



DIRITTO PENALE CONTEMPORANEO

DIRITTO PENALE
CONTEMPORANEO

Fascicolo
2/2019

DIRETTORE RESPONSABILE Gian Luigi Gatta
VICE DIRETTORI Guglielmo Leo, Luca Luparia

ISSN 2039-1676

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

REDAZIONE Anna Liscidini (coordinatore), Francesco Lazzeri (segretario), Alberto Aimi, Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Carlo Bray, Alessandra Galluccio, Stefano Finocchiaro, Erisa Pirgu, Serena Santini, Tommaso Trincherà, 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, Tommaso Rafaraci, 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, Francesco Viganò, 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.



2/2019

INDICE DEI CONTRIBUTI

PAPER

S. DE FLAMMINEIS, <i>Il “nuovo” ruolo del p.m. tra crisi e perdita della continuità aziendale.....</i>	5
A. QUATTROCCHI, <i>La rilevanza penale del sistema di pagamento hawala nelle condotte di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina.....</i>	21
E. SQUILLACI, <i>Violenza ‘assistita’: prove tecniche di tutela ‘rafforzata’ del minore.....</i>	39
M. DANIELE, <i>La modifica dell’art. 581 c.p.p.: l’insidioso crinale della specificità dell’appello.....</i>	59
C.E. GATTO, <i>Il principio di proporzionalità nell’ordine europeo di indagine penale.....</i>	69
V. MANES, <i>L’estensione dell’art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale.....</i>	105
M. BONTEMPELLI – R. PAESE, <i>La tutela dei creditori di fronte al sequestro e alla confisca.....</i>	123
R. BARTOLI, <i>La Corte costituzionale al bivio tra “rime obbligate” e discrezionalità? Prospettabile una terza via.....</i>	139
M. GIALUZ, <i>La violazione dei diritti fondamentali nuoce alla ricerca della verità: la Corte di Strasburgo condanna l’Italia per il procedimento nei confronti di Amanda Knox.....</i>	155
M. BARGIS, <i>Mandato di arresto europeo e minorenni nella visione della Corte di giustizia: profili critici del caso Piotrowski.....</i>	169



2/2019



2/2019

IL “NUOVO” RUOLO DEL P.M. TRA CRISI E PERDITA DELLA CONTINUITÀ AZIENDALE

Alcune osservazioni al Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza

di Siro De Flammineis

SOMMARIO: 1. La linea legislativa e la distinzione tra crisi e perdita della continuità aziendale. – 2. I possibili interventi del pubblico ministero. – 2.1. La fase della *composizione* della crisi d’impresa. – 2.2. La fase della *regolazione* della crisi: l’accordo di ristrutturazione ed il concordato preventivo. – 2.2.1. L’interlocuzione del p.m. con le parti della procedura. – 3. Conclusioni.

1. La linea legislativa e la distinzione tra crisi e perdita della continuità aziendale.

Con l’approvazione in via definitiva avvenuta il 10 gennaio 2019 da parte del Consiglio dei Ministri dello schema di decreto legislativo recante il Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, ed in attesa della sua entrata in vigore, si delinea un nuovo assetto normativo con il quale il pubblico ministero, nell’ambito della propria azione investigativa e di impulso al procedimento penale, è chiamato a confrontarsi¹. In particolare, ad una prima lettura dell’articolato, appare doversi ragionare su un riallineamento della disciplina della crisi d’impresa, che sposta il baricentro dell’attenzione dell’analisi investigativa dalla declaratoria di fallimento (oggi liquidazione giudiziale) alle fasi anteriori della vita dell’impresa in crisi. Queste ultime sono disciplinate attraverso diverse procedure, tutte focalizzate sul tema della ricerca del riequilibrio economico-finanziario dell’azienda; ebbene, è proprio questo il “nuovo” spazio investigativo con il quale è necessario misurarsi attraverso gli strumenti giudiziari nella disponibilità della pubblica accusa.

La linea politica seguita con l’adozione del Codice in esame riflette coerentemente l’esigenza sociale della conservazione e continuità dell’azienda; si interviene nella gestione in modo da poter scongiurare o, quantomeno, allontanare nel tempo, lo stato insuperabile di decozione. Così, con la medesima prospettiva ha operato il legislatore anche in seno al codice antimafia di cui al d.lgs. n. 159/2011, si pensi

¹ Sul tema, si veda G.L. GATTA, [Approvato il nuovo codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: scompaiono i concetti di “fallimento” e di “fallito”](#), in questa *Rivista*, 11 gennaio 2019; M. GAMBARDELLA, [Il nuovo codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza: un primo sguardo ai riflessi in ambito penale](#), in questa *Rivista*, 27 novembre 2018; P. CHIARAVIGLIO, [Osservazioni penalistiche “a prima lettura” sul progetto di Codice della crisi e dell’insolvenza](#), in questa *Rivista*, 10 maggio 2018.



2/2019

soprattutto allo strumento dell'amministrazione giudiziaria di cui all'art. 34, ed ancor più di recente con le modifiche normative intervenute allo stesso codice antimafia attraverso le previsioni di cui alla legge n. 161 del 17 ottobre 2017². Con l'introduzione, tra le altre previsioni, degli artt. 41*bis* e 41*ter*, si è inteso infatti valorizzare nel predetto codice l'importanza della prosecuzione dell'operatività delle imprese, anche di quelle contaminate dalla mafia, con lo scopo di sottrarle, il più rapidamente possibile, all'infiltrazione criminale e restituirle al libero mercato una volta depurate dagli elementi inquinanti³. Ed infatti, l'art. 41*bis* fa riferimento all'aziende *in crisi*, cioè in fase di non insuperabile decozione; dunque, il tema messo al centro dal legislatore nell'attualità, anche per le aziende sequestrate e confiscate per ragioni di inquinamento mafioso, è quello della salvaguardia, in fase di crisi, della continuità aziendale per evitare la sua perdita definitiva⁴.

Coerentemente con queste recenti riforme, la fondamentale distinzione tra crisi "reversibile" e perdita "definitiva" della continuità aziendale appare essere il binario centrale su cui si muove tutta la novella normativa del Codice in commento (che già nell'intitolazione distingue tra crisi ed insolvenza). In tal senso, la nuova previsione del secondo comma dell'art. 2086 del codice civile, rubricato "Gestione dell'impresa" (art. 375 del Codice della crisi), sancisce un punto di riferimento e di lettura dell'intero articolato; la nuova norma prevede infatti che: *"L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale."*

² Pubblicata in Gazzetta Ufficiale, Serie Generale, n. 258 del 4 novembre 2017.

³ In questi termini C. VISCONTI, [Ancora una decisione innovativa del tribunale di milano sulla prevenzione antimafia nelle attività imprenditoriali](#), in questa *Rivista*, 11 luglio 2016. Sul tema anche E. MEZZETTI, [L'entidicio: una categoria penalistica da ricostruire ed una conseguenza per l'azienda da evitare](#), in questa *Rivista*, fasc. 1/2018, p. 133 ss. Ed ancora, F. MENDITTO, [Novità in materia di misure di prevenzione. Voce per "Il libro dell'anno Treccani 2017"](#), in questa *Rivista*, 23 gennaio 2017. G. PIGNATONE, [Mafia e corruzione: tra confische, commissariamenti e interdittive](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 259 ss.

⁴ Sul punto, di recente, G. CAPECCHI, [La misura di prevenzione patrimoniale dell'amministrazione giudiziaria degli enti e le sue innovative potenzialità](#), in questa *Rivista*, 4 ottobre 2017; v., inoltre, C. VISCONTI, [Contro le mafie non solo confisca ma anche "bonifiche" giudiziarie per imprese infiltrate: l'esempio milanese \(working paper\)](#), in questa *Rivista*, 20 gennaio 2012; ID., [Proposte per recidere il nodo mafie-imprese](#), in questa *Rivista*, 7 gennaio 2014.

⁴ Il tema è centrale anche secondo l'ordinamento europeo: il regolamento 2015/848/UE del 20 maggio 2015 ha ad oggetto l'efficienza e l'efficacia delle procedure di insolvenza per il buon funzionamento del mercato interno in ragione delle sempre più crescenti implicazioni transfrontaliere delle stesse; la raccomandazione n. 2014/135/UE della Commissione del 12 marzo 2014, ha posto agli Stati membri il duplice obiettivo di garantire alle imprese sane in difficoltà finanziarie l'accesso a procedure di insolvenza che permettano alle stesse di ristrutturarsi in una fase precoce e di consentire ai soggetti falliti di tornare ad operare sul mercato; il regolamento delegato 2016/451/UE della Commissione stabilisce i principi e i criteri generali per la strategia d'investimento e le regole di gestione del Fondo di risoluzione unico; la proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 novembre 2016 si pone l'obiettivo di aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione.



2/2019

All'art. 2 del Codice, poi, si definiscono i concetti essenziali; vengono distinte alle lettere a), b) e c) le definizioni di crisi, insolvenza e sovraindebitamento⁵. Il concetto fondamentale pare essere quello di crisi, che configura una situazione sensibilmente meno grave della decozione o dissesto – inteso come squilibrio economico irreversibile⁶ che si realizza soprattutto al verificarsi delle condizioni di cui all'art. 2447 c.c. – e che, pertanto, come tale va valorizzato in ottica di contenimento o, ancor meglio, di risanamento aziendale.

