strada, e del resto già autorevole dottrina, da oltre quarant’anni, a seguito della rilettura del bene giuridico in materia come libertà della persona, aveva proposto una reinterpretazione dei delitti di prostituzione in simili termini, definendo la prostituzione come “esercizio di abituale attività sessuale mercenaria da parte di un soggetto che si trova, rispetto ad altri, o in un attuale stato di sfruttamento o in una situazione che può determinare il pericolo di sfruttamento”¹²⁹. E rispetto al favoreggiamento, notava che, a differenza di altre condotte di cui alla legge del ’58, si trattava di condotta “logicamente e ontologicamente compatibile con un’attività prostitutiva esercitata liberamente ed autonomamente”. Rilevava poi che “sarebbe incongruente punire la pura e semplice agevolazione – sprovvisa, perciò, di

¹²⁹ F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto*, cit., p. 705.

un suo proprio disvalore – di un’attività ritenuta giuridicamente lecita”; e proponeva dunque una reinterpretazione del favoreggiamento, da ritenersi punibile solo nei casi in cui la prostituzione sia “svolta in uno stato di soggezione”¹³⁰. Diversamente, la stessa sanzione prevista per il favoreggiamento – identica a quella dello sfruttamento – sarebbe stata incomprensibilmente sproporzionata e ingiustificata.

Si potrebbe dunque affidare all’interprete del caso concreto (il giudice) il compito di discernere di volta in volta le ipotesi in cui il favoreggiamento interviene in un contesto di libertà limitata o assente della prostituta, e quelle in cui invece si può rinvenire una prostituzione liberamente scelta, e un consenso valido nei confronti della condotta agevolatrice del terzo.

Del resto una simile soluzione sembrerebbe auspicata dalle stesse Sezioni Unite della Cassazione, quando, nella importante sentenza n. 16207 del 2014 – richiamando testualmente la motivazione di una precedente sentenza della Corte (Sez. III, n. 20384 del 2013) – rilevavano che le sanzioni penali della legge n. 75 del 1958 “debbono essere applicate a coloro che condizionano la libertà di determinazione della persona che si prostituisce, a coloro che su tale attività lucrano per finalità di vantaggio e, infine, a coloro che offrono un contributo intenzionale all’attività di prostituzione eccedendo i limiti dell’ordinaria prestazione di servizi”.

Nel caso di specie, per quanto è emerso nella sentenza di primo grado, e per quanto ha rilevato più volte il giudice di prime cure, ci si trova chiaramente cospetto di escort che liberamente hanno scelto, in quelle occasioni, di prostituirsi (se lo hanno fatto), e hanno ampiamente acconsentito alla condotta agevolatrice dell’imputato; né si può dire che l’attività degli imputati sia andata “oltre ai limiti dell’ordinaria prestazione di servizi”, dal momento che l’attività di intermediazione da essi svolta era strumentale all’effettiva possibilità di svolgimento della libera cessione lucrativa della sessualità da parte delle escort¹³¹.

Sicché, reinterpretando in chiave di offensività il favoreggiamento, anche sulla base di autorevoli indicazioni giurisprudenziali, non lo si dovrebbe ritenere integrato nei fatti di cui al processo barese, o di fronte a fatti simili¹³².

7.2.3. Il reclutamento e sue possibili reinterpretazioni.

Sempre al fine di evitare le predette censure di incostituzionalità, si deve verificare se sia possibile suggerire una diversa interpretazione del delitto di reclutamento.

¹³⁰ F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto*, cit., p. 706.

¹³¹ Sul punto appaiono particolarmente efficaci le argomentazioni di cui alla Ordinanza qui pubblicata, § 11.1.

¹³² Suggerisce una simile reinterpretazione “secondo Costituzione”, in un commento rapido alla Ordinanza barese, N. MADIA, *Legge Merlin e fenomeno delle Escort: un binomio al vaglio di costituzionalità*, in *Diritti comparati. Comparare i diritti fondamentali in Europa* (rivista online), 22 febbraio 2018.

In questo caso la strada è ancora più semplice, perché, come si è visto *retro*, anche nella concezione originaria della legge Merlin il reclutamento aveva connotazioni tali da presupporre una menomazione della libertà della prostituta. Infatti, è ben vero che non si richiedeva, fin dall'inizio, che la stessa fosse persona non dedita ancora al mestiere; ma il reclutamento – come si è visto in apertura – era vero e proprio ingaggio della donna ai fini di farla entrare in un meccanismo organizzato di prostituzione, dove avrebbe immediatamente perso ogni residua libertà. Tanto è vero che spesso si richiedeva un rapporto di subordinazione fra la reclutata e il reclutatore. In sostanza, lo stato di soggezione di cui si parlava poc'anzi, che dovrebbe connotare tutte le ipotesi punibili di prostituzione, nel reclutamento era *in re ipsa*¹³³.

Anche in questo caso si è verificata, almeno in alcune sentenze, un'espansione – o almeno così pare – del concetto di reclutamento. Sicché oggi sembra non più richiesta questa sottoposizione della prostituta reclutata ad una organizzazione strutturata in qualche modo, anche se modesta nelle dimensioni.

Ebbene: per recuperare l'offensività perduta basterebbe discriminare fra le ipotesi in cui la prostituta agisce in base ad una sua scelta assolutamente libera e viene contattata semplicemente al fine di procurarle un cliente nuovo, e le altre ipotesi in cui la prostituta viene assoldata per essere inserita in un contesto organizzativo volto a farle perdere quella libertà di autodeterminazione che la legge dovrebbe tutelare. Ovviamente, nelle prime ipotesi non vi sarebbe reclutamento; nelle seconde sì.

Nei casi di cui al processo barese, non vi era certo una “casa chiusa” in cui immettere la prostituta per farle perdere la sua libertà. Si trattava solo di andare a cene, dove fra l'altro la prostituta avrebbe ben potuto rifiutare rapporti sessuali. E comunque avrebbe mantenuto la sua sfera di autonomia anche relativamente al possibile esercizio del mestiere in altri contesti. Se reinterpretato in questi, termini, anche il reclutamento può ritrovare un'offensività che forse lo caratterizzava nelle intenzioni del legislatore e nei primi decenni di applicazione, e che col passare del tempo si era appannata.

7.2.4. Il ruolo del consenso dell'avente diritto nei reati di prostituzione.

Sinora si sono proposte alcune strade interpretative “costituzionalmente orientate” relativamente ai delitti di favoreggiamento e di reclutamento della prostituzione.

Naturalmente, seguire quelle strade significa andare sostanzialmente a ritoccare la stessa “tipicità” di quelle fattispecie, restringendone la portata in accordo con le esigenze del bene giuridico. Si tratta di un procedimento che spesso segue la giurisprudenza, anche quella di Cassazione, e che appare legittimo soprattutto quando si tratta di ritocchi interpretativi *in bonam partem*, come avverrebbe in questo caso. La stessa Corte costituzionale spesso auspica che le corti di merito o di legittimità attuino interpretazioni “*secundum constitutionem*”.

¹³³ Lo notava lo stesso F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto*, cit., pp. 696 e 705.

Tuttavia si tratta pur sempre di interventi in qualche modo “ortopedici” su testi normativi. Inoltre, le reinterpretazioni di fattispecie hanno il problema di essere di fonte giurisprudenziale, come tale spesso cangiante da noi per effetto dell’assenza di un vincolo del precedente giudiziale presente viceversa in altri ordinamenti. Un giudice potrebbe interpretare la fattispecie in un modo; un altro giudice in un altro. Con l’effetto peculiare di mantenere l’attuale situazione di forte incertezza e indeterminatezza di molte delle ipotesi della legge Merlin¹³⁴.

La strada maestra sarebbe dunque quella della dichiarazione di illegittimità costituzionale di quelle fattispecie, in base a quanto esposto più sopra.

Tuttavia, resta anche un’altra via interpretativa meno dirompente di quelle abbozzate perché non volta a modificare interpretativamente le stesse fisionomie delle fattispecie, ma, senza toccarne la tipicità, a rendere operativa in materia una causa di giustificazione che fino ad ora non è mai stata, per quanto ne so, applicata.

Alludo alla scriminante del *consenso dell’avente diritto* (art. 50 c.p.): “Non è punibile chi lede o pone in pericolo un diritto col consenso della persona che può validamente disporne”.

La scriminante come è noto ha applicazione generale. Solamente, postula che il bene tutelato sia un bene *disponibile*, perché nell’ambito dei beni indisponibili il consenziente “non può validamente disporne”¹³⁵.

Ovviamente, nell’inquadramento tradizionale che vedeva come bene giuridico rilevante in materia la moralità pubblica e il buon costume, il bene tutelato non era disponibile. Si è detto poco più sopra della non ammissione della costituzione di parte

¹³⁴ Va rilevato che in dottrina, relativamente al pur differente caso di lesioni inferte a taluno nell’ambito di attività di “sesso estremo”, si è ritenuto peraltro da più autori che nell’ipotesi del consenso a tale attività venga meno la stessa tipicità, e non la sola antigiuridicità per l’intervento della scriminante del consenso dell’offeso. Si veda M. PELISSERO, *Bondage e sadomasochismo: i limiti della responsabilità penale fra fine di piacere e libero consenso*, in *Dir. pen. e proc.*, 2017, pp. 356 e 357: «laddove il rapporto sia liberamente accettato, manca in radice l’offesa all’incolumità fisica ed il fatto non rappresenta altro che esplicazione del soggetto nell’ambito intangibile della sua sessualità [...] Nell’ambito dei rapporti sessuali, mi sembra che la piena autonomia del soggetto nell’esercitare la sua libertà di autodeterminazione e di disporre dei beni toccati dalla estrinsecazione della stessa (incolumità fisica, libertà personale, onore), senza il coinvolgimento di terzi non consenzienti, giustifichi l’inquadramento del consenso come elemento di esclusione dello stesso fatto tipico». Sulla tematica, che comunque ha più di un nesso con la nostra, e per altri puntuali riferimenti, v. M. MATTHEUDAKIS, *Il bondage e le “corde” dell’imputazione colpevole*, in *Indice pen.*, 2017, p. 549 ss.

¹³⁵ Si veda, relativamente alla disponibilità degli attributi della personalità (o diritti personalissimi), quali la libertà sessuale, G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 280; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 262.

Qualche autore rilevava che nell’ambito di questi diritti il consenso avrebbe ingresso solo se non contrario alla legge, all’ordine pubblico e al buon costume, ma con riferimento a casi limite, relativi ad es. alla totale abdicazione della propria libertà (es. in rapporto ai delitti di riduzione in schiavitù e di plagio, allora ancora esistente: v. per questa opinione C. PEDRAZZI, voce *Consenso dell’avente diritto*, in *Enc. Dir.*, vol. IX, 1961, p. 143). Se si estendesse questa opinione ad un cieco divieto di consenso relativamente a diritti di libertà solo per la contrarietà ad un supposto “buon costume”, si ricadrebbe *tout court* nel “paternalismo morale” già screditato più sopra nel presente testo, *passim*.

Per una lettura moderna e al passo della Costituzione del principio del consenso dell’avente diritto nel diritto penale vale la pena citare ancora una volta S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e consenso dell’avente diritto*, cit., *passim*.

civile in materia, fino a qualche tempo fa la regola, derivante appunto dal fatto che persona offesa dal reato si riteneva lo Stato e non la prostituta.

Si è anche detto del diniego dell'applicazione dell'attenuante di cui all'art. 62 n. 5 (concorso doloso della persona offesa), che a lungo ha caratterizzato i reati in materia sempre per lo stesso motivo.

Si è anche rilevato che queste preclusioni venivano meno solo in presenza dell'aggravante di cui all'art. 4 n. 1) della legge Merlin, perché in tale caso la violenza o minaccia o inganno usati ai danni della prostituta evidenziavano che la stessa doveva considerarsi vittima e dunque persona offesa.

E abbastanza semplice tirare le conclusioni di questo discorso. Se oggi il bene tutelato è quello della persona, *sub specie* della libertà di autodeterminazione in materia sessuale di chi si prostituisce, è chiaro che si tratta di un *bene individuale e disponibile*.

Lo stesso bene è disponibile anche nell'ambito della violenza sessuale, laddove, se l'atto sessuale avviene col consenso della "vittima", naturalmente non vi è reato. In quel caso vien meno addirittura la tipicità, visto che l'art. 609 bis postula l'esistenza di una "costrizione" con violenza o minaccia (o abuso di autorità), cosa che qui non è richiesta dalla norma. Ma nessuno vieta in questa sede, una volta dimostrata la disponibilità del bene giuridico o del diritto tutelato dalle norme sulla prostituzione, di ritenere applicabile l'art. 50, ovvero il consenso dell'avente diritto.

Certo, si potrebbero riproporre le solite tematiche già ampiamente trattate: la questione della protezione paternalistico/moralistica della dignità intesa in senso oggettivo o impersonale, ecc. Ma su tutti questi punti ci siamo già soffermati in vari paragrafi di questo scritto. Qui si tutela un diritto individuale della persona pienamente disponibile. In più, l'attività di prostituzione è pienamente *lecita*.

Per cui, il *consenso* relativamente a condotte agevolatrici della stessa *va riconosciuto, in materia penale, senza mezzi termini*.

Ovviamente, il discorso cambia relativamente a ipotesi in cui non si ravvisi una libera scelta da parte della prostituta. Ovvero: il consenso (anche relativamente all'aiuto ricevuto da terzi) deve presentare i caratteri che sempre deve avere per potersi applicare. Deve essere *libero e volontario*, ovvero immune da vizi¹³⁶.

Si tratta di caratteri che dovranno essere vagliati caso per caso dal giudice, il quale potrà valutare se nel caso specifico la prostituta sia o non sia in realtà libera di decidere (naturalmente, entro i limiti di libertà di tutte le scelte umane...)¹³⁷.

In questo modo, senza toccare le fattispecie della legge, si possono già raggiungere risultati importanti, ovvero distinguere le ipotesi di "prostituzione volontaria" da quelle in cui la prostituta è costretta, abusata, sfruttata o in uno stato di

¹³⁶ Si vedano ancora G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., pp. 277-278; G. MARINUCCI – E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 263 s.

¹³⁷ Rileva giustamente T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 95, che "nella logica del diritto penale" è normale e necessario distinguere, anche a livello giudiziale, fra condotte volontarie e involontarie, e in base a questa considerazione critica il neo-proibizionismo dei paesi nordici, basato sul rilievo che sarebbe impossibile distinguere i casi di libera scelta da quelli di scelta non libera, e presumendo senza possibilità di dimostrazione contraria la mancanza di libertà nella scelta di prostituirsi.

soggezione, attuando ciò che illustre dottrina auspicava già oltre quarant'anni fa¹³⁸, e su cui sussiste oggi ampio consenso fra gli studiosi¹³⁹.

Nei casi di cui al processo barese, lo stesso giudice di prime cure ha sottolineato più volte che si è trattato di "prostituzione volontaria", che le escort hanno avuto benefici e non danni dalle attività di intermediazione del principale imputato, e che ben volentieri le hanno accettate nell'esercizio del loro diritto di libera autodeterminazione in campo sessuale.

Dunque, si deve ritenere ampiamente applicabile la scriminante del consenso dell'avente diritto.

8. Conclusioni.

Si possono riassumere le principali risultanze del presente studio in tre punti:

- a) L'incostituzionalità di alcune ipotesi della legge Merlin, fra cui il favoreggiamento e il reclutamento, se ritenute applicabili in ipotesi di libera scelta da parte della prostituta di prostituirsi al di là di costrizioni o soggezioni di sorta: la legge Merlin, relativamente a queste ipotesi, deve ritenersi incostituzionale per violazione di vari principi e diritti, ovvero del principio di legalità/determinatezza, del principio di offensività, del diritto/libertà di autodeterminazione in materia sessuale, dei diritti ad esercitare un lavoro (da parte del *sex worker*) in condizioni di salute e sicurezza, del principio di laicità, del principio di uguaglianza, di quello di proporzionalità della pena, e forse di altri ancora.
- b) La possibilità di una reinterpretazione costituzionalmente orientata delle fattispecie di favoreggiamento e di reclutamento (e anche di altre fattispecie della legge): difetterebbe la tipicità del favoreggiamento per mancanza di offensività nel caso dell'agevolazione dell'attività di prostituzione di una prostituta che sceglie liberamente di prostituirsi e che accetta liberamente l'attività di agevolazione compiuta dal terzo. Quanto al reclutamento, esso scatterebbe solo

¹³⁸ F. PALAZZO, *Considerazioni sul delitto*, cit., pp. 705-706.

Nel 1992, va poi registrata l'opinione di T. PADOVANI, in T. PADOVANI – L. STORTONI, *Diritto penale e fattispecie criminose – Introduzione alla parte speciale del diritto penale*, Bologna, 1992, p. 61, che osservava che, in tema di prostituzione, si sarebbero dovute "considerare lecite tutte le attività volte a consentire una simile scelta, che non rappresentino tuttavia né forme di coazione, né forme di sfruttamento".

¹³⁹ Tra gli altri, in vario modo, A. CADOPPI, *Favoreggiamento della prostituzione*, cit., p. 294 ss.; A. MANNA, *La legge Merlin e i diritti fondamentali*, cit., p. 324 ss.; P. DI NICOLA, *Il reato di favoreggiamento*, cit., pp. 50-51; F. GIUNTA, *Le prostituzioni: tra fatto e diritto*, cit., p. 305 ss.; nonché D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 310. Che la dottrina maggioritaria sia orientata in questo senso è confermato da M. BERTOLINO, *Post art. 536*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di G. Forti – S. SEMINARA – G. ZUCALÀ, Padova, 2017, p. 1744.

In questo senso, più in generale, V. ZENO ZENCOVICH, *Approcci diversi a contratto e sessualità*, cit., p. 873 ss.; M. R. MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, cit., p. 889 ss.

Si veda anche, con un taglio più giornalistico e politologico-sociologico, A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., *passim*, ed ivi numerosissimi riferimenti ulteriori, anche ai contrasti emersi nel pensiero femminista in materia.

nei casi in cui una persona viene “ingaggiata” nell’ambito di una vera e propria organizzazione di prostituzione (analoga a quella di una “casa chiusa” prima dell’abolizione delle stesse), e in vista della sottoposizione alle regole di quella organizzazione, con immediata perdita correlativa della propria libertà di autodeterminazione in materia sessuale.

- c) L’applicabilità – a seguito della reinterpretazione del bene giuridico rilevante in materia (oggi consistente nella libertà di autodeterminazione in materia sessuale della prostituta) – della causa di giustificazione del consenso dell’avente diritto (art. 50 c.p.), nei casi in cui la prostituta scelga liberamente la sua attività, e accetti liberamente l’attività di intermediazione di un terzo in vista del reperimento di un cliente.

9. Osservazioni finali.

Siano concesse alcune osservazioni finali di taglio più generale.

La prostituzione è certamente attività composita. Vi sono anzi molti tipi di prostituzione, di talché è più corretto oggi parlare di “prostituzioni” invece che di prostituzione.

La prostituzione di ragazze, straniere o non, catapultate con l’inganno o con violenza o minaccia nelle strade e obbligate a prostituirsi loro malgrado, nonché sfruttate per il loro lavoro coatto, è un fatto di enorme gravità, e va severamente represso e punito. Si tratta del resto, percentualmente, dell’ipotesi di gran lunga più diffusa, e di ciò occorre sicuramente tener conto nel ragionare su questo argomento.

Tuttavia, vi sono anche altre categorie di prostitute e di prostituzioni, e all’estremo opposto di questa scala sta l’ipotesi della escort che per i più vari motivi, ma in base ad una sua libera scelta, decide di concedere favori sessuali a pagamento¹⁴⁰. Quest’ultima figura non è molto dissimile dall’attrice o dall’attore di *film pornografici*. Usa il sesso e ciò che le ha concesso la natura per guadagnare. Eppure, nessuno ha mai ipotizzato di ritenere punibile chi mette in contatto una donna adulta col produttore di film pornografici, o con un porno-attore, sempre che si tratti di una sua scelta libera e volontaria. E dire che i possibili danni prodotti ad una donna – e più in generale ad una persona – nel caso della pornografia sono sicuramente ben maggiori di quelli ipotizzabili relativamente a libere prostituzioni. Nel caso della pornografia, infatti, una volta prodotto un video o un film, esso resta potenzialmente “per sempre” a disposizione del pubblico interessato. Sicché chi ha – pur consapevolmente – deciso di fare l’attore, o l’attrice in film del genere, “macchia”, per così dire, la propria immagine, potenzialmente, per tutta la vita, e per un pubblico potenzialmente infinito, se il video viene riversato, come spesso accade, nel *web*. Nel caso della prostituta, una volta compiuto l’atto sessuale a pagamento col cliente – specie nel caso di scelta non

¹⁴⁰ Fabrizio De André si mostrava ben consapevole della varietà del fenomeno, e della possibilità di “scegliere” quel mestiere, nel memorabile testo di “Bocca di rosa”: “C’è chi l’amore lo fa per noia/ Chi se lo sceglie per professione/ Bocca di rosa né l’uno né l’altro/ Lei lo faceva per passione”.

indiscriminata – essa può riappropriarsi della sua privacy, e la sua immagine non necessariamente sarà per sempre, reiteratamente ed universalmente “macchiata”.

Il fatto è che – salvi questi aspetti – la prostituzione è fenomeno davvero simile, e in non pochi casi sovrapponibile, alla pornografia. Non è un caso che i paladini della morale spesso auspichino, accanto alla repressione penale della prostituzione, anche la proibizione della pornografia. Analogamente, le femministe radicali che ritengono comunque violata la dignità della donna in ogni “contratto sessuale”¹⁴¹, proibirebbero sia l’uno che l’altro fenomeno.

I giuristi – almeno nel nostro paese – non ipotizzano neppure, attualmente, la punibilità della pornografia in contesti di libere scelte, né oggi è più punita la pornografia nel contesto dell’osceno, ovvero ex art. 528 c.p.: dapprima le Sezioni Unite della Cassazione e poi la stessa Corte costituzionale, a seguito della ridefinizione del bene giuridico, hanno limitato la punibilità di questa ipotesi ai casi in cui un terzo venga ad essere sottoposto a visioni oscene contro la sua volontà. In più, il reato di cui all’art. 528 c.p., pur nella sua sfera interpretativa residua, è stato recentemente depenalizzato, e ridotto a illecito amministrativo. Che peraltro resterà applicabile, verosimilmente, ai soli contesti indicati dalle predette alte corti, e non porterà certo a condannare produttori o commercianti di materiale pornografico destinato ad adulti consenzienti.

Dunque, non può aver senso neppure la repressione penale della prostituzione, pur *sub specie* della punizione delle condotte “satelliti” all’atto prostitutivo in sé, sempre che si tratti di prostituzione libera e volontaria.

La prostituzione non è certo condotta “edificante”, anche se la può persino diventare in casi specifici (si pensi alla c.d. “assistenza sessuale” di persone disabili per assicurare un loro “diritto alla sessualità”¹⁴²). Sicuramente il meretrice viene ritenuta attività immorale dalla stragrande maggioranza delle persone. Ma, se si tratta di una libera scelta nell’ambito del diritto di autodeterminazione in materia sessuale, come tale va rispettata.

È opportuno ricordare che sino a pochi decenni fa un’altra libera scelta in materia sessuale era considerata immorale ed era per questo motivo addirittura repressa dal diritto penale di molti paesi (USA, Germania, Inghilterra, Irlanda, ecc.). Ci sono voluti molti anni perché l’omosessualità venisse considerata una scelta rispettabile di un individuo. E in alcuni casi sono dovute intervenire delle Corti supreme per sancire l’incostituzionalità di leggi che, come ai tempi di Oscar Wilde, la punivano. La Supreme

¹⁴¹ Sul tema si vedano, tra le altre, le considerazioni della femminista radicale C. PATEMAN, *Il contratto sessuale*, Roma, 1997, spec. p. 245 ss.

¹⁴² Sul tema v. F. GIUNTA, *Le prostituzioni*, cit., p. 306, che richiama il recente film “*The Sessions*”, e M. N. DE LUCA, *Marien, escort dei disabili. “Col sesso faccio del bene”*, in *La Repubblica*, 28 aprile 2009. Più ampiamente sull’interessante argomento, ora, F. DONELLI, *Profili penali della “disobbedienza sessuale”: la pena come rimedio alla solitudine. Riflessioni a margine dei rapporti fra diritto penale e neo-costituzionalismo*, in corso di pubblicazione sull’*Indice penale*.

Si vedano anche B. D. EARP – O. M. MOEN, *Paying for Sex – Only for People with Disabilities?*, in *Journal of Medical Ethics*, 2016, vol. 42, n. 1, p. 56, che sostengono che la legalizzazione dell’assistenza sessuale potrebbe costituire un primo passo verso la legalizzazione della prostituzione (in ottica neo-regolamentarista) anche laddove per ora si è optato per il neo-proibizionismo.

Court americana è intervenuta nel 2003 col caso *Lawrence v. Texas*¹⁴³; la Corte Edu è intervenuta contro l'Irlanda nel 1981 col già citato caso *Dudgeon*.

Ebbene. Non si vuole qui “santificare” la prostituzione, né, ancor meno, incentivarne l'esercizio. Tuttavia, allo stesso tempo, non si può accettare la visione autoritaria e moralistica patrocinata da alcuni della prostituzione come “il peccato delle donne”, come una sorta di “eresia sessuale” addirittura inconcepibile, perché capace di sconvolgere l'immagine “ideale” della donna che si vorrebbe immortalare come unica immagine ammissibile e lecita¹⁴⁴. In questa sede, comunque, si vuole prescindere da questi problemi di ordine morale: si mira piuttosto a far sì che – da parte dell'ordinamento giuridico, specie quello penale – vengano rispettati i diritti di libertà delle persone. E prostituirsi è una *scelta di tipo sessuale* che rientra fra i diritti di libertà delle persone, ricollegabili al più ampio concetto di *autonomia personale*.

È noto che oggi vi sono organizzazioni di prostitute libere che portano avanti i diritti delle prostitute stesse. Lo fanno apertamente, in pubblico, sostenendo qualcosa che del resto già la legge – persino a livello europeo – riconosce: che la prostituzione è un lavoro come altri, se frutto di libera scelta e attuato in autonomia e senza subordinazioni o sfruttamenti.

È noto altresì che la legge Merlin, che proprio in questi giorni compie sessant'anni, è invecchiata forse ancor più delle ragazze che prima del 1958 popolavano i bordelli di Stato. Già era nata male, tecnicamente, e lo avevano rilevato i più grandi maestri italiani del diritto penale (Antolisei, Vassalli e Mantovani per tutti¹⁴⁵) non appena era stata approvata.

È costituita da fattispecie farraginose, tutte accomunate sotto la stessa cornice edittale nonostante la enorme differenza di disvalore fra l'una e l'altra, in violazione palese di svariati principi costituzionali.

Non è un mistero che da decenni si propongono nuove normative in materia. Si sa che, a livello comparatistico, si danno tre modelli, quello *abolizionistico*, quello *neo-proibizionistico* e quello *neo-regolamentaristico*¹⁴⁶. Il primo è quello seguito ormai quasi solo

¹⁴³ *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558 (2003).

¹⁴⁴ Molto interessante sotto questi profili è la lettura di M. L. MAQUEDA ABREU, *La prostitución: el “pecado” de las mujeres*, pp. 64-89, che evidenzia peraltro le ricadute giuridiche di questi atteggiamenti, spesso riconducibili a un certo tipo di femminismo radicale intransigente.

¹⁴⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale*, cit., p. 414; G. VASSALLI, *Le norme penali a più fattispecie e l'interpretazione della “legge Merlin”*, in *Studi in onore di F. Antolisei*, Milano, 1965, p. 349 ss.; F. MANTOVANI, *La nuova disciplina penale*, cit., *passim*, e p. 459 e nota 11, dove il chiaro A. sosteneva che il legislatore del '58, una volta abolite e sanzionate le case di prostituzione, avrebbe fatto meglio per il resto a lasciare vigenti le pregresse disposizioni del codice penale, che – pur criticabili – contemplavano solo reati “con vittime”. Gli AA. Predetti auspicarono fin da subito una immediata riforma della legge (almeno nelle parti penali) che oggi, a distanza di quasi sessant'anni, non è mai avvenuta.

¹⁴⁶ Rinvio sul punto, per una sintesi, ad A. CADOPPI, *Note introduttive*, in A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, cit., p. 1 ss.

Nel volume vari autori stranieri riferiscono delle leggi e della loro pratica attuazione in vari paesi: in Inghilterra e Galles (M. Boggiani, p. 62 ss.), in Germania e Austria (M. Helfer, p. 88 ss.), in Svizzera, (D. Item, p. 114 ss.), in Francia (R. Parizot, p. 134 ss.), in Spagna (J. Tamarit Sumalla, p. 146 ss.), in Olanda (J. Vervaele, p. 160 ss.), in Svezia (C. Wong, p. 177 ss.), negli USA (M. Boggiani, p. 200 ss.), in Canada (E. MacKinnon, p.

dalla legge Merlin, perché in quasi tutti i paesi europei e non solo si è adottato di recente o il modello neo-proibizionista o quello neo-regolamentarista. Il modello abolizionista a parole sancisce la liceità di prostituirsi, ma poi reprime a tappeto tutte le condotte di terzi collegate alla prostituzione, rendendone l'esercizio quasi impossibile e soprattutto condannando anche le "prostitute per scelta" a vivere a contatto continuo con la criminalità, in un clima di clandestinità che non giova né alla sicurezza né alla salute delle stesse¹⁴⁷. Si tratta di un modello ipocrita – perché vuole combattere la prostituzione ma non vuole punire il cliente¹⁴⁸ – e lesivo dei diritti delle prostitute, almeno di quelle che si prostituiscono liberamente.

Il modello *neo-proibizionista* (adottato in alcuni stati del Nord Europa e ora parzialmente in Francia¹⁴⁹) appare il frutto della lotta femminista radicale contro ogni forma di sesso a pagamento. Chi sostiene quel modello, come si accennava, non a caso proibirebbe anche la pornografia¹⁵⁰. Si tratta però di un modello sostanzialmente autoritario, paternalista e moralista, che muove dalla posizione di subordinazione della donna nella società, ma finisce per negare a molte di loro ulteriori diritti e libertà fondamentali (compresa la loro dignità "soggettiva"). In più, non tiene conto del fatto che oggi la prostituzione non è solo un mestiere femminile, e quindi va a ledere paradossalmente anche i diritti di uomini che – secondo lo stesso pensiero femminista radicale – non meriterebbero tutele paternalistiche. Infine, ha l'inevitabile effetto pratico di riversare nell'illegalità e dunque nella clandestinità le stesse prostitute, oltre a chi le sta attorno, col paradossale risultato di peggiorare ulteriormente – persino rispetto al modello abolizionista – le condizioni di esercizio del "mestiere" e di aumentare a dismisura rischi per la salute e per l'incolumità di quelle stesse persone la cui "dignità" (oggettiva, ovvero etero-imposta) si vorrebbe "salvare"¹⁵¹.

238 ss.) e in Nuova Zelanda (G. Mousourakis, p. 257 ss.). Non mancano le relazioni dedicate alla storia della prostituzione nel mondo giuridico romano (S. Puliatti, p. 15 ss.), un capitolo dedicato alla criminologia (I. Merzagora e G. Travaini, p. 38 ss.). La parte III del volume è dedicata al diritto italiano (con scritti di D. Balestrieri, A. Cadoppi, F. Giunta e A. Manna).

¹⁴⁷ Sulla questione – anche relativamente alla diffusione di malattie quali il virus HIV tra le prostitute – si vedano ora A. CADOPPI – F. MANFREDI, *Prostituzione e tratta di persone*, cit., pp. 651-666, con la ribadita conclusione dell'illegittimità costituzionale del favoreggiamento e di altre fattispecie della legge Merlin, e sulla opportunità dell'adozione di un modello neo-regolamentarista.

¹⁴⁸ Che a rigore sarebbe il maggiore favoreggiatore della prostituta e della prostituzione, e la cui non punibilità, anche a livello giurisprudenziale, resta un mistero giuridico: sul punto si vedano le interessanti considerazioni di T. PADOVANI, *Disciplina penale della prostituzione*, cit., p. 290. Si tratta di una tesi già sostenuta dal Carrara: F. CARRARA, *Opuscoli di diritto criminale*, cit., p. 531.

¹⁴⁹ Si veda la l. n. 2016-444 del 13 aprile 2016, emanata a seguito di un lungo e contrastato dibattito. Sul dibattito e sulle opinioni decisamente contrarie alla legge sostenute da parte di persone di grande autorevolezza, si veda A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., p. 261 ss.

¹⁵⁰ Su questi temi rinvio alle analisi di V. ZENO ZENCOVICH, *Approcci diversi a contratto e sessualità*, cit., p. 873 ss.; M. R. MARELLA, *Sesso, mercato e autonomia privata*, cit., p. 889 ss., e della stessa A. CHIRICO, *Siamo tutti puttane*, cit., *passim*.

¹⁵¹ Per critiche simili, fra gli altri, R. DAMASO, *Il diritto penale e il corpo delle donne*, cit., p. 22 ss.

Va rilevato che il numero delle prostitute in Svezia resta altissimo: per rendersene conto basta consultare siti web su escort e simili. Il fenomeno è stato descritto tra gli altri da C. WONG, *Prohibition in Swedish Law of the Purchase of Sexual Service*, in A. CADOPPI (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, cit., p. 191 ss.

Il modello *neo-regolamentarista* è oggi accolto in molti paesi moderni europei, come la Germania, l'Austria, la Svizzera e l'Olanda. Parte dall'idea che la prostituzione è un lavoro paragonabile ad altri, se frutto di una libera scelta. Di conseguenza, liberalizza questa attività, ma la regola, per venire incontro alle sue specifiche esigenze e limitare i pericoli ad essa connessi. Naturalmente questo approccio mira, fra l'altro, a portare allo scoperto il lavoro nero in questo ambito, incrementando le entrate fiscali dello Stato. Entrate che potrebbero poi essere impiegate nel settore, per cercare di porgere un aiuto soprattutto alle prostitute coatte, al fine di recuperarle ad una vita più accettabile.

Non è il caso qui di approfondire tutti questi argomenti¹⁵².

Si deve solo aggiungere che al Parlamento sono state presentate negli ultimi anni molte proposte di legge, alcune firmate da un notevolissimo numero di parlamentari, che accolgono, quasi tutte, un modello sostanzialmente *neo-regolamentarista*¹⁵³.

I tempi sono maturi forse per un "addio" alla ormai vetusta legge Merlin¹⁵⁴.

Nel frattempo, i giudici devono cercare di rimediare almeno ai difetti più marcati di quella legge, che ne determinano addirittura la più che sospetta illegittimità costituzionale, denunciata ormai da quasi tutti gli autori che si sono occupati della tematica negli ultimi anni. O con reinterpretazioni costituzionalmente orientate delle sue norme, o sottoponendo le questioni rilevanti alla Corte. Questa seconda strada, che è probabilmente la più corretta istituzionalmente, è stata seguita dall'Ordinanza qui pubblicata della Corte d'Appello di Bari.

Mentre per gli omosessuali – un tempo oggetto di proibizioni civili e penali – recentemente si è addirittura, e giustamente, approvata una legge sancendone le "unioni civili"¹⁵⁵, le prostitute sono ancora in attesa che lo Stato riconosca i loro diritti. Sono ancora costrette a subire (indirettamente) processi penali per episodi innocui di favoreggiamenti, ovvero di mere attività di intermediazioni coi loro clienti liberamente

Lo stesso autore peraltro evidenzia che – almeno stando a certi sondaggi – la legge avrebbe avuto l'effetto di far mutare fra la gente la percezione sociale del disvalore della prostituzione. Su questo punto, due osservazioni: la prima, che il diritto penale non deve essere utilizzato per scopi "promozionali", come ha ampiamente dimostrato la dottrina italiana pressoché compatta da svariati decenni: ed è invece questo che avrebbe fatto la legge svedese; la seconda, che il fatto di aver incrementato nel corpo sociale la stigmatizzazione della prostituzione non fa altro che mettere ancor più in difficoltà e ghettizzare i *sex workers* che liberamente volessero svolgere (anche solo occasionalmente) tale attività.

¹⁵² Rinvio ancora sul punto al volume da me curato *Prostituzione e diritto penale*, cit.

¹⁵³ Per una proposta di riforma delle norme penali della legge Merlin, rinvio ad A. CADOPPI, *Una proposta di riforma della legge Merlin*, in ID. (a cura di), *Prostituzione e diritto penale*, cit., p. 333 ss.; alcune delle proposte di legge presentate ultimamente al Parlamento sono ivi riportate in *Appendice* a p. 363 ss. Si veda anche *retro*, la nota 73, relativamente ad iniziative di pubbliche presentazioni delle proposte di legge Spilabotte e Vargiu in materia.

Va detto che una proposta di legge (la n. 3890 presentata il 9 giugno 2016 tra gli altri dell'on. Bini), darebbe attuazione ad un modello proibizionista simile a quello svedese: per una critica alla stessa impostazione di quella proposta, per tutti, R. DAMASO, *Il diritto penale e il corpo delle donne*, cit., p. 24.

¹⁵⁴ V. anche in materia di prospettive di riforma della legge F. PALAZZO, *Moralismo e "bagatellizzazione" del diritto penale: a proposito del progetto sulla prostituzione*, cit., in *Dir. pen. e proc.*, n. 11/2008, p. 1341 ss.; A. CADOPPI, *Prostituzione: addio Merlin?*, in *Dir. pen. e proc.*, n. 7/2015, p. 781 ss.

¹⁵⁵ V. la l. n. 76 del 20 maggio 2016.

scelti: e in questi casi, mentre traevano solo un vantaggio dai loro intermediari, subiscono un enorme danno, paradossalmente, dallo stesso insorgere di un processo penale, che dovrebbe costituire invece l'attuazione delle esigenze della Giustizia. Sono ancora costrette a vivere e a lavorare nella clandestinità. Ma quando lo Stato ha bisogno dei loro soldi, delle loro tasse, allora si affretta a dichiarare "forse immorale" ma "certamente lecita" la loro attività. È sicuramente tempo che anche la giurisprudenza penale faccia un salto di qualità, e anticipi quello che le leggi sanciranno forse fra pochi anni. La dottrina, come spesso avviene, ha già da tempo indicato ai giudici varie strade percorribili. È ora che i giudici raccolgano questi inviti, e facciano progredire il diritto nel rispetto delle libertà fondamentali sancite dalla nostra Costituzione. Per questi motivi si deve accogliere con la più ampia approvazione la limpida Ordinanza della Corte d'Appello di Bari, qui riportata, e la cui lettura è sicuramente consigliabile a chi ancora non si fosse convinto sfogliando questo mio modesto ma sincero e appassionato contributo.

Tante sono le conquiste fatte dal nostro ordinamento in questi decenni verso il riconoscimento di inalienabili diritti di libertà degli individui. Si pensi – per stare ai progressi più recenti – all'appena menzionata legge sulle "unioni civili", o alla lungamente attesa legge sul "fine vita"¹⁵⁶. L'ulteriore passo verso il superamento, in un modo o nell'altro, delle norme più retrograde e liberticide della legge Merlin costituirebbe una nuova, non meno importante conquista di civiltà.

¹⁵⁶ Per tutti v. sulla legge n. 219 del 2017, prima che venisse approvata, S. CANESTRARI, *Una buona legge buona (DDL recante "Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento")*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, p. 975 ss.: Canestrari ne è stato uno dei compilatori.

Sempre in materia di "fine vita", va segnalata la recentissima questione di legittimità costituzionale sollevata dalla I Corte d'Assise di Milano il 14 febbraio 2018 nel caso "Cappato". Anche questo provvedimento costituisce un coraggioso riconoscimento di un diritto fondamentale dell'individuo, peraltro ben più controverso rispetto a quelli emergenti in materia di prostituzione, trattandosi comunque, qui, della tutela del supremo bene giuridico della vita. Volendo sottolineare anche una sola fondamentale differenza fra le due ipotesi, si deve rilevare che in un caso (quello della Ordinanza milanese) la repressione penale si fonderebbe comunque su di un *paternalismo fisico* (e a tutela del bene fisico supremo), mentre nell'altro (quello dell'Ordinanza di Bari) esclusivamente su di un *paternalismo morale*; e fra gli stessi *liberals*, se nessuno ammette il paternalismo morale, non pochi ammettono il paternalismo fisico, almeno in casi estremi (si pensi per tutti all'insigne filosofo del diritto Herbert Hart: v. *retro*, nota 75).

Non è un caso peraltro che Marco Cappato, e Marco Pannella prima di lui, con altri esponenti del Partito Radicale, abbiano sostenuto da anni e con forza la causa della legalizzazione e regolamentazione della prostituzione. Lo stesso Cappato era intervenuto il 18 maggio 2015 a Milano al convegno "#Addio Merlin. Tra diritto e tabù. Stato dell'arte e prospettive di cambiamento della legge sulla prostituzione", uno dei convegni organizzati in varie città d'Italia in quell'anno per presentare le due proposte di legge Spilabotte e Vargiu di riforma della legge Merlin, e il volume da me curato *Prostituzione e diritto penale*, più volte citato (v. *retro* nota 72).