La differenza tra crisi e decozione/insolvenza/dissesto è sancita normativamente anche dall'intitolazione delle Sezioni che contengono le norme sull'accesso alle procedure di regolazione della crisi *ovvero* (disgiuntamente) dell'insolvenza (gli artt. 37 e ss. distinguono chiaramente le due ipotesi). Se la domanda di accesso ad una delle procedure è disciplinata in modo uniforme per tutte le procedure dall'art. 40, le singole procedure poi seguono *iter* differenti.

Svolte queste premesse di ordine interpretativo generale, si può provare ad esplorare in modo più approfondito il percorso oggi congeniato per la gestione imprenditoriale in situazione di crisi, al fine di selezionare gli spazi – esplicitamente previsti o meno – del possibile intervento del pubblico ministero.

2. I possibili interventi e controlli del pubblico ministero.

Se quella tracciata appare essere l'impostazione legislativa e politica alla base della riforma, che, dunque, per definizione, dovrebbe rappresentare la scelta della società moderna, occorre chiedersi come si pone il diritto penale e, nello specifico, la posizione del pubblico ministero, il quale è chiamato a confrontarsi con le realtà economico-imprenditoriali in crisi ed operare delle scelte investigative per la ricerca di una notizia di reato e, poi, per l'individuazione del responsabile di tale reato.

Quando si aveva a che fare principalmente con il principio della decozione, su cui è storicamente fondata la disciplina dei c.d. reati fallimentari, l'impianto investigativo era tradizionalmente delineato nell'azione rivolta ad una azienda in stato di grave difficoltà, alla definizione degli elementi costitutivi della decozione, alla statuizione del fallimento e, dunque, alla ricerca ed analisi delle condotte di rilievo penale connesse alla fase terminale della vita della singola azienda.

L'impianto normativo che si prospetta alla luce delle novità in esame richiede un ragionamento investigativo in parte differente o, meglio, più ampio: il pubblico ministero, in effetti, è chiamato a riflettere e porre la propria attenzione in situazioni

⁵ Per "crisi" si intende lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate; per "insolvenza" lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni; per "sovraindebitamento" lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore.

⁶ Tra le altre, Cass., Sez. 5, sent. n. 40998 del 20/05/2014, Rv. 262189.



2/2019

imprenditoriali di difficoltà pre-insolvenza, ovvero di crisi non definitiva. Si tratta di un ruolo molto importante per un duplice aspetto: da un lato, perché la parte pubblica è chiamata in questo modo a interloquire con le altre parti delle procedure concorsuali che si innestano in questa situazione di analisi anticipata della situazione economica dell'impresa, dovendo esprimere pareri e ragionando, ad esempio, sulla fattibilità concreta degli accordi di ristrutturazione ovvero sulle proposte di concordato preventivo. In secondo luogo, così facendo il pubblico ministero ha la possibilità di porre l'attenzione investigativa in una fase anticipata rispetto a quella dell'accertamento della decozione con conseguente declaratoria di fallimento, ovvero di attenzionare tutta una congerie di condotte che possono essere realizzate da parte dei soggetti responsabili dell'impresa in questo periodo di ricerca del ripianamento economico e della continuità aziendale.

Si può dire, quindi, che l'epicentro dell'analisi investigativa in materia concorsuale si è spostato all'indietro, con conseguente (volontario?) aumento dei fatti e degli atti richiesti dell'attenzione del pubblico ministero che, dunque, viene oggi ad assumerne una nuova veste di controllore ed un rinnovato potere d'azione. È bene dire subito che a tale ampliamento del raggio d'azione investigativo deve corrispondere per gli investigatori una maggiore responsabilità; questa responsabilità si traduce nella necessità di attrezzarsi dal punto di vista della conoscenza dei principali elementi di economia aziendale, di gestione d'impresa e di strategie industriali.

2.1. La fase della composizione della crisi d'impresa.

Entrando più del dettaglio del nuovo impianto legislativo, muovendosi con la lente della selezione dei possibili spazi operativi del pubblico ministero nelle fasi pre-insolvenza irreversibile, deve essere ribadito il concetto di fondo sul quale si appoggia anche l'analisi investigativa: la crisi di impresa. Secondo l'art. 13 del d.lgs. devono intendersi quali indicatori di una crisi d'impresa *gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale*. Ed ancora, si precisa che: *"A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24"* (gli indici sono suscettibili di progressivi aggiornamenti da parte del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, art. 13, comma 2). Deve trattarsi perciò, indubbiamente, di uno stato non definitivo di squilibrio, in presenza del quale scattano una serie di obblighi di segnalazione previsti dagli artt. 14 e 15. Il concetto rimarcato da queste disposizioni è quello della presenza di "fondati indizi di crisi" (art. 14, co.1), in presenza dei quali si avviano le procedure appositamente disciplinate finalizzate alla ricomposizione dello squilibrio ed al riallineamento economico dell'impresa (artt. 18 e ss. del d.lgs.), con la previsione di uno specifico organismo di composizione della crisi d'impresa.



2/2019

In questa fase di componimento della crisi attraverso l'ausilio dell'OCRI non è previsto espressamente un ruolo del pubblico ministero: vengono svolte trattative con il debitore per la ricerca di una "soluzione concordata della crisi" (art. 19, co. 1) senza un esplicito potere di controllo del p.m. E però, per quanto si dirà dopo, anche il pubblico ministero necessita, ai fini del corretto e completo svolgimento del proprio ruolo in tale fase, della comprensione ed analisi degli "indicatori" della crisi aziendale; alla luce di una mancata esplicita previsione in tal senso occorre riflettere sul momento temporale in cui l'attenzione investigativa può essere attivata e con quali poteri concreti.

Superata la fase di trattativa "interna", invero, si entra maggiormente nel vivo della strutturazione concreta delle condotte di risanamento, ciò attraverso soprattutto la conclusione di un accordo di ristrutturazione del debito ovvero con la domanda di concordato preventivo; è in effetti previsto che *quando il debitore dichiara che intende presentare domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti o di apertura del concordato preventivo, il collegio procede, su richiesta del debitore, ad attestare la veridicità dei dati aziendali* (art. 19, co. 3).

In questa fase di *trattativa* il legislatore ha previsto specifiche fattispecie di reato, ovvero: con riferimento alle fasi relative agli accordi di ristrutturazione ed al concordato preventivo, l'art. 341 punisce l'attribuzione da parte dell'imprenditore di attività inesistenti, ovvero, per influire sulla formazione delle maggioranze, la simulazione di crediti in tutto o in parte inesistenti. L'art. 342, invece, fa riferimento alle false attestazioni e relazioni dei professionisti indipendenti nelle medesime procedure.

Parallelamente, con riferimento alla composizione del sovraindebitamento ed ai reati posti in essere dai componenti dell'organismo di composizione della crisi, sono previste le seguenti fattispecie: *"Sanzioni per il debitore e per i componenti dell'organismo di composizione della crisi"* (art. 344) ed il reato di *"Falso nelle attestazioni dei componenti dell'OCRI"* (art. 345).

Le condotte illecite descritte (in particolare nell'art. 344, co. 1, lett. a) e b) e co. 3 e nell'art. 345) si riferiscono ad ipotesi di frodi, patrimoniali e documentali, falsi documentali e falsità ideologiche di attestazione, che si inquadrano nell'ambito delle attività da compiersi nel corso della formulazione dei programmi di risanamento; invece, le condotte illecite di cui all'art. 344, co. 1, lett. c), d) ed e), riguardano la fase esecutiva di tali procedure di composizione della crisi.

Le fattispecie descritte in queste nuove norme penali sembrano astrattamente rispecchiare i fatti di reato tributari (attribuzione di attività inesistenti ovvero di crediti inesistenti) e quelli fallimentari, non essendo dissimili le violazioni punite con la nuova disciplina da quelle relative ai reati di bancarotta fraudolenta, documentale e patrimoniale, bancarotta preferenziale, e dai fatti di bancarotta semplice (specie i nn. 3, 4 e 5 del comma primo ed il comma secondo dell'art. 217 RD n. 267/1942); ciò con la precisa ed evidente differenza che le condotte di cui al Codice in esame nulla hanno a che vedere con il fallimento (oggi liquidazione giudiziale) dell'impresa ma si innestano in fasi gestorie molto anticipate.

In realtà, queste norme non hanno un reale contenuto di novità punitiva, perché derivano da disposizioni analoghe già vigenti (l'art. 344 in effetti riproduce istituti già regolati dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3, che stabiliva identiche sanzioni all'articolo 16;



2/2019

l'articolo 342 riproduce sostanzialmente il contenuto del vigente art. 236-*bis* della l. fall.); le odierne fattispecie, tuttavia, individuano i soggetti responsabili in conformità alle nuove competenze delineate dal Codice.

Aldilà dell'esegesi specifica dei "nuovi" reati⁷, ciò che preme qui sottolineare è un aspetto differente. Invero, quello che già poteva risultare con la fattispecie dell'art. 236-*bis* l. fall. e che, *a fortiori*, emerge come conseguenza della attuale riforma, è l'inevitabile creazione di "nuovi" ambiti operativi di intervento per il pubblico ministero, che viene chiamato a svolgere indagini sin nella fase del componimento della crisi della singola azienda, dovendo accertare le eventuali falsità, simulazioni, dissimulazioni, dissipazioni ed altre azioni o omissioni illecite poste in essere dal debitore ovvero dai componenti dell'organismo di composizione della crisi. Per l'accertamento di questi reati, cioè, appare evidente che debbano essere compiute approfondite analisi ed indagini sui comportamenti degli imprenditori e dei professionisti che intervengono nella fase della selezione delle ricette di risanamento ovvero nelle progettazioni dei nuovi piani industriali.