NOVITÀ LEGISLATIVE – PROGETTI E PROPOSTE

A proposito di "leggi svuotacarceri"

di Emilio Dolcini

1. La locuzione **"legge svuotacarceri"** è entrata nel lessico dei penalisti, mi sembra, nel 2010, in relazione alla legge che introduceva nel nostro ordinamento la misura alternativa dell'"esecuzione della pena detentiva nel domicilio": una "variazione sul tema della detenzione domiciliare" [1], destinata a condannati – non esclusi i recidivi reiterati – che devono scontare una pena non superiore ad un anno. Così il legislatore dava una prima risposta a una condanna dell'Italia pronunciata nel 2009 dalla Corte europea dei diritti dell'uomo per violazione del divieto di trattamenti inumani *ex art. 3 CEDU* [2]: l'addebito che veniva mosso al nostro Stato nasceva dal sovraffollamento carcerario, che nel 2010 era dell'ordine del 150%. Un problema che si sarebbe ampiamente ripresentato anche dopo l'adozione della legge n. 199/2010 e che avrebbe portato ad un'ulteriore condanna dell'Italia nel 2013 [3]. Ma tutto ciò è ampiamente noto, come è noto il percorso attraverso il quale il sovraffollamento carcerario è stato temporaneamente debellato negli anni successivi, fino alla chiusura del 'fascicolo Italia' disposto dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel 2016 [4].

La locuzione "svuotacarceri", pur eccessiva e inelegante, non mi sembrava originariamente carica di connotazioni negative: ridurre la popolazione carceraria entro limiti fisiologici, coerenti con la disponibilità di posti negli istituti penitenziari, era un elementare strumento per comporre (o rendere meno stridente) il contrasto tra le condizioni di vita dei detenuti e il principio di umanità della pena. Questo obiettivo veniva perseguito attraverso la rinuncia ad eseguire in carcere pene, anche residue, di ammontare non elevato: una rinuncia non automatica, ma rimessa al vaglio, in concreto, della magistratura di sorveglianza; né si trattava di una rinuncia a punire, bensì della scelta di eseguire la pena in forma diversa, fuori dalle mura del carcere.

Oggi la parola "svuotacarceri", entrata fragorosamente nel linguaggio della politica, ha assunto invece un **significato marcatamente spregiativo**: quella di "cieco 'sversamento' nella società del pericoloso contenuto dei penitenziari" [5]; niente a che fare, dunque, con l'idea di "provvedimenti che hanno cercato" (o cercano) "di evitare la permanenza o l'ingresso in carcere di chi non avrebbe dovuto" (o non dovrebbe), "in base alla nostra Costituzione e al buon senso, né restarvi, né entrarvi" [6].

2. Nella campagna elettorale appena conclusa – accanto, in posizione secondaria, ad altri temi di forte impatto sull'opinione pubblica (dalle imposte all'immigrazione) – sono entrati anche temi di politica del diritto penale [7]: tra le parole-chiave, "sicurezza", "certezza della pena", nonché, appunto, "svuotacarceri".

Sul tema della **sicurezza**, i programmi proposti dai partiti agli elettori muovevano, all'unisono, da una nozione di 'sicurezza' tanto riduttiva, quanto radicata nel subconscio collettivo: sicurezza intesa come garanzia dell'incolumità personale [8] (nonché, aggiungo, dei beni patrimoniali individuali). Muovendo da tale premessa, alcuni partiti politici (M5S, Lega) promettevano ai cittadini *"più sicurezza grazie alla costruzione di nuove carceri"*. In queste proposte, affiorava dunque,

ancora una volta, l'equazione tra carcere e sicurezza pubblica, un'equazione mai seriamente messa in crisi, nella percezione dei più, dai portati delle scienze penalistiche [9]. Nonostante i fallimenti del passato [10], venivano anche nuovamente evocati *"Piani carcere"*, volti – nella visione dei proponenti – a segnare rilevanti progressi nella lotta alla criminalità. Intesa la sicurezza nell'accezione sopra accennata, se ne traeva, quale ulteriore corollario, una proposta in tema di legittima difesa contenuta nel programma del centro-destra, all'interno di un punto intitolato *"Più sicurezza per tutti": "Introduzione del principio che la difesa è sempre legittima"* [11]. *"Sempre"*: dunque, anche quando la difesa non sia necessaria, né proporzionata, né esista il pericolo attuale di un'offesa ingiusta.

Quanto alla **certezza della pena**, l'argomento – a sua volta strettamente correlato con le premesse or ora illustrate – veniva non di rado brandito in campagna elettorale come una mazza ferrata, con affermazioni del tipo *"potenzieremo le carceri e ne costruiremo di nuove e faremo pagare chi sbaglia, garantendo certezza della pena"* [12]. A questo proposito, osservo che la formula *"certezza della pena"* è stata **snaturata** nel linguaggio della politica: un esempio paradigmatico di *"manomissione delle parole"* [13]. Nell'elaborazione penalistica, da Beccaria alla dottrina contemporanea, certezza della pena è sinonimo di **probabilità che l'autore di un reato sia scoperto e punito**: in questo senso la certezza della pena, e soprattutto la certezza percepita dal destinatario, è condizione primaria per assicurare un effetto di prevenzione generale, accanto alla prontezza e – solo ultima, relativa a specifiche tipologie di reati – alla severità della punizione [14]. Così intesa, la certezza della pena è un obiettivo al quale devono tendere tutte le istanze della giustizia penale. Niente a che vedere, però, con la certezza della pena invocata da alcuni esponenti della politica per asseverare l'esigenza di **pene immodificabili in itinere**, ovvero la messa al bando di misure di comunità e di ogni incentivo volto a favorire la partecipazione del condannato a percorsi di rieducazione. Emblematica un'affermazione del segretario politico della Lega Nord: *"Si parla di pene alternative... Noi faremo l'esatto opposto. Chi deve fare 20 anni di galera ci resta 20 anni"* [15]. Unico è il punto di contatto tra queste due diverse accezioni di *"certezza della pena"*: riguarda l'esigenza che le sanzioni di comunità non si riducano a nulla, a simulacri di pena privi di qualsiasi contenuto, un rischio non solo teorico [16], che peraltro la riforma penitenziaria Orlando ha avuto ben presente [17].

Vengo dunque alla **rimforma penitenziaria Orlando** [18], prefigurata in uno schema di decreto legislativo che il Governo, dopo aver avuto parere favorevole da parte delle commissioni parlamentari, ha rinunciato a varare prima delle elezioni: una riforma ormai probabilmente sepolta tra le macerie prodotte dai risultati elettorali in quella che è stata la maggioranza parlamentare di centro-sinistra.

Il tema della riforma penitenziaria era variamente declinato nel programma dei partiti: da un lato, si parlava di una *"piena attuazione della riforma dell'ordinamento penitenziario"* e dell'impegno a prevedere *"percorsi di esecuzione della pena individualizzati e il ricorso alle misure alternative alla detenzione, attraverso formazione e lavoro"* (Partito Democratico); in una logica analoga, si proponeva *"una riforma dell'ordinamento penitenziario per garantire il rispetto della dignità della persona, anche quando detenuta"* e si chiedeva di *"recuperare la funzione rieducativa della pena, rafforzando le misure alternative"* (Liberi e Uguali); d'altro lato, si prospettava una *"revisione del progetto di modifica dell'ordinamento penitenziario ancora non approvato"*, tra l'altro con *"l'abolizione della cosiddetta 'sorveglianza dinamica' in carcere"* (Lega Nord). Quale fosse il tenore della *"revisione"* auspicata dalla Lega Nord, si chiariva in una dichiarazione del segretario politico di quel partito, il quale definiva *"una follia"* la riforma in discussione in quel momento – era lo scorso 22 febbraio – nel Consiglio dei Ministri e invocava, come di rito, *"certezza della pena"*, *"nuove carceri"* e *"maggior sicurezza"* [19]. Sulla stampa quotidiana vicina ai partiti più critici nei confronti della riforma Orlando, un chiarimento ulteriore veniva da diversi articoli nei cui titoli

campeggiava la parola “svuotacarceri”: “Giustizia, Gomez: Svuota-carceri e altre norme fatte apposta per salvare dalla galera i colletti bianchi” [20]; “Vittorio Feltri: La riforma svuota-carceri è come il ministro Orlando, piace a comunisti e piccoli delinquenti” [21].

Svuotacarceri, dunque, come **la più infamante delle accuse** mosse a quella che ormai sembra aver assunto i connotati di una mancata riforma.

3. Che la riforma penitenziaria Orlando sia (o fosse) una ‘riforma svuotacarceri’ è innanzitutto **falso**, o quanto meno è un’affermazione che dà conto soltanto di una componente secondaria della riforma. In questa sede, mi limito ad un rilievo in materia di **misure alternative alla detenzione**, riferito dunque al capo IV dello schema di decreto legislativo. È vero che tra i criteri direttivi della delega figurava la *“revisione delle modalità e dei presupposti di accesso alle misure alternative, sia con riferimento ai presupposti soggettivi sia con riferimento ai limiti di pena, al fine di facilitare il ricorso alle stesse”* (art. 1 co. 85, lett. c, l. 23 giugno 2017, n. 103); tuttavia gli interventi di riforma prefigurati nello schema di decreto, al di là di qualche ampliamento dell’ambito applicativo delle misure, soprattutto ne arricchivano e precisavano i *contenuti*, secondo una logica in parte ispirata alle istanze della giustizia riparativa e alla valorizzazione di attività di volontariato. Altri interventi miravano poi ad un doveroso *coordinamento* della disciplina vigente. Emblematico l’intervento teso ad allineare la disciplina della sospensione dell’esecuzione delle pene detentive *ex art. 656 co. 5 c.p.p.* con i limiti all’applicabilità del c.d. affidamento in prova allargato di cui all’art. 47 co. 3 *bis* ord. penit. [22]: un’esigenza tanto forte da portare la Corte costituzionale – con una sentenza depositata pochi giorni fa – a dichiarare l’illegittimità dell’art. 656 co. 5 c.p.p. per violazione dell’art. 3 Cost. [23]. Altri interventi, ancora, miravano a dare attuazione al *principio di umanità della pena*: per es., estendendo la possibilità di accedere alla detenzione domiciliare *ex art. 47 ter* co. 1 ord. penit. alla madre (o al padre) di figlio gravemente disabile, senza limiti di età e senza una preclusione assoluta per i condannati *ex art. 4 bis* ord. penit. (art. 15 d.lgs.). Comunque si valuti tale disposizione, è certo che non prospettava l’immissione nelle vie delle nostre città di orde di efferati criminali, il cui accesso alla detenzione domiciliare doveva comunque passare al vaglio della magistratura di sorveglianza [24].

Falso, dunque, che si trattasse di un provvedimento svuotacarceri, così come falso – clamorosamente falso – che si trattasse di un generoso **regalo rivolto a mafiosi e terroristi** sottoposti al regime detentivo speciale di cui all’art. 41 *bis* ord. penit. [25].

4. Tuttavia, proprio gli attacchi alla riforma penitenziaria Orlando portati nell’assunto che si trattasse di un provvedimento svuotacarceri sollevano un interrogativo, che qualcuno riterrà provocatorio: sarebbe davvero una **“follia”** un nuovo intervento del legislatore che oggi si proponesse di ridimensionare la popolazione penitenziaria, dopo i reiterati tentativi compiuti in questa direzione negli anni scorsi?

La risposta va cercata, evidentemente, in primo luogo, nei dati statistici forniti dal Ministero della Giustizia.

Al **31 dicembre 2017** nelle carceri italiane erano presenti **57.608 detenuti**, dei quali 37.451 condannati definitivi; il numero degli imputati era prossimo a 20.000 (19.815), quello degli internati superava di poco le 300 unità (307).

La quota degli imputati era dunque pari al 34,4%: una quota decisamente elevata, ancorché in calo (nel 2010 gli imputati rappresentavano il 43,4% del totale), superiore tra l’altro alla mediana europea, che, secondo l’ultima rilevazione del Consiglio d’Europa, si attestava al 26,9 [26].

Quanto alla tipologia dei reati commessi, prevalevano i reati contro il patrimonio, i reati contro la persona e i reati relativi alla droga.

Gli stranieri in carcere, a fine dicembre 2017, erano 19.745, per una quota pari al 34,3% del totale: anche in questo caso si registra un tendenziale, modesto calo (nel 2011, ad esempio, gli stranieri rappresentavano il 36% della popolazione carceraria), che peraltro si è arrestato nell'ultimo anno. Per nazionalità, prevalgono — nell'ordine — marocchini, albanesi, romeni, tunisini e nigeriani, che, sommati fra loro, costituiscono il 61% degli stranieri in carcere.

Un'altra categoria che alimenta largamente il sistema penitenziario italiano è tuttora quella dei tossicodipendenti: al 31 dicembre 2016, secondo quanto riferisce il Governo nella Relazione annuale al Parlamento 2017 sullo stato delle tossicodipendenze in Italia, i detenuti con problemi correlati alla droga sfioravano il 26% del totale.

Nel 2017 i **suicidi** in carcere — drammatico indicatore delle condizioni legate allo stato di detenzione — sono stati 48: erano stati 42 nel 2013, erano scesi a 39 nel 2015 e nel 2016, per poi subire un brusco incremento lo scorso anno. Nel 2017 il tasso di suicidi in carcere è stato di 8,4 su 100.000 detenuti, il valore più elevato degli ultimi 5 anni: ben al di sopra della media europea — 7,2 su 100.000 detenuti — rilevata nel rapporto Space I — 2015 [27].

Quanto alla disponibilità di posti-carcere, la **capienza regolamentare** degli istituti — calcolata in ragione di 9 mq. per persona per le celle individuali, aumentati di 5 mq. per detenuto in caso di celle a più posti — era di 47.709 unità a fine 2013, 49.592 a fine 2015, per raggiungere quota **50.499** a fine 2017.

Ciò significa che il **tasso di sovraffollamento**, che si era ridotto al 105,18% a fine 2015, è ora nuovamente risalito al **114%**: e la crescita continua. Incombe, per ora da lontano, lo spettro del 151% raggiunto nel 2010. Si consideri, inoltre, che il dato medio europeo, relativo al 2015, era di 94 detenuti per 100 posti disponibili; peraltro, in Europa gli istituti penitenziari sovraffollati rappresentavano il 33,3% [28].

Follia, dunque, pensare ad una **nuova legge svuotacarceri**, se così la vogliamo chiamare, o follia, piuttosto, lasciare che la tendenza in atto si consolidi per gli anni a venire? Dobbiamo restare in attesa di una nuova condanna dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo? O forse qualcuno — complice l'aria frizzante del dopo elezioni — pensa che l'Italia possa prendere commiato non solo dalla moneta unica europea, e magari dall'Unione Europea, ma anche dal Consiglio d'Europa e liquidare come ciarpace i diritti dell'uomo?

[1] Così S. Turchetti, [*Legge svuotacarceri e esecuzione della pena presso il domicilio: ancora una variazione sul tema della detenzione domiciliare? Considerazioni a margine della l. 26 novembre 2010, n. 199*](#), in *questa Rivista*, 14 dicembre 2010.

[2] Corte Edu, sez. II, 16 luglio 2009, Sulejmanovic c. Italia, n. 22635/03. A commento, v. per tutti L. Eusebi, *Ripensare le modalità delle risposte ai reati traendo spunto da C. eur. dir. uomo 19 giugno 2009, Sulejmanovic c. Italia*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 4938 ss. Sulla risposta delle istituzioni italiane alla sentenza Sulejmanovic, cfr. A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, 2014, p. 3 ss.

[3] Corte Edu, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, in *questa Rivista*, 9 gennaio 2013, con nota di F. Viganò, [*Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno*](#). A commento della sentenza v. inoltre, fra molti, P. Corvi, *Sovraffollamento carcerario e tutela dei diritti del detenuto: il ripristino della legalità*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 1794 ss.; M. Dova, *Torreggiani c. Italia: un barlume di speranza nella cronaca del collasso annunciato del sistema sanzionatorio*, *ivi*, 2013, p. 948 ss.; M. Pelissero, *La crisi del sistema sanzionatorio e la dignità negata: il silenzio della politica, i compiti della dottrina*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 261 ss.; G. Tamburino, *La sentenza Torreggiani ed altri della Corte di Strasburgo*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 11 ss.

[4] Cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di dir. pen., pt. gen.*, VI ed., 2017, p. 641 ss.

[5] Così G. Giostra, *Questione carceraria, insicurezza penale e populismo penale*, in *Quest. Giust.*, 27 giugno 2014, p. 3.

[6] V. ancora G. Giostra, *Questione carceraria*, cit., *ibidem*.

- [7] Per un quadro di sintesi, cfr. D. Aliprandi, *Il carcere tra slogan populistici e partiti di sinistra divisi*, in *Il Dubbio*, 27 febbraio 2018.
- [8] Cfr. G. Giostra, *Questione carceraria*, cit., p. 3.
- [9] Cfr. R. Saviano, *Se la Costituzione finisce in carcere*, in *L'Espresso*, 4 marzo 2018: "Come è possibile che quasi nessun politico si sia preso la briga di portare all'attenzione dei propri elettori i dati sulla recidiva? Come è possibile che gli italiani non sappiano che i detenuti che scontano l'intera pena in carcere tornano a delinquere nel 70 per cento dei casi e chi invece riesce ad avere accesso alle pene alternative al carcere e un contatto con la vita normale torna a delinquere solo nel 30 per cento dei casi? I dati sulla recidiva urlano vendetta e ci dicono che, a chi fino a oggi ha fatto campagna elettorale e non ha parlato di carcere, non interessa la sicurezza reale, ma solo quella percepita". Nella letteratura penalistica, sullo scarto tra sicurezza reale e insicurezza percepita nella società italiana, sono pienamente attuali le osservazioni di L. Eusebi, *Appunti minimi in tema di riforma del sistema sanzionatorio penale*, in P. Pisa (a cura di), *Verso una riforma del sistema sanzionatorio*, Atti del convegno in ricordo di L. Fioravanti, 2008, p. 279 s.
- [10] A proposito del 'piano carceri' approvato dal Governo nel 2010, e che faceva seguito ad un altro 'piano carceri' del 2002, del tutto improduttivo di risultati, cfr. A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 4, nonché S. Turchetti, *Legge svuotacarceri*, cit., p. 5.
- [11] Si tratta, con tutta evidenza, di un mero slogan, che mai potrebbe essere tradotto in un plausibile dettato normativo, utile solo a catturare consensi elettorali. A proposito di una proposta di legge, pure rivolta ad ampliare l'area applicativa della legittima difesa, approvata dalla Camera dei Deputati il 4 maggio 2017, primo firmatario l'on. Ermini, cfr. G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di dir. pen.*, cit., p. 299 s.
- [12] Cfr. Meloni e Salvini contro la riforma carceri: "Con questa legge meno delinquenti in galera", www.huffingtonpost.it, 22 febbraio 2018.
- [13] "Le parole possono costituire la premessa e la sostanza di pratiche manipolatorie... Una manipolazione che investe tutti gli aspetti della vita associata... Palese o, più spesso, e più pericolosamente, occulta". Così G. Carofiglio, *La manomissione delle parole*, 2010, p. 29 s.
- [14] "Uno dei più gran freni dei delitti non è la crudeltà delle pene, ma l'infallibilità di esse... La certezza di un castigo, benché moderato, farà sempre una maggiore impressione che non il timore di un altro più terribile, unito colla speranza dell'impunità; perché i mali, anche minimi, quando son certi, spaventano sempre gli animi umani": così C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, ed. di Haarlem 1766, a cura di F. Venturi, 1970, XXVII. "Quanto la pena sarà più pronta e più vicina al delitto commesso, ella sarà tanto più giusta e tanto più utile": C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., XIX. Sui diversi fattori che incidono sull'efficacia generalpreventiva della pena, e sull'esigenza di distinguere in proposito per tipologie di reato, può vedersi E. Dolcini, *La commisurazione della pena, La pena detentiva*, 1979, p. 230 ss.
- [15] Cfr. Meloni e Salvini contro la riforma carceri, cit.
- [16] Cfr. E. Dolcini, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 857 ss.; Id., *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, ivi, 2006, p. 95 ss.; Id., *La "questione penitenziaria", nella prospettiva del penalista: un provvisorio bilancio*, ivi, 2015, p. 1662.
- [17] Cfr. E. Dolcini, [La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione](#), in questa Rivista, fasc. 2/2018, p. 175 ss.
- [18] Cfr. [Riforma dell'ordinamento penitenziario: la proposta della Commissione Giostra, lo schema del decreto legislativo approvato dal governo e i pareri delle commissioni parlamentari](#), in questa Rivista, 9 febbraio 2018. Per una panoramica dei contenuti della riforma, e per una valutazione complessiva, cfr. E. Dolcini, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, cit.
- [19] *Carceri: Salvini, sono della città di Beccaria ma riforma ordinamento è follia*, *Adnkronos*, 22 febbraio 2018.
- [20] Questo titolo è comparso su *Il Fatto Quotidiano*, 18 ottobre 2017.
- [21] Questo il titolo di un articolo pubblicato su *Libero*, 9 febbraio 2018.
- [22] Cfr. L. Barontini, [L'affidamento in prova al servizio sociale 'allargato' e mancato 'allargamento' del termine di sospensione dell'ordine di esecuzione. L'anomalia di un decreto "svuotacarceri" che impone la carcerazione](#), in questa Rivista, 5 febbraio 2016; A. Della Bella, *Emergenza carceri e sistema penale*, cit., p. 104 s.; G. Mentasti, [Disallineamenti e allineamenti forzati: ultime novità in tema di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva e affidamento in prova "allargato"](#), in questa Rivista, fasc. 10/2017, p. 321 ss.; M. Palma, *L'affidamento in prova al servizio sociale: la "terra di mezzo" tra il nuovo art. 47 co. 3-bis, ord. penit. e il vecchio art. 656, comma 5, c.p.p.*, in *Cass. pen.*, 2017, p. 2891 ss.

[23] Corte cost. 6 aprile 2018 (dep. 2 marzo 2018), n. 41.

[24] Cfr. E. Dolcini, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, cit., n. 4.

[25] Cfr. ancora E. Dolcini, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, cit., nn. 3, 5 e 6.

[26] Il dato, relativo al 1° settembre 2015, è fornito dal Rapporto Space I-2015, diffuso dal Consiglio d'Europa il 14 marzo 2017 ([clicca qui](#)). Per un commento, cfr. G. Mentasti, *Carcere e sanzioni non detentive in Europa: i Rapporti Space I e Space II 2015*, in *questa Rivista*, 25 maggio 2017.

[27] Cfr. G. Mentasti, *Carcere e sanzioni non detentive in Europa*, cit.

[28] V. ancora G. Mentasti, *Carcere e sanzioni non detentive in Europa*, cit.

NOVITÀ LEGISLATIVE – LEGGI APPROVATE

In vigore le nuove disposizioni per la protezione dei testimoni di giustizia

[Legge 11 gennaio 2018, n. 6 \(Disposizioni per la protezione dei testimoni di giustizia\)](#)

di Sandro Felicioni

1. È legge la **riforma per la protezione dei testimoni di giustizia**. Pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 30 del 6 febbraio 2018, la Legge 11 gennaio 2018, n. 6 è entrata finalmente **in vigore il 21 febbraio scorso**.

Il 21 dicembre 2017, il Senato ha approvato all'unanimità il testo legislativo licenziato dalla Camera dei deputati il 9 marzo 2017. Si tratta di una riforma salutata con il sostegno della maggioranza delle forze politiche e, senza dubbio, attesa da tempo. La nuova legge, infatti, supera le ambiguità della precedente disciplina in materia, dettata dal decreto legge n. 8 del 1991 e dalla legge n. 45 del 2001, operando, attraverso una definizione precisa e stringente, un netto *distinguo* tra la figura del “**testimone di giustizia**” e quella del “**collaboratore di giustizia**”. Una sovrapposizione da evitare e, proprio per questo, la legge in commento appresta una disciplina specifica.

Sostegno economico, reinserimento lavorativo e percorsi personalizzati, che tengano conto dei rischi e dei contesti familiari, potranno consentire a questi soggetti “vulnerabili” di continuare a vivere nei loro luoghi d'origine senza rinunciare alla propria qualità di vita.

2. La nuova disciplina si preoccupa anzitutto di definire il suo **ambito di applicazione soggettivo**, e cioè le condizioni di applicabilità delle speciali misure di protezione, attribuendo la qualità di **testimone di giustizia**, ai sensi dell'**art. 2**, a chi presenti, cumulativamente, i seguenti requisiti:

- a) **renda**, nell'ambito di un procedimento penale, **dichiarazioni** di fondata attendibilità, che siano rilevanti ai fini delle indagini ovvero per il giudizio;
- b) rivesta, rispetto al fatto delittuoso oggetto delle proprie dichiarazioni, la qualità di **persona offesa dal reato** ovvero di **persona informata sui fatti** oppure di **testimone**;
- c) **non abbia riportato condanne** per delitti non colposi connessi a quelli per cui si procede e **non abbia rivolto a propria utilità** l'essersi relazionato con l'ambiente criminoso su cui rende dichiarazioni;
- d) **non sia stato sottoposto a misura di prevenzione**, oppure ad un procedimento in corso per l'applicazione della stessa, **ai sensi del D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice antimafia)**, da cui si desumano la persistente attualità della sua pericolosità sociale e la ragionevole probabilità che possa commettere delitti di grave allarme sociale;
- e) si trovi **in una situazione di grave, concreto e attuale pericolo**, rispetto alla quale risulti l'assoluta inadeguatezza delle normali misure di tutela adottabili direttamente dalle autorità di pubblica sicurezza.

Si badi poi che, in forza del disposto del **comma 2 dell'art. 1**, destinatari delle speciali misure di protezione previste per i testimoni di giustizia, sono altresì quei soggetti che risultino esposti ad

un *“grave, attuale e concreto pericolo a causa del rapporto di stabile convivenza o delle relazioni intrattenute con i testimoni di giustizia”*, denominati dalla presente legge *“altri soggetti”*.

Merita infine particolare attenzione la specificazione secondo cui l'attribuzione dello *status* di testimone di giustizia non è esclusa da comportamenti del soggetto derivanti dall'assoggettamento verso i singoli ovvero verso le associazioni criminali oggetto delle dichiarazioni. Né, soprattutto, è opportuno evidenziare, andrà negata la qualifica *de qua* al soggetto che vanti rapporti di parentela, affinità o coniugio con indagati o imputati per il delitto per cui si procede o per delitti ad esso connessi.

3. La protezione di tali soggetti si articola in **misure di tutela** (art. 5), di **sostegno economico** (art. 6) e di **reinserimento sociale e lavorativo** (art. 7).

Più in particolare, le misure di vigilanza e sicurezza sono previste dall'**art. 5**, e includono – tra l'altro – misure di vigilanza e protezione, la predisposizione di sistemi di sicurezza nelle abitazioni, il trasferimento in luoghi protetti, e l'utilizzazione di documenti di copertura. Sul fronte della tutela economica, invece, in forza del disposto dell'**art. 6**, al testimone deve essere comunque **assicurata** una *“condizione economica equivalente a quella preesistente”*. Oltre al rimborso delle spese sanitarie e del mancato guadagno, sono altresì riconosciuti l'assistenza legale, il rimborso per spese occasionali dovute alla protezione e un indennizzo forfettario per i danni psicologici e biologici subiti. Qualora, però, il soggetto si veda costretto a cambiare domicilio ovvero a trasferirsi in località protetta, è garantito un alloggio e, se il trasferimento è definitivo, l'acquisto da parte dello Stato dell'immobile o degli immobili di proprietà del testimone di giustizia e degli altri protetti, dietro corresponsione dell'equivalente in denaro al valore di mercato, nel caso in cui la vendita nel libero mercato non sia risultata possibile. Sul fronte del reinserimento sociale e lavorativo, ai sensi dell'**art. 7**, il testimone ha diritto a conservare il posto di lavoro o, per esigenze di sicurezza, a trasferirsi presso altre sedi.

Sono previste poi forme di sostegno all'impresa con strumenti che si coordinano con quelli già previsti dal codice Antimafia (sulla cui recentissima riforma si veda S. Finocchiaro, [La riforma del codice antimafia \(e non solo\): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte](#), in questa Rivista, fasc. 10/2017, p. 251 ss.), e l'eventuale assegnazione di beni confiscati alle mafie, mutui agevolati e l'accesso a programmi di assunzione presso la pubblica amministrazione con chiamata nominativa, volti appunto al reinserimento del soggetto nella vita economica e sociale.

Per quanto concerne la scelta di quale misura applicare nel singolo caso concreto, l'**art. 4** pone dei **criteri di selezione**, prescrivendo che devono essere prese in considerazione, **caso per caso**, *“la situazione di pericolo e la condizione personale, familiare, sociale ed economica dei testimoni di giustizia e degli altri protetti”*. Ad ogni modo, tali misure non possono mai comportare, se non in via eccezionale e temporanea per esigenze di incolumità personale, *“alcuna perdita né limitazione dei diritti goduti”*. Inoltre, la personalizzazione delle misure di protezione deve sempre privilegiare e garantire la permanenza nella località di origine e dell'attività svolta da parte dal testimone. Trasferimento in una località protetta, uso di documenti di copertura ovvero cambio d'identità diventano ipotesi derogatorie e straordinarie, adottate solo laddove le altre forme di tutela risultano assolutamente inadeguate.

4. Ai sensi dell'**art. 8**, la durata massima delle misure in parola è pari a **sei anni** e può essere prorogata soltanto su motivata richiesta dell'autorità che le ha proposte. Il termine è fissato dalla Commissione centrale presso il Ministero dell'Interno, a cui spetta poi il compito di verificare periodicamente, per tutto il periodo di applicazione, attualità e gravità del pericolo e idoneità delle misure adottate.

5. Da segnalare, inoltre, l'introduzione, operata dall'**art. 16**, della figura del "**referente del testimone di giustizia**" e dei c.d. altri protetti, una sorta di *tutor* specializzato che dovrà mantenere rapporti costanti e diretti con tali soggetti per tutta la durata applicativa delle misure speciali, con compiti assistenziali e collaborativi anche per la corretta esecuzione delle stesse. Importante poi il suo ruolo di *trait-d'union* nei rapporti con le istituzioni, in particolare con la già citata Commissione centrale. Si noti soprattutto che, ai sensi del **comma 4**, l'assistenza del referente si protrae non solo per tutta la durata del programma di protezione, ma anche "*finché il testimone di giustizia e gli altri protetti riacquistano la propria autonomia economica*".

6. La riforma interviene altresì con alcune novelle sul codice di rito, prevedendo l'utilizzo sia dell'**incidente probatorio** che della **videoconferenza** per l'esame dei testimoni di giustizia, al fine di evitare una loro eccessiva esposizione.

In particolare, l'**art. 21** introduce alla **lettera d) del comma 1 dell'art. 392 c.p.p.**, contenente l'elencazione dei casi in cui può essere disposto dall'autorità giudiziaria l'incidente probatorio, e cioè l'acquisizione probatoria anticipata alla fase delle indagini preliminari, la specifica ipotesi dell'esame dei testimoni di giustizia.

L'**art. 24 modifica**, invece, l'**art. 147-bis disp. att. c.p.p.** (*Esame degli operatori sotto copertura, delle persone che collaborano con la giustizia e degli imputati di reato connesso*) attraverso l'introduzione della **lettera a-bis**, in forza della quale, sempre salvo che il giudice ritenga assolutamente necessaria la presenza della persona da esaminare in aula, l'esame dibattimentale ovvero altro atto istruttorio disposto nei confronti dei testimoni di giustizia si svolge a distanza, mediante collegamento audiovisivo con l'aula di udienza. Si ricordi, solo incidentalmente, che, sempre ai sensi del sopracitato art. 147-bis disp. att. c.p.p., l'esame a distanza può essere disposto anche per i collaboratori di giustizia, onde evitare, in questo caso, che le continue traduzioni in udienza possano esporli a pericolo per la loro incolumità.

7. Per quanto concerne le ricadute sul codice penale, l'**art. 22** introduce una specifica **circostanza aggravante ad effetto speciale del delitto di calunnia (art. 368 c.p.)**. La pena è, infatti, aumentata da un terzo alla metà qualora il soggetto abbia commesso il fatto di reato allo scopo di usufruire o di continuare ad usufruire delle speciali misure di protezione. Se, poi, attraverso la falsa incolpazione egli è riuscito ad ottenere uno dei benefici previste dalla presente legge, l'aumento di pena è dalla metà ai due terzi.

8. Infine, per quanto riguarda il coordinamento con la precedente disciplina, l'**art. 20** prevede l'**abrogazione del Capo II-bis del Decreto Legge 15 gennaio 1991, n. 8**, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 marzo 1991, n. 82 e successivamente modificato dalla legge 13 febbraio 2001 n. 45, dedicato appunto alle norme per la protezione dei testimoni di giustizia.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

Ne bis in idem e reati tributari: la Consulta restituisce gli atti al giudice *a quo* perché tenga conto del mutamento giurisprudenziale intervenuto con la sentenza A. e B. c. Norvegia

C. Cost., sent. 24 gennaio 2018, n. 43, Pres. Red. Lattanzi

di Alessandra Galluccio

1. Con la sentenza che qui si segnala, la Corte costituzionale ha deciso **nel senso della restituzione degli atti al giudice rimettente per nuovo esame dello *jus superveniens* europeo** la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. – per contrasto con l'art. 117 c. 1 Cost., in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU, nell'interpretazione fornita dalla Corte di Strasburgo – «nella parte in cui **non prevede** l'applicabilità della disciplina del **divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dei relativi protocolli**».

Anticipiamo subito che la **ragione a fondamento della restituzione degli atti al giudice *a quo*** – per consentire a quest'ultimo una nuova valutazione circa la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale – è la **soppravvenienza non di un *novum* legislativo o giurisprudenziale interno, bensì di una sentenza della Corte Edu, la Grande camera nel caso A e B c. Norvegia**.

2. Prima di procedere ad un'analisi più dettagliata della pronuncia in oggetto, conviene **riepilogare brevemente** – rinviando per ogni approfondimento all'ordinanza di rimessione, già pubblicata su *questa Rivista*, 5 dicembre 2016, con commento di S. Confalonieri, [Ne bis in idem e reati tributari: il Tribunale di Monza solleva eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. Quale possibile destino della questione pendente dopo la pronuncia A. e B. c. Norvegia?](#) – i **fatti oggetto del giudizio** pendente di fronte al giudice *a quo* e l'iter argomentativo da quest'ultimo seguito nel sollevare questione di legittimità costituzionale.

Un riepilogo, questo, che riveste una funzione ulteriore rispetto a quella, consueta, di agevolare la lettura: la Consulta ha, infatti, manifestato *apertis verbis* il suo apprezzamento per l'opera di ricostruzione della giurisprudenza sovranazionale in materia operata dal Tribunale di Monza, così come per le conclusioni cui il giudice è pervenuto (§ 5). **Conclusioni, tuttavia, da ritenersi ormai superate** proprio dall'ulteriore evoluzione della giurisprudenza della Corte Edu rappresentata da A. e B. c. Norvegia.

Veniamo, dunque, a noi. Di fronte al giudice *a quo* sta un imputato per il delitto previsto e punito (con la reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni) dall'art. 5, c. 1 d.lgs. 74/2000, che ha – in concreto – **omesso le dichiarazioni IRPEF e IVA**, al fine di evadere le relative imposte, per una somma **superiore alla soglia di punibilità**. Com'è noto, la medesima omissione costituisce illecito tributario, ed è **sanzionata in via amministrativa** ai sensi degli artt. 1, c. 1 e 5, c. 1 d.lgs. 471/1997 (con una sanzione pari al centoventi per cento delle imposte evase).

Il procedimento amministrativo, come sovente avviene, è stato più spedito di quello penale e al soggetto sono già state irrogate – in via definitiva – le sanzioni amministrative previste dalla legge. Il giudice *a quo*, allora, presso il quale il giudizio penale tuttora pende – assumendo, per le ragioni che vedremo, che anche la sola prosecuzione del procedimento costituisca una violazione del *ne bis in idem* convenzionale e ritenendo di essere privo di uno strumento processuale che gli consenta di mettere fine al processo – solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., per contrasto con la (allora) costante applicazione dell'art. 4, Prot. 7 CEDU da parte della Corte di Strasburgo e, mediamente, con l'art. 117 c. 1 della Costituzione.

3. Le premesse dalle quali muove il giudice rimettente – entrambe ricavate da un'attenta analisi della giurisprudenza convenzionale precedente la pronuncia *A. e B.* – sono, essenzialmente, due. In primo luogo, la **prevalenza dei criteri di qualificazione 'sostanziale' della sanzione inflitta**, al metro dell'art. 7 Cedu e degli ormai arcinoti criteri della sentenza *Engel e a. c. Paesi Bassi*, a dispetto dell'etichetta (sanzione amministrativa, illecito tributario) prescelta dal legislatore nazionale. Da questo punto di vista – osserva il giudice *a quo* – non può dubitarsi che anche la sanzione prevista dagli artt. 1, c. 1 e 5, c. 1 d.lgs. 471/1997 (esattamente come quella di cui all'art. 5 c.1 d.lgs. 74/2000) abbia natura sostanzialmente penale. Si tratta – argomenta il giudice – di imporre all'evasore fiscale il pagamento di una somma che non è pari all'imposta evasa, ma che comprende un *quid pluris* avente natura deterrente e retributiva (e non meramente, dunque, ripristinatoria/risarcitoria). In questo senso si è, del resto, più volte pronunciata la Corte Edu, chiamata a giudicare la 'vera natura' di analoghe 'sovrattasse' previste dalle legislazioni di altri stati membri (si vedano, ad esempio, *Nykänen c. Finlandia* [1] e *Lucky Dev c. Svezia* [2]).

In secondo luogo, la **nozione di *idem factum* convenzionale**, pacificamente riferita alla concreta condotta messa in atto dal soggetto agente e non – come spesso afferma la Corte di Cassazione – alla sua qualificazione giudica [3]. In una concreta vicenda nella quale, tra l'altro, l'imputato, titolare di una ditta individuale, era il medesimo soggetto fisico, oltretutto giuridico. Un caso, insomma, in cui il fatto storico in sé considerato, alla base di entrambi i procedimenti, è inequivocabilmente – osserva il giudice – il medesimo.

4. Dalle due premesse appena esaminate – la natura sostanzialmente penale di entrambe le sanzioni al metro dell'art. 7 Cedu; e l'identità (alla stregua dei criteri dettati dalla Convenzione) dei fatti oggetto dei distinti procedimenti – **derivano, a giudizio del Tribunale di Monza, altrettante conclusioni.**

5. La prima, e più importante, – rispecchiante l'assetto della giurisprudenza convenzionale al momento di deposito dell'ordinanza e destinata a venire sovvertita dalla successiva pronuncia *A. e B. c. Norvegia* – **ha a che fare con la stessa natura del divieto di *bis in idem* convenzionale.** Come il giudice *a quo* osserva, infatti, vi sono ottime ragioni per ritenere che *ne bis in idem* di cui all'art. 4 prot. 7 Cedu debba essere interpretato come statuento un **divieto instaurare un nuovo giudizio (o di far proseguire il giudizio già instaurato) concernente un fatto 'identico' a quello già oggetto di una pronuncia definitiva.** Insomma, nulla impedisce ai legislatori nazionali di prevedere un 'doppio binario sanzionatorio' e, dunque, di dare inizio a due procedimenti (diversamente etichettati) che comportino, entrambi, l'inflizione di una **sanzione sostanzialmente penale.** Quando però uno dei procedimenti giunge ad una pronuncia definitiva, l'altro deve necessariamente arrestarsi, pena la violazione della norma convenzionale.

Fedele a questa impostazione, il giudice *a quo* ritiene dunque di dover porre fine a un processo penale che – riguardando gli stessi fatti decisi in via definitiva da un diverso procedimento avente, anche esso, natura sostanzialmente penale – si presenta come una ingiustificabile violazione del diritto dell'imputato al *ne bis in idem*.

6. La seconda conclusione muove dall'**inesistenza**, all'interno del codice di procedura penale italiano, **di una norma che consenta al giudice di raggiungere il risultato che si propone**. Di qui la **necessità di un intervento della Consulta, diretto a manipolare il testo dell'art. 649 c.p.p.** – il cui inequivoco tenore letterale osta all'interpretazione convenzionalmente orientata – dichiarandolo incostituzionale, appunto, «*nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio nei confronti dell'imputato al quale, con riguardo agli stessi fatti, sia già stata irrogata in via definitiva, nell'ambito di un procedimento amministrativo, una sanzione sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo e dei relativi protocolli*».

7. Come più volte anticipato, tuttavia, quando la questione di legittimità costituzionale viene discussa e decisa dalla Consulta, il castello delle argomentazioni del giudice *a quo* – pur dotato di solide fondamenta – è già stato ormai profondamente scosso dalla **Grande camera di Strasburgo, nella sentenza A. e B. c. Norvegia** (in questa Rivista, 18 novembre 2016, con commento di F. Viganò, [La Grande camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio](#)). La sentenza in questione, com'è noto, **introduce un nuovo parametro** da tenere in considerazione nella valutazione circa il rispetto del divieto di cui all'art. 4, Prot. 7 Cedu: quello della «*close connection in substance and in time*» fra i diversi procedimenti concernenti l'*idem factum*.

Ferme restando le premesse da cui muoveva il giudice *a quo* – natura sostanzialmente penale di entrambe le sanzioni irrogate nei diversi procedimenti; e medesimo fatto storico, considerato nelle sue coordinate spazio-temporali – la cui perdurante rilevanza non è in discussione, **più incerte si fanno le conseguenze** di un tale stato di fatto.