E tuttavia, vi è da chiedersi con quali tempi e con quali modalità la pubblica accusa viene messa in grado dall'attuale normativa, così riformata, ovvero sarebbe in grado, di conoscere e determinare la rilevanza penale delle condotte svolte dalle parti nel corso di queste fasi di composizione di una crisi aziendale. Invero, in assenza di esplicite previsioni in tal senso, la formulazione delle norme sopra indicate lascia propendere per una relazione prettamente interna del componimento, ovvero una trattativa che vede come parti esclusive l'imprenditore debitore e le parti istituzionali individuate dalle norme, ove non vi è traccia del pubblico ministero. Sembra, in effetti, trattarsi di vicende dal connotato prettamente economico-aziendale che si collocano in uno spazio temporale molto anticipato rispetto all'esigenza di un controllo pubblico da parte del pubblico ministero. Dunque, l'accertamento dei reati di cui agli artt. 341, 342, 344 e 345 pare doversi compiere solo a posteriori, ovvero in una fase successiva rispetto allo svolgimento della procedura di *composizione* della crisi, quando cioè è stato aperto un fascicolo procedimentale da parte del pubblico ministero, dedicato ed avente ad oggetto principalmente la fase successiva della procedura di *regolazione* della crisi d'impresa (accordo di ristrutturazione, concordato preventivo ovvero liquidazione giudiziale soprattutto), nell'ambito del quale verrebbero poste in analisi anche tutte quelle condotte realizzate anteriormente rispetto alla fase più avanzata di svolgimento della crisi in cui si trova l'impresa.

In altri termini, alla formulazione di queste fattispecie di reato, portate ad unità con il nuovo codice, superando la disgregazione normativa preesistente, non pare siano corrisposti nuovi meccanismi di controllo "anticipato" per il pubblico ministero chiamato ad accertare la realizzazione di tali reati, in modo da poter eventualmente scongiurare che le condotte siano portate ad ulteriori conseguenze dannose per le parti economiche che si relazionano con la azienda, se non anche per la collettività. Il rischio, cioè, ove non fosse possibile per l'investigatore monitorare l'andamento della procedura

⁷ Cfr. M. GAMBARELLA, *op. ult. cit.*



2/2019

di *composizione* della crisi (mentre per le fasi di *regolazione* si dirà in seguito), sarebbe quello di arrivare tardi, anche molto dopo l'eventuale danno provocato dalle condotte illecite descritte dalle fattispecie agli interessi protetti.

In definitiva, occorre capire se, oltre all'accertamento da parte del pubblico ministero dei reati già consumati nel corso della procedura di componimento (*fase patologica*), sia possibile prevedere un controllo *in itinere*, al fine di apportare correttivi, suggerimenti, analisi all'interno della stessa procedura, in un processo *fisiologico* di monitoraggio, soprattutto attraverso la formulazione di pareri. Solo in questo modo, si ritiene, il senso della riforma attuale del Codice della crisi dell'impresa potrebbe trovare davvero compiutezza: concentrandosi l'attenzione del legislatore sulle opzioni di recupero della continuità aziendale, essendo questa la finalità della riforma in esame, il controllo della pubblica accusa nel percorso di recupero darebbe ulteriore valore e risalto a questo aspetto e completerebbe il cerchio della volontà politico-sociale sottostante la riforma.

Ebbene, si può provare ad evidenziare alcuni spiragli normativi cui eventualmente potersi appellare per inserire nel corso di queste procedure un controllo del pubblico ministero.

Innanzitutto, se la procedura di composizione della crisi di cui agli artt. 18 e 19 del d.lgs. subisce un'evoluzione patologica, ovvero un'anomala interruzione, è specificatamente prevista la segnalazione al pubblico ministero (art. 22 del Codice), che, a questo punto, potrebbe aprire un procedimento per fatti non costituenti notizie di reato e compiere opportune indagini. E però, l'art. 22 fa riferimento all'esistenza di elementi acquisiti dal collegio che rendano evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza del debitore, ed infatti il comma secondo della medesima norma collega questa notizia all'attivazione da parte del p.m. dei poteri d'iniziativa di cui all'art. 38 del Codice (il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale). Il riferimento contenuto nell'art. 22 all'insolvenza dell'azienda sposta dunque il piano di analisi degli investigatori verso un'ipotesi concreta di decozione dell'attività imprenditoriale; la norma conferma che l'iniziativa del pubblico ministero è rivolta alla sola apertura della procedura della liquidazione giudiziale, che prende il posto della procedura di fallimento. Solo a questo punto, già patologico della vicenda della trattativa per la composizione della crisi, è previsto l'intervento del controllo pubblico del pubblico ministero che, a quel punto, dovrebbe andare a scandagliare tutte le condotte antecedenti al percorso di trattativa non andata a buon fine.

Ancora meno potere di controllo anticipato per la pubblica accusa appare individuabile in caso di conclusione positiva delle trattative per il componimento della crisi, ovvero quando viene concluso un accordo tra il debitore con i creditori coinvolti; a questo punto, infatti, il pubblico ministero potrebbe non venire a conoscenza della situazione di crisi e degli accordi intrapresi tra le parti finché non soggiunge una situazione patologica. Si prevede unicamente che gli atti del procedimento possano essere utilizzati nel corso di un procedimento penale (art. 21, comma 4).

Terza ipotesi è prevista normativamente nel caso in cui la trattativa per la composizione della crisi non si conclude positivamente perché l'accordo con i creditori non viene raggiunto ma permane una situazione di crisi – e non di evidente insolvenza



2/2019

–; a questo punto, anche su invito del collegio (art. 21), il debitore può fare ricorso alle procedure regolatrici della crisi cui agli artt. 37 e ss. del Codice.

2.2. *La fase della regolazione della crisi: l'accordo di ristrutturazione ed il concordato preventivo.*

Dunque, ulteriore ipotesi tracciata è quella dell'avvio delle procedure della *regolazione* (per segnare una differenza con la precedente fase della *composizione*) della crisi e si fa qui particolare riferimento all'accordo di ristrutturazione del debito ed alla domanda di concordato preventivo⁸.

In questo caso esiste una previsione specifica circa il potere di controllo da parte del pubblico ministero (già sancita dall'art. 161, co. 5, l. fall.): secondo l'art. 40 del Codice la domanda ad una qualunque delle procedure di regolazione della crisi (o dell'insolvenza) deve essere, unitamente ai documenti allegati, trasmessa al pubblico ministero. Anche in questa ipotesi quindi il pubblico ministero, ricevuta la notizia della domanda, potrà avviare un fascicolo per fatti che ancora non costituiscono una notizia di reato e svolgere le necessarie indagini.

Poiché quando il debitore effettua la domanda di cui all'art. 37, deve depositare una serie di documenti rilevanti sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa e tali documenti vengono allegati alla domanda e trasmessi al pubblico ministero, quest'ultimo avrà modo di poter analizzare tali documenti e verificare l'eventuale esistenza di ipotesi di reato, tra cui quelle sopra indicate di cui agli artt. 341 e seguenti del Codice.

Insieme alla possibilità di intervenire perseguendo ipotesi di reato già consumate avviando un apposito procedimento penale, il pubblico ministero in questa fase di regolazione della crisi è chiamato a svolgere un ulteriore ed importante compito, ovvero quello di segnalazione e di monitoraggio dell'andamento della procedura con la finalità di evitare – a differenza di quanto accade per la fase della composizione della crisi – che eventuali condotte di frode o illecite vengano portate ad ulteriori conseguenze dannose. Si fa riferimento, nella specie, a quanto sancito dall'art. 44, comma 2, (disposizione relativa all'accesso alla procedura del concordato preventivo per la sua ammissione e al giudizio per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione) in relazione, per l'appunto, al potere del pubblico ministero (e del commissario giudiziale) di segnalare al Tribunale *ogni atto di frode ai creditori non dichiarato nella domanda ovvero ogni circostanza o condotta del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi*. Attraverso questa segnalazione il p.m. può provocare la revoca del provvedimento di concessione dei termini entro i quali il debitore deposita la proposta di concordato preventivo con il piano, l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e la documentazione di cui all'art. 39, comma 1, oppure gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

⁸ È bene segnalare che il vecchio art. 160, comma 3, l. fall. equiparava ai fini della domanda di concordato lo stato di crisi allo stato di insolvenza.



2/2019

La precedente disciplina della legge fallimentare, con particolare riferimento al concordato preventivo, nel combinato disposto tra gli artt. 161, comma 6, e 173, pur prevedendo il potere di controllo del p.m. sugli atti in frode posti in essere dall'imprenditore debitore, non collegava tale potere ad un esercizio preventivo di tutela da parte di quest'ultimo mediante la revoca della concessione dei termini, essendo previsto il solo potere di segnalazione del commissario giudiziale; l'intervento del p.m. era collegato principalmente, in caso di evoluzione patologica della procedura di concordato, all'istanza di fallimento dell'impresa in presenza dei relativi requisiti.

Invero, con riferimento ai termini "pre-concordatari" non era previsto in precedenza un potere di revoca del provvedimento concessorio da parte del Tribunale ma solo un potere di abbreviazione del termine *ex art. 161, comma 8, l.f.*, quando "*risulta che l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano*"; il p.m. non era ricompreso nell'alveo dei soggetti legittimati a sollecitare l'utilizzo di tale potere ufficioso. Su questo aspetto, tuttavia, si tornerà a breve.

Si tratta con tutta evidenza di un potere di controllo, quello introdotto con il Codice in esame, dal sapore preventivo (speciale e generale) prima che punitivo, che invece si configurerebbe nel caso in cui le condotte segnalate costituissero specifiche ipotesi di reato: un "nuovo" spazio operativo del pubblico ministero che ne disegna un modello dai contorni diversi e forse più moderni rispetto al passato.