Se prima, infatti, la sentenza definitiva in uno dei due procedimenti segnava, in maniera automatica e inequivocabile, il momento a partire dal quale il protrarsi del procedimento ancora pendente costituiva una violazione del ne bis in idem convenzionale, ora una tale violazione si presenta come meramente eventuale. Ed, anzi, la violazione in questione sarà da escludere quando i due procedimenti – pur procedendo separatamente e concludendosi in momenti diversi – risultino tra loro '**strettamente connessi**', sia dal punto di vista '**materiale**' che da quello '**temporale**'. La stessa Corte di Strasburgo ha individuato alcuni **criteri che il giudice può adoperare** al fine di indagare la sussistenza di una tale connessione: il fatto, ad esempio, che i diversi procedimenti perseguano finalità complementari, connesse ad esposti diversi della condotta; il grado di coordinamento probatorio fra i procedimenti e la prevedibilità della loro duplicazione; la possibilità di tenere conto della pena inflitta nel primo procedimento al momento dell'irrogazione della sanzione nel secondo di essi, al fine di prevenire eccessi sanzionatori; l'appartenenza delle sanzioni all' '*hard core*' del diritto penale (al fine di valutarne più severamente la duplicabilità).

8. Profondamente mutato è, allora, il contesto della giurisprudenza europea cui l'ordinanza di rimessione fa riferimento e cui la Corte costituzionale deve attenersi – essendo la questione unicamente formulata avendo riguardo al parametro interposto di cui all'art. 117 c. 1 – per pronunciarsi sulla questione. La Consulta deve, pertanto, soffermarsi sui mutamenti sopravvenuti nella giurisprudenza '*vivente*' di Strasburgo, apprezzandone con sensibilità le sfumature e contestualizzandone le scelte.

I giudici costituzionali affermano, in primo luogo, il **carattere di 'diritto consolidato'** (sulla base dell'insegnamento della sentenza 49/2015) **della Grande camera A. e B. c. Norvegia**, sottolineando come dall'interpretazione ivi fornita il giudice nazionale non possa discostarsi.

La Consulta sottolinea, poi, come la questione – al momento della sua formulazione da parte del giudice rimettente – dovesse considerarsi **rilevante e non manifestamente infondata**. I giudici si soffermano, in particolar modo, sull'impossibilità per il Tribunale di Monza di prevedere ed adeguatamente valorizzare, nell'*iter* motivazionale seguito, le poche sentenze di Strasburgo nelle quali il criterio della '*close connection*' aveva fatto, in precedenza, capolino. Si tratta di pronunce isolate e frequentemente disattese, riferentesi per lo più a casi in cui la seconda 'pena', seppur inflitta in separato procedimento, conseguiva automaticamente alla prima: casi, insomma, affatto diversi da quello in questione, in cui entrambe le autorità (penali e amministrative) che entrano in gioco, sono tenute ad apprezzare autonomamente i fatti oggetto del procedimento.

Per la Consulta, insomma, quello della Corte Edu è un **vero e proprio revirement**, sostanzialmente imprevedibile e tale da **mutare profondamente la natura del principio di *ne bis in idem* convenzionale**: non più «regola inderogabile conseguente alla sola presa d'atto circa la definitività del primo procedimento», ma apprezzamento subordinato alla discrezionalità giudiziaria in ordine alla presenza e alla natura del nesso che lega i due procedimenti; non più principio di natura processuale, «giacché criterio eminente per affermare o negare il legame materiale è proprio quello» di natura prettamente sostanziale «relativo all'entità della sanzione complessivamente irrogata».

«**Si è passati**» insomma **«dal divieto imposto agli Stati aderenti di configurare per lo stesso fatto illecito due procedimenti che si concludono indipendentemente l'uno dall'altro, alla facoltà di coordinare nel tempo e nell'oggetto tali procedimenti, in modo che possano reputarsi nella sostanza come preordinati a un'unica, prevedibile e non sproporzionata risposta punitiva, avuto specialmente riguardo all'entità della pena (in senso convenzionale) complessivamente irrogata»** (§ 7).

Una tale valutazione – chiosa la Consulta – non può prescindere da un **giudizio casistico** rimesso all'autorità che procede. Ad essa spetta, stante il mutamento della normativa interposta, una **nuova analisi circa la rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione** e, in particolar modo, **un'indagine sulla sussistenza**, fra i procedimenti concretamente sottoposti al suo giudizio, **di quella 'stretta connessione' che rende inoperante la garanzia di cui all'art. 4, Prot. 1 Cedu**. In presenza di una tale connessione, infatti, l'intervento manipolativo sull'art. 649 c.p.p. smetterebbe di essere rilevante nel giudizio *a quo*.

In conclusione – afferma la Corte costituzionale – per effetto della sentenza *A. e B. c. Norvegia* è ora meno probabile l'applicazione del divieto convenzionale di *bis in idem* alle ipotesi di duplicazione della sanzione per il medesimo fatto, tanto in relazione agli illeciti tributari, quanto in altri rami dell'ordinamento. Ciò nondimeno, un intervento razionalizzatore della materia del 'doppio binario sanzionatorio' da parte del legislatore resta quanto mai opportuno, per porre rimedio alle perduranti frizioni che dovessero determinarsi fra l'ordinamento nazionale e la Cedu.

9. Dalla Consulta – verrebbe da dire – è tutto. E certo di più non si potrebbe pretendere, visto il vorticoso mutamento dei paradigmi della giurisprudenza Edu, che proprio in materia di *ne bis in idem* non ha, ultimamente, brillato per chiarezza. Basti qui fare riferimento alla pronuncia immediatamente successiva ad *A. e B. c. Norvegia*: ci riferiamo a *Johannesson e a. c. Islanda* (anch'essa pubblicata in *questa Rivista*, 22 maggio 2017, con nota di F. Viganò, [Una nuova](#)

[sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari](#)), nella quale la Corte ha nuovamente riconosciuto la violazione dell'art. 4, prot. 7 Cedu, in un caso di doppio binario sanzionatorio e penale in materia tributaria.

Il nuovo criterio della 'close connection' introdotto dalla Grande camera, infatti, pecca di un'estrema, e sostanzialmente inemendabile, imprecisione: tanto più grave perché avente ad oggetto la materia dei diritti fondamentali dell'uomo.

Che un principio cardine come quello del *ne bis in idem* debba essere governato da regole così radicalmente indeterminate è apparso intollerabile, di recente, ad una voce autorevole come quella dell'Avvocato generale **M. Campos Sanchez-Bordona** che – nel presentare le sue conclusioni nelle attesissime cause (C-524/15, Menci [4], C-537/16, Garisson Real Estate SA e a. [5], C-596/16 e C-597/16, Di Puma [6] e Zecca) concernenti la **compatibilità del sistema tributario italiano con in ne bis in idem, questa volta, comunitario** – ha sottolineato come sussistono «ostacoli quasi insormontabili che i giudici nazionali dovranno affrontare per chiarire a priori, con un minimo di certezza e prevedibilità, quando sussista tale nesso» (le conclusioni sono consultabili in *questa Rivista*, 18 settembre 2017, con nota di F. Viganò, [Le conclusioni dell'Avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato](#)).

Muovendo da questa premessa, l'Avvocato generale ha, poi, esplicitamente esortato la **Corte di Giustizia europea**, che a breve dovrà pronunciarsi sulle cause citate, a **prevedere** – come effettivamente essa può fare, ai sensi dell'art. 52 § 3 CDFUE – **uno standard di tutela del diritto a non essere giudicati due volte più elevato di quello attualmente fornito dalla Corte Edu, giudicato** – proprio in ragione dell'imprecisione dei criteri forniti dopo la sentenza *A. e B.* – non sufficientemente elevato.

Concludiamo così allora, **con gli occhi puntati, questa volta, sulla Corte di Lussemburgo**, questo ennesimo capitolo di una vicenda – quella dei rapporti fra doppio binario sanzionatorio penale/amministrativo e divieto di *bis in idem* – destinata a riservarci ancora, se non qualche sorpresa, almeno qualche pagina da scrivere.

[1] In *questa Rivista*, 5 giugno 2014, con nota di M. Dova, [Ne bis in idem in materia tributaria: prove tecniche di dialogo tra legislatori e giudici nazionali e sovranazionali](#).

[2] In *questa Rivista*, 11 dicembre 2014, con nota di M. Dova, [Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile](#). Sempre in materia di doppio binario sanzionatorio si veda anche *Id.*, [Ne bis in idem e reati tributari: Nuova condanna della Finlandia e prima apertura della Cassazione](#), in *questa Rivista*, 27 marzo 2015.

[3] Il principale approdo in materia è rappresentato dalla C. Edu, Grande Camera, sent. 10 febbraio 2009, *Zolotukhin c. Russia*. Nella giurisprudenza nazionale cfr., di recente, Corte Cost., 21 maggio 2016, n. 200, in *questa Rivista*, 24 luglio 2016, con nota di S. Zirulia, [Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano \(ma il processo Eternit bis prosegue\)](#).

[4] In *questa Rivista*, 28 settembre 2015, con nota di F. Viganò, [Ne bis in idem e omesso versamento dell'TVA: la parola alla Corte di Giustizia](#).

[5] In *questa Rivista*, 17 ottobre 2016, con nota di F. Viganò, [A never-ending story? Alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato](#).

[6] In *questa Rivista*, 28 novembre 2016, con nota di F. Viganò, [Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate](#).

**Alla Consulta l'art. 576 c.p.p.: continuano le ostilità
sul fronte tra azione civile e processo penale**

[C. App. Venezia, ord. 9 gennaio 2018, Pres. Est. Citterio, Imp. Zoppas](#)

di Stefania Martelli

1. «*A parere di questa Corte, attribuire oggi al giudice penale, ed in particolare alla Corte d'appello penale, anziché al giudice civile, la cognizione delle impugnazioni della sola parte civile avverso le sentenze di proscioglimento costituisce scelta in atto manifestamente irrazionale e oggi del tutto priva di alcuna giustificazione*»: è questa, in estrema sintesi, la tesi veicolata dall'ordinanza che si segnala, con la quale la Corte d'appello di Venezia ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 576 c.p.p. nella parte in cui, per l'appunto, prevede che l'impugnazione della parte civile ai soli effetti risarcitori avverso la sentenza di proscioglimento debba essere proposta al giudice penale e non a quello civile.

Molteplici gli argomenti spesi a sostegno della posizione ivi espressa, la cui trattazione appare, per vero, sbilanciata rispetto a quella concernente le violazioni costituzionali in senso proprio (una certa sproporzione emerge, *ictu oculi*, anche solo sfogliando le pagine dell'ordinanza, composta di undici facciate, solo l'ultima delle quali dedicata alle invocate censure costituzionali della norma).

La vicenda processuale da cui trae origine il provvedimento che si discute è abbastanza ordinaria: dibattimento di primo grado, con parte civile costituita, che si conclude con un proscioglimento fondato sulle risultanze dichiarative acquisite; la parte civile propone appello, chiedendo il riconoscimento della responsabilità dell'imputato ai soli effetti civili (*ex art. 576 c.p.p.*) ritenendo erronee le valutazioni probatorie espresse in sentenza dal Tribunale di prime cure. La Corte d'appello, reputata rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale della norma processuale invocata dall'appellante, sospende il giudizio e trasmette d'ufficio gli atti alla Corte Costituzionale perché valuti la conformità alla carta costituzionale della norma poc'anzi richiamata.

2. Primo, in ordine di trattazione, il rilievo concernente i **carichi pendenti** e gli arretrati: la Corte veneziana, richiamando alcune modifiche legislative intervenute in materia processuale (in particolare la riforma del giudice unico del 1998 che determinò il passaggio dal sistema pretorile a quello del tribunale in composizione monocratica) vi rinviene una delle cause dell'aumento delle pendenze in grado di appello. A fronte di un vistoso incremento dei processi definiti in primo grado, nessun adeguamento di rito o di struttura, cioè, avrebbe coinvolto nel tempo le corti d'appello, che si sono trovate così a gestire una sopravvenienza in costante e sensibile aumento. A ciò andrebbe aggiunto il naufragio dell'idea del legislatore del 1988 per la quale i riti alternativi avrebbero drenato una consistente parte del carico di lavoro dei tribunali di primo grado, riducendo, per l'effetto, anche i passaggi alle fasi di impugnazione: la vita giudiziaria quotidiana ha consolidato tendenze di segno opposto, che hanno contribuito – sempre nell'ottica della corte territoriale autrice dell'ordinanza in commento – all'ingolfamento progressivo dei ruoli in appello.

Simile quadro sarebbe poi aggravato, in termini di (non) speditezza dei processi, dall'evoluzione della giurisprudenza di legittimità, seguita a ruota dal legislatore (con la recentissima l. 103/2017,

la c.d riforma Orlando), che hanno imposto la **rinnovazione della prova dichiarativa in appello** quando ciò sia funzionale a ribaltare una sentenza di proscioglimento di primo grado in una condanna in sede di gravame (vengono richiamate, all'uopo, le note sentenze della Cassazione a Sezioni Unite Dasgupta [1] e Patalano [2]).

Simili fattori, tutti di natura strutturale, restituirebbero ad oggi un contesto fattuale enormemente alterato rispetto a quello esistente al momento di entrata in vigore del “nuovo” codice di rito, ormai incompatibile con le scelte che in quel momento storico vennero trasfuse nell'art. 576 c.p.p.: *«l'attribuzione discrezionale alla corte penale anche della competenza per la domanda di impugnazione ai soli effetti civili, rispetto all'alternativa possibile dell'attribuzione al giudice civile, supera, a convinto parere di questa Corte, gli ambiti della fisiologia tecnico/politica propria delle scelte del legislatore, assumendo connotati di palese e grave irrazionalità, oltretutto priva di alcuna giustificazione, determinando anzi direttamente ulteriori significativi ed emblematici contesti di denegata tempestiva giustizia»* (così a pagina 5 dell'ordinanza veneta); si legge ancora oltre: *«il giudice penale d'appello deve scegliere se trattare un processo con reato che altrimenti si prescrive ovvero dare spazio alla trattazione della pendenza ormai di mero interesse civile [...] rinunciando alla propria essenziale funzione di giudice che definisce pendenze penali»*.

3. Tertium comparationis, a giudizio della Corte territoriale veneta, sarebbe l'art. 622 c.p.p., norma che dimostra l'esistenza attuale di un passaggio *«sistematicamente e normativamente fisiologico»* dal settore penale al settore civile quando questo abbia per residuo oggetto la sola responsabilità a fini civilistici. La *translatio iudicii* che in tal modo avverrebbe, peraltro, non eliminerebbe – ricorda la Corte rimettente – la piena utilizzabilità dell'intero materiale probatorio acquisito in sede penale né scalfirebbe l'uso degli stessi criteri di giudizio validi in sede penale, così come precisato dalla stessa Corte di Cassazione nelle sentenze citate nell'ordinanza di rimessione. Non essendovi ostacoli normativi sovranazionali ad una operazione di tal fatta, la Corte di appello di Venezia conclude per la manifesta irrazionalità della norma processuale contenuta nell'art. 576 c.p.p., ritenendola confliggente con l'**art. 3 della Costituzione sotto il profilo della ragionevolezza** (in quanto sottrarrebbe il giudice penale dello svolgimento della sua funzione tipica di vaglio della pretesa punitiva statale per applicarlo a deliberazioni di natura squisitamente risarcitoria) e con l'**art. 111 della Costituzione** rispetto alla irragionevole dilatazione che contribuirebbe a creare sui tempi di definizione dei processi penali, oltreché con il **generale principio di efficienza ed efficacia del sistema giurisdizionale**.

4. A fronte di simili doglianze, è certamente opportuno rispolverare sommariamente il senso che l'art. 576 c.p.p. riveste all'interno del nostro apparato processul-penalistico: in un sistema informato al principio della separazione e dell'autonomia dei giudizi, come è quello fuoriuscito dalla riforma del 1988, l'azione civile esercitata nel contesto del processo penale non può che rivestire carattere accessorio e subordinato rispetto all'azione penale, dovendo per ciò stesso subire tutti gli adattamenti derivanti dal suo innesto su una macchina procedimentale il cui scopo principale è quello di accertare i reati [3]. In questo quadro, le decisioni sulle questioni civili da parte del giudice penale non possono che essere indissolubilmente agganciate, proprio in chiave di accessorietà, alla condanna dell'imputato, come emerge inequivocabilmente dagli artt. 74 e 538 c.p.p. in combinato disposto con l'art. 185 c.p. Eccezione e deroga a questo asse portante è costituita proprio dall'art. 576 c.p.p. (unitamente all'art. 578 c.p.p.), il quale consente alla sola parte civile (e, dunque, in assenza di iniziativa analoga da parte del p.m.) di impugnare la sentenza di proscioglimento pronunciata all'esito del giudizio di primo grado che comprometta il suo interesse risarcitorio, anche e soprattutto tenuto conto degli effetti preclusivi della sentenza dibattimentale irrevocabile nel giudizio civile di danno, *ex art. 652 c.p.p.* L'art. 576 c.p.p., dunque,

conferisce al giudice penale il potere di decidere sulla domanda risarcitoria pur in assenza di una precedente statuizione sul punto (la norma, infatti, non a caso, nel delimitare l'oggetto di impugnazione della parte civile, parla di "capi della sentenza di condanna" e di "sentenza di proscioglimento", non essendovi, in questo secondo caso, capi civili in senso tecnico). Nel fare questa operazione, il Giudice dell'appello è chiamato a seguire un percorso di accertamento e valutazione strettamente connesso alla conformazione del reato avendo, «nei limiti del devoluto e agli effetti della devoluzione, i poteri che il giudice di primo grado avrebbe dovuto esercitare» (così, testualmente, Cass., SS. UU., 11.7.2006 – 19.7.2006, n. 25083, in C.E.D. rv. 233918). E, del resto, che il giudizio di impugnazione instaurato dalla parte civile debba seguire le regole valutative proprie del processo penale rappresenta affermazione ormai diffusa anche in giurisprudenza e fatta propria dalla stessa ordinanza qui segnalata [4].

5. È probabilmente quest'ultimo il vero anello debole nella catena argomentativa allestita all'interno dell'ordinanza di trasmissione alla Corte Costituzionale. Il giudice del gravame, infatti, pur non potendo modificare, in assenza di impugnazione da parte del p.m., la decisione penale di prime cure applicando una conseguente sanzione, è chiamato a verificare la responsabilità dell'imputato quale logico presupposto per la condanna al risarcimento ed alle restituzioni in favore della parte civile appellante. In questa operazione si annida tutta la delicatezza e la complessità del sindacato tipico dell'organo giudicante penale: è allora davvero priva di giustificazione razionale – come afferma la Corte d'appello veneziana – la designazione del giudice penale da parte dell'art. 576 c.p.p.? Si tratta, cioè, non di mera liquidazione di un danno il cui generico riconoscimento è già avvenuto in sede penale (secondo il meccanismo tipico dell'art. 539 c.p.p.), ma di verifica dell'an stesso della responsabilità, verifica che attinge alle corde più intime della responsabilità penale e che segue le regole proprie dell'accertamento penale (per quanto non seguita dalle classiche conseguenze sanzionatorie penali).

E allora, posto che si può essere più o meno d'accordo con l'opportunità e la "convenienza" della scelta discrezionalmente effettuata dal legislatore dell'88, evocare l'impegno che l'applicazione delle regole processuali penali richiede per l'accertamento della responsabilità (*in primis* rispetto alla rinnovazione dell'istruttoria) non pare poter determinare, di per sé, la manifesta irrazionalità della norma processuale oggetto di attenzione, quand'anche la stessa dovesse essere ritenuta poco performante dal punto di vista dei consequenziali carichi giudiziari (ammesso, poi, che la giustizia civile sia davvero in grado di smaltire in maniera più rapida le impugnazioni di cui si discute).

[1] Cass. SS. UU., 28.4.2016 – 6.7.2016, n. 27620, in C.E.D., rv. 267486. Si veda, sul tema, S. Tesoriero, *Luci e ombre della rinnovazione dell'istruttoria in appello per il presunto innocente*, in *Giust. pen.* 2017, f. 2, p. 65 e ss.

[2] Cass., SS. UU., 19.1.2017 – 14.4.2017, n. 18620, in C.E.D., rv. 269786. Cfr. S. Tesoriero, *Una falsa garanzia: l'obbligatoria attuazione del contraddittorio nel giudizio abbreviato di appello*, in *Cass. Pen.*, 2017, p. 3668 e ss.; L. Luparia – H. Belluta, [Ragionevole dubbio e prima condanna in appello: solo la rinnovazione ci salverà?](#), in *questa Rivista*, 8 maggio 2017; H. Belluta, [La parabola acendente dell'istruttoria in appello nell'esegesi "formante" delle Sezioni Unite](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, fasc. 3/2017, p. 151 e ss.

[3] Si veda, in questo contesto, l'interessante *excursus* svolto dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 12 del 12.1.2016.

[4] Cass., sez. IV, 18.6.2015 – 26.10.2015, n. 42995 in C.E.D. rv. 264751; Cass., sez. IV, 4.2.2016 – 1.7.2016, n. 27045, in C.E.D. rv. 267730.

**Revoca prefettizia della patente di guida per condanne in materia di stupefacenti:
la misura può essere applicata retroattivamente perché non è una sanzione penale
ma è illegittima la sua applicazione automatica**

Corte Cost., sent. 24 gennaio 2018 (dep. 9 febbraio 2018), n. 22, Pres. Lattanzi, Rel. Morelli

di Sandro Felicioni

1. Con la sentenza in commento, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 120, comma 2, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della strada), come sostituito dall'art. 3, comma 52, lettera a), della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica), nella parte in cui – con riguardo all'ipotesi di condanna per reati di cui agli artt. 73 e 74 del d.P.R. n. 309/1990 (Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza) – dispone che il prefetto «provvede» – invece che «può provvedere» – alla revoca della patente».

Con la stessa pronuncia, ha ritenuto, però, non fondata la questione di legittimità costituzionale del medesimo articolo (commi 1 e 2), sollevata, in riferimento agli artt. 11 e 117, comma 1 Cost., in relazione all'art. 7 della CEDU.

2. Giova, innanzitutto, riepilogare brevemente la vicenda che ha dato origine alla pronuncia della Corte.

Il Tribunale ordinario di Genova, in composizione collegiale, era stato chiamato a valutare un'istanza cautelare di sospensione dell'efficacia di un provvedimento di revoca della patente di guida, adottato dal Prefetto ai sensi dell'art. 120 codice della strada (di seguito cod. strada), sul presupposto che la ricorrente non risultasse più in possesso dei "requisiti morali" in seguito ad una condanna, avvenuta nel 2009, per il reato di cui all'art. 73 del t.u. in materia di stupefacenti (Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope), commesso tra il settembre e il novembre del 2007, quando la stessa versava in condizioni di tossicodipendenza e di grave disagio familiare. Allegando di aver ormai superato con successo la situazione di tossicodipendenza e che il possesso della patente di guida risultasse essenziale per ottemperare agli oneri genitoriali nei confronti dei figli minori, la ricorrente si rivolgeva al Tribunale per ottenere la disapplicazione immediata del provvedimento prefettizio, con l'ulteriore richiesta di sollevare all'uopo questione di legittimità costituzionale dell'art. 120 sopracitato.

È importante sottolineare che la possibilità per il Prefetto di adottare il provvedimento di revoca della patente di guida per il caso di condanna per reati in materia di sostanze stupefacenti è stata introdotta dal legislatore solo nel 2009, ad opera dell'art. 3, comma 52, lettera a), della legge 15 luglio 2009, n. 94 (Disposizioni in materia di sicurezza pubblica). Tale novella legislativa, infatti, inserisce nell'elenco dei soggetti che non possono conseguire la patente di guida, ovvero ai quali deve essere revocata ove ne siano già in possesso, i condannati per reati in materia di stupefacenti e, in particolare, quelli previsti dagli articoli 73 e 74 del relativo testo unico.

Investiti del ricorso avverso il provvedimento di revoca della patente di guida, i giudici genovesi decidevano di sollevare una duplice questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Consulta (sull'ordinanza di rimessione si veda già la nota di E. Zuffada, [Revoca prefettizia della](#)

[patente ex art. 120 codice della strada: una "sanzione" ragionevole?](#), in questa Rivista, fasc. 9/2017, p. 192 ss., in particolare il punto n. 4).

3. Con la **prima questione**, il giudice *a quo* denunciava la **violazione degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 7 della Convenzione europea** per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, la quale funge così da "parametro interposto".

La novella del 2009, argomenta il Tribunale genovese nell'ordinanza di rinvio, troverebbe applicazione al caso di specie, in quanto essa si applica anche a fatti di reato commessi precedentemente alla sua entrata in vigore (nel caso di specie risalenti all'anno 2007). Infatti, come si evince dal tenore letterale del novellato art. 120 comma 2, l'autorità prefettizia deve provvedere alla revoca della patente ogniqualvolta risulti a carico del soggetto una condanna per reati di cui al T.U. in materia di stupefacenti, a prescindere dal momento in cui è stato commesso effettivamente il reato (l'unica condizione posta dalla norma è che non siano trascorsi più tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza di condanna). Tuttavia, ad avviso del giudice *a quo*, riconoscere **efficacia retroattiva** alla norma in parola risulterebbe in contrasto con l'art. 7 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, sulla base della considerazione (logicamente e giuridicamente) preliminare secondo cui alla misura della revoca della patente andrebbe attribuita la natura di sanzione "sostanzialmente penale" alla luce dei c.d. "Engel criteria", elaborati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Tale misura sarebbe quindi soggetta ai principi e garanzie della *matière pénale*, tra cui, *in primis*, il divieto di applicazione retroattiva *in malam partem*, con la conseguenza immediata che l'art. 120 non potrebbe essere applicato ai reati commessi prima 2009.

4. Con la **seconda questione**, il giudice rimettente ha ritenuto l'applicazione in via automatica della revoca da parte del Prefetto (che, come noto, è un organo amministrativo monocratico), prevista dal secondo comma dell'art. 120 cod. strada, contraria ai principi di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza, che vengono qui in rilievo "*oltre che per l'incidenza sulla libertà personale e sulla libertà di circolazione [...] anche dal punto di vista della sottrazione del soggetto al giudice naturale e ad un giusto processo*", in **violazione**, rispettivamente, **degli artt. 3, 16, 25 e 111 Cost.** Osserva infatti il giudice *a quo* che, con riguardo alle medesime ipotesi di reato in materia di stupefacenti (artt. 73 e 74), l'art. 85 del T.U. prevede che spetti, invece, al giudice penale il potere discrezionale di decidere se applicare o meno, e per quale durata, la pena accessoria del «ritiro della patente», misura certamente più mite, in quanto di carattere soltanto temporaneo, comportando invece la revoca prefettizia la definitiva perdita del titolo di circolazione per il destinatario, con il conseguente onere in capo allo stesso di sostenere *ex novo* l'esame di guida (purché siano trascorsi almeno tre anni dalla sua revoca).

In sintesi, la revoca della patente di guida deve essere disposta da parte della pubblica amministrazione, citando l'ordinanza di rinvio, "*senza alcuna discrezionalità e senza alcuna valutazione della situazione personale del soggetto (...) per tutti i casi di condanna per i reati di cui agli articoli 73 e 74 del testo unico stupefacenti, laddove la normativa speciale prevede che sia il giudice penale a decidere se applicare o meno la pena accessoria del ritiro della patente. Quest'ultima meno grave misura è di applicazione facoltativa e non obbligatoria e richiede una specifica motivazione da parte del giudice penale*".

Evidente pertanto il profilo di censura: la legge, sulla base dei medesimi presupposti applicativi (intervenuta condanna per reati in materia di stupefacenti), se, da un lato, prevede la mera facoltà dell'autorità giudiziaria di inficiare il titolo di guida, dall'altro, impone a quella amministrativa il dovere di provvedere in tal senso.

5. Per quanto concerne il primo profilo di censura, la Corte costituzionale dichiara infondata la questione.

I giudici della Consulta si premurano, anzitutto, di escludere in radice la qualifica di “sanzione penale” del provvedimento prefettizio di revoca della patente di guida, **affermando che: “la revoca della patente, nei casi previsti dall’art. 120 in esame, non ha natura sanzionatoria, né costituisce conseguenza accessoria della violazione di una disposizione in tema di circolazione stradale, ma rappresenta la constatazione dell’insussistenza (sopravvenuta) dei “requisiti morali” prescritti per il conseguimento di quel titolo di abilitazione”.**

In sostanza, una volta negato che il provvedimento del Prefetto rientri nella categoria dei provvedimenti amministrativi sanzionatori, risulta assolutamente “non pertinente”, per usare le parole della Corte, il rinvio ai criteri *Engel* della Corte europea. La loro applicazione può comportare il riconoscimento della natura sostanzialmente penale a misure non formalmente tali, ma non certo l’attribuzione della natura di “sanzione” a misure che risultino sprovviste di qualsiasi funzione punitiva, retributiva ovvero dissuasiva dalla commissione di illeciti. Per questo motivo, il giudice *a quo*, nel richiamare l’art. 7 CEDU quale parametro alla luce del quale vagliare la legittimità costituzionale dell’art. 120 cod. strada, muove da un presupposto inesatto e cioè dall’assunto che la revoca della patente abbia natura “sanzionatoria”.

L’incipit del paragrafo 6.1 della sentenza in esame non lascia adito a dubbi: “*la natura di sanzione della revoca della patente, qui in esame, è però erroneamente presupposta dal rimettente*”.

Il Giudice delle Leggi procede poi ad identificare compiutamente la *ratio* della norma censurata nella “*individuazione di un perimetro di affidabilità morale del soggetto, cui è rilasciata la patente di guida*”, preoccupandosi così di enucleare le condizioni soggettive ostative al conseguimento ovvero mantenimento del titolo che abilita alla guida di autoveicoli. Ne discende, dunque, alla luce dell’*iter* argomentativo di cui sopra, che la novella legislativa del 2009 risulta legittimamente applicabile anche in relazione a condanne per reati in materia di stupefacenti commessi prima della sua entrata in vigore, purché le relative sentenze siano intervenute dopo tale data.

6. Per quanto concerne il secondo profilo di censura, relativo all’automatismo del provvedimento di revoca, che preclude alla autorità amministrativa di valutare in concreto il fatto di reato commesso e la personalità del soggetto condannato, la Corte accoglie la questione, riconoscendo la violazione dei principi di eguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza di cui all’art. 3 della Carta costituzionale (nella quale restano assorbite le altre censure).

Il primo profilo di irragionevolezza della norma censurata risiede – ad avviso della Corte costituzionale – nel fatto che l’applicazione automatica della revoca della patente di guida prescinde da qualsiasi valutazione delle circostanze del caso concreto e, soprattutto, dall’eventuale distanza temporale del provvedimento del Prefetto rispetto ai fatti ai quali si riferisce la sentenza di condanna per i reati in tema di stupefacenti: “*la disposizione denunciata – sul presupposto di una indifferenziata valutazione di sopravvenienza di una condizione ostativa al mantenimento del titolo di abilitazione alla guida – ricollega, infatti, in via automatica, il medesimo effetto, la revoca di quel titolo, ad una varietà di fattispecie, non sussumibili in termini di omogeneità, atteso che la condanna, cui la norma fa riferimento, può riguardare reati di diversa, se non addirittura di lieve, entità. Reati che, per di più, possono (come nella specie) essere assai risalenti nel tempo, rispetto alla data di definizione del giudizio. Il che dovrebbe escluderne l’attitudine a fondare, nei confronti del condannato, dopo un tale intervallo temporale, un giudizio, di assenza dei requisiti soggettivi per il mantenimento del titolo di abilitazione alla guida*”.

Il secondo profilo di contrasto con l’art. 3 Cost., come già evidenziato dal Tribunale di Genova, deriva secondo il Giudice delle leggi dal raffronto con l’art. 85 del t.u. stupefacenti, in forza del quale il giudice penale che pronuncia sentenza di condanna per i reati in questione “*può disporre*”



3/2018

la parallela misura del “ritiro” della patente di guida. L’accoglimento di tale censura, però, non si basa sul fatto che, a seguito dell’intervenuta condanna, il Prefetto debba disporre la revoca anche ove il giudice penale decida di non irrogare la sanzione penale accessoria del ritiro della patente (attesa, sia permesso di aggiungere, l’accertata natura non sanzionatoria del provvedimento prefettizio), bensì sulla constatazione che, a fronte dello stesso presupposto (condanne per i reati in tema di stupefacenti, il fatto-reato è lo stesso) e delle affinità, sul piano pratico, delle due diverse misure (incidendo entrambe negativamente sulla titolarità della patente) *“mentre il giudice penale ha la “facoltà” di disporre, ove lo ritenga opportuno, il ritiro della patente, il prefetto ha invece il “dovere” di disporre la revoca”*.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – SEZIONI UNITE

L'art. 590-sexies c.p. nelle motivazioni delle Sezioni Unite: un'interpretazione
"costituzionalmente conforme" dell'imperizia medica (ancora) punibile

Cass., SSUU, sent. 21 dicembre 2017 (dep. 22 febbraio 2018), n. 8770,
Pres. Canzio, Rel. Vessichelli, Ric. Mariotti

di Cristiano Cupelli

1. A due mesi dall'udienza, le **Sezioni unite** depositano le **motivazioni** della sentenza che ambisce a fare chiarezza, anche sotto il **profilo intertemporale**, sul perimetro applicativo del nuovo **art. 590-sexies c.p.** introdotto dalla **legge Gelli-Bianco** (l. 8 marzo 2017, n. 24). L'attesa non è andata delusa; si tratta infatti di una pronuncia densa, ricca di spunti e di suggestioni che, sul piano dogmatico, continueranno ad alimentare il dibattito sul 'terreno minato' della responsabilità colposa in ambito sanitario.

L'intervento *in alto loco*, come si ricorderà (e come era stato agevolmente preventivato sin dai primi commenti), si era reso necessario per la **non felice formulazione della norma**, che aveva dato spazio a interpretazioni difformi e a un significativo contrasto in seno alla stessa **Cassazione** [1]. Poco dopo la **sentenza Tarabori** del **giugno 2017** [2], infatti, la medesima **Quarta Sezione**, in una diversa composizione, aveva completamente ignorato il precedente, sposando, nella **sentenza Cavazza** del successivo mese di **ottobre** [3], una ricostruzione radicalmente difforme della nuova causa di non punibilità, portando allo scoperto differenze di vedute e dubbi interpretativi tali da disorientare tanto i giudici quanto gli operatori sanitari.

2. Prima di analizzare la soluzione individuata dalle Sezioni unite (anticipata da una dettagliata notizia di decisione [4]), è necessario richiamare i termini essenziali del **problematico rapporto tra le due pronunce della Quarta Sezione**, evidenziando - attraverso un compendio, in chiave sinottica, dei passi più significativi - le principali divergenze, emerse in particolare con riferimento alla **punibilità (o meno) del c.d. errore esecutivo** e ai **possibili dubbi di legittimità costituzionale di un'interpretazione letterale** della norma.

2.1. La **prima sentenza** (Tarabori), rilevando nell'art. 590-sexies c.p. tratti di "ovvietà" accompagnati da una "incompatibilità logica", ha preso le mosse proprio **dall'interpretazione letterale della norma**; questa porterebbe a escludere la punibilità *"anche nei confronti del sanitario che, pur avendo cagionato un evento lesivo a causa di comportamento rimproverabile per imperizia, in qualche momento della relazione terapeutica abbia comunque fatto applicazione di direttive qualificate; pure quando esse siano estranee al momento topico in cui l'imperizia lesiva si sia realizzata"*. L'**esempio** proposto è quello di un chirurgo che "imposta ed esegue l'atto di asportazione di una neoplasia addominale nel rispetto delle linee guida e, tuttavia, nel momento esecutivo, per un errore tanto enorme quanto drammatico, invece di recidere il peduncolo della neoformazione, taglia un'arteria con effetto letale" (§ 7).

Tale impostazione è stata tuttavia **respinta**, in ragione del **vulnus al diritto alla salute** che, "implicando un radicale esonero da responsabilità", ne sarebbe derivato (anche sul versante

civilistico, per le ricadute in termini di quantificazione del danno; § 7.4), del contrasto con taluni **principi che governano la responsabilità penale**, a partire da quello di colpevolezza (§ 7.1) e degli altri **dubbi di legittimità costituzionale** che ne sarebbero scaturiti (stabilendo un regime normativo “irrazionalmente diverso rispetto a quello di altre professioni altrettanto rischiose e difficili”; § 7.3).

Si è così prospettata una **lettura alternativa**, che - partendo dalle *coordinate normative* (in particolare dall’art. 5) e dalle *finalità della legge* (soprattutto in tema di linee guida) - **riconosce al medico**, tenuto ad attenersi alle raccomandazioni (sia pure con gli adattamenti propri di ciascuna fattispecie concreta), la sola **“pretesa a vedere giudicato il proprio comportamento alla stregua delle medesime direttive impostegli”**, sulla base di “un inedito inquadramento precettivo, focalizzato sulle modalità di svolgimento dell’attività sanitaria e di accertamento della colpa”, che offre al giudice “precise indicazioni in ordine all’esercizio del giudizio di responsabilità” (§ 7.5).

Ai fini del nuovo art. 590-*sexies*, dunque, occorre riferirsi a **eventi che costituiscono espressione di condotte governate da linee guida accreditate** sulla base di quanto stabilito all’art. 5 e **appropriate rispetto al caso concreto**, in assenza di plausibili ragioni che suggeriscano di discostarsene radicalmente (§ 8.1.), da una parte; le **raccomandazioni generali** dovranno essere **“pertinenti alla fattispecie concreta”**, previo **vaglio di adeguatezza**, e cioè della loro corretta attualizzazione nello sviluppo della relazione terapeutica, con particolare riguardo alle contingenze del caso concreto, dall’altra.

Entro queste coordinate, secondo i giudici, l’agente avrà diritto **“a vedere giudicata la propria condotta alla stregua delle medesime linee guida che hanno doverosamente governato la sua azione”** (§ 8.2). Questa prospettiva, tesa a valorizzare il momento soggettivo a discapito di qualsivoglia automatismo, **sminuisce il riferimento testuale all’osservanza delle linee guida quale “causa di esclusione della punibilità”, non assumendo rilievo - ai fini della non punibilità** - quelle condotte mediche che, “sebbene poste in essere nell’ambito di relazione terapeutica governata da linee guida pertinenti ed appropriate, non risultino per nulla disciplinate in quel contesto regolativo” (§ 8.3), come appunto i casi conclamati di errore (per imperizia) nell’esecuzione delle (corrette) direttive.

Nell’affrontare il rapporto tra vecchia e nuova disciplina, **rispetto ai fatti commessi prima dell’entrata in vigore della legge n. 24 del 2017**, si reputa che, da un raffronto strutturale, la **legge Balduzzi**, nell’elaborazione maturata nei pochi anni di vigenza, si presenti in termini di **maggiore favore** rispetto al nuovo articolo 590-*sexies* c.p., **quantomeno riguardo alla limitazione di responsabilità ai soli casi di colpa grave**, di talché, ove pertinente, essa troverà ancora applicazione, *ex art. 2, c.p.*, rispetto ai fatti anteriori, quale norma più favorevole (§ 11).

Vi è poi una chiosa finale in cui, nella sentenza, si torna ad invocare il recupero e la valorizzazione, in chiave penalistica, dell’**art. 2236 c.c.**, quale **regola di esperienza** cui attenersi nel valutare l’addebito di imperizia, in peculiari contesti e “situazioni tecnico-scientifiche nuove, complesse o influenzate e rese più difficoltose dall’urgenza”, che “implicano un diverso e più favorevole metro di valutazione” (§ 11.1).

2.2. Diversamente, la **seconda sentenza** (Cavazza) – che muove da un’ipotesi di colpa per imperizia nella concreta esecuzione di un intervento - individua proprio nell’*imperita applicazione* (*rectius*: nell’*imperita fase “esecutiva” dell’applicazione*) di **linee guida adeguate e pertinenti** il terreno d’elezione della causa oggettiva di non punibilità dell’art. 590-*sexies* c.p., lasciando residuare il caso di **attuazione di linee guida inadeguate** alle specificità del caso concreto quale unica ipotesi di permanente rilevanza penale dell’imperizia sanitaria (*imperizia in eligendo*).

Si giunge a tale esito passando per una selezionata disamina di punti fermi e criticità della nuova disciplina, che porta a prospettare un'interpretazione improntata alla **massima valorizzazione della lettera e delle finalità della legge**, in base alla quale **si esclude** che possa ancora attribuirsi alla **colpa grave** “un differente rilievo rispetto alla colpa lieve, essendo entrambe ricomprese nell'ambito di operatività della causa di non punibilità”, ribadendosi che “con il *novum* normativo si è **esplicitamente inteso favorire la posizione del medico**, riducendo gli spazi per la sua possibile responsabilità penale, ferma restando la responsabilità civile” (§ 7).

Proprio a quest'ultimo scopo, il legislatore avrebbe introdotto una “**causa di esclusione della punibilità per la sola imperizia**, la cui operatività è subordinata alla condizione che dall'esercente la professione sanitaria siano state rispettate le raccomandazioni previste dalle linee guida come definite e pubblicate ai sensi di legge, ovvero, in mancanza di queste, le buone pratiche clinico assistenziali, e che dette raccomandazioni risultino adeguate alla specificità del caso concreto”. Si profila, in sostanza, una **causa di non punibilità che assume tratti oggettivi**, collocata al di fuori dell'area di operatività del principio di colpevolezza (§ 7).