Con lo stesso spirito di garantire la funzionalità del controllo preventivo del p.m. è previsto, poi, dall'art. 45 del Codice, l'obbligo di comunicazione allo stesso organo inquirente del decreto di concessione dei termini per l'accesso al concordato preventivo o al giudizio per l'omologazione per il deposito degli accordi di ristrutturazione di cui all'articolo 44, comma 1, lettera a).

Ora, occorre analizzare nello specifico quali poteri per il p.m. comprende il combinato disposto di cui agli artt. 37, 40, 44 e 45 del Codice.

2.2.1. L'interlocuzione del p.m. con le parti della procedura.

In effetti, mentre in caso di procedura per la liquidazione giudiziale *ex art. 41, comma 5, del Codice* il pubblico ministero può intervenire – ad esempio con memorie e pareri – fino alla rimessione della causa per la decisione, nella nuova disciplina in tema di accordi di ristrutturazione e concordato preventivo, al di fuori dei poteri conoscitivi concessi all'investigatore pubblico ed alle segnalazioni previste dall'art. 44, ed oltre al naturale potere di avvio di un procedimento penale per l'accertamento di un fatto di reato, non sono previsti espressamente poteri di interlocuzione con le parti, specie con il Tribunale, sotto forma di pareri o osservazioni. Tantomeno la riforma ha sancito la partecipazione necessaria del pubblico ministero a pena di nullità nelle procedure in esame.

Tuttavia, una lettura interpretativa sistematica e della *ratio legis* posta alla base del nuovo articolato normativo consente di ritenere l'esistenza quantomeno di un potere di intervento interlocutorio costante del p.m. Oggi cioè risulta avere un fondamento normativo più solido rispetto al passato la considerazione circa l'esistenza del potere di



2/2019

p.m., a margine della conoscenza dell'avvio della procedura di regolazione della crisi, di esprimere un parere sull'accordo di ristrutturazione, sulla domanda di concordato preventivo ai fini della sua ammissione, sulle relative richieste di omologa e dunque sulla fattibilità concreta dei piani industriali sottostanti tali procedure e sulla concessione dei termini di cui all'art. 44 del Codice: si tratta di un contributo alla dialettica processuale, non necessariamente vincolato alla proposizione di una formale opposizione alle istanze presentate, che mira a sottoporre al Tribunale le proprie osservazioni critiche sulla situazione economico-patrimoniale dell'impresa come rappresentata nelle singole istanze.

Per giungere a tale conclusione è tuttavia necessaria una ulteriore riflessione storica sull'evoluzione normativa.

Nella disciplina antecedente l'attuale riforma, oltre alla previsione generale di cui all'art. 70, u.c., c.p.c. (che prevede il potere d'intervento del pubblico ministero in ogni procedimento civile ove si ravvisi un interesse pubblico), si poteva ricostruire il potere interlocutorio del p.m. sulla base di quanto previsto dall'art. 180 e dall'art. 182-bis, comma 4, l. fall. Con riferimento alla prima norma, che disciplinava il giudizio di omologazione del concordato preventivo, si prevedeva che *qualsiasi interessato* doveva costituirsi almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata. Nel medesimo termine era previsto però che il *solo* commissario giudiziale doveva depositare il proprio motivato parere.

L'art. 182-bis l. fall., invece, prevedeva l'opposizione all'accordo di ristrutturazione da parte dei creditori e di *ogni altro interessato* entro trenta giorni dalla pubblicazione.

Medesima considerazione poteva farsi alla stregua della precedente disciplina in relazione all'intervento del p.m. sulla domanda di ammissione ad un concordato preventivo e, a maggior ragione, sulla richiesta del termine pre-concordatario; ciò sia con riferimento alle norme già citate – specie l'art. 70, u.c., c.p.c. – sia in considerazione del fatto che l'art. 161, co. 6, l. fall. poneva sullo stesso piano la domanda di ammissione al concordato preventivo e la richiesta di omologa di un accordo di ristrutturazione.

In effetti, per un verso non avrebbe avuto senso la previsione del dovere *ex art.* 161, co. 5, l. fall. di trasmissione al pubblico ministero della copia degli atti e dei documenti relativi alla domanda di concordato se a tale dovere non fosse stato correlato un potere della parte pubblica di svolgere osservazioni anche nel momento "pre-concordatario" di cui al successivo comma 6 della medesima disposizione; per altro verso, sulla scorta di quanto sancito dall'art. 161, co. 9, l. fall. appariva logicamente opportuno – ai fini del giudizio di ammissibilità della domanda di cui al sesto comma della norma – che il p.m. potesse esprimersi quando prima dell'istanza di concessione del termine "pre-concordatario" vi fosse stato un accordo di ristrutturazione, oggetto di omologazione ma risultato ineseguibile e, dunque, infruttuoso.

Infine, l'intervento interlocutorio del p.m. sarebbe stato quanto mai utile per la procedura ai fini di un eventuale sollecito nei confronti del Tribunale dell'utilizzo del potere d'ufficio di abbreviazione del termine "pre-concordatario" di cui all'art. 161, co. 8, l. fall., già menzionato in precedenza.

Ed ancora, facendo un passo ancor più indietro nella storia, l'art. 162 l. fall., nella formulazione antecedente alle correzioni apportate dal d.lgs. 169/2007, prevedeva che nel procedimento per l'ammissione al concordato preventivo il P.M. *doveva* essere sentito e sebbene non fosse parte nel successivo giudizio di omologazione, ai sensi dell'art. 180 l. fall., il suo intervento si riteneva *necessario, a pena di nullità*, in ragione dell'interesse pubblico connesso a tale procedimento⁹. Del resto, l'interesse ad agire del p.m. gli derivava dalla stessa ragione per la quale la legge prevedeva il suo intervento nel procedimento di omologazione, allo scopo di tutelare il ceto creditorio, evitando dispersioni della massa attiva del debitore.

A fronte dell'ampiezza del disposto di legge *ante* 2007, dunque, si poteva ritenere che i provvedimenti emessi all'interno della procedura concorsuale di concordato, sia quelli di merito conclusivi del giudizio sia quelli iniziali di ammissione alla procedura, appartenessero all'area del procedimento che vedeva nel pubblico ministero un organo interlocutore interessato al corretto svolgimento della procedura; un sistema che vedeva quindi il p.m. inserito nel procedimento, in un ruolo di controllo della regolarità del suo svolgimento e del rispetto della sua funzione di impedire che il beneficio predetto fosse indebitamente concesso e che la liberazione dell'impresa dalle più gravi conseguenze del dissesto, segnate dal fallimento, non penalizzasse la massa concorsuale oltre la misura che il concordato di per sé comporta sulle ragioni creditorie, con costi suoi propri non conformi a legge¹⁰.

A seguito delle correzioni apportate dal d.lgs. 169/2007 scompariva nell'art. 162 l. fall. l'obbligo di sentire il p.m., ma, come già visto, l'organo inquirente veniva chiamato in causa nell'art. 161, u.c., l. fall. dove si disponeva la comunicazione al p.m. della domanda di concordato, nonché nello stesso art. 162, relativo al potere del p.m. di avanzare l'istanza di fallimento in caso di inammissibilità del concordato.

Nonostante queste modifiche alla legge fallimentare, certa dottrina sosteneva l'opzione interpretativa che vedeva il p.m. parte *necessaria* della procedura sia in ordine all'ammissione al concordato preventivo e sia nella successiva fase di omologazione. Si diceva, in particolare, che se la ragione della comunicazione fosse stata solo quella di consentire al p.m. di formulare l'istanza di fallimento in caso di mancato accoglimento della domanda di concordato, essa sarebbe stata esorbitante rispetto al fine, poiché non vi sarebbe stato motivo di comunicare al p.m. tutte le domande di concordato ma solo quelle per le quali veniva emesso un decreto di rigetto, poiché questo potrebbe evidenziare una situazione di insolvenza da valutarsi al fine di proporre l'istanza di fallimento, non potendo il Tribunale dichiarare il fallimento *ex officio*¹¹.

La previsione del dovere di comunicazione indiscriminato per tutte le domande di concordato, invece, sottenderebbe una logica che supera lo stretto legame con il fallimento ed intenderebbe conferire al p.m. un autonomo potere di impulso, alla stregua di quanto già prevedeva l'art. 162 l. fall. nella precedente formulazione: il Tribunale

⁹ Sul tema S. VITELLO, *Il Pubblico Ministero*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, Utet, 2012, 42 ss. Per la giurisprudenza civile, tra le altre, Cass., sez. 1, sent. n. 16396 del 24/07/2007, Rv. 598778 - 01.

¹⁰ Cfr. Cass., sent. n. 16396, cit.

¹¹ Cfr. S. VITELLO, cit., p.48.



2/2019

avrebbe quindi l'obbligo a pena di nullità di sentire il p.m. in ordine alla ammissibilità della procedura.

Pertanto, la comunicazione si riteneva doversi interpretare come l'esplicitazione dell'obbligo di coinvolgere il p.m. nella procedura concordataria, con il connesso potere di esprimere pareri; in tal senso si poteva ritenere deponesse anche la previsione dell'art. 173, 1° co., l. fall. che, nell'ipotesi di revoca dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo, imponeva al Tribunale di dare comunicazione del procedimento di revoca anche al p.m.

Al contrario, la giurisprudenza più recente esclude l'esistenza di una legittimazione necessaria del p.m. a pena di nullità nella procedura in esame; si sostiene, in particolare che: *"Nel procedimento di concordato preventivo (ed anche nella sua fase impugnatoria) non può farsi discendere dalla prevista comunicazione al Pubblico Ministero della domanda di concordato, prevista dall'art. 161, comma 5, l. fall., alcuna partecipazione necessaria di tale organo a pena di nullità, non avendo questi il potere di promuovere tale procedimento. La citata comunicazione, infatti, assolve solo allo scopo di consentire eventuali controlli nell'interesse pubblico alla verifica della regolarità della procedura, potendo il P.M. prendere parte alla camera di consiglio indetta dal tribunale per ogni audizione del debitore, in quella o altra sede, instare per la richiesta di fallimento, esplicitare poteri di sollecitazione ed introdurre elementi di fatto nei diversi incidenti di reversione nell'iter del progetto concordatizio, ma sempre all'interno della facoltatività del suo intervento"*¹².

A prescindere dall'individuazione per via interpretativa di una legittimazione necessaria del p.m. a pena di nullità nelle procedure in esame, come visto esclusa dalla giurisprudenza che invoca il divieto di interpretazione analogica e la tassatività delle previsioni normative in tal senso, la ricostruzione del potere di interlocuzione mediante pareri ed osservazioni del p.m. nel corso delle procedure di omologa dell'accordo di ristrutturazione, dell'ammissione e dell'omologazione del concordato preventivo (e della relativa concessione dei termini pre-concordatari), pur nell'abrogazione dell'obbligo di sentire il p.m. come previsto prima del 2007, risultava (e risulta oggi) comunque quanto mai necessaria per poter, sin dall'inizio delle procedure, eventualmente selezionare, isolare o quantomeno monitorare (come era nel potere del commissario giudiziale ex art. 173 l. fall.) condotte potenzialmente di rilievo penale – specie gli atti in frode ai creditori – poste in essere prima della domanda di concordato preventivo e della sua omologa, tenuto conto che il pubblico ministero ai sensi dell'art. 238 l. fall. avrebbe potuto avviare un procedimento penale ed iniziare le indagini per reati fallimentari prima che venisse aperta una procedura concorsuale¹³.

¹² In particolare, cfr. Cass. civ., sez. 1, sent. n. 5074 del 28/02/2017, Rv. 644457-01, e da ultimo, in conformità, Cass. civ., Sez. 1, ord. n. 6093 del 13/03/2018, Rv. 647755 - 01.

¹³ Vds. sul tema Cass., Sez. 1, sent. n. 16856 del 26/06/2018, secondo cui: *"In tema di revoca dell'ammissione al concordato preventivo, si configurano come atti di frode le condotte del debitore idonee ad occultare situazioni di fatto suscettibili di influire sul giudizio dei creditori, ossia tali che qualora conosciute avrebbero presumibilmente comportato una valutazione diversa e negativa della proposta e che siano state "accertate" dal commissario giudiziale, cioè da lui "scoperte", essendo in precedenza ignorate dagli organi della procedura o dai creditori. Rientrano, peraltro, tra i fatti "accertati" dal commissario giudiziale, ai sensi dell'art. 173 l. fall., non solo quelli "scoperti" perché prima del tutto ignoti nella loro materialità, ma anche quelli non adeguatamente e compiutamente esposti nella proposta concordataria*



2/2019

Rispetto alle opzioni interpretative sopra esposte, appoggiate sul quadro normativo di cui al R.D. n. 267 del 1942, occorre verificare la situazione che si verrà a determinare con l'entrata in vigore della riforma in esame.

Con la riforma, come detto, non si è prevista espressamente la partecipazione necessaria del p.m. a pena di nullità nelle procedure di regolazione della crisi in esame (accordo di ristrutturazione e concordato preventivo); tuttavia, si può ritenere che con l'introduzione del Codice della crisi d'impresa non solo valgono tutte le considerazioni sopra svolte in merito, ad esempio, alla previsione generale di cui all'art. 70, u.c., c.p.c., ma la riforma, rafforzando i poteri di controllo dell'organo inquirente sulle condotte realizzate dal debitore durante le fasi di svolgimento delle procedure di composizione e regolazione della crisi, fornisce di ulteriore fondamento interpretativo e normativo la convinzione circa l'esistenza quantomeno di poteri costanti di interlocuzione del p.m., attraverso pareri e memorie, nel corso delle medesime procedure.

Innanzitutto, infatti, con il nuovo Codice avviene la piena uniformazione delle procedure di regolazione della crisi posto che la domanda è disciplinata unitariamente (per l'accordo di ristrutturazione e per il concordato preventivo) dall'art. 40; allo stesso modo, uniformemente è previsto il potere di opposizione di *qualsiasi interessato* all'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti dall'art. 48 del Codice.

Pertanto, medesime e più appropriate argomentazioni interpretative, prima riferibili alla lettura degli artt. 161, 180 e 182**bis** della l. fall., possono oggi essere svolte in ordine alla correlazione tra potere di interlocuzione del p.m. nel corso delle procedure e potere di opposizione del medesimo all'omologazione *ex art.* 48 del Codice.

Tale opposizione deve essere proposta, secondo la nuova norma, con memoria depositata nel termine perentorio di almeno dieci giorni prima dell'udienza; dunque, può fondatamente ritenersi che, nell'ambito del procedimento non costituente notizia di reato aperto dal p.m. in occasione del ricevimento della notizia relativa alla domanda di regolazione della crisi avanzata dal debitore, il medesimo organo inquirente possa esprimere un parere anche prima della fissazione dell'udienza per il giudizio di omologa ovvero anche prima della concessione dei termini di cui all'art. 44 da parte del Tribunale, ovvero formulare un memoria contenente osservazioni critiche sulla situazione economia dell'impresa.

L'iniziativa del PM può dare luogo ad un confronto positivo che amplia la portata dell'eventuale giudizio di omologa, che altrimenti rischia di ridursi ad una mera convalida/non convalida della richiesta del debitore ricorrente.

Per individuare il possibile contenuto del parere deve farsi riferimento a quanto sancito dall'art. 48, comma 3, del Codice sulla *fattibilità* dell'accordo o del piano,

e nei suoi allegati, i quali, ancorché annotati nelle scritture contabili, rivelino una valenza decettiva per i creditori. (Nella specie, la S.C. ha confermato la pronuncia della corte territoriale, che aveva qualificato come atto di frode il silenzio serbato nella proposta concordataria e nel piano annesso – ancorché essa fosse annotata nelle scritture contabili – su una operazione di scissione patrimoniale, effettuata dalla debitrice già insolvente e consistita nel conferimento di immobili a una società controllata e nella successiva cessione di quote ad un terzo).



2/2019

L'importanza di poter formulare rilievi su tale aspetti si ricava anche da quanto disposto dal medesimo art. 48, comma 6, del codice, secondo cui: *“se il tribunale non omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione, dichiara con sentenza, su ricorso di uno dei soggetti legittimati, l'apertura della liquidazione giudiziale”*.

In aggiunta, deve rilevarsi un decisivo appiglio normativo a quanto detto nella previsione dell'art. 47, comma 3, del Codice con riferimento alla domanda di concordato preventivo, secondo cui *“Il tribunale, quando accerta la mancanza delle condizioni di ammissibilità, sentiti il debitore, i creditori che hanno proposto domanda di apertura della liquidazione giudiziale ed il pubblico ministero, con decreto motivato dichiara inammissibile la proposta”*. Non avrebbe senso compiuto la previsione dell'obbligo di sentire l'organo inquirente al momento della decisione sull'ammissibilità della domanda di concordato se al medesimo organo non fosse concesso di intervenire prima di tale fase con proprie osservazioni.

Il radicamento normativo, sulla base dell'interpretazione sistematica proposta, di quanto finora ritenuto, può ulteriormente essere rinvenuto in altre disposizioni del Codice. In particolare, deve ritenersi che i poteri di informazione attribuiti dalla riforma al commissario giudiziale (si pensi all'art. 44, comma 1, lett. c) il quale, ricevute le informazioni dal debitore, deve informare in modo costante il Tribunale, possono concretizzarsi anche in forme di interlocuzione con il pubblico ministero. Ciò sicuramente deve avvenire allorché il commissario giudiziale individui nel corso dello svolgimento della procedura una notizia di reato, ma, si ritiene, ciò non è escluso ed anzi è opportuno che avvenga anche con riferimento ad altre vicende della procedura che il commissario, sulla base dei propri poteri e delle proprie conoscenze, ritiene di sottoporre all'attenzione dell'organo inquirente ai fini delle sue competenze investigative.

Invero, l'obbligo di comunicazione al p.m. è espressamente previsto dall'art. 92, comma 5, del Codice, ove si sancisce che: *“Il commissario giudiziale comunica senza ritardo al pubblico ministero i fatti che possono interessare ai fini delle indagini preliminari in sede penale e dei quali viene a conoscenza nello svolgimento delle sue funzioni”*. Il riferimento specifico alle indagini preliminari non dovrebbe essere interpretato in senso necessariamente stretto ovvero quando sia stato aperto un procedimento in presenza di una precisa notizia di reato; ciò perché la previsione non richiama i fatti-reato ma utilizza il termine più generico di *fatti* che, dunque, possono essere anche analizzati nell'ambito di un procedimento avviato per fatti non costituenti reato. Con il corretto e più ampio utilizzo di questo potere informativo del commissario giudiziale, il p.m. verrebbe costantemente informato sull'andamento della procedura e potrebbe esprimere osservazioni e rilievi durante tutto il corso della procedura.