Da ciò se ne ricava che: a) “l'unica ipotesi di permanente rilevanza penale dell'**imperizia** sanitaria può essere individuata nell'asseveramento di linee guida che siano inadeguate alla peculiarità del caso concreto” (§ 7); b) **non sarà punibile** il medico “che seguendo linee guida adeguate e pertinenti pur tuttavia sia incorso in una ‘**imperita**’ **applicazione** di queste” (§ 7); c) siffatta imperizia non punibile deve essersi verificata “**nella fase ‘esecutiva’ dell'applicazione**” e “non nel momento della scelta della linea guida, giacché in tale evenienza non ci si troverebbe in presenza della linea guida adeguata al caso di specie” (§ 7).

Quanto ai **dubbi di legittimità costituzionale** (che hanno rivestito un ruolo decisivo nella prima sentenza), se da un lato vengono **solo menzionate** – ma non affrontate, in quanto irrilevanti nel caso di specie - le **perplexità sul rispetto dell'art. 3 Cost.** [5]), dall'altro **non si fa cenno** alcuno alla possibile **lesione dell'art. 32 Cost.** Anzi, ancorando la “scelta del legislatore (...) di prevedere in relazione alla colpa per imperizia nell'esercizio della professione sanitaria un trattamento diverso e più favorevole rispetto alla colpa per negligenza o per imprudenza” all'obiettivo di “non mortificare l'iniziativa del professionista con il timore di ingiuste rappresaglie” ed enfatizzando il fine di “restituire al medico una serenità operativa così da prevenire il fenomeno della cd. medicina difensiva”, si lasciano trasparire le **possibili ricadute benefiche** della nuova normativa sulla **migliore tutela della salute dei pazienti e sul rispetto dell'art. 32 Cost.**

3. Ricostruiti i passaggi motivazionali dei due provvedimenti, appaiono evidenti le **discrasie**, accentuate da un sintomatico *deficit* di comunicazione (manca, nella seconda pronuncia, qualsivoglia richiamo o menzione al precedente maturato in seno alla medesima Sezione).

Nell'obiettivo comune di dare un significato pratico intelligibile al *rebus* racchiuso nell'infelice formulazione dell'art. 590-sexies c.p., la **sentenza Cavazza** orienta la ricostruzione a una **rigida aderenza alle intenzioni del legislatore**, mentre nella **sentenza Tarabori** i giudici, probabilmente troppo condizionati dalla preoccupazione di ‘salvare’ la nuova fattispecie dai dubbi di legittimità costituzionale alimentati dall'interpretazione letterale (senza però sollevare questione di legittimità costituzionale), finiscono per prospettare una **lettura ‘alternativa’ talmente restrittiva da rendere problematica l'individuazione di un residuo margine di applicabilità del nuovo articolo**.

La poco rassicurante **alternativa** venutasi a creare è fra un'interpretazione dell'art. 590-sexies c.p. **costituzionalmente conforme ma sostanzialmente sterilizzante**, fatta propria dalla sentenza di giugno, e un'interpretazione **fedele al tenore letterale della norma e alla volontà di favore per la classe medica ma indiziata di incostituzionalità**, recepita dalla pronuncia più recente.

È proprio alla luce di ciò che il Presidente del Collegio della Quarta Sezione cui un processo per colpa medica era stato assegnato ha sollecitato, d'ufficio, l'assegnazione del ricorso alle Sezioni unite, segnalando i "dubbi interpretativi" suscitati dalla legge n. 24 e soprattutto il "significativo contrasto" insorto nella giurisprudenza della Sezione, con "le rilevanti implicazioni applicative" che ne scaturiscono e che rendono "necessario l'urgente intervento delle Sezioni unite". Richiesta prontamente assecondata dal Primo Presidente, che, "sulla base dei dati giurisprudenziali rappresentati" e ravvisata la sussistenza del contrasto e i presupposti per l'assegnazione, procedeva in tal senso, rimarcando l'esigenza di una "pronta risoluzione attraverso una decisione idonea a porre termine alla situazione di incertezza interpretativa all'interno della Quarta Sezione penale, tabellarmente competente in materia di reati colposi, e al conseguente grave disorientamento delle corti di merito e in generale degli operatori del settore penale".

4. Si giunge così al cospetto delle **Sezioni unite**, chiamate a dirimere, nell'udienza pubblica del **21 dicembre 2017**, prima ancora del problema intertemporale, la sua **apodosi**, e cioè il **marginale applicativo del novum**. La **questione controversa** devoluta è stata efficacemente riassunta in apertura del 'Considerato in diritto' della pronuncia in esame nei seguenti termini: *"quale sia, in tema di responsabilità colposa dell'esercente la professione sanitaria per morte o lesioni, l'ambito applicativo della previsione di "non punibilità" prevista dall'art. 590-sexies c. p., introdotta dalla L. 8 marzo 2017, n. 24" (§ 1).*

La sentenza, acuta nell'analisi e apprezzabile nella ricerca di una soluzione di compromesso, non manca, come tutte le decisioni 'di rilievo', di suscitare qualche riserva.

4.1. Andando con ordine, nelle motivazioni, dopo avere attentamente ricostruito dapprima i risvolti processuali e quindi evoluzione e problematiche della colpa medica, si procede a un primo tentativo di **inquadramento 'sistematico'** del nuovo art. 590-sexies c.p., alla luce dei **referenti normativi** che lo precedono nella legge n. 24 (artt. 1, 3 e 5); norme, queste, "che costituiscono uno dei valori aggiunti della novella, nella ottica di una migliore delineazione della colpa medica, poiché pongono a servizio del fine principale dell'intervento legislativo - la sicurezza delle cure unitamente ad una gestione consapevole e corretta del rischio sanitario (...) - un metodo nuovo di accreditamento delle linee-guida" (§ 2).

4.2. Un passaggio significativo – che fissa **punti fermi** condivisibili (e sostanzialmente condivisi) – concerne in particolare le **linee guida**, che ambiscono ora, anche grazie agli introdotti meccanismi di razionalizzazione, accreditamento e pubblicità, "a costituire non solo, **per i sanitari**, un contributo autorevole per il miglioramento generale della qualità del servizio, essendo, tutti gli esercenti le numerose professioni sanitarie riconosciute, chiamati ad attenersi (...), ma anche, **per il giudizio penale**, indici cautelari di parametrizzazione, anteponendosi alla rilevanza delle buone pratiche clinico-assistenziali" (§. 2.3).

Non manca un opportuno richiamo alla loro **natura, finalità e cogenza**; non discostandosi "dalle condivisibili conclusioni maturate in seno alla giurisprudenza delle sezioni semplici della Cassazione", come riprese e aggiornate ("a seguito della procedura ora monitorata e governata nel suo divenire dalla apposita istituzione governativa, e quindi tendente a formare un sistema con connotati pubblicistici") dalla sentenza Tarabori (sul punto specifico, peraltro, non disattesa dalla successiva sentenza Cavazza), si conviene che esse costituiscono "un condensato delle acquisizioni scientifiche, tecnologiche e metodologiche concernenti i singoli ambiti operativi, reputate tali dopo un'accurata selezione e distillazione dei diversi contributi, senza alcuna pretesa di immobilismo e senza idoneità ad assicurare al livello di regole vincolanti" (§ 3).

Duplica il piano sul quale se ne apprezza e se ne ribadisce l'**utilità**: *i)* quale "**guida per l'operatore sanitario**, sicuramente disorientato, in precedenza, dal proliferare incontrollato delle *clinical guidelines*", posto oggi in condizione "di assumere in modo più efficiente ed

appropriato che in passato, soprattutto in relazione alle attività maggiormente rischiose, le proprie determinazioni professionali”, con gli evidenti vantaggi che ne possono scaturire “sul piano della convenienza del servizio” e su quello “della *malpractice* in generale”; ii) come “plausibile risposta alle istanze di **maggiore determinatezza** che riguardano le fattispecie colpose qui di interesse”, in virtù della loro configurazione “con un grado sempre maggiore di affidabilità e quindi di rilevanza derivante dal processo di formazione” (§ 3).

Altre **utili puntualizzazioni** portano a chiarire che:

a) attraverso di esse vengono enucleati “**parametri tendenzialmente circoscritti per sperimentare l'osservanza degli obblighi di diligenza, prudenza, perizia**”, in relazione ai quali “il medico ha la **legittima aspettativa di vedere giudicato il proprio operato**, piuttosto che in base a una norma cautelare legata alla scelta soggettiva, a volte anche estemporanea e scientificamente opinabile, del giudicante”;

b) **non è conferita loro dignità di “veri e propri precetti cautelari**, capaci di generare allo stato attuale della normativa, in caso di violazione rimproverabile, colpa specifica, data la necessaria elasticità del loro adattamento al caso concreto”, delineandosi un modello di “regole cautelari valide solo se adeguate rispetto all'obiettivo della migliore cura per lo specifico caso del paziente e implicanti, in ipotesi contraria, il dovere, da parte di tutta la catena degli operatori sanitari concretamente implicati, di discostarsene”;

c) va **esclusa qualsivoglia forma di automatismo**, non trattandosi di uno “scudo” contro ogni ipotesi di responsabilità, “essendo la loro efficacia e forza precettiva comunque dipendenti dalla dimostrata «adeguatezza» alle specificità del caso concreto (art. 5), che è anche l'apprezzamento che resta, per il sanitario, il mezzo attraverso il quale recuperare l'autonomia nell'espletare il proprio talento professionale e, per la collettività, quello per vedere dissolto il rischio di appiattimenti burocratici” (§ 3).

5. La dettagliata **ricostruzione** dei termini del **contrasto giurisprudenziale** (§ 4) porta i giudici, dopo avere ammesso che entrambe le pronunce contengono “molteplici osservazioni condivisibili”, a stigmatizzare l'**assenza di una “sintesi interpretativa complessiva capace di restituire la effettiva portata della norma in considerazione”** (§ 5). Per uscire dall'*impasse*, si rende allora necessario, ad avviso dei giudici, uno **sforzo ermeneutico ulteriore**, volto a contemperare, oltre al contributo della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, sia la “lettera della legge” che le “circostanze anche non esplicitate ma necessariamente ricomprese in una norma di cui può dirsi certa la *ratio*” (§ 5).

A tal fine, viene richiamato il canone interpretativo posto dall'**art. 12 delle preleggi**. In particolare, si enfatizza il fatto che, laddove esso prevede “la valorizzazione del significato immediato delle parole, di quello derivante dalla loro connessione nonché della intenzione del legislatore”, il **divieto** da esso ricavabile per l'interprete di “andare «**contro**» il significato delle espressioni usate”, non implichi anche quello di andare “«**oltre**» la letteralità del testo”, soprattutto allorquando l'opzione ermeneutica prescelta rappresenti “il frutto di uno sforzo che si rende necessario per giungere ad un **risultato costituzionalmente adeguato**, candidandosi così a dare luogo, in presenza di una divisione netta nella giurisprudenza delle sezioni semplici, al «**diritto vivente**» nella materia in esame” (§ 5).

Si aspira dunque a “una **interpretazione costituzionalmente conforme**”, con l'obiettivo di “individuare il significato più coerente del dato precettivo, anche scegliendo tra più possibili significati e plasmando la regola di diritto la quale deve mantenere il carattere generale ed astratto”; ciò, senza pretendere di sanare i “*deficit* di tassatività della norma, non condividendosi il sospetto che la scelta sulla portata normativa dell'art. 6 sia sospinta dalla esistenza di connotati di incertezza e di imprevedibilità delle conseguenze del precetto, le quali, se ravvisate, avrebbero

condotto alla sola possibile soluzione di sollevare, nella sede propria, il dubbio di costituzionalità" (§ 5).

6. Nell'ambizioso compito assunto, le Sezioni unite si avvalgono del consistente **dibattito** maturato in dottrina e giurisprudenza, con riguardo allo snodo critico del rapporto tra comportamento medico e fonti pre-date in relazione alle diverse forme di colpa, nella vigenza della legge Balduzzi (§ 6).

Vengono così richiamati alcuni passaggi, dati per acquisiti, utili per lo sviluppo successivo dell'analisi: a) la necessità di sindacare la **rispondenza della condotta medica al parametro delle linee-guida adeguate** (se esistenti) attraverso un **giudizio ex ante**, "alla luce cioè della situazione e dei particolari conosciuti o conoscibili dall'agente all'atto del suo intervento, altrimenti confondendosi il giudizio sulla rimproverabilità con quello sulla prova della causalità, da effettuarsi *ex post*" (§ 6.1); b) l'estrema **labilità del crinale distintivo tra negligenza e imperizia**, che mantiene la sua problematicità in ragione dell'odierna scelta legislativa di circoscrivere solo alla seconda l'operatività della nuova causa di non punibilità (§ 6.2).

7. Entrando nel dettaglio del contrasto, quanto alla **sentenza Tarabori** viene salutato con **favore** l'aver fatto emergere i "**limiti applicativi**" della causa di non punibilità di cui all'art. 590-sexies c.p.; limiti che hanno portato a escludere "qualsiasi forma di appiattimento dell'agente su linee-guida che a prima vista possono apparire confacenti al caso di specie" e ogni conseguente "ipotesi di automatismo fra applicazione in tale guisa delle linee-guida ed operatività della causa di non punibilità", eliminando così ogni sospetto di contrasto "col principio costituzionale di libertà della scienza e del suo insegnamento (art. 33 Cost.), come pure di quello dell'assoggettamento del giudice soltanto alla legge (art. 101 Cost.)" (§ 7.1).

Viene poi segnalato un **duplice errore** nel quale la stessa pronuncia incorre: non avere saputo (o voluto) rinvenire "alcun residuo spazio operativo per la causa di non punibilità", prospettando una "interpretazione abrogatrice, di fatto in collisione con il dato oggettivo della iniziativa legislativa e con la stessa intenzione innovatrice manifestata in sede parlamentare", da un lato; non avere tratto le opportune conseguenze dalla segnalata "confusione della formulazione legislativa" e dalla sua "incongruenza interna", sollevando questione di legittimità costituzionale per violazione del principio di legalità, dall'altro (§ 7.1).

Alla **sentenza Cavazza**, poi, viene riconosciuto il **merito** di avere *preso sul serio* la **lettera della legge**; un po' troppo sul serio, però, visto che, "nel valorizzarla in modo assoluto, cade nell'errore opposto perché attribuisce ad essa una **portata applicativa impropriamente lata**", che amplifica i dubbi relativi alla potenziale "violazione del divieto costituzionale di disparità ingiustificata di trattamento rispetto ad altre categorie di professionisti che parimenti operano con alti coefficienti di difficoltà tecnica" (§ 7.1).

8. Ancora due **chiarimenti**, prima di concentrarsi sui contorni applicativi della fattispecie.

Dapprima, si sottolinea come la scelta legislativa di prevedere una "**inedita causa di non punibilità** per fatti da ritenersi inquadrabili (...) nel paradigma dell'art. 589 o di quello dell'art. 590 c.p." (§ 8) appaia "**esplicita, innegabile e dogmaticamente ammissibile**", coerente con l'obiettivo di "porre un freno alla medicina difensiva e quindi meglio tutelare il valore costituzionale del diritto del cittadino alla salute" (§ 8.2). E proprio a tal fine si è ritagliato "un perimetro di comportamenti del sanitario direttamente connessi a specifiche regole di comportamento a loro volta sollecitate dalla necessità di gestione del rischio professionale" che, "**pur integrando gli estremi del reato, non richiedono, nel bilanciamento degli interessi in gioco, la sanzione penale, alle condizioni date**". A differenza di quanto accadeva con la legge

Balduzzi, non si opera oggi in senso derogatorio rispetto ai principi generali che governano la colpa penale, quanto piuttosto “sul terreno della **specificazione**, ricorrendo all'inquadramento nella non punibilità, sulla base di un bilanciamento ragionevole di interessi concorrenti” (§ 8.2). Inoltre, si ritiene che i **dubbi** sollevati in relazione alla possibile **disparità di trattamento** rispetto ad altri professionisti esposti alla gestione di non meno rilevanti rischi si riducano sensibilmente, in considerazione tanto della **non irragionevolezza di tale scelta** (anche grazie alla “delimitazione enucleata dallo stesso precetto”), coerente con l'orientamento manifestato dalla Corte costituzionale nella risalente sentenza n. 166 del 1973 e nell'ordinanza n. 295 del 2013, quanto della **riduzione della platea dei soggetti che possono avvantaggiarsene**, vista la limitazione “ai soli comportamenti che causano uno degli eventi descritti dagli artt. 589 e 590 c.p.”, e della **stretta connessione con la ratio** ispiratrice della riforma, l'esigenza cioè di arginare la medicina difensiva “e con essa il pericolo per la sicurezza delle cure” (§ 8.2).

9. Esaurite premesse e precisazioni, si affronta la **domanda di fondo: quali i margini di concreta applicabilità della nuova norma?**

Presupposto affinché l'art. 590-*sexies* c.p. possa operare è che il sanitario, pur attenendosi a linee-guida ‘qualificate’, accreditate e adeguate al caso di specie, abbia cagionato per imperizia l'evento lesivo o mortale (§ 9).

Si tratta di un presupposto del tutto **coerente** con la constatazione che “le **fasi della individuazione, selezione ed esecuzione** delle raccomandazioni contenute nelle linee-guida adeguate sono **articolate** al punto che la mancata realizzazione di un segmento del relativo percorso giustifica ed è compatibile tanto con l'affermazione che le linee-guida sono state nel loro complesso osservate, quanto con la contestuale rilevazione di un errore parziale che, nonostante ciò, si sia verificato, con valenza addirittura decisiva per la realizzazione di uno degli eventi” (§ 9). A ulteriore conferma, si invoca ancora una volta l'elaborazione giurisprudenziale maturata con riferimento alla legge Balduzzi e in particolare la **sentenza Cantore**, nella quale è attentamente scrutinato il passaggio dal corretto inquadramento del caso, accompagnato dalla selezione delle pertinenti direttive di massima, alla fase del necessario adattamento alle peculiarità della situazione concreta.

Una volta **esclusa la non punibilità** con riferimento al **momento selettivo delle linee-guida** (dato il tenore inequivoco, sul punto, della novella), l'attenzione va necessariamente focalizzata, assieme all'esigenza di enucleare opportuni temperamenti in grado di superare dubbi di compatibilità costituzionale, sulla loro **fase attuativa** (§ 9).

Si declina, a questo punto, una sorta di **decalogo per l'esercente la professione sanitaria** che, se rispettato, **innalza il livello della colpa per imperizia punibile** al verificarsi di eventi avversi (§ 9.1).

Nel dettaglio, occorre dunque che il medico sia: i) **accurato e prudente** nel seguire la evoluzione del caso sottopostogli; ii) **preparato** sulle *leges artis*; iii) **impeccabile** nelle diagnosi (anche differenziali); iv) **aggiornato** in relazione non solo alle nuove acquisizioni scientifiche ma anche allo scrutinio di esse da parte delle società e organizzazioni accreditate, dunque alle raccomandazioni ufficializzate con la nuova procedura; v) **capace** di fare scelte *ex ante* adeguate e di personalizzarle anche in relazione alle evoluzioni del quadro che gli si presentino.

In tali evenienze - nel caso in cui “tale percorso risulti correttamente seguito e, ciononostante, l'evento lesivo o mortale si sia verificato con prova della riconduzione causale al comportamento del sanitario” - il **residuo dell'atto medico** “connotato da **errore colpevole per imperizia**” **non sarà punibile**, potendosi ritenerlo **ancora attestato nel perimetro delle linee guida**, in virtù di uno **scostamento** da esse “marginale e di minima entità” (§ 9.1).

10. Subentra a questo punto l'esigenza di "circoscrivere un ambito o, se si vuole, un **grado della colpa** che, per la sua limitata entità, si renda compatibile con la attestazione che il sanitario in tal modo colpevole è tributario della esenzione dalla pena per avere rispettato, nel complesso, le raccomandazioni derivanti da linee-guida adeguate al caso di specie" (§ 9.2).

Il punto, a dire il vero, era stato anticipato dalla notizia di decisione ed è oggi supportato dai richiami ai **lavori parlamentari** (il parere espresso dalla Commissione giustizia del Senato sul disegno di legge approvato dalla Camera in prima lettura), ad altri **indici normativi** enucleati nel contesto della legge n. 24 del 2017 (gli artt. 7, 9, 12 e 16) e dal superamento (grazie all'esperienza consolidatasi nella vigenza della legge Balduzzi) delle **obiezioni 'dogmatiche'** circa l'impossibilità o l'inutilità di una diversificazione dei gradi della colpa.

Secondo le Sezioni unite, addirittura, ad onta di una "mancata evocazione esplicita da parte del legislatore del 2017", la **nozione di "colpa lieve"** sarebbe **sottesa alla norma in esame** (§ 10) o meglio "intrinseca alla formulazione del nuovo precetto, posto che la costruzione della esenzione da pena per il sanitario complessivamente rispettoso delle raccomandazioni accreditate in tanto si comprende in quanto tale rispetto non sia riuscito ad eliminare la commissione di errore colpevole non grave, eppure causativo dell'evento" (§ 10.3).

La soluzione si fonda su plurimi **argomenti**:

a) anzitutto, sulla **residua valenza, in ambito penale, dell'art. 2236 c.c.**, quale "principio di razionalità e regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia", evocato laddove il caso concreto imponga la soluzione del genere di problemi di **particolare complessità tecnica** ovvero qualora si versi in una **situazione di emergenza**; siffatta lettura attesterebbe che "l'attività del medico possa presentare connotati di elevata difficoltà per una serie imprevedibile di fattori legati alla mutevolezza del quadro da affrontare e delle risorse disponibili", di talché - col significativo avallo della Corte costituzionale e dello stesso legislatore del 2017, che ha limitato l'applicazione della causa di non punibilità alle sola imperizia - "vuoi sotto un profilo della non rimproverabilità della condotta in concreto tenuta in tali condizioni, vuoi sotto quello della mera opportunità di delimitare il campo dei comportamenti soggetti alla repressione penale, sono **richieste misurazioni e valutazioni differenziate da parte del giudice**" (§ 10.1);

b) ancora, sulla cospicua **elaborazione giurisprudenziale** che, con riferimento alla previgente disciplina, ha fissato **criteri adeguati** - e ancora oggi **attuali** - "per individuare preventivamente e, quindi, in sede giudiziaria riconoscere il grado lieve della colpa", incentrati su **parametri di misurazione della colpa "sia in senso oggettivo che soggettivo"** (estesi dunque alle specifiche condizioni dell'agente e al suo grado di specializzazione; alla problematicità o equivocità della vicenda; alla particolare difficoltà delle condizioni in cui il medico ha operato; alla difficoltà obiettiva di cogliere e collegare le informazioni cliniche; al grado di atipicità e novità della situazione; all'impellenza; alla motivazione della condotta; alla consapevolezza o meno di tenere una condotta pericolosa); in questa prospettiva, riveste un peculiare rilievo il c.d. **metodo quantitativo**, teso a valorizzare il "*quantum* dello scostamento dal comportamento che ci si sarebbe attesi come quello utile, per determinare il grado della colpa" (§ 10.2);

c) sulla drastica **riduzione della discrezionalità del giudice**, per il tramite del procedimento pubblicistico di formalizzazione delle linee-guida rilevanti (§ 10.2);

d) sulla scelta di **circoscrivere** lo spazio applicativo dell'art. 590-sexies c.p. alla sola **imperizia**, dal momento che, in caso contrario, si paleserebbero **molteplici inconvenienti**, tra i quali: d1) "immediati sospetti di illegittimità costituzionale per disparità di trattamento ingiustificata rispetto a situazioni meno gravi eppure rimaste sicuramente punibili, quali quelle connotate da colpa lieve per negligenza o imprudenza"; d2) "un evidente sbilanciamento nella tutela degli interessi sottesi"; d3) "rilevanti quanto ingiuste restrizioni nella determinazione del risarcimento del danno addebitabile all'esercente una professione sanitaria" (§ 10.2).

e) infine, sulla valorizzazione, nel raffronto tra l'originario testo della legge licenziato dalla Camera e quello poi definitivamente approvato dopo le modifiche operate dal Senato, di taluni **lavori parlamentari** (in particolare, il Parere della Commissione Giustizia del Senato e i resoconti delle discussioni della Commissione giustizia del Senato del 7, 8 e 21 giugno 2016) (§ 10.3).

11. La conclusione che se ne ricava è nel senso che, in definitiva, “la colpa dell'esercente la professione sanitaria può essere esclusa in base alla verifica dei noti canoni oggettivi e soggettivi della configurabilità del rimprovero e altresì in ragione della misura del rimprovero stesso. Ma, in quest'ultimo caso - e solo quando configurante “colpa lieve” -, le condizioni richieste sono il dimostrato corretto orientarsi nel campo delle linee-guida pertinenti in relazione al caso concreto ed il progredire nella fase della loro attuazione, ritenendo l'ordinamento di non punire gli adempimenti che si rivelino imperfetti” (§ 10.3).

In coerenza con tale soluzione, vengono quindi affermati, come prassi, i **principi di diritto** (che meglio sembrano precisare le conclusioni contenute nella Notizia di decisione), in base ai quali “l'esercente la professione sanitaria risponderà, a titolo di colpa, per morte o lesioni personali derivanti dall'esercizio di attività medico-chirurgica:

- a) se l'evento si è verificato per **colpa** (anche “lieve”) da **negligenza o imprudenza**;
- b) se l'evento si è verificato per **colpa** (anche “lieve”) da **imperizia** quando il caso concreto **non è regolato dalle raccomandazioni delle linee-guida o dalle buone pratiche clinico-assistenziali**;
- c) se l'evento si è verificato per **colpa** (anche “lieve”) da **imperizia** nella **individuazione** e nella **scelta** di linee-guida o di buone pratiche clinico-assistenziali **non adeguate** alla specificità del caso concreto;
- d) se l'evento si è verificato per **colpa “grave”** da **imperizia** nell'**esecuzione** di raccomandazioni di linee-guida o buone pratiche clinico-assistenziali adeguate, tenendo conto del **grado di rischio** da gestire e delle **speciali difficoltà** dell'atto medico” (§ 11).

In un apprezzabile sforzo di chiarificazione, vengono poi analizzati nel dettaglio i **rapporti intertemporali** tra l'art. 590-*sexies* c.p. e l'abrogato art. 3, co. 1 della legge n. 189 del 2012, al fine di individuare, *ex art. 2, co. 4 c.p.*, la legge più favorevole (§ 12).

Schematizzando, con riferimento ai fatti commessi **prima dell'entrata in vigore della nuova legge**:

- 1) rispetto alle condotte mediche connotate da **negligenza o imprudenza lieve**, andrà considerata più favorevole la **legge Balduzzi**, che in caso di osservanza di linee-guida o buone pratiche accreditate contemplava la non punibilità della colpa lieve;
- 2) rispetto alle condotte realizzate con **imperizia**, occorre **distinguere**:
 - a) se l'errore – **da imperizia lieve** – ricade sul **momento selettivo delle linee-guida**, e cioè su quello della valutazione della loro appropriatezza, ancora una volta andrà ritenuta più favorevole la **precedente normativa**, ai sensi della quale tale errore non era punibile, a differenza di quanto previsto oggi dall'art. 590-*sexies*;
 - b) se invece l'errore determinato da **imperizia lieve** si colloca nella **sola fase attuativo/esecutiva**, esso andrà esente da punibilità sia per la **nuova che per la vecchia disciplina**.

Riepilogando, la lettura offerta dalle Sezioni unite:

- a) conferma che **non è invocabile** la nuova causa di esclusione della punibilità in alcuna ipotesi colposa connotata da **negligenza o imprudenza**;
- b) reintroduce, nei casi d'**imperizia**, una **gradazione della colpa**, distinguendo casi e responsabilità, di talché:

b1) si risponderà per **imperizia sia grave sia lieve** allorquando **manchino** o siano state **individuare o scelte erroneamente** linee guida o buone pratiche (inadeguate alle specificità del caso concreto);

b2) si risponderà **solo per imperizia grave** nel caso in cui l'errore nell'**esecuzione** sia accompagnato dalla corretta scelta e dal rispetto di linee-guida o buone pratiche, adeguate al caso concreto, tenuto conto "del grado di rischio da gestire e delle specifiche difficoltà tecniche dell'atto medico".

12. Rinviamo a un più articolato commento sugli effetti della sentenza e sulla 'tenuta' della soluzione 'costituzionalmente conforme' individuata dalle Sezioni unite alla prova della prassi, si può in questa sede avanzare qualche **breve considerazione** a primissima lettura.

L'elemento centrale e qualificante della pronuncia è indubbiamente rappresentato dalla **reintroduzione, in via interpretativa, della distinzione fra gradi della colpa**. Su tale profilo occorre distinguere **due piani** di valutazione: **sostanziale** e **metodologico**.

12.1. Dal **primo punto di vista**, la soluzione prospettata, ben supportata da un'argomentazione densa e aggiornata, con perspicui riferimenti all'evoluzione della giurisprudenza e soprattutto al contributo offerto della dottrina, risente inevitabilmente - in una sovrapposizione tra profilo sostanziale e metodologico - del perseguito obiettivo di 'recuperare', in un'opera di mediazione tra posizioni contrapposte, un **marginale di operatività 'ragionevole'** all'art. 590-sexies c.p.

In questa prospettiva, si inquadra la valorizzazione di quanto sostenuto in merito alla possibile *reviviscenza* di una sorta di **gradazione mascherata – sul solo terreno dell'imperizia –**, pur a fronte della soppressione di ogni riferimento testuale; in sede di primo commento, infatti, si osservava come, con la nuova legge, si sia "ritagliato uno spazio di punibilità comunque legato a un'*imperizia grave*, con riferimento alle ipotesi di scelta inadeguata delle raccomandazioni contenute nelle linee guida accreditate in concreto applicate ovvero alla mancata individuazione delle raccomandazioni pertinenti e contenute in linee guida 'validate', riservando, di contro, il beneficio della non punibilità alle ipotesi di *imperizia non grave*, invero residuali, nelle quali l'evento si sia verificato nonostante l'osservanza delle linee guida contenenti raccomandazioni ritenute adeguate alle specificità del caso concreto" [6].

Va rimarcato come il *recuperato* grado della colpa assuma peso e significatività – e appaia addirittura funzionale - proprio nella controversa ipotesi di **errore esecutivo nel rispetto di linee guida e buone pratiche**, terreno nel quale il contrasto si era manifestato in maniera frontale: ritagliando un'**ipotesi di esclusione della colpa lieve** laddove, per l'appunto, sia riscontrabile un errore per imperizia nella fase dell'esecuzione dell'atto medico, pur al fronte dell'esistenza di linee guida, correttamente individuate e pertinenti al caso concreto, si è disinnescato il conflitto insorto, proprio su tale profilo, nella Quarta Sezione della Cassazione.

Sempre con riferimento al grado (e alla "gravità") dell'imperizia, s'innesta il richiamo alla **necessità di tenere conto "del grado di rischio da gestire e delle specifiche difficoltà tecniche dell'atto medico"**. Il passaggio in qualche modo rievoca e valorizza la chiosa conclusiva della sentenza Tarabori, nella quale si richiamava l'applicabilità, in ambito penale, dell'art. 2236 c.c., con particolare riguardo a quelle "**situazioni tecnico scientifiche nuove, complesse o influenzate e rese più difficoltose dall'urgenza**", che "implicano un diverso e più favorevole metro di valutazione"; in queste circostanze, si precisava, il principio civilistico, che assegna rilevanza solo alla colpa grave, può continuare a trovare applicazione come "**regola di esperienza cui attenersi nel valutare l'addebito di imperizia**, qualora il caso concreto imponga la soluzione di problemi di speciale difficoltà".

Come riconosciuto esplicitamente in vari passi della pronuncia in commento, tale lettura **conserva attualità** e, richiamando ancora la sentenza Tarabori, “potrà orientare il giudizio in una guisa che tenga conto delle riconosciute peculiarità delle professioni sanitarie” (§. 11.1).

Si tratta indubbiamente di un passaggio logico significativo, che dovrà essere adeguatamente sviluppato e valorizzato e che **torna a misurare la colpa medica sul ‘contesto’**, al quale va assegnato un ruolo, su un diverso piano, anche nell’interpretazione della nuova normativa. Si apre la via a considerare quelle ragioni di contesto/emergenza richiamate quale parametro di misurazione (anche) oggettiva della colpa, sul fronte della valutazione della perizia del medico nel caso oggetto di giudizio (oltre che su quello, altrettanto cruciale e collegato, del giudizio di rispondenza delle fonti pre-date alle peculiarità del caso concreto, in cui risiede il giudizio di adeguatezza delle raccomandazioni contenute nelle linee guida accreditate).

Chiosando la *‘Notizia di decisione’*, si era già evidenziata qualche perplessità – che residua ancora oggi - ‘circa l’**esclusione del ricordato innalzamento del grado di colpa punibile nel caso in cui il medico debba discostarsi da linee guida o buone pratiche “quando la specificità del caso renda necessario lo scostamento”** [7]: in siffatta ipotesi, invero, l’esistenza di fonti ‘qualificate’ dovrebbe per lo meno indiziare per una sorta di **presunzione di affidamento da parte del sanitario**, che a sua volta implicherebbe che la necessità di discostarsi appaia evidente; era questa, del resto, la *ratio* sottesa alla previsione contenuta all’art. 3, co. 1 della legge 189 del 2012, che andrà dunque considerata, sul punto, certamente più favorevole.

12.2. Se, dunque, nel complesso, la soluzione accolta dalle Sezioni unite assolve il compito di ‘riequilibrare’ le incongruenze interne della fattispecie, occorre tuttavia interrogarsi, **sul piano metodologico**, su quanto la lettura proposta – tesa a circoscrivere alle sole ipotesi di imperizia *lieve* la causa di non punibilità di cui all’art. 590-*sexies* c.p. - rientri nei canoni interpretativi *consentiti* al giudice, sia pure di legittimità e nell’ambito dell’attività nomofilattica. La riflessione muove dalla precisa scelta di non sollevare **questione di legittimità costituzionale** - invocata dal Procuratore generale e dalla difesa dell’imputato - per potenziale contrasto con gli **artt. 3, 25, 27 e 32 Cost.**, per **carezza di rilevanza nel giudizio a quo**, vertendosi, nella fattispecie in discussione, in un’ipotesi di negligenza (§ 6.2). Si è invece privilegiata la strada di un’**interpretazione costituzionalmente ‘compatibile’ del dato normativo**, in grado di temperare le (solo apparentemente antitetiche) esigenze di ricavare uno spazio applicativo della fattispecie, in conformità con la *ratio legis* e la volontà del legislatore, e di tutelare (per il tramite del *presidio penale*) il diritto alla salute costituzionalmente garantito all’art. 32, assecondando al contempo la pretesa di *tranquillità della classe medica* e l’esigenza di non lasciare impunte condotte gravemente colpose.

Si tratta di una soluzione, seppure improntata ad equilibrio, che tuttavia, a ben vedere, non chiude definitivamente la questione; non solo perché rimangono **ancora aperti alcuni rilevanti fronti problematici** [8], con i quali, inevitabilmente, la stessa giurisprudenza dovrà, prima o poi, *fare i conti* (a partire dalla preliminare questione se ci si trovi al cospetto di una condotta connotata da imperizia, imprudenza o negligenza e se il rimprovero colposo possa ritenersi grave o lieve), ma anche perché non appaiono del tutto dissipati i **dubbi di legittimità costituzionale**, dal momento che – in un futuro che è facile immaginare non troppo lontano – ben potrebbe, in altro procedimento, analoga questione di legittimità costituzionale ripresentarsi e appalesarsi, stavolta, come rilevante (oltre che non manifestamente infondata).

Allargando la prospettiva, il dubbio è se possa un’interpretazione ‘conforme a Costituzione’ **spingersi sino al punto di introdurre** nel corpo di una fattispecie dal tenore letterale inequivoco (seppure di dubbia costituzionalità) un **elemento nuovo e ulteriore** (la *distinzione tra gradi di imperizia*), **con effetti limitativi della non punibilità** (estendendo la

punibilità a condotte di imperizia grave altrimenti esenti), in luogo della strada maestra, rappresentata dal contributo razionalizzante della Corte costituzionale.

Per di più, ricordato come siffatta interpretazione rappresenti, oggi, uno strumento ermeneutico necessario (un prerequisito implicito di ammissibilità delle questioni di legittimità costituzionale), vi è da interrogarsi se il giudice possa avvalersene persino *al di là dei limiti del tenore letterale della norma*: se cioè, come nel caso di specie, sia consentito spingersi *oltre* un testo (l'art. 590-sexies c.p.), nel quale si è tradotta – seppure con formulazione tecnicamente infelice – la discutibile ma *precisa scelta* di riconoscere un trattamento di minore severità sanzionatoria alle condotte mediche connotate da imperizia, abbandonando qualsivoglia gradazione (gradazione, come ribadito a più riprese dalle stesse Sezioni unite, non più sconosciuta nel nostro ordinamento penale dopo l'intervento del 2012 e dunque superata, con la legge Gelli-Bianco, di certo non per le riserve dogmatiche che avevano accompagnato il dibattito post-Balduzzi) [9].

Dietro questi interrogativi si celano - oltre al rischio, paventato dalla dottrina costituzionalistica, di introdurre nel nostro sistema penale un **controllo diffuso di costituzionalità** [10] - non secondarie **ragioni di garanzia e certezza del diritto**; è sufficiente ricordare come una sentenza, anche delle Sezioni unite, sia sprovvista del valore vincolante ed *erga omnes* tipico del giudizio di costituzionalità, non fosse altro perché sempre passibile di successivo *overruling* (e ciò anche dopo la scelta di conferire ancor più importanza alla pronuncia delle Sezioni unite, e dunque alla stabilizzazione del precedente giurisprudenziale, realizzata con la riforma dell'art. 618 c.p.p., nella parte in cui, nel nuovo co. 1 bis, prevede l'**obbligo per la Sezione della Corte** che intenda discostarsi da un principio di diritto enunciato in precedenza dalle **Sezioni unite di rimettere la questione** a queste ultime).

In definitiva, l'unica certezza che, al momento, si può ricavare è che il legislatore del 2017 abbia – nella sostanza - mancato l'**obiettivo manifesto di garantire più certezze d'irresponsabilità**, persino arretrando rispetto alle ultime acquisizioni della giurisprudenza maturate con riguardo alla legge Balduzzi, in termini di garanzia della classe medica e conseguentemente di argine alla medicina difensiva e di effettiva e piena attuazione del diritto alla salute; la sensazione è corroborata dalle stesse Sezioni unite, che, riconoscendo la normativa previgente come **più favorevole**, hanno sancito *expressis verbis* il **fallimento della riforma**, con l'effetto che i medici, per essere 'tranquillizzati', potranno solo sperare di avere commesso i fatti *prima* dell'entrata in vigore della legge Gelli-Bianco o auspicare un ritorno del (nuovo) legislatore sul tema.

[1] Sui termini del ricordato contrasto in seno alla Quarta Sezione, si rinvia a C. Cupelli, [Cronaca di un contrasto annunciato: la legge Gelli-Bianco alle Sezioni unite](#), in questa Rivista, fasc. 11/2017, 244 ss. e ad A. Massaro, *La legge Balduzzi e la legge Gelli-Bianco sul banco di prova delle questioni di diritto intertemporale: alle Sezioni unite l'ardua sentenza*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2017, 12.

[2] Cass. pen., Sez. IV, sent. 20 aprile – 7 giugno 2017, n. 28187, in questa Rivista, fasc. 6/2017, 280 ss., con nota di C. Cupelli, [La legge Gelli-Bianco e il primo vaglio della Cassazione: linee guida sì, ma con giudizio](#) e P. Piras, [Il discreto invito della giurisprudenza a fare noi la riforma della colpa medica](#), in questa Rivista, 4 luglio 2017; in Riv. it. med. leg., 2017, 713 ss., con nota di M. Caputo, 'Promossa con riserva'. La legge Gelli-Bianco passa l'esame della Cassazione e viene 'rimandata a settembre' per i decreti attuativi; in Cass. pen., 2017, 3152 ss., con nota di C. Cupelli, *La legge Gelli-Bianco in Cassazione: un primo passo verso la concretizzazione del tipo* e in Dir. pen. proc., 2017, 1369 ss., con nota di G.M. Caletti – M.L. Mattheudakis, *La Cassazione e il grado della colpa penale del sanitario dopo la riforma "Gelli-Bianco"*.

[3] [Cass. pen., Sez. IV, sent. 19 ottobre – 31 ottobre 2017, n. 50078](#), in questa Rivista, 7 novembre 2017.

[4] Pubblicata in questa Rivista, fasc. 12/2017, p. 135 ss., con nota di C. Cupelli, [La legge Gelli-Bianco nell'interpretazione delle Sezioni Unite: torna la gradazione della colpa e si riaffaccia l'art. 2236 c.c.](#)

[5] In tale direzione, è indiziante il fatto che la Corte costituzionale, nella sentenza n. 166 del 1973 (in Giur. cost., 1973, 1795 ss.) abbia escluso una violazione del principio di eguaglianza nella possibile applicazione in

sede penale dell'art. 2236 c.c. riferendone l'operatività alla sola *perizia*, la quale "presenta contenuto e limiti circoscritti" ed evidentemente va rapportata alla *specifica* prestazione medica da svolgere, valutata oggettivamente, a prescindere cioè da elementi di difficoltà *ulteriori*, collegati al contesto.

[6] C. Cupelli, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, in *Cass. pen.*, 2017, 1773 ss.

[7] C. Cupelli, [*La legge Gelli-Bianco nell'interpretazione delle Sezioni Unite: torna la gradazione della colpa e si riaffaccia l'art. 2236 c.c.*](#), cit., 138.

[8] Per l'approfondimento di ulteriori profili problematici - dalla verifica se, nel caso concreto, sussistano linee guida *davvero* 'accreditate' sulla base dei requisiti stabiliti all'art. 5 della legge n. 24 del 2017 e se queste siano state rispettate totalmente o solo in parte, sino al reale tasso di pertinenza di tali raccomandazioni alle specificità della situazione, oltre alla delimitazione del loro eventuale livello di distacco dalle esigenze e dalla patologia del paziente -, si rinvia, per tutti, ancora a C. Cupelli, *La responsabilità penale degli operatori sanitari e le incerte novità della legge Gelli-Bianco*, cit., 1774.

[9] Senza considerare, poi, che non irresistibile appare altresì il riferimento all'art. 12 delle preleggi per delimitare gli spazi interpretativi riservati al giudice penale, omettendo al contempo un'adeguata considerazione delle specifiche limitazioni fissate per l'interpretazione delle leggi penali dal successivo art. 14 in materia di analogia; una lettura combinata delle due norme inclinerebbe ancor più verso l'inaccoglibilità, quantomeno in ambito penale, di un'interpretazione non solo *contra* ma anche *ultra legem*.

[10] Per tutti, significativamente, M. Luciani, voce *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Annali Enc. dir.*, vol. IX, Milano, 2016, 466 ss.

* * * * *

L'estinzione del reato per intervenuta prescrizione non si estende al coimputato non impugnante

[*Cass., SSUU, sent. 26 ottobre 2017 \(dep. 24 gennaio 2018\), n. 3391.*](#)
[*Pres. Canzio, Rel. Rotundo, p.m. in proc. Visconti*](#)

di Sandro Felicioni

1. *"L'effetto estensivo ex art. 587 cod. proc. pen. della declaratoria di estinzione del reato per prescrizione non opera in favore del coimputato concorrente nello stesso reato non impugnante se detta causa estintiva è maturata dopo la irrevocabilità della sentenza emessa nei confronti del medesimo"*.

Questo il **principio di diritto** affermato dalle Sezioni Unite penali della Cassazione, che risolvono un **contrasto giurisprudenziale** sulla portata dell'art. 587 del codice di rito. Esso, come noto, rubricato "Estensione dell'impugnazione", dispone al suo primo comma che: *"Nel caso di concorso di più persone in uno stesso reato, l'impugnazione proposta da uno degli imputati, purché non fondata su motivi esclusivamente personali, giova anche agli altri imputati"* (c.d. effetto estensivo *in favor rei*).

Con ordinanza del 17 maggio 2017, la quinta Sezione della Corte di cassazione **aveva, infatti, investito le Sezioni Unite** della questione di diritto relativa alla **possibilità, o meno, che, in virtù della sopracitata disposizione**, la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione **operasse** in favore del coimputato non impugnante, non soltanto qualora i relativi termini di prescrizione fossero maturati prima dell'irrevocabilità della sentenza nei confronti dello stesso, ma **anche dopo il suo passaggio in giudicato** (su tale provvedimento si veda l'ampio commento a firma di P. Rivello, [*Effetto estensivo dell'impugnazione e declaratoria di estinzione del reato per prescrizione*](#), in *questa Rivista*, 14 settembre 2017).

2. È utile preliminarmente riassumere il **caso di specie** che ha dato origine alla pronuncia delle Sezioni Unite.

Nel dicembre 2010 il **Tribunale** di Napoli aveva emesso sentenza di **condanna** nei confronti di due imputati per i reati di furto e lesioni personali commessi **in concorso** tra loro in data 20 settembre 2006. Avverso tale pronuncia proponeva appello soltanto uno degli imputati e, nel settembre del 2015, la **Corte di Appello** di Napoli pronunciava **sentenza di non doversi procedere per intervenuta prescrizione nei confronti sia dell'imputato appellante che dell'altro imputato, non appellante, nonostante la sentenza di condanna di primo grado fosse divenuta per lui nel frattempo irrevocabile**.

Il Procuratore Generale presso la predetta Corte di Appello decideva di proporre **ricorso per cassazione**, denunciando la violazione e l'erronea applicazione dell'art. 587 comma 1 del codice di rito. In particolare, il ricorrente richiamava l'orientamento prevalente della giurisprudenza di legittimità in materia di effetto estensivo dell'impugnazione in base al quale tale effetto non opererebbe se la sentenza di primo grado è diventata irrevocabile prima del decorso del termine prescrizionale.

La Quinta Sezione, rilevando l'esistenza di un **contrasto giurisprudenziale** sul punto, rimetteva il ricorso alle Sezioni Unite con l'ordinanza sopra richiamata.

3. Giova, innanzitutto, riepilogare i **due diversi orientamenti** seguiti dalla giurisprudenza di legittimità.

Secondo il **primo** orientamento, ritenuto maggioritario e fatto proprio dal Procuratore Generale ricorrente, la declaratoria di estinzione del reato *ex art. 129 c.p.p.* può essere pronunciata nei confronti del coimputato non appellante, in virtù del fenomeno estensivo dell'impugnazione, solo nel caso in cui la prescrizione sia maturata prima che la sentenza di condanna, inflitta in primo grado, diventi irrevocabile nei confronti dello stesso. Ne deriva, quindi, che laddove il giudicato si sia formato nei confronti dell'imputato non impugnante prima del verificarsi della causa estintiva, l'impugnazione del coimputato non può avere effetto sulla posizione ormai passata in giudicato. La Procura argomenta che la prescrizione, in via di principio, non può essere qualificata come una causa estintiva "comune" ai diversi coimputati poiché, in concreto, *"può prodursi o meno per effetto di una molteplicità di fattori eminentemente soggettivi influenti sul tempo del processo, che sono frutto delle diverse scelte dei coimputati (sul rito o sulle impugnazioni) o conseguenza della loro diversa situazione personale (es. la presenza della recidiva per alcuno di essi)"*.

In base ad un **secondo** orientamento, invece, la declaratoria di intervenuta prescrizione nel giudizio di secondo grado si estende al coimputato non appellante anche nel caso in cui tale causa estintiva del reato sia maturata successivamente al passaggio in giudicato della sentenza di condanna di primo grado nei suoi confronti. Tale interpretazione, avallata dal giudice d'appello e dalla Sezione remittente, muove dalla considerazione secondo cui l'unico presupposto richiesto, stando al tenore letterale dell'art. 587 comma 1 c.p.p., consisterebbe nella natura "non strettamente personale" del motivo di impugnazione della sentenza di condanna di primo grado. Ne discende, dunque, che dovrebbe ritenersi assolutamente irrilevante il momento in cui interviene la prescrizione: in ogni caso, e cioè sia che intervenga prima o dopo l'irrevocabilità della sentenza di condanna per il non appellante, il giudice deve immediatamente procedere ai sensi dell'art. 129 c.p.p.

4. Le Sezioni Unite con la pronuncia in commento **accolgono il primo** orientamento giurisprudenziale sopra menzionato.

I giudici della Suprema Corte muovono innanzitutto dalla ricognizione della **ratio dei due istituti rilevanti**, la prescrizione e il c.d. effetto estensivo delle impugnazioni, delineandone i rispettivi tratti peculiari.

La **ratio** della **prescrizione** va individuata – si legge nella sentenza – nella *“esigenza politica di sopraspedere all’irrogazione di sanzioni penali dopo un determinato (non breve) lasso di tempo trascorso dalla commissione del reato”*. In particolare, l’estinzione del reato deve considerarsi avvenuta se prima dello spirare del termine prescrizionale non intervenga una sentenza di condanna irrevocabile. L’*an* e il *quando* della prescrizione risente quindi, inevitabilmente, delle scelte e strategie processuali compiute dall’imputato nel corso del giudizio, che vanno *“dalla totale inerzia (con eventuale rinuncia alla prescrizione) al dinamismo processuale diretto a prolungare i tempi del processo”*, com’è, appunto, la proposizione di una impugnazione.

Per quanto riguarda, invece, l’**effetto estensivo**, secondo la Suprema Corte, la **ratio** dell’art. 587 comma 1 è quella di evitare il contrasto tra giudicati e quindi disarmonie di trattamento tra soggetti che si trovano nella stessa posizione, sia dal punto di vista sostanziale che processuale. In altre parole, in presenza di situazioni comuni ed ugualmente incidenti su più imputati, l’ordinamento esige siano risolte in maniera conforme per ragioni di giustizia sostanziale e di uniforme applicazione delle regole processuali. Ne discende che l’estensione dell’impugnazione è idonea a travolgere il giudicato in favore del non impugnante, quando il gravame proposto dal coimputato venga accolto per motivi non esclusivamente personali. Tuttavia, tale finalità non può impedire che la sentenza relativa all’imputato non impugnante diventi irrevocabile, con il passaggio in giudicato della stessa: *“rimane ferma l’esecutorietà delle statuizioni ivi contenute e non può sospendersi il relativo procedimento esecutivo nell’attesa del verificarsi dell’eventuale effetto di cui all’art. 587 c.p.p., in mancanza di disposizioni che attribuiscono un simile potere al giudice dell’esecuzione, né potendosi altrimenti trarne l’esistenza dal sistema penale”*.

5. Premessi questi brevi cenni sulla **ratio** della prescrizione e dell’effetto estensivo, le Sezioni Unite passano ad affrontare la specifica questione sottoposta alla loro attenzione.

La Corte osserva dapprima che, **sul piano letterale**, l’utilizzo, nell’art. 587 comma 1, del **termine “imputati” e non “condannati”**, con riferimento ai non impugnanti, esclude che l’effetto estensivo possa riguardare i coimputati non impugnanti per i quali la prescrizione sia maturata dopo l’irrevocabilità della sentenza di condanna pronunciata nei loro confronti.

Ma vi è di più. Posto che il maturare della prescrizione nel corso del processo dipende da scelte individuali (sul rito o sulla proposizione di mezzi di impugnazione) e da situazioni personali degli imputati (come, ad esempio, la presenza della recidiva per alcuni di essi), *“l’effetto estensivo della pronuncia di prescrizione non può riguardare chi ha rinunciato ad avvalersi dello “scorrere del tempo”; l’opzione del coimputato impugnante di protrarre il procedimento configura una scelta processuale “esclusivamente personale” non collegata a vizio di procedura nel comune procedimento ovvero al merito della comune accusa”*. Ne deriva che l’effetto estensivo di cui all’articolo 587 c.p.p. riguarda soltanto **questioni** o situazioni oggettive concernenti il processo, *“sostanzialmente uguali (“comuni”) per tutti gli imputati coinvolti”*. Tale considerazione non contrasta – ad avviso della Cassazione – con la **ratio** della norma contenuta nell’art. 587 c.p.p.: vi sarebbero sì giudicati “diversi”, ma non per questo “contraddittori” poiché frutto di scelte personali e del diverso maturare del termine di prescrizione, il quale si sostanzia sempre nella *“relazione tra un imputato, il reato da lui commesso e il tempo trascorso, relazione che cessa definitivamente e perde ogni ragion d’essere quando nei confronti dell’imputato sia intervenuta sentenza irrevocabile”*.

6. L’**opposto indirizzo** giurisprudenziale viene ritenuto dalle Sezioni Unite **non condivisibile** sostanzialmente per due ordini di ragioni.

In primo luogo, argomentano i giudici, esso muove da un **presupposto inesatto** e cioè dall'assunto che la prescrizione, dichiarata dal giudice di appello nei confronti dell'impugnante, *"sarebbe sempre "comune" all'imputato non impugnante e risulterebbe comunque applicabile a quest'ultimo alla data della pronuncia del giudice della impugnazione, a prescindere dalla anteriormente intervenuta irrevocabilità della sentenza nei suoi confronti"*. Come sopra chiarito, la prescrizione non può essere considerata tale poiché è una causa estintiva legata all'avvenuto decorso di un certo periodo di tempo, su cui influiscono fattori "eminentemente soggettivi", frutto delle diverse scelte compiute dagli imputati o conseguenza di una diversa situazione personale.

In secondo luogo, il sopraggiungere del **giudicato segna la fine del computo dei termini di prescrizione** del reato e, dunque, *"priva in radice di giustificazione logica e giuridica ogni ulteriore computo nei suoi confronti del termine di prescrizione del reato"*. Il tempo trascorso dopo la pronuncia della sentenza irrevocabile di condanna non può quindi essere computato a fini prescrizionali in favore del coimputato non impugnante per effetto dell'impugnazione proposta dall'altro coimputato.

7. Di qui, la conclusione secondo cui l'**effetto estensivo** ai sensi dall'art. 587 comma 1 c.p.p. della declaratoria di estinzione del reato per prescrizione può operare **in favore del coimputato** concorrente nello stesso reato non impugnante **solo qualora la prescrizione intervenga prima del passaggio in giudicato della sentenza nei suoi confronti**. Tale effetto **non si produce invece se detta causa estintiva è maturata dopo la irrevocabilità della sentenza emessa nei confronti del coimputato non impugnante**. Il giudicato che sopraggiunga prima che maturi la prescrizione, e cioè anteriormente al verificarsi dell'effetto estintivo, non può essere travolto e, pertanto, l'impugnazione del coimputato non dispiega alcun effetto sull'esecutorietà della sentenza di primo grado per il non impugnante.

Nel caso di specie, per il coimputato non appellante il termine di prescrizione dei reati a lui ascritti era scaduto in data *"largamente successiva"* (20 marzo 2014) a quella in cui la sentenza di condanna di primo grado del Tribunale di Napoli era per lui divenuta definitiva (gennaio 2011). Di conseguenza, la declaratoria di estinzione dei reati per prescrizione non poteva essere pronunciata dalla Corte di appello di Napoli anche nei suoi confronti, non operando in suo favore l'effetto estensivo *ex art. 587 c.p.p.*

Sulla scorta di tali argomentazioni, le Sezioni Unite hanno disposto l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata nei confronti del coimputato non appellante, ritenendo erroneamente dichiarata la prescrizione nei suoi confronti.

* * * * *

Per le Sezioni Unite penali non è ancora decorso il termine di prescrizione delle azioni di cui all'art. 35-ter, co. 1 e 2, ord. pen. per violazioni dell'art. 3 CedU avvenute prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 92 del 2014

Cass., SSUU, sent. 21 dicembre 2017 (dep. 26 gennaio 2018), n. 3775, Pres. Canzio, Est. Montagni, ric. Ministero della giustizia, imp. Tuttolomondo

di Carlo Masieri

1. Con la decisione in commento, le Sezioni Unite penali, che erano state chiamate a pronunciarsi su alcuni aspetti delle impugnazioni del Ministero della Giustizia avverso i provvedimenti di cui all'art. 35-ter, co. 1 e 2 ord. pen., hanno colto l'occasione per esaminare la **disciplina della prescrizione** con riferimento alle azioni ivi previste. Come è noto, **in seguito alla sentenza pilota Torreggiani** della Corte europea dei diritti dell'uomo [1], con l'art. 1, co. 1 d.l. 26 giugno 2014, n. 92, conv. con modif. in l. 11 agosto 2014, n. 117 **il legislatore italiano ha introdotto, "a titolo di risarcimento del danno" per le violazioni dell'art. 3 CEDU, i rimedi della "riduzione della pena detentiva" e della "somma di denaro"**.

Giova riassumere brevemente gli elementi di fatto e le **attività processuali svolte nei gradi inferiori** di giudizio, nella misura in cui si possono ricavare dalla sentenza in esame e dall'ordinanza di remissione. Con istanza dell'8 luglio 2014, una persona in stato di detenzione lamentava, con riferimento a periodi anteriori alla data di entrata in vigore del d.l. n. 92 del 2014, di aver subito un trattamento penitenziario in violazione dell'art. 3 della Convenzione EDU, e **chiedeva i rimedi di cui all'art. 35-ter ord. pen. al Magistrato di Sorveglianza di Pisa**, il quale disponeva in suo favore a titolo di risarcimento del danno una riduzione di ottantasei giorni della pena detentiva ancora da espiare ed euro 16. In seguito, avverso tale provvedimento, l'Amministrazione Penitenziaria aveva proposto reclamo al Tribunale di sorveglianza di Firenze, che lo aveva rigettato con ordinanza dell'11 ottobre 2016. Successivamente, il Ministero della Giustizia ricorreva in Cassazione, deducendo la violazione degli artt. 35-ter ord. pen., e degli artt. 2935 e 2947 cod. civ., dolendosi del mancato accoglimento dell'eccezione di intervenuta prescrizione quinquennale dell'azione risarcitoria per la violazione del diritto ad una detenzione conforme all'art. 3 CEDU, in riferimento ai periodi detentivi anteriori all'8 luglio 2009.

La sez. I penale della Suprema Corte ha **rimesso** con ordinanza del 21 luglio 2017 [2] **la causa alle Sezioni Unite**, per via del contrasto sulla seguente questione di diritto: "se il **Ministero della giustizia, ricorrente** avverso provvedimento del Tribunale di sorveglianza emesso ai sensi degli artt. 35-bis e 35-ter, legge n. 354 del 1975, **debba essere condannato al pagamento delle spese processuali** ed eventualmente al pagamento di una somma in favore della cassa delle ammende, **nel caso di rigetto o d'inammissibilità del ricorso**, ai sensi dell'art. 616 cod. proc. pen.". Una parte della giurisprudenza, infatti, applica i "principi di diritto espressi in riferimento al procedimento per la riparazione dell'ingiusta detenzione - ove il Ministero delle finanze viene condannato al pagamento delle spese, in caso di rigetto o di declaratoria inammissibilità del ricorso proposto avverso l'ordinanza della corte di appello quale giudice della riparazione". A ciò "si contrappone un diverso orientamento che esclude la condanna alle spese nei confronti del Ministero della giustizia, ritenuto privo della qualità di parte privata richiesta dall'art. 616 cod. proc. pen.".

2. Le Sezioni Unite hanno dapprima esaminato d'ufficio l'**ammissibilità** del reclamo dell'Amministrazione rispetto al provvedimento emesso in prima istanza dal Magistrato di Sorveglianza.

In primo luogo, la decisione in commento rileva, con riguardo al reclamo proposto dinanzi al Tribunale di Sorveglianza di Firenze, la mancanza della sottoscrizione dell'Avvocatura generale dello Stato, e contrapponendosi a quanto in precedenza elaborato dalla giurisprudenza di legittimità [3], afferma il seguente principio di diritto: "Il reclamo-impugnazione di cui all'art. 35-bis, comma 4, Ord. pen. può essere proposto dall'Amministrazione penitenziaria senza il patrocinio e l'assistenza dell'Avvocatura dello Stato".

Nell'argomentare tale soluzione, analizzando il co. 1 dell'art. 35-ter, la Corte da un lato parla di "rimedi risarcitori e [...] riparazione in forma specifica ottenibile dal danneggiato che si trovi detenuto", e – per quanto attiene al co. 2 – di "una somma di denaro, a titolo di risarcimento del danno". Dall'altro, però, le Sezioni Unite concordano con la precedente giurisprudenza di legittimità nel rilevare la "**ispirazione solidaristica** e [...] **connotazione pubblicistica** dell'istituto introdotto nell'ordinamento con **finalità non risarcitorie ma riparatorie** e di riequilibrio ed in parte compensatrici della lesione della libertà rivelatasi ingiusta".

La Corte sostiene poi che la "connotazione pubblicistica" della novella, unita al fatto che l'Amministrazione Penitenziaria può "essere destinataria delle prescrizioni impartite dal magistrato di sorveglianza, direttamente incidenti sulle modalità di gestione dei detenuti" – secondo le Sezioni Unite – **condurrebbero "ad escludere la natura civilista degli interessi di cui l'Amministrazione è portatrice"**, poiché essa viene coinvolta nel procedimento innanzi al Magistrato di Sorveglianza essendo "oggettivamente nell'esercizio di una funzione pubblica, quale organismo istituzionalmente deputato alla gestione dei detenuti".

Da ciò la sentenza in commento fa discendere l'inapplicabilità, al reclamo dell'Amministrazione innanzi il Tribunale di sorveglianza, "delle disposizioni che riguardano l'impugnazione proposta per i soli interessi civili (art. 573 cod. proc. pen.) dalle altre parti private presenti nel giudizio penale, come pure della norma che impone, nei casi da ultimo richiamati, il ministero di un difensore (art. 100 cod. proc. pen.), per la disomogeneità sostanziale dei termini di riferimento". La Corte, quindi, ritiene anche che "la possibilità di costituzione informale da parte dell'Amministrazione, espressamente prevista dall'art. 35-bis, comma 1, Ord. pen. nella fase promossa dal reclamo-istanza del detenuto, di competenza del magistrato di sorveglianza", si possa applicare anche al successivo reclamo-impugnazione innanzi al Tribunale di Sorveglianza.

3. Si deve parlare ora del **contrasto** per il quale la sezione I penale aveva ordinato la remissione alle Sezioni Unite, anche se esse lo affrontano alla fine della pronuncia in commento, in quanto la soluzione adottata vuole iscriversi nella scia di quanto appena esaminato.

Ci si chiedeva infatti se, con il rigetto del ricorso del Ministero, esso debba essere condannato ex art. 616, co. 1, prima prop. cod. proc. pen. al pagamento delle spese del procedimento, e – in caso di declaratoria di inammissibilità – se esso sia anche tenuto al pagamento alla cassa delle ammende delle somme di cui all'art. 616, co. 1 seconda prop. e 616, co. 2 cod. proc. pen.

Secondo un primo orientamento [4], al Ministero della Giustizia si applicherebbero "i principi di diritto espressi in riferimento al procedimento per la riparazione dell'ingiusta detenzione" ex art. 314 cod. proc. pen., in cui il Ministero dell'Economia e delle Finanze – in caso di rigetto o inammissibilità del proprio ricorso – è tenuto a pagare le somme di cui all'art. 616 cod. proc. pen., poiché esso viene considerato "parte privata" in tale sede.

Nella decisione in commento, **le Sezioni Unite abbracciano invece la tesi opposta** [5], poiché il Ministero della Giustizia viene coinvolto nel procedimento di cui all'art. 35-bis e 35-ter ord. pen.

per via delle funzioni di “natura sostanzialmente pubblicistica” che esso svolge, e dunque difetta della qualità di “parte privata” di cui all’art. 616 cod. proc. pen.

4. Per quanto attiene al merito del ricorso, dove si affronta il tema della prescrizione, le Sezioni Unite penali ritengono innanzitutto che **“il diritto al risarcimento dei danni in capo al soggetto detenuto in condizioni disumane e degradanti, di matrice costituzionale e convenzionale, è da ritenere preesistente rispetto alla novellazione del 2014 che ha riguardato l’ordinamento penitenziario”**, come già era stato sostenuto in passato [6]. La violazione di tale diritto integrerebbe un **“illecito permanente”**, poiché **“ogni giorno trascorso in condizioni di detenzione disumana e degradante determin[a] il perfezionamento della relativa fattispecie lesiva”**, considerando che **“la detenzione ha una unità di misura temporale. E l’art. 35-ter ord. pen. individua come parametro per il risarcimento (sia in forma specifica sia per equivalente), ogni giorno trascorso in condizione disumana”**. Si noti fin da subito che la Corte **non specifica se il detenuto, per accedere ai rimedi di cui ai co. 1 e 2, debba o meno rientrare tra coloro che hanno esperito in precedenza ricorso alla Corte EDU**, di cui all’art. 2, co. 2, l. 117/2014 – contenente la disciplina transitoria dei rimedi di cui all’art. 35-ter ord. pen. – e che in precedenza le sezioni semplici della Cassazione avevano riconosciuto anche a coloro che erano rimasti inerti la possibilità di avvalersi della novella, mutuando ad esempio le **soluzioni in precedenza adottate dalle Sezioni Unite civili** con riferimento ad una disposizione di tenore simile contenuta nell’art. 6 l. 24 marzo 2001, n. 89, c.d. legge Pinto sull’equa riparazione **in caso di violazione del termine ragionevole del processo** [7].

Tornando al problema del decorso del tempo, la Corte afferma poi che nel nostro ordinamento **l’assenza dell’art. 35-ter ord. pen.**, e cioè di uno **“strumento di tutela, accessibile ed effettivo - idoneo a far cessare la detenzione in condizioni inumane e degradanti, anche mediante forme di compensazione in forma specifica”**, **avrebbe integrato un “impedimento all’esercizio del diritto rilevante ai sensi del generale principio di cui all’art. 2935 cod. civ.**, in base al quale la prescrizione decorre soltanto dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere”. Per questo, le Sezioni Unite concordano con l’indirizzo secondo cui **“qualora il richiedente si trovi detenuto al momento di presentazione dell’istanza e lamenti un pregiudizio pregresso derivante dalla propria condizione carceraria anteriore all’entrata in vigore del decreto-legge n. 92 del 2014, la prescrizione del relativo diritto inizia a decorrere solo dall’introduzione dell’art. 35-ter ord. pen.”** [8], e cioè **dal 28 giugno 2014**. Più precisamente, il **principio di diritto** affermato dalle Sezioni Unite è il seguente: *“La prescrizione del diritto leso dalla detenzione inumana e degradante, azionabile dal detenuto ai sensi dell’art. 35-ter, commi 1 e 2, Ord. pen., per i pregiudizi subiti anteriormente all’entrata in vigore del decreto-legge n. 92 del 2014, decorre dal 28 giugno 2014”*.

5. Non mancano i riferimenti alla **giurisprudenza della Corte EDU e della Consulta**. In particolare, vengono richiamate la sentenza Torreggiani e la sentenza Corte cost., 21 luglio 2016, n. 204. Quanto alla prima, la Corte di Strasburgo non pareva aver particolarmente approfondito la tipologia dei rimedi compensativi richiesti all’Italia [9], lasciando al legislatore nazionale la scelta in merito. Di grandissima rilevanza ai fini dell’adempimento di quanto espressamente richiesto dalla sentenza Torreggiani è stata forse **l’introduzione del rimedio di cui all’art. 35-bis ord. pen.** [10], tale da porre velocemente ed effettivamente fine alle violazioni dell’art. 3 CEDU, dato che secondo la Corte EDU **“pour qu’un système de protection des droits des détenus garantis par l’article 3 de la Convention soit effectif, les remèdes préventifs et compensatoires doivent coexister de façon complémentaire”**. Inizialmente, anche la Corte costituzionale ha adottato un atteggiamento simile a quello della sentenza Torreggiani [11]. **Una volta entrato in vigore il nuovo art. 35-ter ord. pen.** contenente il nuovo rimedio della riduzione della pena

detentiva, ed in seguito ad altre decisioni di Strasburgo su questa materia [12], la **Consulta ha però affermato l'insufficienza** dell'art. 2043 cod. civ. – *rectius* dell'art. 2059 cod. civ. – se raffrontato alla novella [13].

6. Giova poi analizzare ulteriormente **l'argomentazione** secondo la quale la prescrizione non sarebbe decorsa *ex art.* 2935 cod. civ. per **l'impossibilità di far valere il diritto**. Ci si chiede innanzitutto **a quale diritto la sentenza faccia riferimento**.

Infatti, in un importante passaggio, sopra richiamato, le Sezioni Unite penali prendono in considerazione quello "al risarcimento dei danni in capo al soggetto detenuto in condizioni disumane e degradanti", che riconoscono anche essere preesistente all'introduzione dell'art. 35-ter ord. pen., salvo poi, nell'enunciazione del principio di diritto, parlare della "prescrizione del diritto leso dalla detenzione inumana e degradante, azionabile dal detenuto ai sensi dell'art. 35-ter, commi 1 e 2, ord. pen."

Ora, non vi è dubbio che i nuovi rimedi di cui all'art. 35-ter e il rito di cui all'art. 35-bis ord. pen. abbiano agevolato il detenuto rispetto a quanto normalmente gli offrirebbe la procedura civile. **Ma, nell'ottica risarcitoria a cui le Sezioni Unite fanno a tratti riferimento, occorre verificare se al detenuto fosse impedito di promuovere un procedimento civile** – sede naturale dell'azione risarcitoria – per soddisfare la pretesa relativa "al risarcimento dei danni" derivanti da violazioni dell'art. 3 CEDU. Sul punto, va innanzitutto ricordato che la giurisprudenza italiana di legittimità ha ritenuto che **la violazione di "valori della persona costituzionalmente garantiti"** può condurre al risarcimento del **danno non patrimoniale** [14]. In seguito alla decisione Torreggiani – ma prima di un intervento del legislatore sul punto – è stata poi suggerita la medesima soluzione in caso di **violazione dell'art. 3 CEDU**, in quanto nel nostro ordinamento nazionale il "giudice generale dei diritti" è quello civile [15]. Infine, anche in altre materie alcune decisioni di merito sembrano propendere per l'esperibilità dell'azione risarcitoria per danni non patrimoniali in caso di violazioni della Convenzione [16]. **L'applicazione dell'art. 2935 cod. civ.**, allora, si giustificerebbe nella misura in cui fosse possibile rilevare una complessiva **incertezza** del quadro normativo relativo al risarcimento dei danni in caso di lesione di diritti inviolabili della persona, almeno con riferimento alle violazioni della CEDU [17].

7. Le Sezioni Unite penali **non si pronunciano** invece sulla questione della **natura dei rimedi di cui all'art. 35-ter ord. pen.**, e cioè se essa debba essere ritenuta **indennitaria** o se debba essere ricondotta alla responsabilità civile, e in tal caso se a quella **extracontrattuale** o a quella **da inadempimento** di un'obbligazione [18], che pende innanzi alle Sezioni Unite civili [19]. La soluzione adottata in quella sede potrebbe avere delle **conseguenze in materia di disciplina della prescrizione**, che andrebbe anche coordinata con le disposizioni in materia di decadenza di cui all'art. 35-ter, co. 3 ord. pen. e all'art. 2 d.l. n. 92 del 2014. Ad ogni modo, stando alla decisione in commento, alla data odierna il termine di prescrizione delle azioni concesse alle persone ancora detenute che hanno subito un trattamento contrario all'art. 3 CEDU prima dell'entrata in vigore del d.l. n. 92 del 2014 non risulterebbe spirato nemmeno nell'ipotesi interpretativa meno favorevole per coloro che chiedono i rimedi dell'art. 35-ter, co. 1 e 2 ord. pen., e cioè quella dell'inquadramento di tale disciplina all'interno dell'illecito aquiliano e dell'applicazione del termine quinquennale di cui all'art. 2947, co. 1 cod. civ.

8. Dopo aver esaminato la sentenza e le sue conseguenze, va però infine osservato che un **percorso argomentativo radicalmente differente** – e forse più lineare – **era a disposizione delle Sezioni Unite penali**, sulla base delle stesse premesse della loro decisione.

Va infatti osservato che la Cassazione pare aver dato conto inizialmente – e come si è visto sopra – di una qualche **specialità** dei rimedi di cui all'art. 35-ter ord. pen. Essi infatti possono essere definiti speciali rispetto a quelli in precedenza offerti dall'ordinamento italiano, **sia nella sostanza che nel trattamento processuale**, essendo stati progettati dal legislatore sulla base delle indicazioni della Corte EDU come un rimedio effettivo e di prossimità. Le Sezioni Unite, però, non hanno proceduto sulla base di queste premesse, ma hanno adottato una soluzione consequenziale all'argomentazione proposta dall'Avvocatura generale dello Stato. Questa aveva in realtà fatto ricorso al **metodo dell'inversione** [20], perché aveva inquadrato l'art. 35-ter, co. 1 e 2 ord. pen. nella categoria dei rimedi risarcitori – il che può essere più o meno corretto ma risulta nel caso di specie irrilevante – e da tale inquadramento qualificatorio aveva dedotto che il rimedio esperito era assorbito dal generale rimedio aquiliano, come tale disponibile anche prima dell'introduzione della legge speciale, e da ciò aveva a sua volta argomentato che il diritto era prescritto.

La Cassazione avrebbe ben potuto rilevare che, avendo il detenuto esperito il rimedio speciale e non quello generale, **era logicamente errato riqualificare l'azione intrapresa in base all'argomento per cui all'attore era disponibile anche un altro rimedio**. La qualificazione del rimedio o – il che è lo stesso – dell'azione si fonda infatti sull'analisi del *petitum* e della *causa petendi*, e ciò implica un rinvio al **principio dispositivo** [21], in base al quale spetta all'attore impostare la propria azione scegliendo quello che più gli conviene nella rosa dei rimedi che l'ordinamento rende a lui disponibili, esercitando al riguardo un diritto di tipo potestativo. La valutazione del rimedio esperito può comportare un problema di qualificazione solo qualora quello prescelto presenti difformità tra il modello rimediale ed il contenuto concreto della pretesa esperita, e non già quando era astrattamente disponibile un rimedio diverso. In ogni caso il metodo dell'inversione è qui foriero di un altro errore logico. **Un rimedio speciale** – vuoi di carattere indennitario vuoi di carattere risarcitorio – **non è mai assorbito dal generale rimedio ex art. 2043 cod. civ. Al contrario, quest'ultimo è residuale**, nel senso che serve a risarcire i danni che non siano già stati accordati in base ai rimedi speciali effettivamente esperiti, **altrimenti si incorre in una duplicazione dei risarcimenti**. Da ciò infatti consegue che quanto ottenuto in precedenza per i medesimi fatti, ma in base a tutele speciali, deve essere defalcato dall'ammontare del risarcimento ottenibile ex art. 2043 cod. civ. [22].

[1] Cfr. Corte EDU, Sez. II, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, in *questa Rivista*, 9 gennaio 2013, con nota di Viganò, [Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all'adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno](#).

[2] Cfr. Cass. pen., sez. I, 21 luglio 2017, (dep. 28/07/2017), n. 37793, in *DeJure*.

[3] Cfr. Cass. pen., sez. I, 17 novembre 2016 (dep. 9/3/2017), n. 11244, rv. 269512 (m); Cass. pen., sez. I, 17 novembre 2016 (dep. 9/3/2017), n. 11248, rv. 269377 (m); Cass. pen., sez. I, 17 novembre 2016, dep. (9/3/2017), n. 11249, rv. 269513 (m).

[4] Cfr. Cass. pen., sez. I, 27 novembre 2014 (dep. 19/12/2014), n. 53011, rv. 262354 (m); Cass. pen., sez. I, 27 novembre 2014 (dep. 19/12/2014), n. 53012, rv. 261306 (m); applica la medesima soluzione, senza argomentarla dettagliatamente, Cass. pen., sez. I, 17 novembre 2016, (dep. 13/04/2017), n. 18562, in *DeJure*.

[5] Espressa in Cass. pen., sez. I, 15 marzo 2017 (dep. 26/6/2017), n. 31475, rv. 270842 (m), ed applicata anche in Cass. pen., sez. I, 16 marzo 2017 (dep. 13/10/2017), n. 47333, in *DeJure*.

[6] In dottrina, cfr. Viganò, [Alla ricerca di un rimedio risarcitorio per il danno da sovraffollamento carcerario: la Cassazione esclude la competenza del magistrato di sorveglianza](#), in *questa Rivista*, 20 febbraio 2013; in giurisprudenza, cfr. Cass. pen., sez. I, 19 ottobre 2016 (dep. 27/2/2017), n. 9658, rv. 269308 (m); Cass. pen., sez. I, 19 ottobre 2016, (dep. 10/1/2017), n. 831, in *DeJure*; Cass. pen., sez. I, 15 marzo 2017, n. 31475, cit., il cui testo integrale è disponibile in *DeJure*.

[7] Cfr. ad es. Cass. pen., sez. I, 15 marzo 2017, n. 31475, cit., che richiama Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28507, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1423 ss.

[8] In precedenza, cfr. ancora Cass. pen., sez. I, 19 ottobre 2016, n. 9658, cit., il cui testo completo è disponibile in *DeJure*, che però fa decorrere il termine dal 26 giugno 2014; Cassazione penale, sez. I, 19 ottobre 2016, n. 831, cit.; inoltre, cfr. Cass. pen., sez. I, 17 novembre 2016 (dep. 12/5/2017), n. 23711, in *Riv. pen.*, 2017, 5, p. 647 ss.; Cass. pen., sez. I, 15 marzo 2017, n. 31475, cit.; Cass. pen., sez. I, 16 marzo 2017, n. 47333, cit.

[9] Cfr. Corte EDU, Sez. II, sent. 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, cit., in part. il § 50 del considerato in diritto: “En particulier, la Cour a déjà eu l’occasion d’indiquer que dans l’appréciation de l’effectivité des remèdes concernant des allégations de mauvaises conditions de détention, la question décisive est de savoir si la personne intéressée peut obtenir des juridictions internes un redressement direct et approprié, et pas simplement une protection indirecte de ses droits garantis par l’article 3 de la Convention (voir, entre autres, Mandić et Jović c. Slovénie, nos 5774/10 et 5985/10, § 107, 20 octobre 2011). Ainsi, un recours exclusivement en réparation ne saurait être considéré comme suffisant s’agissant des allégations de conditions d’internement ou de détention prétendument contraires à l’article 3, dans la mesure où il n’a pas un effet ‘préventif’ en ce sens qu’il n’est pas à même d’empêcher la continuation de la violation alléguée ou de permettre aux détenus d’obtenir une amélioration de leurs conditions matérielles de détention (Cenbauer c. Croatie (déc), no73786/01, 5 février 2004 ; Norbert Sikorski c. Pologne, no 17599/05, § 116, 22 octobre 2009 ; Mandić et Jović c. Slovénie, précité § 116 ; Parascineti c. Roumanie, no 32060/05, § 38, 13 mars 2012). En ce sens, pour qu’un système de protection des droits des détenus garantis par l’article 3 de la Convention soit effectif, les remèdes préventifs et compensatoires doivent coexister de façon complémentaire (Ananyev et autres c. Russie, nos 42525/07 et 60800/08, § 98, 10 janvier 2012)”; cfr. ancora, al § 96: “En ce qui concerne la ou les voies de recours internes à adopter pour faire face au problème systémique reconnu dans la présente affaire, la Cour rappelle qu’en matière de conditions de détention, les remèdes ‘préventifs’ et ceux de nature ‘compensatoire’ doivent coexister de manière complémentaire. Ainsi, lorsqu’un requérant est détenu dans des conditions contraires à l’article 3 de la Convention, le meilleur redressement possible est la cessation rapide de la violation du droit à ne pas subir des traitements inhumains et dégradants. De plus, toute personne ayant subi une détention portant atteinte à sa dignité doit pouvoir obtenir une réparation pour la violation subie (Benediktov c. Russie, précité, § 29; et Ananyev et autres, précité, §§ 97-98 et 210-240)”.

[10] Cfr. art. 3, co. 1, lett. b, d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, conv. con modif. in l. 21 febbraio 2014, n. 10.

[11] Cfr. Corte cost., 22 novembre 2013, n. 279, in *Cass. pen.*, 2014, 2, p. 506 ss. con nota di Aprile, la quale aveva affermato che da una parte “non sarebbe tollerabile l’eccessivo protrarsi dell’inerzia legislativa in ordine al grave problema individuato nella presente pronuncia”, dall’altra però nulla diceva su possibili rimedi risarcitori, limitandosi semplicemente a suggerire l’adozione di “idonei strumenti esecutivi in modo da rendere certa l’ottemperanza dell’amministrazione alle decisioni della magistratura di sorveglianza”.

[12] Cfr. C. eur. dir. uomo, sez. II, dec. 25 settembre 2014, Stella e altri c. Italia, ric. n. 49169/09 e Rexhepi e altri c. Italia, ric. n. 47180/10, in *questa Rivista*, 7 novembre 2014, con nota di Martufi, [La Corte EDU dichiara irricevibili i ricorsi presentati dai detenuti italiani per violazione dell’art. 3 CEDU senza il previo esperimento dei rimedi ad hoc introdotti dal legislatore italiano per fronteggiare il sovraffollamento](#). Tali decisioni, successive all’adozione del d.l. n. 92 del 2014, hanno riconosciuto l’adempimento da parte dell’Italia di quanto richiesto dalla sentenza pilota, ma hanno anche ribadito che Strasburgo “se réserve la possibilité d’examiner la cohérence de la jurisprudence des juridictions internes avec sa propre jurisprudence ainsi que l’effectivité des recours tant en théorie qu’en pratique”.

[13] Cfr. Corte cost., 21 luglio 2016, n. 204, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2964 ss.: “la sentenza della Corte EDU, nel caso Torreggiani, ha chiesto all’Italia di introdurre procedure attivabili dai detenuti per porre fine e rimedio a condizioni di detenzione o a trattamenti carcerari in contrasto con l’art. 3 della CEDU, le quali, a differenza di quelle al momento in vigore, avrebbero dovuto essere accessibili ed effettive; procedure, in altri termini, idonee a produrre rapidamente la cessazione della violazione e, anche nel caso in cui la situazione lesiva fosse già cessata, ad assicurare con rapidità e concretezza forme di riparazione adeguate. E questa richiesta deve costituire un indefettibile criterio ermeneutico ai fini della corretta applicazione della disciplina successivamente introdotta dal legislatore”, salvo però dire che vi sarebbero non meglio specificati “casi nei quali di fatto l’azione civile sarebbe negata”. La posizione della Consulta si consolida con Corte cost., 13 aprile 2017, n. 83, in *Foro it.*, 2017, I, 1813, secondo cui “[all]’azione prevista dall’art. 35-ter [...] non può certamente sostituirsi, con analoghi effetti e tempestività, la domanda proponibile ai sensi dell’art. 2043 del codice civile”.