Obblighi informativi del commissario giudiziale sono sanciti anche dall'art. 106 in caso di presentazione della domanda di concordato preventivo; se il medesimo commissario accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, infatti, deve informare il Tribunale che ne deve dare comunicazione al p.m.



2/2019

Secondo l'art. 114, inoltre, il commissario deve trasmettere al p.m. tutte le informazioni rilevanti relative all'andamento della liquidazione dei beni nella fase di chiusura del concordato.

Infine, depongono per la piena partecipazione del pubblico ministero nelle procedure concorsuali in esame, le seguenti ulteriori previsioni:

- l'art. 55, co.4, del Codice che prevede il potere del p.m. in caso di atti di frode di chiedere al Tribunale di revocare o modificare le misure protettive per l'impresa;
- l'art. 70, commi 10 e 11, che prevedono, nel caso della procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento, relativamente al piano di ristrutturazione dei debiti, quando vi siano atti di frode, il potere del p.m. di chiedere al Tribunale l'apertura della procedura liquidatoria degli articoli 268 e seguenti;
- l'art. 72 che prevede, nella medesima fase di cui al punto precedente, il potere del p.m. di chiedere la revoca dell'omologazione del piano quando è stato dolosamente o con colpa grave aumentato o diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente simulate attività inesistenti o se risultano commessi altri atti diretti a frodare le ragioni dei creditori. Conseguono il potere di chiedere al Tribunale la conversione in procedura liquidatoria di cui all'art. 73;
- l'art. 80, co.6, che sancisce gli stessi poteri prima indicati all'art. 70, con riferimento alla mancata omologazione del concordato minore;
- l'art. 82 e 83 che rispecchiano, con riferimento al concordato minore, quanto sopra indicato agli artt. 72 e 73;

3. Conclusioni.

Il principio di tassatività dell'azione del pubblico ministero nel processo civile è in termini generali derogato con riguardo all'intervento facoltativo, possibile in ogni causa in cui la pubblica accusa ravvisi un pubblico interesse; il p.m., infatti, si qualifica come organo neutro ed imparziale che agisce per sollecitare la verifica della legalità da parte del Giudice e per la tutela degli interessi anche economici della collettività.

Questa considerazione vale anche per le procedure concorsuali relative alla crisi ed all'insolvenza delle imprese; in questo settore, però, l'esigenza di tutela della *par condicio creditorum* e, in generale, degli interessi collettivi al buon andamento dell'economia ed alla legalità nello svolgimento delle stesse procedure, spinge verso un rafforzamento dei poteri di controllo ed intervento del pubblico ministero. Con la riforma in parte qui esaminata benché non si sia optato, timidamente, per la previsione specifica di un potere generalizzato di intervento dell'organo inquirente in qualunque momento dello sviluppo di tutte le procedure concorsuali, sotto forma di legittimazione necessaria a pena di nullità, tuttavia le indicazioni normative sopra riportate e la proposta interpretazione sistematica, potrebbero garantire nuova linfa al potere di monitoraggio ed interlocuzione del p.m. nelle diverse fasi disciplinate dal Codice.



2/2019

Se, infatti, con la riforma del 2007 al R.D. n. 267/1942 si verificava uno spostamento della disciplina fallimentare verso un'ottica più privatistica¹⁴, con l'entrata in vigore dell'attuale disciplina si potrebbe ritenere, in senso antitetico, un rafforzamento dei poteri di intervento pubblico in capo all'organo inquirente nelle procedure di composizione e regolazione della crisi delle imprese. Questo rafforzamento, come si è detto in premessa, risulta dovuto ad una precisa scelta politica, quella di favorire tutte le opzioni di recupero e risanamento aziendale, per limitare il più possibile le ipotesi di perdita definitiva della continuità aziendale con conseguente liquidazione giudiziale dell'impresa.

Per raggiungere compiutamente l'obiettivo del legislatore appare quanto mai necessario mettere in campo tutto lo strumentario investigativo nella disponibilità del pubblico ministero; in questo modo si apporterà un contenuto conoscitivo fondamentale nell'analisi del Tribunale sullo svolgimento delle procedure in merito ai fatti, agli atti ed alle condotte poste in essere dalle parti per la composizione o regolazione della crisi.

Peraltro, è il caso di ribadire che il controllo del Tribunale sulle istanze degli imprenditori debitori volte alla composizione o regolazione delle crisi aziendali, o della loro insolvenza, non deve limitarsi alla mera constatazione asettica della regolarità formale dei ricorsi, ma deve entrare nel merito degli stessi e soffermarsi sulla concreta attuabilità e fattibilità degli accordi e dei piani industriali; fattibilità intesa come rispetto coerente degli accordi prospettati sulla base delle concrete aspettative di realizzo, specie in presenza di creditori estranei all'accordo. Per svolgere questo compito di analisi il Tribunale non può fare a meno dei poteri e degli strumenti investigativi del pubblico ministero.

In tale ottica diventa quanto mai oggi cogente l'esigenza di fornire all'organo inquirente la possibilità tecnica di interloquire con le parti coinvolte nelle procedure concorsuali: con questa finalità potrebbe risultare davvero ottimale l'inserimento stabile all'interno degli Uffici di Procura di un soggetto – revisore contabile, commercialista, laureato in economia – che affianchi i pubblici ministeri costantemente nello svolgimento dell'analisi degli atti e dei fatti relativi alle singole procedure.

Del resto, se è prevista l'istituzione dell'OCRI all'interno delle Camere di Commercio e, nel contempo, sono sanciti precisi obblighi di segnalazione per il p.m. (art. 22 del Codice), non si comprende quale segno contrario potrebbe avere l'opzione dell'istituzione in modo permanente di un organo di ausilio al pubblico ministero per le specialità economico-aziendali.

In questo modo si potrebbero creare sinergie rafforzate e maggiormente qualificate per un accrescimento culturale e qualitativo del controllo pubblico sulle procedure concorsuali, dell'azione penale e, più in generale, dell'intero sistema giustizia, riservando la nomina di consulenti esterni, con il connesso tasso di discrezionalità e profili di compatibilità, per casi straordinari e complessi.

¹⁴ Cfr. sull'argomento A. NIGRO, "Privatizzazione" delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, in AA.VV., *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, Torino, 2007; F. DI MARZIO, *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, in AA.VV., *Le nuove procedure concorsuali*, Bologna, 2008, 471 ss.



2/2019

LA RILEVANZA PENALE DEL SISTEMA DI PAGAMENTO HAWALA NELLE CONDOTTE DI FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE CLANDESTINA

Nota a [Trib. Palermo, sent. 22 marzo 2018 \(dep. 18 settembre 2018\), n. 400, G.U.P. Ferro](#)

di Alessandro Quattrocchi

Abstract. *Con la presente pronuncia del G.U.P. del Tribunale di Palermo, in maniera innovativa e tendenzialmente inedita, si attinge allo strumentario del diritto penale dell'economia per arricchire le strategie di contrasto e le connesse risposte sanzionatorie al fenomeno dello smuggling of migrants. In particolare, applicando fattispecie incriminatrici poste a tutela della stabilità e del funzionamento del sistema finanziario, si colpisce il sistema informale di pagamento denominato hawala, che le organizzazioni criminali operanti a livello internazionale utilizzano per trasferire le risorse finanziarie provento dei reati fine al di fuori dei canali regolamentati e, quindi, del controllo statale: nel caso di specie, il prezzo pagato dai migranti per acquistare il viaggio dalle coste libiche a quelle italiane su natanti di fortuna. Il presente lavoro, muovendo dalla fattispecie concreta e dalla soluzione interpretativa fatta propria dal giudice di prime cure, ricostruisce i meccanismi operativi dell'hawala e le incriminazioni concretamente applicabili alla luce delle più recenti riforme legislative, evidenziando infine l'opportunità di un espresso intervento del legislatore penale in materia.*

SOMMARIO: 1. Brevi note introduttive sulla fattispecie concreta. – 2. La rilevanza penale attribuita al sistema di pagamento *hawala* nel caso di specie. – 3. I sistemi informali di trasferimento fondi. – 4. Le fattispecie penali applicabili all'*hawala*: dall'art. 132 all'art. 131-ter T.U.B. – 5. (Segue) Dall'art. 5, comma 3, d.lgs. 153/1997 all'art. 140-bis T.U.B. – 6. Considerazioni conclusive.

1. Brevi note introduttive sulla fattispecie concreta.

Con la sentenza in commento il Giudice dell'udienza preliminare di Palermo, decidendo nelle forme del rito abbreviato un procedimento a carico di numerosi imputati, tra l'altro, del reato di cui all'art. 416 c.p., per essersi associati al fine di

commettere più delitti di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina¹, contro la persona, l'ordine pubblico, il patrimonio e la fede pubblica, ha emesso sentenza di condanna, nei confronti di alcuni di essi, altresì per il reato di abusiva attività di prestazione di servizi di pagamento, in esso sussumendo quel peculiare sistema di pagamento informale rispondente al nome di *hawala*.

Il procedimento penale in questione è scaturito dalla complessa attività investigativa avviata a seguito del tragicamente noto naufragio al largo dell'isola di Lampedusa in data 3 ottobre 2013, che ha determinato la morte per annegamento di numerosissimi migranti. Indagini nel cui ambito è stata accertata la rotta seguita dai migranti a partire dal loro arrivo sulle coste libiche dopo l'attraversamento di vari stati africani (segnatamente Etiopia e Sudan), seguito dal viaggio via mare verso le coste italiane ove, una volta sbarcati, sottraendosi a qualsivoglia forma di censimento, avveniva l'allontanamento dai centri di accoglienza e il trasferimento al Nord Italia o in altri Stati europei.

In questo contesto investigativo, la ricostruzione dei fatti è avvenuta anche con l'apporto conoscitivo di uno degli imputati, il quale, a seguito della sottoposizione a fermo, unitamente ad altri soggetti indiziati di fare parte, a vario titolo, di un'organizzazione criminale transnazionale di origine eritrea dedita al traffico di migranti dai paesi di origine verso l'Italia ed altri Stati europei, diveniva formalmente collaboratore di giustizia, così assurgendo agli onori della cronaca quale "primo trafficante di esseri umani pentito"². Di talché, anche sulla scorta delle dichiarazioni auto ed etero accusatorie rese dallo stesso, l'attività investigativa degli inquirenti veniva approfondita sino a sfociare nel procedimento penale deciso con la sentenza in commento.

All'esito del giudizio, come detto celebrato nelle forme del rito abbreviato, sulla scorta del copioso materiale istruttorio raccolto, è stata ritenuta sussistente un'organizzazione, con base operativa a Roma, responsabile di una articolata serie di attività illecite finalizzate a favorire l'ingresso illegale di migranti in Italia, nonché l'autonomo operare in attività del medesimo tipo e con analogo *modus operandi* a Palermo da parte di taluni imputati, sebbene in assenza di vincolo associativo.

Modalità operative ben pianificate e complessivamente finalizzate a consentire ai migranti, una volta giunti a Palermo dopo l'arrivo in Italia a bordo di natanti e a seguito della collocazione in centri di accoglienza, di allontanarsi da tali luoghi per nascondersi temporaneamente in siti nella disponibilità di alcuni degli imputati, in attesa di partire verso località del nord Europa, a bordo di pullman o treni, con biglietti

¹ Per un attento approfondimento sul tema del fenomeno migratorio delle persone straniere nel suo inestricabile rapporto con le tendenze securitarie dell'ordinamento nelle più recenti scelte di politica criminale, si rinvia all'opera monografica di L. RISICATO, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019, in corso di stampa, nonché a L. RISICATO, *Il confine e il confino: uno sguardo d'insieme alle disposizioni penali del "decreto sicurezza"*, in *Dir. pen. proc.*, 1/2019, in corso di pubblicazione. Complementarmente, per un'efficace analisi della prospettiva del migrante quale vittima di reato, cfr. M. PELISSERO, *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in V. Militello – A. Spina (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, 2015, p. 105 ss.

² Cfr., tra gli altri, l'articolo consultabile a questo [link](#).



2/2019

e passaporti falsi procuratigli dagli stessi imputati. Il tutto dietro pagamento di ingenti somme di denaro, da parte dei parenti dei migranti clandestini di norma residenti all'estero, mediante canali di intermediazione finanziaria ufficiali (quali Western Union, MoneyGram, Postepay) ovvero attraverso il metodo fiduciario di trasferimento di denaro meglio conosciuto con il nome di *hawala*.

L'organizzazione, in definitiva, era in grado di: a) trasferire, dietro pagamento, cittadini africani di diverse nazionalità dai paesi d'origine verso le coste libiche; b) da lì farli transitare, a bordo di natanti di fortuna, sulle coste italiane; c) far raggiungere ai migranti, frattanto allontanatisi dai centri di accoglienza, prima il centro Italia (e in particolare Roma), poi gli Stati del Nord Europa, procurando loro biglietti e passaporti falsi; d) movimentare ingenti somme di denaro, profitto della menzionata attività illecita, anche tramite il canale di intermediazione finanziaria informale detto *hawala*.

Tanto premesso, in estrema sintesi, sulla vicenda di fatto che ha animato la pronuncia in commento, e tralasciando i pur interessanti passaggi motivazionali relativi alla sussistenza del reato associativo (art. 416 c.p.) come anche del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12 d.lgs. n. 286/1998), tale arresto giurisprudenziale suscita particolare interesse per avere ritenuto la rilevanza penale del più volte citato sistema di pagamento *hawala*, in forza delle considerazioni che ci si appresta a passare in rassegna.

2. La rilevanza penale attribuita al sistema di pagamento *hawala* nel caso di specie.

A sei degli imputati, congiuntamente ad altri sei per i quali si è proceduto separatamente, la pubblica accusa ha contestato, in concorso tra loro e avvinti dal vincolo della continuazione, i reati di cui agli artt. 5, comma 3, d.lgs. n. 153/1997³ (in relazione all'art. 15, comma 1, lett. c, l. n. 52/1996 ed all'art. 3, d.lgs. n. 374/1999), 132 d.lgs. n. 385/1993⁴ (in relazione all'art. 106, d.lgs. n. 385/1993) e 4 l. n. 146/2006⁵, per avere, con più azioni esecutive del medesimo disegno criminoso, senza alcuna autorizzazione e senza essere iscritti negli appositi elenchi, albi e ruoli previsti dalla legge, esercitato abusivamente nei confronti del pubblico attività di intermediazione finanziaria ed in particolare per avere svolto attività di raccolta abusiva del risparmio e di abusiva intermediazione nel cambio monetario, attraverso il sistema denominato *hawala*⁶.

Quanto alle imputazioni summenzionate va fin d'ora rilevato che l'art. 5, comma 3, d.lgs. n. 153/1997, in materia di contrasto al riciclaggio dei capitali di provenienza

³ Decreto legislativo recante norme di "Integrazione dell'attuazione della direttiva 91/308/CEE in materia di riciclaggio dei capitali di provenienza illecita".

⁴ Trattasi del "Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia", cd. T.U.B.

⁵ Legge avente ad oggetto la "Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001".

⁶ Come si vedrà più approfonditamente nel prosieguo, si tratta di un sistema informale di trasferimento di valori basato sulle prestazioni e sull'onore di una vasta rete di mediatori. Sul punto, *amplius*, v. A. DI NICOLA - G. MUSUMECI, *Storie di un trafficante di uomini*, Milano, 2014, p. 32 ss.



2/2019

illecita, punisce (*recte*, puniva) l'esercizio di agenzia in attività finanziaria in assenza della prescritta iscrizione nell'elenco tenuto dall'Ufficio Italiano dei Cambi⁷; l'art. 132 d.lgs. n. 385/1993 (d'ora in avanti "T.U.B.") sanziona l'abusiva attività finanziaria svolta nei confronti del pubblico in assenza dell'autorizzazione o dell'iscrizione negli appositi elenchi⁸; infine, l'art. 4 l. n. 146/2006 disciplina l'aggravante della transnazionalità⁹.

La sentenza in commento prende le mosse dal reato di esercizio abusivo dell'attività finanziaria ex art. 132 T.U.B., il quale, nella versione vigente a seguito del d.lgs. n. 141/2010 (applicabile *ratione temporis* al caso di specie), sanziona l'esercizio senza autorizzazione nei confronti del pubblico di una o più attività finanziarie previste dall'art. 106, comma 1, T.U.B., vale a dire delle attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma.

Al riguardo, il giudice di prime cure osserva che l'attività di "incasso e trasferimento di fondi" è riconducibile, per il suo stesso oggetto, ai "servizi di pagamento" disciplinati dall'art. 106 T.U.B., cui rimanda la norma sanzionatrice, art. 132 T.U.B., nonché l'art. 4, comma 1, del D.M. 6.7.1994, emanato dal Ministero del Tesoro in ottemperanza di quanto disposto dall'art. 106, comma 4, lett. a), del medesimo T.U.B.

Prosegue la pronuncia rilevando che anche l'Ufficio Italiano Cambi, nell'ambito delle proprie attribuzioni, con provvedimento dell'11.7.2002 ha definito l'attività di trasferimento di valuta come attività compresa nell'art. 106 T.U.B., in quanto "prestazione di servizi di pagamento", in tutte le sue componenti, quali la trasmissione ed esecuzione di ordini di pagamento, la compensazione di debiti e crediti, la remissione e gestione di

⁷ Circa tale incriminazione, non pare superfluo ricordare che la l. n. 197/1991, prima legge antiriciclaggio in Italia, partendo dall'assunto che il settore dell'intermediazione finanziaria costituisce un punto obbligato di passaggio per l'inserimento dei capitali illeciti nel mercato legale, ha disciplinato una serie di "presidi" atti ad ostacolare la commissione del fenomeno criminale. In generale, il sistema di prevenzione, oltre a fissare specifici divieti ed obblighi per i privati in materia di utilizzo del denaro contante e titoli al portatore, ha richiesto una collaborazione "attiva" e "passiva" da parte dei destinatari della disciplina antiriciclaggio, avendo riguardo alle informazioni da questi possedute o acquisite nell'ambito dell'ordinaria attività istituzionale o professionale svolta. Il d.lgs. n. 56/2004, in attuazione della Direttiva n. 2001/97/CE, ha poi riunito, in un'unica cornice normativa, tutti i destinatari degli obblighi antiriciclaggio, prima frammentariamente indicati all'art. 13 d.l. n. 625/1979, nonché nell'art. 1 d.lgs. n. 374/1999. In particolare, quest'ultimo provvedimento ha ampliato le categorie dei soggetti sottoposti agli obblighi previsti dalla Legge n. 197/1991, attraverso un aggiornamento dell'originaria tipologia di intermediari finanziari e l'inclusione di quei soggetti che, pur non operando nel campo finanziario, svolgono attività suscettibili di utilizzazione ai fini di riciclaggio. Tra questi, i cosiddetti "operatori non finanziari", cioè dediti, ai sensi dell'art. 1 del d.lgs. n. 374/1999, alle attività ivi indicate e, tra esse, quella di "agenzia in attività finanziaria" (come prevista dall'articolo 106 del d.lgs. n. 385/1993), subordinata all'iscrizione nell'elenco costituito presso l'Ufficio Italiano Cambi. Per un approfondimento sull'evoluzione della disciplina nazionale in materia di riciclaggio, cfr., per tutti, M. CARBONE – P. BIANCHI – V. VALLEFUOCO, *Le nuove regole antiriciclaggio*, Milano, 2017, p. 199 ss.