[14] Cfr. Cass. civ., sez. III, 31 maggio 2003, n. 8828, in *Foro it.*, 2003, I, c. 2272 ss. con note di La Battaglia e Navarretta, nella quale si parla inoltre di “diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica”; più di recente, cfr. Cass. civ., sez. un., 16 febbraio 2009, n. 3677, in *Foro it.*, 2009, I, c. 3073 ss. con nota di D’Auria, la quale individua quale presupposto della risarcibilità la violazione di “un diritto costituzionalmente garantito”.

[15] Così si era espresso Viganò, *op. cit.*, commentando Cass. pen., sez. I, 15 gennaio 2013, (dep. 30/1/2013), n. 4772. Si v. poi anche Cass. pen., sez. I, 27 settembre 2013 (dep. 18/10/2013), n. 42901, rv. 257161 (m). Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Palermo, sez. III, 25 marzo 2015, in *questa Rivista*, 22 luglio 2015, con nota di Masieri, [La natura dei rimedi di cui all’art. 35-ter ord. pen.](#), con cui il “Tribunale si uniforma ai principi dettati dalle sentenze della Corte europea, ritenendole direttamente applicabili al contenzioso in esame ogniquale volta il trattamento carcerario assuma caratteri tali da risultare “inumano” ai sensi dell’art. 3 CEDU, così come interpretato dalle sentenz[e] dianzi richiamate”, e - “pur consapevole dell’irretroattività della norma” introdotta dal d.l. n. 92 del 2014, “ritiene di condividere e adottare” la somma ivi prevista “quale parametro equitativo, comunque di matrice legislativa, ai fini della quantificazione del danno non patrimoniale”.

[16] Cfr. Trib. Biella, 1 giugno 2005, in *Giur. it.*, 2007, 1, p. 88 ss., con nota di Bona; Trib. Firenze, 21 gennaio 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, I, p. 762 ss. con nota di Azzarri; più di recente, cfr. Di Genova, *Risarcimento del danno non patrimoniale da lesione del diritto di proprietà: una svolta nella giurisprudenza di merito nazionale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, 2, p. 293 ss.

[17] Cfr. Cass. civ., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26972, in *Corr. giur.*, 2009, 1, p. 48 ss., secondo cui “[...] ai diritti predicati dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo, ratificata con la L. n. 88 del 1955, quale risulta dai vari Protocolli susseguiti, [...] non spetta il rango di diritti costituzionalmente protetti, poiché la Convenzione, pur essendo dotata di una natura che la distingue dagli obblighi nascenti da altri Trattati internazionali, non assume, in forza dell’art. 11 Cost., il rango di fonte costituzionale, nè può essere parificata, a tali fini, all’efficacia del diritto comunitario nell’ordinamento interno (Corte Cost. n. 348/2007)”. Ma la copertura costituzionale del diritto leso da violazioni dell’art. 3 CEDU potrebbe essere forse rinvenuta in alcune disposizioni della Costituzione italiana.

[18] Hanno affermato la natura indennitaria, e l’applicazione del termine ordinario decennale di prescrizione, Cass. pen., sez. I, 15 marzo 2017, n. 31475, rv. 270841 (m) e Cass. pen., sez. I, 16 marzo 2017, n. 47333, rv. 271173 (m); per Cass. pen., sez. I, 19 ottobre 2016, n. 9658, cit., si tratta di “uno strumento di riparazione della violazione francamente atipico, con carattere prevalentemente indennitario e di matrice solidaristica”; negli stessi termini, Cass. pen., sez. I, 19 ottobre 2016, n. 831, cit.; Cass. pen., sez. I, 17 novembre 2016, n. 11244, cit., Cass. pen., sez. I, 17 novembre 2016, n. 11248, cit. e Cass. pen., sez. I, 17 novembre 2016, n. 11249, cit., i cui testi completi sono disponibili in *DeJure*; per la responsabilità extracontrattuale optava invece Mag. sorv. Alessandria, ord. 31 ottobre 2014, in *Cass. pen.*, 2015, 5, p. 2012 ss. con nota di Penoncin; nello stesso senso, in sede civile, Trib. Roma, sez. II, 30 maggio 2015, in *questa Rivista*, 22 luglio 2015, cit.; Trib. Perugia, 23 febbraio 2016, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Ordinamento penitenziario* [4640], n. 82, ma la soluzione appare in contrasto con una precedente decisione del medesimo Trib. Perugia, 15 giugno 2015, in *Rep. Foro it.*, 2017, voce *Ordinamento penitenziario* [4640], n. 83; conclude invece per la responsabilità da inadempimento di un’obbligazione Trib. Palermo, 1 giugno 2015, n. 3638, in *questa Rivista*, 22 luglio 2015, cit.

[19] Cfr. Cass. civ., sez. III, ord. 28 settembre 2017, n. 22764, in *DeJure*.

[20] Cfr. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 34-35: “Il metodo della ‘giurisprudenza costruttiva’ consiste [...] nel risolvere i problemi di regolamento delle situazioni concrete con la mediazione discorsiva di concetti costruiti in via di astrazione dai concetti legali e separati dai punti di vista di politica del diritto (etici, economici, sociologici, ecc.) sottostanti alle norme positive. Quando si presenti un caso non corrispondente univocamente a una precisa fattispecie legale, esso viene qualificato nei limiti della comprensione dei concetti sistematici, variamente combinati tra di loro, scartando *a priori* come irrilevanti circostanze di fatto che, prive di valore informativo dal punto di vista precostituito del sistema, potrebbero invece, se esaminate da punti di vista diversi, assumere il valore di indici di un problema nuovo, estraneo al quadro originario di riferimento problematico delle norme da cui quei concetti sono stati estratti e fuori dal quale essi perdono significato. È questo, come tutti sanno, il cosiddetto ‘procedimento o metodo di inversione’ (*Inversionsmethode*) aspramente rimproverato dai critici della giurisprudenza dei concetti. Esso [...] è un procedimento doppiamente arbitrario, sia perché attribuisce

ai concetti sistematici una forza produttiva di nuove regole di diritto (in via di sviluppo del sistema con mezzi puramente logici) della quale non sono dotati, essendo meri strumenti di conoscenza delle norme esistenti, sia perché le soluzioni di nuovi problemi pratici così dedotte rispondono unicamente all'interesse di chiusura (o di purezza) del sistema, mentre sono prive di giustificazione sotto il profilo delle conseguenze che ne derivano nella realtà sociale circostante, e in questo senso sono politicamente irresponsabili"; cfr. inoltre, *ibidem*, p. 40-41, nota 87; nello stesso senso si v. Id., *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 113; Id., *Diritto e politica nella dottrina giuridica*, in Id., *Scritti*, I, Milano, 2011, p. 160-161; Mengoni, *Dogmatica giuridica*, in Mengoni – Modugno – Rimoli, *Sistema e problema. Saggi di teoria dei sistemi giuridici*, Torino, 2017, p. 105, nota 66 e p. 109, nota 75; ma v. anche Id., *Interpretazione e nuova dogmatica*, in Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 72-73: "Anche la 'giurisprudenza dei valori' rimane però nell'orizzonte del positivismo legislativo; [...] Quando si impegna nell'attività di integrazione delle lacune, [...] cade nel medesimo errore di 'inversione di metodo' che i suoi precursori del primo novecento rimproveravano alla 'giurisprudenza dei concetti'. [...] Da concetti astratti di valore non si può dedurre più di quanto è già in essi contenuto. Essi riproducono l'esistente, non portano a scoprire nuove regole di decisione".

[21] Cfr. art. 2907 cod. civ. e art. 99 cod. proc. civ., su cui si v. Mandrioli – Carratta, *Diritto processuale civile*, I, Torino, 2017, p. 94-97.

[22] Cfr. ad es. in tema di danni da emotrasfusioni, *in primis* Cass. civ., sez. un., 11 gennaio 2008, n. 584, in *Foro it.*, 2008, I, c. 451 ss. con nota di Palmieri; nello stesso senso, cfr. inoltre Cass. civ., sez. III, 14 marzo 2013, n. 6573, in *Rep. Foro it.*, 2013, voce *Sanità pubblica e sanitari* [6020], n. 304; la questione della *compensatio lucri cum damno* è stata rimessa alle Sezioni Unite civili, cfr. Cass. civ., sez. III, ord. 22 giugno 2017, n. 15535, in *DeJure*.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

Ne bis in idem e sanzioni tributarie: la Corte di cassazione "sfronda" il test della sufficiently close connection in substance and time

Cass., Sez. III, sent. 22 settembre 2017 (dep. 14 febbraio 2018), n. 6993, Pres. Cavallo, Rel. Gai

di Andrea Francesco Tripodi

1. La Corte di Cassazione torna ad affrontare il **tema della compatibilità del sistema sanzionatorio tributario col *ne bis in idem* europeo**, ribadendo la tesi sostenuta nel recente passato, ma sulla scorta di argomenti nuovi. Quelli derivabili dal mutato scenario convenzionale.

2. Il caso si sviluppa secondo la consueta **trama bi-procedimentale sullo stesso fatto**.

Posta l'irrogazione di una sanzione amministrativa in via definitiva (in quanto non oggetto di contestazione dal contribuente), il ricorrente, titolare di una ditta individuale, si lamenta dinanzi la Suprema Corte della violazione del *ne bis in idem* di cui all'art. 4, Prot. 7, Cedu, attesa la pendenza del corrispondente procedimento penale, giunto all'ultimo grado di giudizio a seguito della condanna della Corte d'Appello ai sensi degli artt. 2 e 8 del D.lgs. n. 74/2000 per una vicenda di utilizzazione e emissione di fatture relative a operazioni oggettivamente inesistenti.

3. Il sistema sanzionatorio tributario era entrato in uno stato di fibrillazione a causa della **scia di pronunce della Corte Edu**, inaugurata dalla decisione *Grande Stevens c. Italia* del 4.3.2014 (in materia di abusi di mercato) [1] e proseguita da quelle che hanno interessato (proprio in materia fiscale) i Paesi scandinavi [2]. Lo statuto convenzionale del *ne bis in idem*, riflesso nelle richiamate pronunce, si dipanava lungo i seguenti snodi argomentativi, nei quali era evidente la propensione interpretativa a estendere i margini di operatività del principio: *a)* riconduzione dell'illecito amministrativo alla *matière pénale* (secondo il tradizionale approccio "sostanziale" nella qualificazione della sanzione) e correlativa assimilazione del procedimento amministrativo (pervenuto a un giudizio definitivo) a una *accusation en matière pénale*, con conseguente attivazione delle garanzie penalistiche contemplate dalla Cedu; *b)* adozione, ai fini del giudizio circa la medesimezza del fatto, della (ormai consolidata) prospettiva dell'*idem factum*, che guarda all'accadimento naturalisticamente inteso e non alla definizione legale dell'incriminazione (secondo, cioè, il cd. *idem legale*).

La Suprema Corte aveva resistito con pervicacia alle richieste di estensione degli effetti della giurisprudenza convenzionale all'area delle violazioni fiscali, utilizzando argomenti che, per l'interprete, non rappresentavano ieri e non sono oggi una bussola utile a orientare correttamente il cammino. In particolare, dinanzi alle duplici vicende – penali e amministrative – integranti il solito schema "a rischio", la Corte di Cassazione ha negato natura penale alla sanzione amministrativa; e, inoltre, ha escluso la ricorrenza dello stesso fatto, quale oggetto dei due procedimenti, in ragione dell'assenza di una relazione di specialità tra le due fattispecie contestate, avvalendosi dunque, al riguardo, di un metodo d'analisi riconducibile al criterio dell'*idem legale* [3]. Sarebbe stato arduo, *allora*, pronosticare rispetto a tali vicende, un giudizio

benevolo della Corte di Strasburgo. La quale, circa la qualificazione sostanziale della sanzione, ha sempre di più accordato priorità al relativo scopo (in specie, di tipo non reintegratorio), qualificando di conseguenza come penali anche soprattasse di importo assai contenuto; e, con riferimento al criterio di giudizio della medesimezza fattuale, a partire dal 2009, ha sempre adottato quello dell'*idemfactum*, peraltro ribadito nel nostro ordinamento dalla stessa Corte costituzionale [4].

Ma, com'è noto, il cielo sopra Strasburgo è cambiato. Ferme le consolidate acquisizioni in ordine alla visione *sostanziale* della sanzione e alla sussistenza dell'*idem*, ad essersi arricchita ovvero evoluta è la concezione del *bis*.

La Grande Chambre, con la **decisione A e B. c. Norvegia del 15.11.2016** [5] ci ha consegnato una **verità inaspettata**. E cioè: **due distinti procedimenti, al ricorrere di determinate condizioni, devono essere considerati**, ai fini della valutazione del rispetto del principio del *ne bis in idem*, **come aspetti di un unico procedimento**, così **venendo meno** alla radice **qualsiasi problematica**.

Evidente il consueto approccio antiformalistico – dove cioè la forma, ossia la presenza di due procedimenti, soccombe dinanzi alla *sostanza*, qui rappresentata dall'asserita unicità del procedimento –, ma con una significativa peculiarità: contrariamente a quanto di solito si registra, la prevalenza della *sostanza* sulla *forma* finisce in questo caso per *depotenziare* l'operatività del diritto fondamentale.

Nel dettaglio, la Grande Camera ha concluso che non viola il diritto fondamentale al *ne bis in idem* la celebrazione di un processo penale nei confronti dello stesso soggetto già sanzionato in via definitiva per il *medesimo fatto* dall'amministrazione tributaria con una soprattassa riconducibile alla *matière pénale*, quando tra i due procedimenti esista una *connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*.

L'azione interpretativa sul *bis* ha fatto leva sulla valorizzazione, ai fini della conformità al principio del *ne bis in idem* dei sistemi sanzionatori a *doppio binario*, del requisito, talvolta utilizzato in alcune pronunce, della *connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta tra i due procedimenti*.

Per valutare se i due procedimenti risultano connessi – si spiega (senza comunque mancare di suggerire agli Stati, quale strumento risolutivo, l'effettiva riunione, in uno "stadion" opportuno, dei due procedimenti) – occorrerà constatare non solo la relativa *complementarità* nei mezzi e negli obiettivi perseguiti unitamente alla presenza di una *inter-connessione di natura cronologica*, ma anche la *prevedibilità* e la *proporzionalità* della complessiva risposta sanzionatoria. E a tal fine la Corte ha elaborato degli **indici di cui tener conto nel test**, ravvisandone la presenza nella vicenda oggetto di giudizio.

Segnatamente, sarà necessario verificare: **a)** se i **procedimenti** abbiano **scopi diversi** e assumano a oggetto (non solo in astratto ma pure in concreto) aspetti differenti della stessa condotta antisociale; **b)** se la duplicità dei procedimenti sia un effetto **prevedibile** della condotta; **c)** se i due procedimenti siano condotti in modo da evitare *per quanto possibile* ogni **uplicazione** nella **raccolta** e nella **valutazione** della **prova**, segnatamente attraverso un'interazione tra le varie autorità competenti, in modo che l'accertamento dei fatti effettuato in un procedimento sia utilizzato anche nell'altro; **d)** «and, above all», se la sanzione imposta all'esito del procedimento che si conclude per primo sia presa in considerazione nell'altro procedimento, in modo da assicurare l'esigenza di complessiva **proporzionalità** della pena. Infine, circa il collegamento di natura cronologica tra i due procedimenti, la Corte ha precisato come tale requisito non implichi che essi debbano svolgersi necessariamente in maniera strettamente *parallela*, dovendosi tuttavia considerare più elevata la probabilità di ricorrenza della violazione convenzionale, tenuto conto dell'entità del pregiudizio individuale, quando il

soggetto, a causa di procedimenti *consecutivi*, sia esposto a una condizione di perdurante incertezza circa la propria sorte.

Non è possibile in questo contributo riproporre la disamina di una decisione, che presenta profili di criticità nell'impostazione generale e nei singoli indici ai quali è agganciato il *test*, giungendo per certi versi a trasfigurare la fisionomia genetica del principio [6]. Al contempo, però, anche per collocare la pronuncia della Corte di Cassazione nella giusta prospettiva, è doveroso segnalare come l'interprete venga così chiamato a effettuare una verifica calibrata su parametri di giudizio nient'affatto stringenti e vincolanti, la cui elasticità e, talvolta, equivocità rievocano quella dimensione *flou*, tipica del diritto dei diritti dell'uomo.

Difronte, dunque, a un diffuso e giustificato scetticismo circa le *chances* applicative del *ne bis in idem*, come concepito nella decisione *A e B. c. Norvegia*, la Corte di Strasburgo, nella prima pronuncia a questa successiva – la **decisione Jóhannesson e a. c. Islanda**, 18.5.2017 [7] –, ha effettuato il *test* ravvisando la violazione del principio, senza però dissipare i dubbi e le perplessità generati dal contenuto della verifica.

Nell'occasione, sotto esame era il doppio binario sanzionatorio islandese in materia di violazioni tributarie. Riconosciute natura sostanzialmente penale alla sanzione amministrativa e medesimezza fattuale nei due procedimenti secondo il criterio dell'*idem factum*, la Corte ha applicato il *test* della *connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta* per verificare se i due procedimenti potessero essere considerati parti di un unico procedimento sanzionatorio integrato, vagliando *uno per uno* gli indici individuati nella decisione *A e B. c. Norvegia*.

L'esito negativo del *test* ovvero il riscontro della *formale e sostanziale* autonomia dei due procedimenti ha fatto leva sui profili temporali che hanno caratterizzato lo sviluppo degli stessi e sull'indipendenza che ha contraddistinto le corrispondenti raccolta e valutazione delle prove.

In particolare, in ordine al primo dei due fattori, la Corte ha sottolineato come i due procedimenti avessero coperto (dall'inizio dell'indagine tributaria alla pronuncia penale definitiva) uno spazio di oltre nove anni, procedendo in parallelo solo per un breve periodo, di poco più di un anno [8]. È così specificata una forma di estensione dell'arco temporale dei procedimenti che esclude la connessione.

L'indicazione più utile derivabile dall'itinerario argomentativo tracciato in questa pronuncia sembrerebbe attenere al **rapporto sussistente tra i diversi indici segnaletici della connessione procedimentale**. Si lascia cioè intendere che ciascuno di essi deve essere soddisfatto affinché il *test* dia esito positivo; ovvero come, ai fini della ricorrenza del difetto di connessione, sia sufficiente che anche uno solo degli indici non venga rilevato.

4. Definita la cornice convenzionale entro la quale è stata chiamata a operare, guardiamo dunque da vicino come la Corte di Cassazione si sia orientata nella nebulosa argomentativa del *test* della *sufficiently close connection in substance and time*.

Ad un sintetico richiamo all'evoluzione della giurisprudenza di Strasburgo, che culmina nel riferimento alla decisione *A. e B. c. Norvegia*, di cui sono riportati alcuni passaggi salienti, segue la trattazione del caso. Una trattazione, invero, alquanto scarna, atteso che **il giudice di ultima istanza pone il focus esclusivamente sullo sviluppo temporale dei due procedimenti**, rilevando una *stretta connessione* dovuta alla complessiva contemporaneità del loro svolgersi, per poi concludere che «deve ritenersi una “connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta” tra i due procedimenti sanzionatori». Ma, in realtà, gli aspetti *sostanziali* della connessione, con i relativi indici elaborati dalla Corte Edu, pur evocati nelle premesse ricostruttive della giurisprudenza convenzionale, non sono vagliati.

Nel sillogismo della Corte, dunque, risulta rovesciata la prospettiva metodologica *implicitamente* avallata dalla decisione *Jóhannesson e a. c. Islanda*, secondo la quale,

ai fini del riscontro di una connessione procedimentale sufficientemente stretta, sarebbe necessario il soddisfacimento di tutti i profili di collegamento (con relativi indici) individuati nell'arresto *A. e B. c. Norvegia*. Diversamente, la sentenza in esame sembra affermare la regola opposta, secondo la quale sarebbe sufficiente il riscontro anche di un solo profilo di correlazione – in specie, quello cronologico – perché il *test* abbia un esito positivo.

Tale approccio, considerato l'effetto restrittivo della portata del diritto fondamentale che consegue alla pronuncia *A. e B. c. Norvegia*, non risulta condivisibile. Per superare il dato formale del *doppio procedimento* e pervenire, sul piano interpretativo, a una sostanziale *reductio ad unum* significativa dell'esistenza di due procedimenti *integrati*, parti di un unico sistema sanzionatorio, sembra indispensabile procedere a una valutazione ben più ampia e articolata, che non può cioè esaurirsi nell'analisi di un solo profilo tra quelli indicati nella piattaforma elaborata dai giudici di Strasburgo.

Peraltro, nella visione che ispira la sentenza della Suprema Corte sembra concretizzarsi il **rischio di trasfigurazione del principio del *ne bis in idem***, fenomeno – come detto – rinvenibile nel *novum* apportato dalla decisione *A e B c. Norvegia*, dove taluni criteri fondanti il *test* della *sufficiently close connection in substance and time* mal si armonizzano con la logica del principio, alimentando il sospetto dell'avvenuta confusione di diversi piani concettuali [9].

L'importanza riconosciuta al dato cronologico – e, dunque, alla concreta scansione temporale dei procedimenti – nell'ambito della decisione *Jóhannesson e a. c. Islanda* aveva fatto rilevare il rischio di rendere il *ne bis in idem* «un improprio rimedio contro l'eccessiva durata del procedimento che “sopravvive” alla definizione del primo» [10]. Ebbene, la sovrapposizione di distinti paradigmi valutativi risulta ancor più evidente nella pronuncia in esame, dove il profilo temporale pare assurgere a parametro di giudizio esclusivo.

Posto ciò, potremmo concludere che la sentenza della Suprema Corte eredita le “anomalie” dell'ultima giurisprudenza convenzionale in materia di *ne bis in idem*, estremizzandone per certi versi i tratti. Ed è forse nella difficoltà di farsi strada tra le nebbie del *test*, di tracciare un percorso coerente sotto una guida sicura, che albergano le ragioni più profonde di una decisione che *semplifica le cose*, ovvero *sfronda il test*, per non affrontare l'attuale *complessità* che il diritto fondamentale al *ne bis in idem* manifesta al cospetto dei sistemi sanzionatori *a doppio binario*. Una complessità che, a nostro modo di vedere, sottende esigenze di razionalizzazione degli apparati sanzionatori, improntate prima di tutto al principio di *proporzione* [11].

In definitiva, l'impressione è che la Suprema Corte, consapevolmente o meno, abbia fatto un **passo indietro di fronte alle questioni “di sistema” sollecitate dagli indici sostanziali** – questioni che avrebbero richiesto un'approfondita analisi del quadro normativo di riferimento –, finendo per concentrarsi unicamente sulla verifica del profilo immanente allo sviluppo materiale degli accadimenti ovvero al concreto svolgersi dei procedimenti.

5. Eppure, di cose da dire sulla coerenza della normativa sanzionatoria fiscale con il *ne bis in idem* europeo nella versione “*A. e B. c. Norvegia*” ce ne sarebbero state.

Com'è noto, **il sistema sanzionatorio tributario è, sì, ispirato al regime del doppio binario, ma alternativo (e non cumulativo)**: l'applicabilità delle due tipologie di illeciti e correlative sanzioni non è quindi contemplata come *congiunta*, bensì come *disgiunta*. Ciò è dimostrato dall'espressa estensione a tale materia del principio di specialità tra disposizioni sanzionatorie penali e amministrative sancita dall'art. 19 del D.lgs. 74/2000, che si riflette poi sul piano procedurale nel congegno approntato dall'art. 21 dello stesso decreto. Questo congegno, nel quadro della regola generale sancita all'art. 20, secondo cui il procedimento di accertamento tributario non può essere sospeso per la pendenza del procedimento penale inerente gli stessi fatti, impedisce comunque l'esecuzione della sanzione per l'accertato illecito amministrativo ove

prima non si sia concluso il procedimento penale con formula di proscioglimento che escluda la rilevanza penale del fatto e, quindi, la sussistenza del presupposto operativo del principio di specialità [12]. È pertanto evidente come il legislatore abbia presunto che, nel rapporto tra le due norme, quella speciale sia la norma penale, e ciò in ragione degli elementi specializzanti in generale rinvenibili nelle soglie di punibilità e nel dolo di evasione.

Ora, è pur vero che la scelta a monte di escludere il cumulo sanzionatorio si rivela utile – e in questo senso rassicura – a evitare il pericolo di incorrere in condanne europee simili a quella che ha riguardato il sistema degli abusi di mercato, dove il concorso di illeciti (penale e amministrativo) sul medesimo fatto realizza di per sé le premesse (*stesso autore del medesimo fatto, duplicità di procedimenti*) per la violazione del divieto. Tuttavia, è altrettanto vero che, anche a voler prescindere dai ben noti limiti operativi propri del criterio della specialità [13], questo non può preservare dal pericolo di violazione del *ne bis in idem* europeo, vale a dire del principio nella (sola) sua declinazione processuale [14], quando, sul piano delle regole procedurali, risulti accompagnato dal **meccanismo – per così dire, di stop and go dei procedimenti – trasfuso nell’art. 21 del decreto**.

Detto altrimenti, si ritiene che il problema risieda proprio in tale meccanismo. Esso risulta chiaramente ispirato ad una logica di efficienza operativa. L’amministrazione, in effetti, rispetto alle violazioni tributarie fatte oggetto di notizia di reato, si precostituisce un titolo che porrà in esecuzione laddove il processo penale venga definito con formula di proscioglimento che escluda la rilevanza penale del fatto (e dunque i presupposti per l’applicazione del principio di specialità), così evitandosi l’apertura, dopo la chiusura del processo penale, di una nuova fase relativa all’applicazione delle sanzioni amministrative esposta a sviluppi in sede contenziosa.

È evidente come tale congegno, impedendo la congiunta applicazione delle due sanzioni, garantisca il rispetto del *ne bis in idem* sostanziale. Diversamente, la sua operatività sembra porsi in contrasto col *ne bis in idem* processuale convenzionale, atteso che il contribuente finisce per subire il peso di due procedimenti. E non vale obiettare che il provvedimento sanzionatorio dell’illecito amministrativo è ineseguibile. Ciò che conta è la presenza di un giudizio definitivo e non la concreta esecuzione della sanzione da esso scaturente; di modo che il provvedimento di applicazione/irrogazione della sanzione amministrativa dell’ufficio accertatore, una volta divenuto definitivo, benché non eseguibile, sancisce la “chiusura” del giudizio, circostanza che, nella nostra prospettiva, dovrebbe impedire l’apertura o la sussistenza del secondo giudizio (quello penale *stricto sensu*) [15]. Inoltre, ai fini del riscontro della violazione del divieto, anche in base alle posizioni emerse nella giurisprudenza convenzionale, sembrerebbe sufficiente il provvedimento definitivo dell’amministrazione finanziaria, sicché il mancato intervento dell’organo giurisdizionale conseguente all’impugnazione di detto provvedimento da parte del contribuente in ipotesi acquiescente, non osterebbe al rilievo della formazione di un *bis in idem* [16].

Breve. La conclusione, **prima dell’avvento della decisione A. e B. c. Norvegia** era che lo stesso meccanismo di coordinamento procedurale dei due binari sanzionatori – stante la visione antiformalistica della qualificazione della natura dell’illecito e la nozione accolta del requisito della medesimezza fattuale – generasse il **rischio di frizione del sistema col *ne bis in idem* di cui all’art. 4, Prot. 7, Cedu** [17].

Oggi, ciò che conta è il test della *sufficiently close connection in substance and time*.

Proviamo allora ad applicare la rinnovata criteriologia convenzionale, facendo salve le specificità che possono caratterizzare il *concreto* svolgersi della (duplice) vicenda procedimentale e, a maggior ragione, prescindendo dalla valutazione della sua estensione temporale.

Assunta come soddisfatta la condizione della prevedibilità del duplice procedimento – ossia, l’indice *subb*) –, la riflessione deve concentrarsi innanzitutto sull’indice *sub a*). Circa la possibilità

di trasporre nel nostro settore le considerazioni svolte dalla Grande Camera nella decisione *A. e B. c. Norvegia* – dove si assegna alle sanzioni amministrative dell'ordinamento norvegese una finalità *anche* compensativa delle spese di accertamento sostenute dall'erario e a quella penale una finalità punitiva relativamente a una condotta caratterizzata dall'elemento addizionale della frode – va osservato come esse potrebbero valere rispetto agli illeciti puniti con una soprattassa del 30 % (si pensi alle figure di omesso versamento o all'indebita compensazione di crediti non spettanti), analogamente a quanto avvenuto nel caso deciso dalla Grande Camera, ma non rispetto agli illeciti per i quali sia prevista una sanzione pari al 90%-180% (come avviene nell'ipotesi di infedele dichiarazione) o, addirittura, al 120%-240% (come avviene nell'ipotesi di omessa dichiarazione) [18]. E ciò – si direbbe – anche a fronte di una maggiore caratterizzazione del disvalore tipico dell'illecito penale.

In ordine all'indice *sub c)*, si è osservato come alla sostanziale condivisione dell'attività di raccolta delle prove (le risultanze delle verifiche amministrative sono tenute presenti nel processo penale e viceversa) faccia da contraltare il diverso *standard* valutativo delle medesime, attese le maggiori garanzie penalistiche; del resto, il giudicato nell'uno non fa stato nell'altro, tant'è che spesso le due autorità giungono a conclusioni diverse [19]. Insomma, su questo piano, il coordinamento dei due procedimenti, ovvero – se si preferisce – la *sostanziale* unicità procedimentale, è in dubbio. L'ultimo indice, è quello della complessiva proporzionalità sanzionatoria. L'attenzione (ri-)cade sul descritto meccanismo contemplato all'art. 21 d.lgs. n.74 del 2000. Esso, in funzione servente del principio di specialità di cui all'art. 19, impedisce la doppia sanzione, così ergendosi a baluardo del *ne bis in idem* sostanziale e, nella prospettiva oggi rilevante, della proporzionalità sanzionatoria; ma al contempo – lo si detto – finisce per “istituzionalizzare” il doppio procedimento *formalmente* considerato. Quel doppio procedimento che la Corte Edu pretende di oscurare, ovvero di *reducere ad unum*, attraverso un percorso sostanziale, figlio della logica della proporzione. Di modo che, si potrebbe osservare come nell'art. 21 – paradossalmente – convivano *problema* e (forse) *sua soluzione*.

Peraltro, tale paradosso è prova tangibile di una singolare mescolanza di piani concettuali nella giurisprudenza convenzionale, a cui pure sopra si è accennato in via generale. L'art. 4, Prot. 7, Cedu, dovrebbe tutelare l'individuo dalla duplicazione di procedimenti rispetto a un medesimo fatto, a prescindere dal loro esito e dunque, nel caso di due condanne, dalla concreta, complessiva risposta sanzionatoria. Voler derivare da quest'ultimo dato l'argomento per sostenere la sostanziale unicità procedimentale, significa allontanarsi dall'esigenza originale sottesa al principio del *ne bis in idem* ovvero sublimarla in un diverso itinerario concettuale: anche in presenza di una complessiva, in ipotesi proporzionata risposta sanzionatoria, l'individuo non dovrebbe poter subire il peso di due procedimenti aventi a oggetto lo stesso fatto; e, tantomeno, un'equilibrata reazione sanzionatoria dovrebbe poter trasformare ciò che corrisponde a due procedimenti in uno soltanto. L'indice *sub d)* segna, insomma, l'ingresso nello statuto concettuale del *ne bis in idem* europeo, espressione di una logica di giudizio puramente procedimentale, di un parametro eterogeneo: volano di un'urgenza equitativa, che piuttosto evoca la logica propria del volto sostanziale del principio, ispirata appunto a una valutazione di proporzionalità della reazione sanzionatoria (riflessa nell'esigenza di evitare *tout court* la duplicazione della sanzione rispetto al medesimo fatto).

Nell'orizzonte degli strumenti in funzione adeguatrice *in proportionem* dovrebbe inoltre iscriversi la causa di non punibilità legata al pagamento del debito tributario, compresi sanzioni amministrative e interessi, prevista all'art. 13 del decreto e frutto di una riforma – quella del 2015 [20] – complessivamente indifferente alla questione del *ne bis in idem*. Tale causa di non punibilità, benché non collegata all'esigenza di risolvere la nostra problematica, può in qualche modo attenuarne in concreto gli effetti [21].

6. La questione del *ne bis in idem* in campo fiscale sembra allora restar aperta anche dopo la ridefinizione dello statuto del principio operata dalla *Grande Chambre* con la decisione *A. e B. c. Norvegia* [22]; l'effetto tranquillizzante prodotto da tale arresto si rivela solo parziale.

Le note di complessità non mancano. Una complessità che non può essere sciolta attraverso percorsi di *semplificazione* argomentativa, come quelli che sembra aver tracciato la Suprema Corte. Di certo, è auspicabile maggiore chiarezza da parte della Corte Edu. Molto, cioè, dipenderà dal suo atteggiamento nei confronti del *test*: se sarà o meno confermato l'approccio rigoroso, lasciato intendere, in merito all'esigenza di soddisfare *tutti* gli indici del *test* ai fini del riscontro di connessione procedimentale; e, ancora, se l'approccio nella verifica del soddisfacimento del singolo indice sarà, per così dire, *flou*, ossia marcatamente elastico, o, invece, stringente.

Senza poi contare che risulta pendente il giudizio della Corte di giustizia UE (preceduta dalla presentazione da parte dell'Avvocato generale di conclusioni spiccatamente "garantistiche" [23]), interpellata da giudici italiani con tre questioni pregiudiziali formulate, con riferimento all'art. 50 CDFUE, sui doppi binari sanzionatori in materia di violazioni tributarie e di abusi di mercato [24]. Prescindendo ora dalle differenze del suo programma valutativo rispetto a quello in uso a Strasburgo [25], la Corte del Lussemburgo non potrà non tener conto dell'attuale posizione della Corte Edu. E ciò soprattutto se si ha riguardo alla più efficace tutela dei propri interessi finanziari che, attesa la restrizione dei margini operativi del principio operata dalla Grande Camera nel caso *A e B c. Norvegia*, conseguirebbe alla condivisione di tale nuovo statuto del *ne bis in idem* convenzionale; a parte, poi, l'opportunità di prevenire il rischio insito in una divergenza tra interpretazioni *convenzionalmente* e *comunitariamente* conformi.

Al riguardo, la stessa Corte di Cassazione, nella pronuncia esaminata, ha escluso la ricorrenza dei presupposti per sollevare una questione pregiudiziale, ponendo l'accento sulla vincolatività (da intendersi, più precisamente, come divieto di interpretazione più restrittiva) per i giudici del Lussemburgo della "portata" convenzionale dei diritti fondamentali.

[1] Per la quale si vedano, tra gli altri, F. D'Alessandro, *Tutela dei mercati finanziari e rispetto dei diritti umani fondamentali*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 614; G. De Amicis, [Ne bis in idem e 'doppio binario' sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza 'Grande Stevens' nell'ordinamento italiano](#), in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 201 ss.; G.M. Flick- V. Napoleoni, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Riv. soc.*, 2014, 953 ss.; F. Viganò, [Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell'art. 50 della Carta? \(a margine della sentenza Grande Stevens della Corte EDU\)](#), in *Dir. pen. cont.- Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 219.

[2] Tra le principali, Corte EDU, *Nykanen c. Finlandia*, 20.5.2014; C. eur. dir. umani, *Lucki Dev c. Svezia*, 27.11.2014; C. eur. dir. umani, *Kiiveri c. Finlandia*, 10.2.2015.

[3] Cfr., per tutte, Cass. pen., sez. III, 8.4.2014-15.5.2014, n. 20266, in un caso di omesso versamento delle ritenute.

Ad ogni modo, in altre pronunce la Suprema Corte aveva stabilito, inserendosi nell'ambito di un contrasto giurisprudenziale sul punto, la non deducibilità della violazione del *ne bis in idem* in quanto sarebbe precluso, in sede di legittimità, l'accertamento del fatto, «necessario per verificare la preclusione derivante dalla coesistenza di procedimenti iniziati per lo stesso fatto e nei confronti della stessa persona», con ciò denotando di polarizzare l'analisi sul fatto storico (Cass. pen., 11.2.2015, n.19334; nello stesso senso, anche Cass. pen. 15.4.2015, n. 20887).

Per un quadro complessivo della giurisprudenza interna, si rinvia a M. Dova, [Ne bis in idem e reati tributari: a che punto siamo?](#), in *questa Rivista*, 9 febbraio 2016 e a P. Rivello, [I rapporti tra giudizio penale e tributario ed il rispetto del principio del ne bis in idem](#), in *questa Rivista*, fasc. 1/2018, 122 ss.

[4] Corte Cost., 31.5.2016, dep. 21.7.2016, n. 200, in *questa Rivista*, 24 luglio 2016, con commento di S. Zirulia, [Ne bis in idem: la Consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dl diritto vivente italiano \(ma il processo Eternit bis prosegue\)](#).

- [5] Per il commento a tale arresto si rinvia, per tutti, a F. Viganò, [La Grande Camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio](#), in *questa Rivista*, 18 novembre 2016.
- [6] Cfr. A.F. Tripodi, *Cumuli punitivi, ne bis in idem e proporzionalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1065 ss. e 1073 ss.
- [7] Per la quale si veda F. Viganò, [Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari](#), in *questa Rivista*, fasc. 5/2017, p. 392 ss.
- [8] Nel dettaglio, il procedimento amministrativo si era chiuso nel 2007 e le relative sanzioni erano divenute definitive all'inizio del 2008; solo nel dicembre 2008, i due ricorrenti erano stati rinviati a giudizio, per poi essere condannati in via definitiva nel febbraio 2013.
- [9] V. *infra*, §5, in merito all'indice *sub d*).
- [10] Così, F. Viganò, [Una nuova sentenza di Strasburgo su ne bis in idem e reati tributari](#), cit.
- [11] Per una chiave di lettura che guarda *oltre il ne bis in idem*, soffermandosi sul metro della proporzionalità, sia consentito rinviare ancora a A. F. Tripodi, *Cumuli punitivi*, cit., 1073 ss.
- [12] Per l'esegesi della disposizione e la sottolineatura di taluni aspetti problematici, si veda V. Napoleoni, *I fondamenti del nuovo diritto penale tributario*, Milano, 2000, 275 ss.; P. Russo, *Il principio di specialità ed il divieto del ne bis in idem alla luce del diritto comunitario*, in *Rass. dir. trib.*, 2016, 25 ss.
- Rileva, peraltro, come gli artt. 20 e 21 non risultino, ad oggi, puntualmente applicati, A. Iorio, *I nuovi reati tributari*, Milano 2015, 122.
- [13] Esso è intrinsecamente condizionato dalla definizione strutturale delle fattispecie poste a confronto e, dunque, non include quei giudizi di valore talvolta dirimenti, tipici di altri approcci concettuali alla problematica del concorso di illeciti, che vanno ad arricchire la criteriologia risolutiva del concorso nel senso della relativa apparenza.
- [14] La Corte di Strasburgo (cfr. Corte eur. dir. umani, 12.4.2016, *Dungevckis c. Lituania*) ha espressamente escluso dal raggio operativo dell'art. 4, Prot. 7, Cedu, le situazioni di cumulo sanzionatorio interne a un unico giudizio, come tali riferibili alla declinazione sostanziale del *ne bis in idem*; la cui *ratio*, discendente da ragioni di *equità* e proporzionalità, coincide con l'esigenza di evitare la duplice qualificazione e perciò la duplicazione della sanzione rispetto a un medesimo fatto e si traduce nell'elaborazione di quella criteriologia risolutiva del concorso di illeciti a cui si è fatto fugacemente cenno nella nota precedente.
- [15] Si ravvisa una significativa convergenza di opinioni al riguardo: cfr., tra gli altri, G.M. Flick-V. Napoleoni, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in *www.rivistaaic.it*, 10.7.2015, 23; A. Giovannini-L.P. Murciano, *Il principio del "ne bis in idem" sostanziale la doppia sanzione per la medesima condotta*, in *Corr. trib.*, 2014, 1551 ss.; A. Marcheselli, *Motivazioni tributarie e un "morto che cammina": il doppio binario sanzionatorio tributario*, in *Corr. trib.*, 2014, 2888.
- [16] Così G.M. Flick-V. Napoleoni, *A un anno di distanza dall'affaire*, cit., 23, che richiamano la pronuncia *Kiiveri c. Finlandia*, cit.; e, da ultimo, G. Melis, *la nuova disciplina degli effetti tributari dell'estinzione del debito tributario*, in *Rass. Trib.*, 2016, 609 in nota, il quale conclude che «alla giurisprudenza della Corte EDU parrebbe, in effetti, evincersi che non occorra che si sia aperta una fase *stricto sensu* "processuale" per attivare la garanzia del *ne bis in idem* "processuale", ma solo che vi sia la definitività della sanzione in esito ad un "procedimento"» e a suffragio richiama la sentenza della Corte Edu 16 giugno 2009, *Ruotsalainen v. Finland*, caso in cui appunto la sanzione amministrativa non aveva formato oggetto di impugnazione e pertanto si era resa definitiva. L'Autore precisa per completezza che «sul piano sanzionatorio amministrativo tributario, va rilevato che la conciliazione giudiziale si colloca nella fase strettamente processuale, ancor più dopo la recente rimozione del limite alla sua esperibilità entro la prima udienza di trattazione».
- [17] Cfr. R. Conti, *Ne bis in idem*, in R. Garofoli - T. Treu, a cura di, *Il libro dell'anno del diritto 2015*, Roma, 2015, 438 ss.; G.M. Flick- V. Napoleoni, *A un anno*, cit., 23; E.M. Mancuso, *Ne bis in idem e giustizia sovranazionale*, in A. Giarda-A. Perini-G. Varraso, a cura di, *La nuova giustizia penale tributaria*, Milano, 2016, 540 ss.; A. Benazzi, *Sanzioni amministrative per violazioni ritenute penalmente rilevanti*, in A. Cadoppi- S. Canestrari - A. Manna - M. Papa (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, Tomo I, Torino, 2017, 1295; e, volendo, A.F. Tripodi, *Ne bis in idem e reati tributari*, in A. Cadoppi- S. Canestrari - A. Manna - M. Papa (diretto da), *Diritto penale dell'economia*, cit., 684 ss. Nel senso dell'incompatibilità dell'art. 21 D.lgs. 74/2000 col divieto convenzionale anche Trib. Bologna, 21.4.2015, nell'ambito dell'ordinanza con cui si è sollevata questione di illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione all'art. 4, prot. 7, CEDU.

[18] In questo senso i primi commentatori: S. Colaianni - M. Monza, *Il problema del "conflitto" tra ne bis in idem "internazionale" e doppio binario tributario. La parabola del principio verso l'eclisse?*, in *Riv. dir. trib.*, n.2, 2017, 38; G. Melis, *Ne bis in idem con il nodo della connessione, in Norme e tributi, Il sole 24 ore*, 15.10.2017; F. Gallo, *Il ne bis in idem in campo tributario: un esempio per riflettere sul "ruolo" delle Alte Corti e sugli effetti delle loro pronunzie*, in *Rass. trib.*, 2017, 923.

[19] Per tali rilievi, S. Colaianni - M. Monza, cit., 39; G. Melis, cit.; F. Gallo, op. cit. Si soffermano sull'autonomia dei due giudicati, anche con dovizie di riferimenti giurisprudenziali, A. Comelli, cit., 1274 ss. e P. Rivello, cit., 110 ss.

[20] Per una panoramica sul sistema penal-tributario come plasmato dall'ultimo intervento legislativo, cfr. A. Ingrassia, *Ragione fiscale vs 'illecito penale personale'*, Milano, 2016.

[21] Rimanendo nell'area normativa della premialità, si osservi come la previsione dell'attenuante legata al pagamento del debito tributario (necessaria peraltro per accedere al patteggiamento), oggi confluita nell'art. 13 bis e rilevante al di fuori dei casi di non punibilità di cui all'art. 13, potrebbe perpetrare un *vulnus* al *ne bis in idem* sostanziale, atteso il richiesto pagamento della sanzione amministrativa, che si aggiunge all'applicazione di quella penale sia pure in forma attenuata; e, nella rinnovata prospettiva convenzionale, sensibile ai profili della proporzionalità sanzionatoria, anche a quello processuale. Tuttavia, si deve rilevare come trattasi di un pagamento volontario e non coatto, funzionale all'ottenimento di un beneficio in sede penale, che peraltro la Relazione governativa al D.lgs. 74/2000 inquadra non come una deroga al principio di specialità di cui all'art. 19, ma quale criterio legale di commisurazione del risarcimento del danno da reato (Cfr. G.M. Flick- V. Napoleoni, *A un anno*, cit., 22; sul tema, ampiamente e in termini problematici, G. Melis, cit., 15 ss.).

[22] *Contra* P. Rivello, cit., 131, che sottolinea la rilevanza, ai nostri fini, della disciplina stabilita dai vigenti artt. 13 e 13 bis D.lgs. 74/2000. E richiama inoltre la già citata Cass. pen. 15.4.2015, n. 20887, nella quale, benché nell'ambito dell'affermazione della non deducibilità della violazione in sede di legittimità, si rinviene una sia pur embrionale forma di effettuazione del *test* di connessione (derivato da alcuni riferimenti giurisprudenziali della Corte Edu ante A e. B. c. Norvegia), con esito positivo fondato sulla ritenuta "normalità" del "parallelismo" dei due procedimenti e sui profili di interazione riconducibili agli effetti del pagamento del debito tributario (comprese sanzioni amministrative) sull'entità della sanzione penale all'epoca previsti.

[23] Sulle quali, si veda F. Viganò, [Le conclusioni dell'Avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di ne bis in idem tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato](#), in questa Rivista, fasc. 9/2017, p. 206 ss.

[24] Per le quali si vedano F. Viganò, [Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia](#), in questa Rivista, 28 settembre 2015; Id., [A Never-Ending Story? Alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato](#), in questa Rivista, 17 ottobre 2016; Id., [Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni di privilegiate](#), in questa Rivista, 28 novembre 2016.

[25] Per un'approfondita comparazione della giurisprudenza delle due Corti in materia di *ne bis in idem*, si rinvia a G. De Amicis - P. Gaeta, *Il confine di sabbia: la Corte Edu ancora di fronte al divieto del ne bis in idem*, in *Cass. pen.*, 2017, 476 ss.

* * * * *

Omesso versamento di ritenute certificate (art. 10-bis del d.lgs. 74/2000): è sufficiente il "modello 770" per provare l'avvenuta certificazione? La questione alle Sezioni Unite

Cass., Sez. III, ord. 23 novembre 2017 (dep. 13 dicembre 2017), n. 55486.

Pres. Savani, Est. Graziosi, Ric. Macerata

di Enrico Andolfatto

1. Con l'ordinanza qui commentata, la Terza Sezione della Corte di Cassazione chiede alle Sezioni Unite di chiarire se, per ritenere provato il delitto di cui all'**art. 10-bis del D.Lgs. 74/2000** (nelle fattispecie commesse sotto la vigenza del testo precedente alla riforma del 2015 [1]), sia sufficiente – con specifico riguardo alla prova dell'avvenuta certificazione delle ritenute effettuate dal sostituto d'imposta – la **dichiarazione "Modello 770"** ovvero se, al contrario, il Pubblico Ministero debba integrarla con ulteriori fonti probatorie, specificamente volte a dimostrare l'effettivo rilascio delle certificazioni ai sostituiti d'imposta da parte dell'imputato [2].

Nello specifico caso all'esame della Corte, il ricorrente – condannato dalla Corte d'Appello di Ancona alla pena di otto mesi di reclusione per il delitto di omesso versamento delle ritenute certificate – lamentava, con il primo motivo di ricorso, la violazione e l'erronea applicazione dell'art. 10-bis del D.Lgs. 74/2000 e dell'art. 4, commi 1 e 6-ter, del D.P.R. 322/1998: i giudici di merito, infatti, avevano ritenuto che il rilascio delle certificazioni ai sostituiti d'imposta potesse essere adeguatamente dimostrato con la sola allegazione del "Modello 770", che – nel procedimento *de quo* – costituiva di fatto l'unica fonte di prova allegata dalla Procura della Repubblica; l'imputato, dunque, contestava proprio il fatto che il modello di dichiarazione citato potesse essere idoneo – per sé solo – alla dimostrazione del rilascio delle certificazioni.

2. L'ordinanza in commento richiama anzitutto il testo della sentenza impugnata, dando ampio conto degli **orientamenti della giurisprudenza di legittimità** relativi alla problematica in questione.

In particolare, un **primo indirizzo** (inaugurato da Cass., Sez. III, sent. 15 novembre 2012, n. 1443, Salmistrano [3]) aveva affermato che la norma incriminatrice di cui all'art. 10-bis del D.Lgs. 74/2000 avrebbe coperto il "vuoto normativo" rimasto dopo l'**abrogazione della vecchia legge sui reati tributari**: *«l'omesso versamento delle ritenute d'acconto, sanzionato dall'art. 2 del D.L. 429/1982, non era più previsto dalla legge come reato a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 74/2000, nel cui testo non figur[avano] fattispecie di reato in continuità normativa rispetto a quella dell'art. 2 del D.L. citato; l'art. 10-bis, nel colmare il vuoto normativo, operava indubitabilmente sullo stesso piano della norma abrogata, che sanzionava "chiunque non versa all'erario le ritenute effettivamente operate"»*. Dunque, secondo la sentenza Salmistrano, *«se l'art. 10-bis sanziona l'omesso versamento delle ritenute operate dal sostituto d'imposta, non vi è ragione per ritenere che la prova di ciò debba ricavarsi solo dalle certificazioni senza possibilità di ricorrere ad "equipollenti"» quali i Modelli 770*, posto che da essi è possibile ricavare *«un dato assolutamente non equivoco, in quanto proveniente dallo stesso obbligato, [per il quale] non avrebbe senso dichiarare quello che non è stato corrisposto e, per ciò stesso, certificato»*.

3. L'interpretazione della giurisprudenza di legittimità appena descritta, poi, era stata consacrata dalle **Sezioni Unite** (Cass., SSUU, sent. 28 marzo 2013, n. 37425, Favellato). Il Supremo Collegio,

in particolare, dopo aver osservato che il delitto di cui all'art. 10-bis del D.Lgs. 74/2000 sarebbe costituito da una **mera condotta omissiva** (il mancato versamento), necessariamente preceduta da due presupposti (l'erogazione di somme comportanti l'obbligo di effettuare una ritenuta e il rilascio della certificazione della ritenuta medesima al sostituto d'imposta), aveva puntualizzato – relativamente al **profilo probatorio**– che *«[a fronte delle] attestazioni contenute nella dichiarazione annuale costituente il “Modello 770” e provenienti dallo stesso sostituto d'imposta, nelle quali sono puntualmente indicate le certificazioni rilasciate ai sostituti e sono riportati i dati circa le ritenute operate, [...] la pura e semplice affermazione [da parte del sostituto-imputato, n.d.a.] di non avere rilasciato le certificazioni ai sostituti o di non aver retribuito i dipendenti (e di conseguenza neppure operato le ritenute) non lo esonera dalle responsabilità, al cospetto di **prova documentale proveniente dallo stesso imputato** [il “Modello 770”, n.d.a.] che comprovi l'esatto contrario»*.

4. Sennonché, nella linearità ermeneutica affermata sino a quel momento, si era inserito un **orientamento contrario** (Cass., Sez. III, sent. 8 aprile 2014, n. 40526, Gagliardi [4]). La pronuncia in questione, innanzitutto, aveva ricostruito diversamente il delitto di cui all'art. 10-bis del D.Lgs. 74/2000, affermando che esso integrerebbe un **reato a condotta mista** costituita da una componente omissiva (il mancato versamento) ed una precedente componente commissiva, consistente a sua volta in due distinte condotte (l'erogazione di somme comportanti l'obbligo di effettuare una ritenuta e il rilascio della certificazione della ritenuta medesima al sostituto d'imposta; l'orientamento in esame, inoltre, affermò che *«la dichiarazione “Modello 770” non può costituire di per sé sola prova dell'avvenuto rilascio e della effettiva consegna agli interessati della certificazione»* e ciò perché l'interpretazione contraria – fino ad allora univocamente affermata dalla giurisprudenza – si baserebbe sul **“presupposto fallace”** per il quale tutto quello che è stato dichiarato sarebbe stato per ciò stesso necessariamente certificato [5].

5. Il dibattito giurisprudenziale, da ultimo, si è ulteriormente arricchito a seguito dell'entrata in vigore della riforma dei reati tributari, attuata con il **D.Lgs. 158/2015**, che ha integrato l'art. 10-bis con l'inciso “ritenute dovute sulla base della stessa dichiarazione” [6].

Orbene, secondo la sentenza Cass., Sez. III, 7 gennaio 2016, n. 10104, Grazzini, si pone il problema di capire se la modifica consista nell'inserimento dell'inciso sopra riportato integri una norma di **interpretazione autentica** o se, al contrario, rechi una **nuova incriminazione**: la sentenza Grazzini, in particolare, esclude con forza la possibilità per cui la novella possa costituire una norma di interpretazione autentica, sostenendo che *«il legislatore non può schermare sotto la forma di una norma di interpretazione autentica norme effettivamente innovative dotate di efficacia retroattiva»*. Dunque, secondo la sentenza *de qua*, partendo dal presupposto per il quale il legislatore della novella avrebbe inteso estendere la tipicità del reato, deve necessariamente argomentarsi l'impossibilità di includere nell'interpretazione della norma precedente quanto non vi era espressamente compreso: in altre parole, i fatti di omesso versamento commessi sotto la vigenza del “vecchio” art. 10-bis non potranno essere provati attraverso la sola fonte costituita dal Modello 770.

6. Il collegio rimettente, dopo aver specificamente illustrato tutte le letture in precedenza riassunte, rassegna infine le sue conclusioni, attraverso le quali – sostanzialmente – **dimostra di non condividere appieno le affermazioni della sentenza Grazzini**: in particolare, l'ordinanza in commento afferma che *«la sentenza Grazzini ha escluso che l'intento e il contenuto effettivo della [novella del 2015] fossero di interpretazione autentica, ma lo ha fatto in modo assertivo»*. Infatti, *«non sembra essere stato tenuto in conto il contesto della novella del 2015, che in un'ottica globale non ha*

*per nulla inasprito la repressione penale degli illeciti tributari; [...] inoltre, appare difficile qualificare “del tutto inconferente” quel che emerge dalla **relazione illustrativa** della novella, [la quale] afferma che **la modifica ha “chiarito” la portata del testo previgente**».*

Appare evidente, dunque, l’opinione del collegio rimettente: la novella del 2015 potrebbe essere qualificata quale norma di interpretazione autentica e, se così fosse, anche i fatti di omesso versamento delle ritenute certificate commessi prima dell’entrata in vigore del D.Lgs. 158/2015 potrebbero ritenersi provati con la sola allegazione del Modello 770.

La parola, ora, è alle Sezioni Unite.

[1] Si ricorda, infatti, che il D.Lgs. 158/2015 ha definitivamente eliminato ogni dubbio ermeneutico circa la problematica esaminata in questa sede: il nuovo testo dell’art. 10-bis, infatti, punisce «*chiunque non versa entro il termine previsto per la presentazione della dichiarazione annuale di sostituto di imposta ritenute dovute sulla base della stessa dichiarazione o risultanti dalla certificazione rilasciata ai sostituiti*». Sulla natura della legge di riforma, in relazione ai fatti commessi prima della sua entrata in vigore, si veda *infra*, § 5.

[2] La questione sarà affrontata dalle Sezioni Unite nell’udienza pubblica del 22 marzo 2018.

[3] La sentenza Salmistrano è stata poi seguita da svariate pronunce conformi: Cass., Sez. III, 12 giugno 2013, n. 33187; Cass., Sez. III, 6 marzo 2014, n. 20778; Cass., Sez. III, 27 marzo 2014, n. 19454; Cass., Sez. III, 30 maggio 2014, n. 27479.

[4] Anche questo orientamento si è poi replicato in successive sentenze conformi: Cass., Sez. III, 9 ottobre 2014, n. 10475; Cass., Sez. III, 15 ottobre 2014, n. 11335; Cass., Sez. III, 29 ottobre 2014, n. 6203.

[5] Così la sentenza Gagliardi: «*il Modello 770 non contiene anche la dichiarazione di avere tempestivamente emesso le certificazioni; [...] tra i due atti (dichiarazione Modello 770 e certificazione rilasciata ai sostituiti) vi sono differenze sostanziali tali da non consentire di ritenere, automaticamente, che l’uno non possa risultare indipendente dall’altro: si tratta di documenti disciplinati da fonti distinte, rispondenti a finalità non coincidenti e che non devono essere consegnati o presentati contestualmente; inoltre non vi è una regola di esperienza nel senso che le ritenute risultanti dal Modello 770 devono ritenersi per ciò stesso certificate*».

[6] Si veda *supra*, nota 1.

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI – GIURISPRUDENZA DI MERITO

Un singolare caso di 'truffa matrimoniale': la sentenza (assolutoria) del Tribunale di Roma nel caso Lollobrigida

[Trib. Roma, Sez. VIII, sent. 23 marzo 2017, n. 3862, Giud. Roja, Imp. Rigau Rafols](#)

di Camilla Mostardini

1. Con la decisione in commento il Tribunale di Roma ha **assolto** con formula piena **dalle accuse di truffa e uso di atto falso** l'imputato spagnolo Francisco Javier Rigau y Rafols, da anni legato sentimentalmente alla nota attrice Gina Lollobrigida. La procura romana aveva prospettato la responsabilità penale del Rigau per aver indotto con l'inganno la donna a ratificare il matrimonio canonico contratto tramite procura in Spagna con lo stesso Rigau, mirando in tal modo ad avanzare pretese sull'ingente patrimonio della diva.

2. Questi, in breve, i controversi e assai articolati **fatti**, così come ricostruiti nella sentenza. Sin dagli anni '80 la Lollobrigida e il Rigau sarebbero stati legati da una lunga relazione sentimentale, tanto da aver determinato anni dopo nell'attrice la volontà di suggellare tale unione nel vincolo del matrimonio. Nell'anno 2006 erano quindi iniziati i preparativi per le nozze, poi annullati per ripensamenti di cui, invero, ognuno dei due nubendi si attribuisce la paternità. Ad ogni modo, sembra che in un secondo momento l'attrice e l'imputato si fossero decisi a celebrare il solo matrimonio canonico tramite procura, così da evitare di attirare su di sé le indesiderate attenzioni della stampa scandalistica. A tal fine la Lollobrigida, recatasi a Barcellona, in presenza di un notaio sottoscrive nel 2010 la procura nuziale. Il matrimonio viene quindi celebrato nel novembre 2010 in una chiesa della città spagnola alla presenza del Rigau e della designata procuratrice, mentre il certificato di matrimonio viene poi fatto sottoscrivere all'attrice in un momento successivo. Per comune volontà dei coniugi, il matrimonio canonico non viene trascritto nei registri civili.

Il Rigau è stato però pubblicamente accusato di aver contratto il matrimonio con la Lollobrigida ad insaputa della diva, al punto che la procura di Barcellona apre un'indagine nei suoi confronti per i delitti di usurpazione di stato civile e falsità. L'uomo, pertanto, trovandosi nella necessità di ottenere dalla Lollobrigida una ratifica della procura da poter esibire davanti alle autorità spagnole, così da fugare ogni dubbio circa l'asserita illiceità della sua condotta, nell'aprile 2012 si reca insieme all'attrice presso un notaio di Roma, mentendo, però, sul reale oggetto della ratifica: avrebbe infatti convinto la Lollobrigida che quella che andava a ratificare era una mera procura alle liti, necessaria per proporre querela nei confronti di chi aveva diffuso con modalità ritenute diffamatorie la notizia dell'annullamento del precedente matrimonio.

Invero, davanti al notaio, il Rigau produce non l'originale procura matrimoniale sottoscritta in Spagna, bensì un documento diverso, semplificato rispetto al primo e artatamente confezionato dallo stesso imputato, con il quale la Lollobrigida avrebbe ratificato, più genericamente, l'attività svolta dalla procuratrice nel novembre 2010, senza alcuna menzione espressa del matrimonio.

Proprio tale raggiro integrerebbe, secondo la prospettazione del Pubblico Ministero, il reato di truffa ai danni della Lollobrigida. In particolare, l'induzione in errore dell'attrice avrebbe determinato la ratifica di un atto ben diverso da una mera procura alle liti, permettendo così al Rigau di realizzare l'ingiusto profitto consistente nella *"acquisizione piena dello status giuridico di coniuge (di persona estremamente facoltosa) e dei relativi diritti alimentari e successori"* e, al contempo, producendo in capo alla stessa l'insorgere dei corrispettivi obblighi matrimoniali, qualificati come danno rilevante ai sensi della fattispecie di truffa.

La procura romana aveva altresì contestato in capo al Rigau il reato di cui all'art. 489 c.p., avendo lo stesso fatto uso di un falso atto notarile proprio al fine di realizzare la truffa.

3. Ebbene, così ricostruiti i fatti, ritiene la pronuncia in commento che non siano integrati né il reato di truffa, né quello di uso di atto falso.

Quanto al primo, affermano i giudici di prime cure che la **truffa** non può ritenersi configurata **nemmeno nella forma tentata**, attesa l'assenza di alcuni requisiti essenziali della fattispecie di cui all'art. 640 c.p.

Invero, se da un lato l'elemento fattuale dell'atto di disposizione patrimoniale può essere identificato nella potenziale capacità della ratifica di incidere sul patrimonio della persona offesa [1], a diversa conclusione perviene la sentenza per quanto attiene ai requisiti del **danno** e dell'ingiusto profitto.

Il primo, a differenza del secondo, deve infatti essere inteso come necessariamente dotato di **contenuto economico e patrimoniale**, consistente in una lesione concreta e non meramente potenziale del bene giuridico protetto: la definitiva fuoriuscita del bene dal patrimonio, appunto, della vittima. Vero è, rileva la sentenza, che il concetto di *patrimonio* deve essere inteso in senso lato, come *"insieme di rapporti giuridici attivi e passivi aventi contenuto economico, unificati dalla legge in considerazione dell'appartenenza al medesimo soggetto per cui qualsiasi situazione possa incidere negativamente sull'assetto di un individuo è destinato a rientrare nel concetto di patrimonio, la cui offesa è penalmente apprezzabile"* [2]. Ma anche alla luce di tale lettura della nozione di patrimonio, affinché nel caso di specie si possa configurare il delitto di truffa sarebbe necessario riscontrare concretamente, accanto all'offesa indubbiamente arrecata alla libertà negoziale della Lollobrigida, anche una lesione *"effettiva certa"* della sua sfera patrimoniale.

Osserva, infatti, la sentenza che nel delineare la fattispecie di cui all'art. 640 c.p. il legislatore non ha inteso sanzionare la frode in sé, quanto piuttosto le conseguenze economicamente apprezzabili da questa derivanti, ed in particolare proprio un *"trasferimento di ricchezza a favore del reo o di terzi"*. Da ciò deriverebbe, secondo i giudici di merito, che nel caso di specie proprio il **mancato conseguimento di qualsivoglia vantaggio economicamente apprezzabile** in capo all'imputato fa sì che **non si possa configurare il reato di truffa**, difettandone l'evento dannoso. Né, d'altra parte, tale evento potrebbe essere identificato con il matrimonio in sé, atteso che il *"preteso profitto ingiusto a favore di un coniuge è neutralizzato dall'identico ed opposto potenziale profitto a favore dell'altro coniuge"* (nel caso in esame è stata accertata la florida condizione patrimoniale dello sposo, oggetto di prova nel processo).

Quanto sin qui detto sarebbe stato già di per sé sufficiente per escludere la sussumibilità dei fatti in esame entro la fattispecie di cui all'art. 640 c.p. Ma v'è di più.

4. Il ragionamento della Corte si spinge infatti oltre, mosso dall'intento di dimostrare che la **ratifica** della procura oggetto di inganno – e della cui falsità si dirà oltre – è comunque del tutto **inidonea a produrre** in capo al Rigau **qualsivoglia diritto o vantaggio economico**, anche potenziale e futuro: la manifestazione di volontà sottesa a tale atto si risolverebbe infatti in una **dichiarazione "inutile"**, incapace di produrre alcun effetto giuridico nella vicenda

matrimoniale in esame. A dimostrazione di ciò, vengono ipotizzati due diversi scenari: l'uno riscontrabile laddove la procura originaria rilasciata in territorio spagnolo fosse ritenuta valida, l'altro nel caso di invalidità della stessa.

Quanto alla prima ipotesi, sarebbe evidente come la ratifica di un atto già di per sé valido ed autentico non spiega alcun effetto giuridico, dal momento che *"presupposto di ogni efficace ratifica è l'assenza o la limitazione dei poteri originari del rappresentante"*: ma se il contenuto della procura era proprio quello di autorizzare la procuratrice a contrarre matrimonio in vece della Lollobrigida, non si vede quale discrasia vi sia tra i poteri attribuiti alla prima e quelli effettivamente esercitati, tale da renderne necessaria una ratifica. Il consenso al matrimonio canonico espresso dalla procuratrice è risultato perfettamente valido ai fini della contrazione dello stesso e conforme, altresì, al contenuto della procura rilasciatale. Sul piano penale, pertanto, la ratifica di tale procura risulta del tutto *"inidonea, in concreto e in assoluto, a produrre l'evento giuridico del reato, anche nella prospettiva del delitto tentato"*.

Lo stesso risultato si otterrebbe laddove si concludesse per l'invalidità della procura spagnola. Nell'ordinamento italiano, infatti, chi rappresenta il nubendo nel matrimonio per procura acquisisce in realtà la posizione di mero *nuncius*, pertanto nell'ipotesi di mancanza dei poteri a questo attribuiti il prestato consenso alle nozze non è solo inefficace, ma del tutto inesistente: nel diritto civile sarebbe inammissibile la ratifica dell'attività del *falsus nuncius*. Lo stesso vale per il diritto canonico, dove il potere di esprimere il consenso al matrimonio deve necessariamente essere prestato dall'interessato in un momento precedente alla celebrazione dello stesso, senza alcuna possibilità di ratifica a posteriori. Quanto all'ambito penale, una simile ratifica riconduce la potenziale condotta fraudolenta all'alveo del **reato impossibile** per inidoneità dell'azione a cagionare l'evento, ai sensi dell'art. 49, comma 2 c.p.

Ciò posto, la sentenza ha quindi indagato le ragioni che avrebbero spinto il Rigau a far ratificare alla Lollobrigida una procura falsa priva di efficacia giuridica, rinvenendole infine nell'uso che l'imputato ne avrebbe fatto dinnanzi all'autorità spagnola che, come visto, stava indagando su una potenziale responsabilità dello stesso per usurpazione di titolo.

5. Le conclusioni raggiunte dalla Corte, prosegue la sentenza, non devono neppure mutare a seconda che il matrimonio canonico contratto a Barcellona si consideri spiegante o meno effetti civili nel territorio italiano.

Infatti, spostando la prospettiva dalla ratifica del 2012 al conferimento iniziale della procura in terra catalana nel 2010, appare evidente, secondo quanto indicato nella sentenza, che il matrimonio canonico **non trascritto nei registri civili spagnoli è inidoneo ad attribuire lo status di coniuge ai sensi del diritto civile italiano**. In particolare, dal momento che il matrimonio canonico non trascritto in Spagna non spiega effetti civili ai sensi dell'ordinamento straniero, la sua efficacia in Italia è subordinata alla trascrizione nei registri dello stato civile italiano, trascrizione che in questa precisa ipotesi avrebbe valenza costitutiva, e non già dichiarativa (come invece nel diverso caso in cui il matrimonio contratto all'estero sia già ivi produttivo di effetti giuridici, ai sensi dell'art. 28 l. 218/1995) [3]. Ma la trascrizione di un simile matrimonio, prosegue la Corte, è impedita all'ufficiale di Stato civile italiano *"ai sensi dell'art. 63 d.P.R. n. 396/2000 perché privo di un requisito richiesto dalla legge del luogo per il pieno riconoscimento dei suoi effetti civili"*, previsti dallo stesso art. 28 l. 218/1995.

Da ultimo, sul punto, i giudici di merito chiariscono come sia preclusa alla Corte qualsiasi ulteriore valutazione quanto ai fatti avvenuti in territorio spagnolo. Ciò, invero, non tanto in applicazione del principio del *ne bis in idem internazionale* (che, anche laddove ritenuto principio generale dell'ordinamento europeo direttamente applicabile dai giudici nazionali, si scontrerebbe comunque con la *"natura precaria"* del provvedimento spagnolo con cui è stata

archiviata la posizione del Rigau), quanto, piuttosto, per **assenza di giurisdizione** italiana, essendosi i fatti perfezionati in territorio spagnolo [4].

6. Venendo ora al reato di falso, la Corte in primo luogo condivide la decisione della pubblica accusa di modificare l'originaria contestazione di formazione del falso atto pubblico spagnolo (artt. 476, 482 c.p.) nella fattispecie di cui all'art. 489 c.p., **uso di atto falso**. Tale ultima norma risulterebbe infatti integrata non solo nell'ipotesi – oggetto di clausola di sussidiarietà espressa – in cui l'agente non sia concorso nella falsificazione, ma anche qualora tale **falsità, il cui uso venga fatto in Italia**, sia stata **commessa all'estero** e difetti la richiesta del Ministro della Giustizia, condizione di procedibilità prescritta ai sensi dell'art. 10 c.p.

Ciò premesso, si ritiene che, pur essendo l'integrale formazione della procura riconducibile al Rigau, tale condotta, per le concrete modalità con cui si è manifestata, non risulta idonea a configurare il delitto in parola: **non** già perché si tratterebbe di **falso grossolano** – la procura fraudolentemente redatta dal Rigau si è mostrata infatti idonea a trarre in inganno persino un soggetto qualificato quale il notaio romano – quanto perché l'oggetto materiale della condotta non può essere ricondotto alla nozione di ciò che l'art. 492 c.p. parifica all'atto pubblico.

In tal senso, precisa la Corte, per giurisprudenza maggioritaria **l'alterazione di copia informale di un atto pubblico non integra né il reato di falso in atto pubblico**, al più estendibile all'alterazione di copie autentiche di atti pubblici, né la diversa fattispecie di falsità in scrittura privata (per altro ormai abrogata). La *ratio* di tale orientamento giurisprudenziale starebbe nel fatto che *“la fotocopia di cui non sia autenticata la conformità all'originale non ha di per sé alcun valore probatorio”*, se non nei casi tassativamente previsti.

Ebbene, nel caso in esame quello artatamente confezionato dall'imputato sarebbe un atto del tutto privo di qualsivoglia rilevanza pubblicistica, essendo sprovvisto dei requisiti minimi di forma e sostanza indispensabili perché possa qualificarsi quale atto pubblico spagnolo.

[1] In questo senso, la pronuncia fa propria l'ampia nozione di “atto di disposizione patrimoniale” accolta dalle Sezioni Unite della Cassazione, in ossequio alla quale può essere ritenuto tale qualsiasi *“atto volontario, causativo di un ingiusto profitto altrui a proprio danno e determinato dall'errore indotto da una condotta artificiosa. Ne consegue che lo stesso non deve necessariamente qualificarsi in termini di atto negoziale, ovvero di atto giuridico in senso stretto, ma può essere integrato anche da un permesso o assenso, dalla mera tolleranza o da una “traditio”, da un atto materiale o da un fatto omissivo, dovendosi ritenere sufficiente la sua idoneità a produrre un danno”* (Cass. SS. U. penali, 29 settembre 2011 (dep. 10 gennaio 2012) n. 251499, CED).

[2] La sentenza riprende qui la definizione di patrimonio data da Cass. pen., Sez. II, 12 luglio 2013 (dep. 25 ottobre 2013), n. 43769, relativa ad un caso di estorsione.

[3] La sentenza fa qui richiamo espresso di Cass. civ., sez. I, sent. n. 8312 del 19 giugno 2001.

[4] La Corte precisa, altresì, che anche a voler ritenere che l'evento, inteso come pregiudizio per il patrimonio di una cittadina italiana, si sarebbe potuto verificare in territorio italiano, in tal modo soddisfacendo i requisiti di cui all'art. 6 c.p., comunque *“si tratterebbe di condotte del tutto ultronee, diverse e nuove rispetto a quelle di cui è stato qui chiamato a difendersi il Rigau”*, per tale motivo precluse alla valutazione dei giudici in ossequio al principio della necessaria correlazione tra imputazione contestata e sentenza (art. 521, comma 2 c.p.p.).

**La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia
sulle attese questioni pregiudiziali in materia di *bis in idem***

[Corte di Giustizia UE, Grande Sezione, 20 marzo 2018, C-524/15, Menci;
C-537/16, Garlsson Real Estate e a.; C-596/16 e C-597/16, Di Puma e Zecca](#)

di Alessandra Galluccio

1. Con le sentenze in commento, la **Grande sezione della Corte di Giustizia** si pronuncia per la prima volta – dopo la fondamentale sentenza della Grande camera della Corte europea dei diritti dell'uomo *A. e B. c. Norvegia* – sulla compatibilità con il diritto dell'Unione del sistema italiano del doppio binario penale/amministrativo. L'ennesimo capitolo di quella che ormai può definirsi una vera e propria saga vede, sul banco degli imputati, i **reati tributari**, così come i delitti di **abuso di informazioni privilegiate** e **manipolazione di mercato**.

2. Ricapitoliamo – sia pur per sommi capi – le concrete questioni sulle quali la Grande Sezione si è pronunciata, tutte riguardanti i controversi rapporti fra diritto eurounitario (e mediatemente, come vedremo, convenzionale) al *ne bis in idem* e doppio binario sanzionatorio italiano.

La causa **Menci** (C-524/15) – generata da un rinvio pregiudiziale del Tribunale di Bergamo (in *questa Rivista*, 28 settembre 2015, con nota di F. Viganò, [Ne bis in idem e omesso versamento dell'IVA: la parola alla Corte di giustizia](#)) – porta all'attenzione della Corte di Giustizia il tema del doppio binario sanzionatorio in materia di **reati tributari**; la vicenda ha ad oggetto, più precisamente, un procedimento penale per il delitto di cui all'art. 10-bis, d.lgs. 74/2000, procedimento a carico di un imputato cui era stata **già inflitta, in via definitiva, una sanzione pecuniaria qualificata come amministrativa** (ma, in tesi, sostanzialmente penale), all'esito del procedimento tributario, ex art. 13 d.lgs. 471/1997, relativa al **medesimo importo IVA** non pagato.

La causa **Garlsson Real Estate e a.** (C-537/16) – generata da un rinvio pregiudiziale della Sezione tributaria della Cassazione civile (in *questa Rivista*, 17 ottobre 2016, con nota di F. Viganò, [A Never-Ending Story? Alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea la questione della compatibilità tra ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia, questa volta, di abusi di mercato](#)) – ha ad oggetto, invece, la difficile compatibilità fra l'illecito qualificato come amministrativo (ma ritenuto sostanzialmente penale) di cui all'art. 187-ter d.lgs. 58/1998 e il delitto di manipolazione di mercato di cui all'art. 185 del medesimo decreto legislativo; ciò, in una concreta vicenda che vedeva i ricorrenti opporsi ad un provvedimento sanzionatorio emesso nei loro confronti dalla CONSOB, **in un momento successivo a quello in cui il procedimento penale a loro carico si era concluso, in via definitiva, a seguito di sentenza di patteggiamento**.

Infine, le cause **Di Puma** (C-596/16) e **Zecca** (C-597/16) – generate da due identici rinvii pregiudiziali provenienti dalla Cassazione civile, Sezione seconda (su cui si veda, in *questa Rivista*, con nota di F. Viganò, [Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio: nuovo rinvio pregiudiziale della Cassazione in materia di abuso di informazioni privilegiate](#)) e riunite dalla Corte di

Giustizia – nell’ambito, anch’esse, di procedimenti di opposizione a sanzioni inflitte dalla CONSOB ai sensi del già ricordato art. 187-ter d.lgs. 58/1998; le sanzioni, formalmente qualificate come amministrative (ma, ancora una volta, ritenute di natura sostanzialmente penale), venivano inflitte ai ricorrenti **nonostante una sentenza penale definitiva li avesse assolti, in relazione ai medesimi fatti storici**, dall’imputazione per il delitto di abuso di informazioni privilegiate (art. 184 d.lgs. 58/1998).

3. Tutti i rinvii pregiudiziali sopra esaminati fondano il **dubbio di compatibilità del sistema del doppio binario sanzionatorio con l’art. 50 CDFUE** – *sedes materiae*, com’è noto, del divieto di *bis in idem* eurolunitario – sui **medesimi presupposti teorici**; presupposti che – è bene sottolinearlo subito – sono frutto, in larga parte, del **‘travaso’ delle garanzie** approntate, in materia, dell’art. 4 Prot. 7 CEDU nell’interpretazione fornita dalla Corte Edu.

Ciò attraverso un meccanismo le cui scansioni sono, in estrema sintesi, le seguenti: a) obbligo, laddove la Carta Fondamentale dei Diritti dell’Unione Europea contenga diritti corrispondenti a quelli previsti dalla CEDU, di **garantirne il livello e la portata in maniera, almeno, uguale** (fatta salva la possibilità, per l’Unione, di innalzare lo *standard* delle garanzie) nelle materie ricadenti nell’ambito di applicazione del diritto dell’Unione (cfr. art. 52§3 CDFUE); b) pacifico riferimento della Carta **non solo al testo della Convenzione, ma anche ai suoi protocolli** (art. 6 § 1 TUE), come interpretati ed applicati dalla Corte Edu.

Tutti i rinvii pregiudiziali in questione, tuttavia, fanno riferimento – quanto allo stato della tutela convenzionale del diritto al *ne bis in idem* – ad un **momento precedente rispetto alla Grande camera della Corte Edu A e B c. Norvegia**, dei cui approdi, dunque, non tengono conto nella formulazione delle rispettive questioni.

4. Al momento della formulazione dei rinvii pregiudiziali, in particolar modo, lo stato della giurisprudenza consolidata CEDU induceva a ritenere che – **in presenza di due presupposti**: la *natura sostanzialmente penale* di entrambe le sanzioni inflitte o da infliggersi; un *medesimo fatto storico* considerato nelle sue coordinate spazio-temporali – **l’inizio (o la prosecuzione) di un successivo procedimento dopo che il primo fosse giunto a una pronuncia definitiva** avrebbe **automaticamente** costituito una violazione dell’art. 4 Prot. 7 CEDU.

La pronuncia *A e B c. Norvegia* (sulla quale cfr. F. Viganò, [*La Grande camera della Corte di Strasburgo su ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio*](#), in questa Rivista, 18 novembre 2016) tuttavia, ha determinato un vero e proprio *revirement* in materia, statuendo che – **fermi restando i presupposti** dell’identità del fatto storico e della natura sostanzialmente penale delle sanzioni in questione – **spetta al giudice** stabilire se ci si trovi, o meno, in presenza di un *bis in idem*, valutando se i procedimenti in questione presentino, avendo riguardo alle peculiarità dei casi di specie, una *“sufficiently close connection in substance and time”*.

Per indagare, poi, la sussistenza di una tale connessione, la Corte Edu individua alcuni **criteri** che i singoli giudici nazionali dovranno prendere in considerazione. Si tratta: a) del perseguimento, da parte dei procedimenti in questione, di **scopi differenti** e del loro tenere conto di **profili diversi della medesima condotta antisociale**; b) della **prevedibilità** del doppio giudizio; c) dalla conduzione dei procedimenti in modo da **evitare**, per quanto possibile, la **duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova**; d) della **proporzione complessiva della pena**; e) dell’appartenenza delle fattispecie in oggetto al **‘nucleo duro’ del diritto penale** e, dunque, caratterizzate da forme accentuate di stigma sociale; f) della presenza di un **collegamento di natura cronologica** fra i procedimenti.

5. La sentenza *A e B* ha mutato profondamente la natura del *ne bis in idem* convenzionale, tramutandolo in buona sostanza da principio eminentemente processuale – divieto già del doppio processo (prima che della doppia sanzione sostanzialmente penale) per il medesimo fatto – a garanzia di tipo sostanziale: purché la risposta sanzionatoria, derivante dal cumulo delle due pene inflitte nei diversi procedimenti, sia proporzionata, infatti, nulla vieta ai legislatori nazionali di predisporre un doppio binario sanzionatorio, che sia rispettoso dei – purtroppo estremamente evanescenti – criteri dettati da Strasburgo.

Insomma, **prima di *A e B*, le tre differenti vicende oggetto dei rinvii pregiudiziali** – pur notevolmente diverse dal punto di vista giuridico – **rappresentavano altrettante manifeste e, soprattutto, automatiche violazioni del divieto di *bis in idem***: tutte, infatti, erano caratterizzate dall'avvio di un secondo procedimento, teso ad infliggere una seconda sanzione avente natura sostanzialmente penale, per il medesimo fatto concreto già oggetto di un provvedimento definitivo. **Dopo *A e B*, nessuna conseguenza automatica può trarsi dal fatto che un secondo procedimento finalizzato a infliggere una nuova sanzione di natura sostanzialmente penale sia, in tutti i casi esaminati, in corso.** La violazione, o meno, del *bis in idem* convenzionale è **rimessa all'apprezzamento del singolo giudice procedente**, che dovrà verificare o meno la sussistenza di una connessione temporale e sostanziale sufficientemente stretta fra i procedimenti in questione. Con un evidente pregiudizio in termini, innanzi tutto, di **prevedibilità della decisione giudiziaria e certezza del diritto**, un *vulnus* ancor più macroscopico perché riguardante un diritto fondamentale, quale quello al *ne bis in idem*.

6. In una situazione così incerta, non stupisce che la gestazione delle cause oggetto di questo primissimo commento sia stata oggetto della più viva attenzione da parte di tutti gli operatori del diritto, non solo penale, italiano. Tanto più che lo stesso Avvocato generale – nelle sue conclusioni sulle relative cause in questione (su cui cfr. F. Viganò, [Le conclusioni dell'Avvocato generale nei procedimenti pendenti in materia di *ne bis in idem* tra sanzioni penali e amministrative in materia di illeciti tributari e di abusi di mercato](#), in questa Rivista, fasc. 9/2017, p. 206 ss.) – si era spinto fino a sollecitare dalla Corte di Giustizia un livello di tutela del diritto al *ne bis in idem* più elevato di quello fornito, dopo il 'ripensamento' di *A e B*, della Corte Edu; una pronuncia, insomma, che – senza accontentarsi di un approccio casistico e atomizzato alla questione – fosse in grado di indirizzare i giudici nazionali verso una soluzione uniforme dei problemi derivanti dal doppio binario sanzionatorio.

Non si può, tuttavia, non dare conto di come numerosi ordinamenti europei conoscano un sistema caratterizzato da doppi binari sanzionatori del tutto simili a quello italiano (come aveva a suo tempo rilevato, non senza effetti, l'Avvocato generale nel caso *Fransson*), e come la Corte di Giustizia prenda in considerazione, nel suo giudizio, un fattore (per ovvi motivi) ininfluenza nelle decisioni della Corte Edu: quello del primato, dell'unità e – soprattutto – dell'effettività del diritto dell'Unione (della reale dissuasività, cioè, delle sanzioni che presidiano gli interessi dell'Unione stessa).

7. Ebbene – conviene chiarirlo immediatamente – **la Grande Sezione non si è spinta molto in là nella sua opera di interpretazione dell'art. 50 CDFUE**. Non ha, almeno vistosamente, innalzato il livello delle garanzie, come da più parti le si chiedeva di fare; e, anzi, fa professione di **fornire uno standard di garanzie che non incide su quello apprestato dalla Corte di Strasburgo** (cfr., in particolar modo, *Menci* §§ 61-62).

Non può negarsi, però, che le sentenze in questione **introducano alcuni punti fermi nel discorso sul divieto di *bis in idem*, soprattutto in materia di manipolazioni di mercato**, che potranno utilmente indirizzare il giudice italiano nella sua, non semplice, opera di interpretazione.

Procediamo, allora – senza ulteriori indugi – all’analisi delle tre pronunce in oggetto: enucleando dapprima i principi generali in materia di *ne bis in idem* che si apprezzano dalla lettura congiunta delle stesse; e soffermandoci poi sui principi enunciati da ciascuna di esse, in relazione alle peculiarità della fattispecie astratta oggetto di scrutinio.

8. Da un punto di vista generale, la Corte di giustizia afferma che – pur garantendo un livello almeno uguale a quello apprestato dall’art. 4 Prot. 7 CEDU – le sue valutazioni saranno svolte adoperando come punto di riferimento **l’art. 50 della Carta** (cfr. *Menci* §§ 23-25; *Garlsson Real Estate e a.* §§ 26-27; *Di Puma e Zecca* § 26); l’articolo in questione dispone (più perspicuamente di quanto non faccia la norma convenzionale corrispondente) che “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”.

Tanto il concetto di sanzione penale, quanto quello di *idem factum* sono assunti dalla Corte di giustizia nel medesimo significato loro conferito dalla giurisprudenza di Strasburgo – che del resto, come già osservato, si è mantenuta immutata sul punto –: la Corte di Lussemburgo, in particolare, mostra di riferire il concetto di *idem factum* al fatto storico in sé considerato e non alla sua qualificazione giuridica (cfr. *Menci* §§ 34-39; *Garlsson Real Estate e a.* §§ 36-41) e di ricercare nella sanzione qualificata come amministrativa, soprattutto, caratteri di afflittività (*Menci* §§ 26-33; *Garlsson Real Estate e a.* §§ 28-35).

Ebbene, già dal tenore letterale dell’art. 50 si evince come **tutti i casi oggetto di rinvio pongano un problema di interferenza con la norma in parola**, ammesso che le sanzioni irrogate nei diversi procedimenti possano dirsi, effettivamente, relative a un *idem factum* e di natura sostanzialmente penale.

Il cumulo di sanzioni sostanzialmente penali relative allo stesso fatto storico – aggiunge tuttavia la Corte di giustizia – **non costituisce tout court una violazione del bis in idem europeo**; esso può costituire, infatti, una **semplice limitazione di tale diritto**, purché rispetti i requisiti dettati, in materia, dall’art. 52 § 1 CDFUE, a mente del 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”.

Perché le limitazioni dell’art. 50 siano, allora, conformi al diritto dell’Unione occorrerà – afferma la Corte di Giustizia – che esse rispettino, congiuntamente, i seguenti requisiti: *i*) siano finalizzate – nel rispetto del principio di **proporzionalità** – a un **obiettivo di interesse generale** tale da giustificare il cumulo (fermo restando che i procedimenti e le sanzioni devono avere scopi complementari). E siano inoltre: *ii*) previste da **regole chiare e precise**, tali da rendere prevedibile il ricorso ad un sistema di doppio binario sanzionatorio; *iii*) tali da **garantire un coordinamento fra i due procedimenti** relativi all’*idem factum*, in modo da limitare il più possibile gli oneri supplementari che il ricorso a tale sistema genera; *iv*) rispettose del principio di **proporzione della pena**, limitando a quanto strettamente necessario il complesso delle sanzioni irrogate.

La verifica circa il rispetto di tali requisiti – chiarisce la Corte di Lussemburgo – **spetta al giudice nazionale** che potrà, ovviamente, valersi nell’opera di interpretazione del diritto UE del prezioso strumento del rinvio pregiudiziale.

9. In particolare, il rispetto dei suelencati criteri viene puntualmente svolto, dalla Corte di Giustizia, in relazione ad ognuna delle fattispecie oggetto di rinvio, con risultati tutt’altro che scontati, che analizzeremo partitamente.

10. Con particolare riferimento alla causa *Menci* – che aveva ad oggetto, come già ricordato, un **classico caso di doppio binario in materia tributaria**: sanzione ‘amministrativa’ già irrogata nel processo tributario, procedimento penale ancora in corso – la questione pregiudiziale sottoposta alla corte era la seguente: «*se la previsione dell’art. 50 [della Carta], interpretato alla luce dell’art. 4 [protocollo] n. 7 [della CEDU] e della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo, osti alla possibilità di celebrare un procedimento penale avente ad oggetto un fatto (omesso versamento IVA) per cui il soggetto imputato abbia riportato sanzione amministrativa irrevocabile*».

(i) La Corte osserva, innanzi tutto, che **l’obiettivo perseguito** dal ‘doppio binario’ previsto dalla legislazione italiana in questa materia, identificato nella riscossione dell’IVA, costituisce una finalità di estrema rilevanza per la salvaguardia degli interessi finanziari dell’Unione e il cui raggiungimento **consente di limitare**, nel rispetto dell’art. 52 § 1 CDFUE, **la portata dell’art. 50 della Carta (§§ 44-45)**. Quanto al rispetto del **principio di proporzionalità** – che richiede che il cumulo di procedimenti e di sanzioni previsto da una normativa nazionale non superi i limiti di quanto idoneo e necessario al conseguimento degli scopi legittimi perseguiti dalla normativa di cui trattasi; fermo restando che, qualora sia possibile una scelta fra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti – la Corte afferma come, in assenza di armonizzazione del diritto dell’Unione in materia, **gli stati possano discrezionalmente stabilire se prevedere un unico procedimento di natura penale o amministrativa ovvero un doppio binario sanzionatorio**. *“In siffatto contesto – osservano allora i giudici – la proporzionalità di una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, non può essere rimessa in discussione sulla base della sola circostanza che lo Stato membro interessato abbia operato la scelta di prevedere la possibilità di un cumulo del genere, salvo altrimenti privare detto Stato membro di una simile libertà di scelta” (§§ 46-47).*

Per quanto concerne, invece, gli altri requisiti, la Corte osserva che:

(ii) non sussistono problemi di **prevedibilità della limitazione**, essendo *“pacifico che la possibilità di cumulare procedimenti e sanzioni penali così come procedimenti e sanzioni amministrative di natura penale è prevista dalla legge [...] ed essa consente un siffatto cumulo di procedimenti e di sanzioni unicamente a condizioni fissate in modo tassativo” (§§ 42-43);*

(iii) **gli oneri derivanti dai più procedimenti**, inoltre, sembrano alla Grande sezione **limitati a quanto strettamente necessario al fine di realizzare l’obiettivo che la limitazione si propone**; nonostante il fatto che i procedimenti si svolgano in modo indipendente e la normativa nazionale consenta di avviare procedimenti penali anche dopo l’inflizione definitiva di una sanzione amministrativa, infatti, emerge – osservano i giudici – *“che detta normativa sembra limitare i procedimenti penali ai reati di una certa gravità, vale a dire quelli relativi ad un importo di IVA non versata superiore a EUR 50.000, per i quali il legislatore nazionale ha previsto una pena detentiva, la cui severità appare giustificare la necessità di avviare, al fine di imporre una pena del genere, un procedimento indipendente dal procedimento amministrativo di natura penale” (§§ 52-54);*

(iv) infine, occupandosi del cruciale punto relativo alla **proporzione della sanzione cumulativamente irrogata**, la Corte ha buon gioco nel sostenere che, da tale punto di vista, il complessivo trattamento sanzionatorio appare senza dubbio rispettoso dei canoni del minimo sacrificio necessario: *“nella fattispecie in esame, dall’articolo 21 del decreto legislativo n. 74/2000 sembra desumersi che quest’ultimo non si limita a prevedere la sospensione dell’esecuzione forzata delle sanzioni amministrative di natura penale nel corso del procedimento penale, ma che esso osta definitivamente a tale esecuzione dopo la condanna penale dell’interessato. Inoltre [...] il pagamento volontario del debito tributario, purché riguardi parimenti la sanzione amministrativa inflitta all’interessato, costituisce una circostanza attenuante speciale di cui tenere conto nell’ambito del procedimento penale”*. La normativa nazionale, quindi – chiosano i giudici –, predispone una serie di regole idonee a garantire che le

sanzioni imposte siano strettamente limitate a quanto necessario rispetto alla gravità del fatto commesso (§§ 54-57).

Last but not least: la verifica di tutti i requisiti suddetti è compiuta dalla Corte di giustizia avendo riguardo alla normativa in materia, che appare astrattamente idonea a garantire il contemperamento degli interessi in gioco. Tuttavia – osservano i giudici – **cruciale è la concreta applicazione che delle norme esaminate danno le autorità e gli organi giurisdizionali nazionali**. Pertanto, *“spetta, in definitiva, al giudice del rinvio valutare la proporzionalità dell'applicazione concreta della summenzionata normativa nell'ambito del procedimento principale, ponderando, da un lato, la gravità del reato tributario in discussione e, dall'altro, l'onere risultante concretamente per l'interessato dal cumulo dei procedimenti e delle sanzioni di cui al procedimento principale”* (§§ 58-59).

11. Nella successiva causa *Garlsson Real Estate e a.* – in materia questa volta, come anticipato, di **manipolazioni di mercato** – la Corte di giustizia ripercorre le scansioni della sentenza *Menci*, riservandoci, però, qualche sorpresa in più. Il caso di specie concerneva, come si è detto, l'infrazione da parte della CONSOB di una sanzione pecuniaria sostanzialmente penale (ai sensi dell'art. 187-ter t.u.f.) in un caso in cui i soggetti erano già destinatari di una **sentenza definitiva del giudice penale** (in relazione al reato di cui all'art. 185 t.u.f.), scaturita da un patteggiamento. Le questioni pregiudiziali poste alla Corte – entrambe destinate ad avere risposta affermativa – erano di questo tenore: *“se la previsione dell'art. 50 [della Carta], interpretato alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della normativa nazionale, osti alla possibilità di celebrare un procedimento amministrativo avente ad oggetto un fatto (condotta illecita di manipolazione del mercato) per cui il medesimo soggetto abbia riportato condanna penale irrevocabile”* e *“se il giudice nazionale possa applicare direttamente i principi unionali in relazione al principio del “ne bis in idem”, in base all'art. 50 [della Carta], interpretato alla luce dell'art. 4 prot. n. 7 CEDU, della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della normativa nazionale”*.

La Grande sezione identifica **(i) l'obiettivo perseguito** dalla normativa istitutiva del doppio binario sanzionatorio nella **tutela dei mercati finanziari dell'unione** e della **fiducia del pubblico negli strumenti finanziari** e lo ritiene adeguato a fondare la limitazione dell'art. 50 CDFUE, nonché **sufficientemente proporzionato** a tale scopo, sulla base di una motivazione sovrapponibile a quella fornita in *Menci*; poiché gli strumenti da approntare per garantire l'interesse tutelato non sono, neppure in questo caso, oggetto di armonizzazione – osservano i giudici – sindacare la predisposizione di un doppio binario sanzionatorio da parte del legislatore italiano equivarrebbe a negargli quella discrezionalità che, invece, il diritto dell'Unione gli riconosce in materia (§§ 46-50).

La Corte di Lussemburgo tuttavia – pur riconoscendo la pacifica **prevedibilità** della disciplina in oggetto **(ii)** (§§ 53-54) – **giunge a ritenere eccessivo il sacrificio dell'imputato**, tanto dal punto di vista degli oneri cui il doppio procedimento lo espone **(iii)**, quanto da quello della proporzione della sanzione **(iv)** (§§ 58-63).

In particolar modo, i giudici affermano che **la prosecuzione del procedimento formalmente amministrativo (ma sostanzialmente penale) di cui all'art. 187-ter t.u.f. eccede quanto strettamente necessario per conseguire l'obiettivo** che la normativa in materia di manipolazione di mercato si prefigge, **essendo la sanzione prevista dall'art. 185 t.u.f. – salvo verifica del giudice nazionale – sufficientemente severa da reprimere il comportamento in questione in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva**.

Non rileva, in senso contrario, osserva la Corte: né il fatto che l'art. 187-terdecies t.u.f. preveda che quando per lo stesso fatto sono state applicate una multa e una sanzione amministrativa

pecuniaria di natura penale, l'esazione della prima è limitata alla parte eccedente l'importo della seconda *“dal momento che l'articolo 187-terdecies sembra avere ad oggetto solamente il cumulo di pene pecuniarie, e non il cumulo di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale e di una pena della reclusione”* e pertanto *“non garantisce che la severità dell'insieme delle sanzioni inflitte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato in questione”*; o il fatto che la pena patteggiata dall'imputato si sia, in seguito, estinta per **indulto**, poiché la protezione di cui all'art. 50 della Carta si applica a tutti i soggetti assolti o condannati con sentenza penale definitiva, anche quelli la cui pena si è poi estinta per via di un indulto.

Dal complesso delle considerazioni sopra esposte, la Grande Sezione ricava, dunque, la conclusione che: *“L'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea dev'essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa nazionale, che consente di celebrare un procedimento riguardante una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale nei confronti di una persona per condotte illecite che integrano una manipolazione del mercato, per le quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva a suo carico, nei limiti in cui tale condanna, tenuto conto del danno causato alla società dal reato commesso, sia idonea a reprimere tale reato in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva”*.

Rispondendo, poi, al secondo dei quesiti posti dalla Cassazione – concernente, invece, la diretta applicabilità del diritto in questione – la Corte afferma che *“il principio del ne bis in idem garantito dall'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea conferisce ai soggetti dell'ordinamento un diritto direttamente applicabile nell'ambito di una controversia come quella oggetto del procedimento principale”*.

12. L'ultima delle cause affrontate, *Di Puma e Zecca* ha, infine, ad oggetto due rinvii pregiudiziali della Cassazione civile in materia di **abuso di informazioni privilegiate**, in un caso in cui – come anticipato – le persone fisiche coinvolte erano state dalla CONSOB sottoposte a sanzione pecuniaria ex art. **187-bis t.u.f.**, pur essendo state assolte, in sede penale, dall'imputazione per il delitto di cui all'art. **184 t.u.f.**

La Cassazione, nel caso di specie, si poneva il problema dell'impossibilità di instaurare – nei confronti delle persone fisiche assolte in sede penale – **un nuovo procedimento** diretto all'inflizione di una sanzione di natura sostanzialmente penale, come quella prevista, appunto, dell'art. 187-bis t.u.f. Una possibilità che – alla luce della giurisprudenza convenzionale precedente alla sentenza *A e B c. Norvegia* – sarebbe stata **radicalmente preclusa** alle autorità nazionali; e ciò anche in presenza di una norma – qual è quella di cui all'art. **654 c.p.p.** – diretta a riconoscere l'efficacia del giudicato penale all'interno del procedimento amministrativo sui medesimi fatti, norma che però evidentemente presuppone, per poter essere applicata, la legittima celebrazione di un secondo procedimento.

Basandosi ancora una volta, dunque, su un diverso assetto delle garanzie correlate al *ne bis in idem* convenzionale (e, mediamente, eurounitario) il giudice poneva alla Corte di Giustizia la seguente questione pregiudiziale: *“Se l'articolo 50 della [Carta] vada interpretato nel senso che in presenza di un accertamento definitivo dell'insussistenza della condotta che ha integrato l'illecito penale sia precluso, senza necessità di procedere ad alcun ulteriore apprezzamento da parte del giudice nazionale, l'avvio o la prosecuzione per gli stessi fatti di un ulteriore procedimento che sia finalizzato all'irrogazione di sanzioni che per la loro natura e gravità siano da qualificarsi penali”*.

Come più volte ormai sottolineato, la Grande sezione risponde al quesito quando ormai il quadro delle garanzie è cambiato: l'automatica violazione generata dall'apertura di un secondo procedimento è, innegabilmente, venuta meno. In questo scenario profondamente mutato, la Corte di Lussemburgo riformula – modificandola nella sostanza – la questione pregiudiziale formulata dalla Cassazione, chiedendosi invece *“se l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6*

osti a una disposizione nazionale, quale l'articolo 654 del CPP, che estende al procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria l'autorità di cosa giudicata di tali affermazioni in punto di fatto, operate nel contesto del procedimento penale".

A tale quesito la Corte fornisce una risposta negativa, seguendo le cadenze illustrate nelle sentenze *Menci* e *Garlsson*.

La Grande sezione afferma, in primo luogo, (i) la congruità dell'obiettivo perseguito – da identificarsi, come in *Garlsson*, nella **tutela dei mercati finanziari dell'unione** e della **fiducia del pubblico negli strumenti finanziari** – e la sua idoneità a fondare la limitazione dell'art. 50 CDFUE, nonché – ancora, per le medesime ragioni espresse in *Garlsson* – **il rispetto del principio di proporzione** (§ 42). Venendo poi ad occuparsi della degli altri aspetti (ii, iii, iv) della limitazione, tuttavia, la Corte mostra di ritenere **manifestamente irrispettoso del criterio in questione un assetto della legislazione nazionale in cui la sanzione (formalmente qualificata come) amministrativa possa essere inflitta indipendentemente da una sentenza definitiva di assoluzione in sede penale**. Pertanto, la Grande sezione statuisce che: *"l'articolo 14, paragrafo 1, della direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, relativa all'abuso di informazioni privilegiate e alla manipolazione del mercato (abusi di mercato), letto alla luce dell'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, va interpretato nel senso che esso non osta a una normativa nazionale in forza della quale un procedimento inteso all'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria di natura penale non può essere proseguito a seguito di una sentenza penale definitiva di assoluzione che ha statuito che i fatti che possono costituire una violazione della normativa sugli abusi di informazioni privilegiate, sulla base dei quali era stato parimenti avviato tale procedimento, non erano provati"*.

13. Molto difficile tentare un commento a caldo delle pronunce in oggetto; certo servirà qualche tempo per metabolizzarne il significato e apprezzarne compiutamente tutte le applicazioni pratiche.

Una cosa pare tuttavia chiara anche ad una primissima lettura: la Corte di Giustizia non ha prescelto la strada che sola, forse, avrebbe eliminato ogni incertezza applicativa relativa al *ne bis in idem*, almeno a livello eurounitario. Ci riferiamo, ovviamente, ad un allineamento alla giurisprudenza di Strasburgo precedente alla Grande camera *A e B c. Norvegia*: al riconoscimento, cioè, dell'automatico divieto del secondo giudizio, teso a infliggere una sanzione di natura sostanzialmente penale in relazione al un medesimo fatto storico, quando il primo giudizio sia giunto ad una pronuncia definitiva di condanna o assoluzione.

Anche la Corte di Giustizia, come la Corte Edu, si affida ad una serie di indici sintomatici e – soprattutto – al prudente apprezzamento del giudice nella valutazione dei casi concreti a lui sottoposti. Sulla convergenza/divergenza tra i criteri presi in considerazione dalle due Corti europee ci sarà da riflettere; certo, anche *ictu oculi* può apprezzarsi l'allineamento delle due giurisprudenze sul principio di proporzione delle sanzioni complessivamente irrogate – che ha rivestito un ruolo assolutamente preminente nella sentenza *Garlsson* – e l'assenza (o, quantomeno, la impalpabilità) nelle sentenze in oggetto del criterio del collegamento temporale (protagonista, invece, nella giurisprudenza di Strasburgo).

Al di là dei tratti che concorrono a comporre la fisionomia generale del divieto di *bis in idem* eurounitario e convenzionale, le cui sembianze paiono ancora piuttosto sfumate, qualche indicazione più specifica – soprattutto alla luce della sentenza *Garlsson* – ci proviene dalla Corte di Lussemburgo.



3/2018

Innanzitutto, una grossa ipoteca sulla disciplina italiana in materia di manipolazioni di mercato, pesantemente indiziata – da oggi in poi – di violare il diritto dell’Unione, tutte le volte in cui la sanzione penale sarà giunta prima di quella amministrativa (ad esempio, come si è visto, a seguito di sentenza di patteggiamento); e la consapevolezza, poi, che ad intervenire per porre fine a tale violazione, qualora dovesse ritenerla effettivamente integrata, sarebbe il giudice comune, stante la natura di diritto direttamente applicabile riconosciuta, ancora una volta, all’art. 50 CDFUE.

Il principio della sufficiente dissuasività della sanzione penale, quando intervenuta prima di quella amministrativa, potrebbe poi applicarsi a fattispecie diverse rispetto a quella dell’art. 185 t.u.f.: in tutti i casi in cui le pene – previste da norme che rientrino, ovviamente, nell’ambito applicativo del diritto dell’Unione – si presentino come sufficientemente efficaci, proporzionate e dissuasive, anche con riferimento ai parametri indicati, in tal senso, da atti dell’Unione.

OSSERVATORIO SOVRANNAZIONALE – CONSIGLIO D'EUROPA E CEDU

La libertà personale dello straniero al vaglio della Corte EDU: illegittimità della proroga del trattenimento adottata *de plano* e diritto alla riparazione per ingiusta detenzione

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, sent. 6 ottobre 2016, Richmond Yaw e altri c. Italia, ricc. nn. 3342/11, 3391/11, 3409/11 e 3447/11

di Giulia Mentasti

1. Con la sentenza in epigrafe la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo condanna – all'unanimità – l'Italia per la violazione dell'art. 5 CEDU in tema di diritto alla libertà e alla sicurezza, in particolare evidenziano la necessità di fissazione di un'udienza camerale per la convalida della proroga del trattenimento dello straniero irregolare e rimarcando l'insufficienza dei rimedi forniti dall'ordinamento italiano per la riparazione del danno da ingiusta detenzione.

2. I fatti oggetto d'esame risalgono al giugno del 2008 quando, a causa di un violento conflitto religioso tra cristiani e musulmani, **quattro cittadini ghanesi** di religione cristiana decidono di abbandonare il loro Paese d'origine e giungono in Italia, trovando ospitalità presso una piccola comunità di connazionali nel casertano. Aiutati da alcuni operatori sociali e da associazioni di volontariato, **intraprendono l'iter per la presentazione della domanda di protezione internazionale rimanendo però in attesa della cd. "calendarizzazione" della stessa da parte della questura di Caserta.**

Il **20 novembre 2008**, però, ai quattro ghanesi viene notificato il **decreto di espulsione con contestuale decreto di accompagnamento alla frontiera**, che per essere eseguito necessita la convalida del Giudice di pace. Lo stesso giorno la Prefettura dispone e comunica, dunque, ai ricorrenti il **trattenimento presso il CIE di Ponte Galeria**, al fine di procedere alla loro esatta identificazione prima dell'espulsione. Qualche giorno più tardi, il **24 novembre 2008**, il **Giudice di pace di Roma convalida il trattenimento**, non accogliendo l'opposizione presentata dagli odierni ricorrenti che lamentavano l'illegittimità della loro detenzione dal momento che si trovavano – non per loro colpa – in attesa della convocazione per la formalizzazione della domanda di asilo. L'11 dicembre 2008 la Questura di Roma chiede una proroga di trenta giorni del loro trattenimento, ottenendo, il **17 dicembre**, una risposta affermativa dal Giudice di pace di Roma che, **senza convocare né gli interessati né i loro avvocati, proroga fino al 23 gennaio 2009 il trattenimento**, motivando tale decisione con il mancato completamento delle procedure di identificazione.

Nel frattempo, la procedura per la richiesta di asilo si sblocca. Il **15 dicembre 2008** i ricorrenti presentano una richiesta ufficiale per il riconoscimento dello *status* di rifugiato e viene loro risposto di presentarsi presso l'Ufficio Immigrazione della Questura di Roma per la formalizzazione della richiesta d'asilo; la data dell'audizione presso la Commissione Territoriale di Roma viene fissata al **19 marzo 2009**. Per effetto di tale domanda il **14 gennaio 2009 i ricorrenti vengono rimessi in libertà.**

Poiché, tuttavia, la richiesta di proroga del trattenimento – concessa dal Giudice di pace – non era stata comunicata né ai diretti interessati né tantomeno ai loro difensori, i quattro ghanesi decidono di ricorrere in Cassazione lamentando l'illegittimità della procedura utilizzata dal Giudice di pace che aveva **violato i loro diritti al contraddittorio e alla difesa**. La **Suprema Corte pronuncia sentenza l'8 giugno 2010 accogliendo il ricorso** e pertanto **annullando la decisione di proroga** del trattenimento che era stata adottata *de plano* dal Giudice di pace di Roma. In primo luogo la Cassazione ricorda come già si era espressa nel 2010 circa la **necessità di un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 14 co. 5 e 6 del d.lgs. 286/98**, tale da consentire l'applicabilità alla proroga delle garanzie e dei termini procedurali fissati al comma 4 del medesimo articolo. In secondo luogo, i Giudici rammentano la **sentenza n. 222/2004 della Corte costituzionale** che, chiamata ad esprimersi sulla legittimità costituzionale dell'art. 13 co. 5-bis del d.lgs. 286/98, ne aveva affermato l'incostituzionalità nella parte in cui non prevedeva che la convalida della decisione del Giudice di pace dovesse svolgersi nel rispetto dei principi di contraddittorio e difesa e, inoltre, aveva precisato che tali principi avrebbero dovuto operare anche con riferimento al prolungamento di tale misura.

Sulla scorta di questa pronuncia i ricorrenti decidevano di intentare, separatamente, **quattro azioni civili contro il Ministero dell'Interno e della Giustizia**, davanti al Tribunale di Roma [1], chiedendo che il danno da loro subito a causa dell'**ingiusta detenzione** – così come definita dalla Cassazione – venisse riparato dallo Stato. Il Tribunale di Roma, tuttavia, **respingeva** con più pronunce le richieste adducendo che la decisione di proroga fosse già stata annullata dalla Cassazione e che, proprio secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, la legalità della detenzione iniziale non sarebbe potuta venire meno unicamente perché la decisione del Giudice di pace circa il prolungamento era stata in un secondo momento annullata.

3. I ricorrenti adivano quindi la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, la quale, preliminarmente, optava per la riunione dei quattro ricorsi, vista l'identità dei fatti e delle questioni.

Le richieste dei ricorrenti vertevano su tre punti. Nel **primo motivo** i ricorrenti denunciavano l'incompatibilità della detenzione da loro subito rispetto alla disciplina stabilita dall'**art. 5 co. 1 CEDU**. Nel **secondo motivo** di ricorso – ancorato all'**art. 5 co. 4 CEDU** – i ricorrenti lamentavano l'assenza di vie di ricorso interne effettivamente percorribili per la contestazione dell'illegittimità della detenzione dagli stessi subito (la Corte di cassazione, ricordano, aveva impiegato più di 18 mesi per dare loro una risposta circa la legittimità del prolungamento della detenzione). Infine, nel **terzo motivo**, denunciavano la violazione dell'**art. 5 co. 5 CEDU** da parte dell'ordinamento italiano che, non prevedendo alcuno strumento per la riparazione delle conseguenze di un'ingiusta detenzione quale quella subito dai ricorrenti, aveva lasciato gli stessi privi di adeguata tutela.

4. Nell'ottobre del 2016 la Corte europea dei diritti dell'uomo definisce i ricorsi con la sentenza che qui si segnala.

Quanto alla violazione dell'**art. 5 co. 1** la Corte, dopo aver ricordato l'importanza di tale articolo posto a baluardo della libertà dei cittadini da ogni arbitrio dello Stato, ne **riconosce la palese violazione**.

Come noto, l'art. 5 co. 1 afferma che *“Ogni persona ha diritto alla libertà e alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge”* tra i quali quello di cui alla lettera (f) *“se si tratta dell'arresto o della detenzione regolari di una persona per impedirle di entrare illegalmente nel territorio, oppure di una persona contro la quale è in corso un procedimento d'espulsione o d'extradizione”*. Ricordato, quindi, che per essere legale tale possibile limitazione della libertà dello straniero deve essere conforme alla disciplina nazionale (sostanziale e

procedurale), la Corte rileva che benché la giurisprudenza italiana circa la necessità di rispettare il principio del contraddittorio anche in caso di proroga della detenzione fosse già chiara sin dal 2006 [2], il 17 dicembre 2008 il Giudice di pace ha omesso di celebrare udienza e ha convalidato *de plano* la proroga richiesta senza informare né gli interessati né i loro difensori, così integrando una “irregolarità grave e manifesta”, come del resto aveva già osservato la Cassazione. Conseguenza di ciò, afferma la Corte, è la illegittimità del prolungamento della detenzione così deciso, ossia il periodo dal 17 dicembre 2008 al 14 gennaio 2009.

L’art. 5 co. 4 – oggetto del **secondo motivo** di ricorso – esige che “Ogni persona privata della libertà mediante arresto o detenzione ha il diritto di presentare un ricorso a un tribunale, affinché decida entro breve termine sulla legittimità della sua detenzione e ne ordini la scarcerazione se la detenzione è illegittima”. A tal proposito i ricorrenti avevano lamentato sia l’assenza di ogni effetto sospensivo del ricorso in Cassazione sia la mancanza, nella decisione di proroga loro comunicata, delle possibili vie di contestazione della stessa. La Corte Europea **rigetta tale doglianza** sottolineando che il comma 4 dell’art. 5 CEDU espressamente richiede, per essere invocato, che la persona sia “privata della libertà”, condizione che, tuttavia, non era riscontrabile nel caso di specie perché i ricorrenti, dal 14 gennaio 2009, si trovavano in realtà in stato libertà. In ogni caso, osserva ulteriormente la Corte, nulla aveva impedito ai ricorrenti di ricorrere in Cassazione nel corso della loro detenzione ma gli stessi si erano in tal senso decisi solo il 16 febbraio 2009. La possibilità di esperire tale rimedio – consapevolmente ritardato dai ricorrenti – ha portato la Corte a rigettare il secondo motivo di doglianza.

Trova, invece, **accoglimento il terzo motivo**, vale a dire la violazione dell’art. 5 co. 5 della Convenzione che sancisce per ogni persona vittima di arresto o di detenzione illegale il diritto a una riparazione del danno subito. La Corte, riscontrata nella violazione dell’art. 5 co. 1 il presupposto per l’applicazione del quinto comma, guarda all’ordinamento italiano vagliando l’idoneità degli strumenti disponibili a consentire una riparazione per l’ingiusta detenzione subita. I ricorrenti si erano richiamati a precedenti pronunce sia della Corte Edu sia della Corte di Giustizia dell’Unione Europea che avevano ritenuto non effettivi – in caso di detenzione amministrativa dello straniero poi dichiarata illegittima – i rimedi offerti dall’ordinamento italiano e, in particolare, quello offerto dall’art. 314 c.p.p., in tema di riparazione per ingiusta detenzione, e l’azione di responsabilità civile dei magistrati [3]. La Corte, nell’accogliere tale doglianza, osserva come i ricorrenti non disponessero di nessun rimedio effettivamente ed utilmente esperibile per ottenere una riparazione per il danno subito a causa della violazione dell’art. 5 co. 1 CEDU. L’art. 314 c.p.p., infatti, così come formulato, non è applicabile al caso dei ricorrenti i quali, pur avendo subito – di fatto – un’ingiusta detenzione (corrispondente al periodo della proroga della decisione amministrativa convalidata *de plano* dal Giudice di pace di Roma), non rientrano nei casi specificamente elencati da tale articolo che, essendo inserito nel codice di procedura penale, non tiene in considerazione la detenzione amministrativa, istituto non penalistico, per quanto limitativo della libertà personale.

5. La pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo appena esaminata – culmine di un travagliato e accidentato percorso giudiziario per i ricorrenti – rimarca ancora una volta l’inadeguatezza della disciplina italiana in tema di detenzione amministrativa degli stranieri.

A parere di chi scrive, è senz’altro censurabile la prassi di alcune Corti nazionali che, di fronte ad una giurisprudenza consolidata – sia della Cassazione che delle Corti europee – nel senso della inutilizzabilità di procedure *de plano* per la convalida del trattenimento degli stranieri nei centri

di detenzione, continuano a convalidare provvedimenti di proroga del trattenimento senza udienza e senza avviso ai difensori né tantomeno ai diretti interessati.

Del resto anche il legislatore sembra considerare la libertà personale dello straniero un bene giuridico degno di una tutela inferiore rispetto a quella normalmente (e giustamente) accordata alla libertà dei cittadini, continuando a non includere le ipotesi di trattenimento *contra legem* degli stranieri nei centri di detenzione tra i casi di ingiusta detenzione meritevoli di riparazione *ex art.* 314 c.p.p. Forse che la libertà personale dello straniero valga meno della libertà di un cittadino italiano?

[1] I singoli ricorsi diretti contro la Repubblica italiana dai quattro ghanesi (Taky Berko Richmond Yaw, Yaw Ansu Matthew, Darke Isaac Kwadwo et Dominic Twumasi) sono, rispettivamente i ricorsi nn. 3342/11, 3391/11, 3408/11 et 3447/11.

[2] Cass. Sez. I sent. n. 16212 del 17/07/2006 (Rv. 592493 - 01)

[3] Il riferimento è alle sentenze *Zeciri e Seferovic c. Italia* (n. 12921/04), *Traghetti del Mediterraneo S.p.A. c. Italia* (C-173/03).

* * * * *

Brevi osservazioni su Drassich (n. 2) e diritto alla prova

[Corte EDU, sez. I, sent. 22 febbraio 2018, Drassich c. Italia \(n. 2\)](#)

di Francesco Zacchè

1. Si segnala il provvedimento della Corte europea dei diritti dell'uomo, sez. I, sent. 22 febbraio 2018, Drassich (n. 2), con la quale i giudici di Strasburgo non solo hanno messo la **parola fine all'annosa vicenda Drassich**, ma hanno pure contribuito a fare chiarezza su un punto finora controverso in dottrina e in giurisprudenza: **quale tipologia di contraddittorio** spetti all'imputato nell'ipotesi di **riqualificazione giuridica del fatto** di reato avvenuta, per la prima volta, **in Cassazione** (per un'ampia ricostruzione del dibattito in corso, cfr. F. Cassibba, *L'imputazione e le sue vicende*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis - G.P. Voena, XXXI, Giuffrè, 2016, p. 246 ss., a cui si rinvia pure per la vastissima bibliografia in argomento).

2. Il caso è famoso. **Condannato** in primo e in secondo grado **per corruzione** (art. 319 c.p.), l'imputato chiede al giudice di legittimità di dichiarare l'intervenuta prescrizione dell'illecito. Ai sensi dell'art. 521 comma 1 c.p.p., però, la Cassazione riqualifica "a sorpresa" il delitto originariamente contestato come **corruzione in atti giudiziari** (art. 319-ter c.p.), escludendo in tal modo l'applicabilità della causa estintiva del reato. Da qui, il primo ricorso presentato da Drassich alla **Corte di Strasburgo**, conclusosi con la prevedibile (cfr., con riguardo all'art. 597 c.p.p., *mutatis mutandis*, G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Utet, 2007, p. 152) condanna del nostro Stato per **l'inosservanza dell'art. 6 commi 1 e 3 lett. a e b Cedu**, a cui segue l'invito alla riapertura o alla rinnovazione del giudizio viziato (C. eur. dir. uomo, sez. II, sent. 11 dicembre 2007, **Drassich c. Italia**).

3. In assenza di rimedi codicistici (**all'epoca l'ordinamento italiano non prevedeva ancora la c.d. "revisione europea"**: cfr. sul punto F. Viganò, *L'impatto della Cedu e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis - F. Viganò, Giappichelli, 2016, p. 20-21), in maniera alquanto creativa, la giurisprudenza di legittimità indica nel **ricorso straordinario per cassazione** ex art. 625-bis c.p.p. lo strumento idoneo a rimediare alla violazione accertata in sede europea (Cass., sez. IV, 12 novembre 2008, Drassich, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1457, m. 424.6, con motivazione e con nota di M. Caianiello). Il presupposto interpretativo, come ribadito successivamente anche dalla Cassazione investita in via straordinaria (Cass., sez. VI, 25 maggio 2009, Drassich, in *CED*, n. 244974), è che il «**contraddittorio argomentativo** sul *nomen iuris* [sia] **sufficiente** per assicurare l'equità processuale, **non essendo, invece, imposto** [dalla giurisprudenza europea] **il riconoscimento del diritto alla prova**» (F. Cassibba, sub art. 6, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, cit., p. 182).

4. Insoddisfatto dell'esito del processo, a questo punto, Drassich decide (fra l'altro) di **ritentare la strada europea**, asserendo che il rimedio straordinario offertogli dall'ordinamento nazionale ha nuovamente violato l'equità processuale, sotto il profilo dell'art. 6 commi 1 e 3 lett. *a* e *b* Cedu: egli, in particolare, ritiene di non aver beneficiato né del tempo necessario per preparare la propria difesa, né del diritto di comparire personalmente di fronte alla Corte cassazione, né del potere d'ottenere una riapertura del dibattimento al fine d'acquisire ulteriori prove sul riformulato addebito.

5. **Con la sentenza in esame**, la Corte di Strasburgo **nega** che il ricorso straordinario celebrato nei confronti di Drassich **abbia pregiudicato i suoi diritti defensionali**, ai sensi dell'art. 6 commi 1 e 3 Cedu. Nella specie, il giudice europeo osserva che, nei cinque mesi trascorsi fra l'annullamento parziale della sentenza e la "riapertura" del processo ex art. 625-bis c.p.p., il ricorrente **ha avuto modo di preparare adeguatamente la propria difesa**, tanto che, durante tale lasso di tempo, egli ha presentato due memorie scritte, mentre il suo difensore ha presenziato all'udienza del 25 maggio 2009. Quanto alla lamentata impossibilità di comparire personalmente, la Corte europea rileva come la discussione dinnanzi al giudice di legittimità abbia avuto per oggetto esclusivamente **questioni di diritto, che non rendevano necessaria la presenza dell'imputato**. Con riguardo alla mancata acquisizione di **nuove prove**, infine, i giudici di Strasburgo prendono atto del fatto che il **ricorrente non ha mai contestato la maniera in cui i giudici di merito avevano ricostruito il caso**, né risulta dal *dossier* che la difesa avesse domandato in alcun momento la riapertura dell'istruzione al fine d'ottenere prove a discarico; d'altro canto - conclude il giudice europeo - il difensore di Drassich, nelle sue memorie, si è limitato a chiedere l'annullamento senza rinvio della condanna per prescrizione dei fatti contestati.

6. Benché il giudice europeo abbia accertato nel caso di specie il rispetto dei precetti convenzionali, la sentenza in esame risulta comunque significativa, perché rappresenta una **conferma indiretta** alla tesi di chi reputa **doveroso** (fra i molti, F. Cassibba, sub art. 6, cit., p. 183; M. Caianiello, *Mutamento del nomen iuris e diritto a conoscere la natura e i motivi dell'accusa* ex art. 6 C.e.d.u.: le possibili ripercussioni sul sistema italiano, in *Giust. pen.*, 2007, I, c. 174; F. Zacchè, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 786-787) **riconoscere il diritto alla prova** in capo all'imputato, allorché si verifichi una **emendatio iuris**, per la prima volta, in Cassazione (ma lo stesso vale negli altri gradi di giudizio: cfr. per tutti R. Casiraghi, *Corte europea dei diritti dell'uomo e iura novit curia*, in *Proc. pen. giust.*, 2012, n. 6, p. 119) e l'accusato abbia **interesse all'assunzione di nuovi mezzi e/o fonti di prova divenuti rilevanti per effetto della nuova accusa**. Allo scopo di non entrare in contraddizione con gli art.



3/2018

117 comma 1 Cost. e 6 commi 1 e 3 lett. *a* e *b* Cedu (quale parametro interposto), nonché - ancora prima - con lo stesso art. 111 comma 3 Cost., non sembra allora peregrino continuare a prospettare una **questione di legittimità costituzionale dell'art. 521 comma 1 c.p.p.**, «laddove non prescrive che, in caso d'applicazione del principio *iura novit curia*, il giudice debba restituire gli atti al pubblico ministero per le relative determinazioni (sulla falsariga di quanto avviene con l'art. 521, comma 2, c.p.p.)» (F. Zacchè, *Cassazione e iura novit curia nel caso Drassich*, cit., p. 787). Se accolta, tale soluzione non solo avrebbe il pregio d'attribuire all'imputato il diritto alla prova sui temi di prova rimasti in precedenza inesplorati, ma egli sarebbe "**rimesso in termini**" per avanzare la richiesta d'un procedimento speciale sull'accusa correttamente riformulata.