⁸ Cfr. R. BRICCHETTI, *Esercizio abusivo dell'attività finanziaria*, in *Libro dell'anno del diritto Treccani*, Roma, 2012, p. 232 ss.; A. MIRIELLO, *L'abusivismo finanziario*, in A. Cadoppi – S. Canestrati – A. Manna – M. Pappa (a cura di), *Diritto penale dell'economia*, Tomo I, Milano, 2017, p. 571 ss.

⁹ Cfr. L. DELLA RAGIONE, *L'aggravante della transnazionalità*, in V. Maiello (a cura di), *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, Torino, 2015, p. 105 ss.,

carte di credito, di debito o altri mezzi di pagamento, oltre il trasporto materiale di denaro contante o di valori (ad esempio, ad opera dei cd. trasporta valute)¹⁰.

Sicché, conclude il giudice di prime cure, il “trasferimento di valuta” nel caso di specie integra una delle attività riservate da parte dell’art. 106 T.U.B., poiché consente all’operatore di intervenire attivamente sulla quantità e qualità della moneta raccolta, nonché sui tempi di regolamento della transazione richiesta.

Per l’effetto, ogni attività, anche materiale, di incasso e di pagamento in assenza di autorizzazione contrasta con gli artt. 132 e 106 T.U.B., fuoriuscendo dalla nozione di “servizio di pagamento” esclusivamente l’attività di trasporto e consegna al creditore dei valori forniti dallo stesso debitore, perché la prestazione in tal caso è priva di contenuto finanziario e, quindi, non riservata agli intermediari autorizzati; il contenuto finanziario e la riserva di attività sussistono, invece, ogni qualvolta ricorra un’attività ulteriore svolta dall’intermediario rispetto a quella di semplice trasporto e consegna.

Nel caso in esame, sulla scorta dell’analisi critica del compendio probatorio raccolto, la sentenza giunge a ritenere che gli imputati, in via continuativa, abbiano offerto al pubblico e ad un numero indeterminato di soggetti il servizio di raccolta di denaro e di cambio di valuta, nonché la gestione del successivo trasferimento all’estero, attività certamente vietate dalla legge bancaria indipendentemente dal mezzo virtuale, qual è l’*hawala*, o materiale utilizzato per il trasferimento della moneta.

Nulla si dice, invece, in merito al pur contestato art. 5, comma 3, d.lgs. n. 153/1997.

Infine, quanto alla circostanza aggravante della transnazionalità di cui all’art. 4 l. n. 146/2006, la sentenza ne esclude l’applicabilità, in relazione a questo come a tutti gli altri capi di imputazione contestati, non ritenendosene ricorrere i presupposti di operatività.

3. I sistemi informali di trasferimento fondi.

Pur apprezzandosi il risultato interpretativo, affatto agevole, cui è pervenuta la pronuncia in commento, che si presta ad irrobustire lo strumentario della tutela penale fornita dall’ordinamento al fenomeno del favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, appaiono opportune alcune notazioni ricostruttive.

Facendo un passo indietro, giova in via preliminare mettere bene a fuoco il funzionamento dell’*hawala*, che la sentenza ha dato per presupposto e che, nondimeno, occorre in questa sede esplicitare ed esplicitare.

Accanto ai sistemi formali di trasferimento fondi, cioè a quelli che operano all’interno del sistema finanziario regolamentato, sussistono, da tempi remoti, dei

¹⁰ Ci si limita ad osservare, *ad abundantiam*, che anche il D.M. n. 29/2009, emanato dal Ministero dell’economia e delle finanze il 17.2.2009 e recante disposizioni in materia di intermediari finanziari, all’art. 5, co. 1, lett. a), stabilisce che per “prestazione di servizi di pagamento” si intende, tra l’altro, l’attività di “incasso e trasferimento di fondi”.

sistemi informali, operanti totalmente al di fuori dal circuito ufficiale, i quali consentono l'esecuzione di transazioni finanziarie caratterizzate da un elevato grado di opacità¹¹.

Tali sistemi informali di trasferimento fondi sono ritenuti possibili canali attraverso cui veicolare, anche a fini di riciclaggio, il denaro "sporco"; ad essi ci si riferisce anche come *alternative remittance systems* (sistemi alternativi di trasferimento fondi)¹², ma non di rado, per le dimensioni e le caratteristiche che vengono ad assumere in determinate realtà, essi sono altresì noti come *underground or parallel banking systems* (sistemi bancari sotterranei o paralleli)¹³.

Gli *alternative remittance systems*, invero, si fondano su precisi fattori etnici, culturali e storici e, in alcuni casi, hanno origini remote che precedono di alcuni secoli lo sviluppo del sistema bancario occidentale, avvenuto tra il diciannovesimo e il ventesimo secolo¹⁴.

Spesso i sistemi informali di trasferimento di fondi hanno legami con le particolari aree geografiche in cui si sono sviluppati, in relazione alle quali assumono differenti caratteristiche e denominazioni. Le forme conosciute di tali sistemi informali sono, per l'appunto, l'*hawala*, sviluppatosi in Asia meridionale e successivamente diffusosi nell'area mediorientale; l'*hundi*, in uso in India prima dell'avvento del sistema bancario convenzionale; il *fei-ch'ien*, noto in Cina già alla fine del diciottesimo secolo; il mercato nero del *peso*, sviluppatosi inizialmente in America latina e poi estesosi in tutto il continente americano^{15, 16}.

¹¹ M. CONDEMI – F. DE PASQUALE, *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, in *Quaderni di ricerca giuridica*, 2008, n. 60, p. 187 ss., consultabile a questo [link](#).

¹² Cfr. GAFI/FATF, *Report on Money Laundering typologies 1999-2000*, Parigi, 2000, pp. 4-8, consultabile a questo [link](#); GAFI/FATF, *Report on Money Laundering typologies 2002-2003*, Parigi, 2003, pp. 3-9, consultabile a questo [link](#). Nella copiosa letteratura esistente sul tema, si rinvia inoltre a L.C. CARROLL, *Alternative remittance Systems, distinguishing Sub-Systems of ethnic Money Laundering in Interpol Member Countries of the Asian Continent*, International Criminal Police Organization (INTERPOL), Lione, 2001; M. EL-QORCHI, *Hawala*, in *Finance & Development*, Vol. 39, n. 4, 2002, pp. 31-33; International Monetary Fund-World Bank, *Informal Funds transfer Systems: An Analysis of the Hawala System*, Report n. 25803, Washington D.C., 2003, consultabile a questo [link](#).

¹³ Sebbene, quindi, non vi sia un termine univoco che individui il fenomeno, il concetto di "sistemi informali" di trasferimento di fondi sembra cogliere più degli altri la natura di tali servizi finanziari. Troppo restrittivo sembra essere il termine "sistemi alternativi" di trasmissione fondi, giacché in alcuni paesi, in mancanza di sistemi bancari efficienti, i servizi in esame spesso rappresentano l'unico mezzo per effettuare trasferimenti di denaro; il termine "sistemi paralleli" o "sotterranei" non è neppure soddisfacente perché esclude talune realtà in cui i servizi sono offerti pubblicamente, cfr. International Monetary Fund-World Bank, *op. ult. cit.*, p. 8.

¹⁴ GAFI/FATF, *Report on Money Laundering typologies 1999-2000*, cit., p. 4.

¹⁵ Sulle caratteristiche di tali sistemi informali si vedano il già citato GAFI/FATF, *Report on Money Laundering typologies 1999-2000*, cit., *passim*. Circa la storia dell'*hawala* come sistema di pagamento e modello finanziario "circolante", sviluppatosi in particolare grazie alle scuole giuridiche islamiche, ma conosciuto già nel Talmud, e infine comunemente usato dai mercati banchieri del Vicino e Medio Oriente, a prescindere dalla loro appartenenza religiosa, si veda l'opera di B. GEVA, *The payment order of antiquity and middle ages: a legal history*, Oxford e Portland, 2011, p. 252 ss. e spec. p. 301 ss., dove si evidenzia il rapporto fra "*Hawala, Suftaj and Bill of Change*".

¹⁶ Deve segnalarsi una crescente tendenza, in qualche modo parallela ai sistemi informali di pagamento, alla



2/2019

Nati come fenomeni regionali, i meccanismi informali di trasferimento di fondi sono oggi presenti pressoché in ogni parte del mondo in virtù del loro utilizzo da parte delle comunità di immigrati al fine di effettuare rimesse di denaro nei propri paesi d'origine¹⁷.

Le ragioni della diffusione su larga scala dei sistemi informali è, dunque, dovuta ad una molteplicità di ragioni, fra cui vanno annoverate la rapidità con cui vengono movimentate le somme (6-12 ore), i costi ridotti del servizio (pari al 2-5%), la semplicità di funzionamento e l'accessibilità anche in mancanza di un rapporto continuativo con l'intermediario, nonché la possibilità di raggiungere aree geografiche remote in cui le banche tradizionali non operano ovvero dove sono presenti conflitti armati o situazioni di instabilità politica e, soprattutto, il totale anonimato delle transazioni, garantito dalla mancanza di obblighi identificazione della clientela e di registrazione delle relative operazioni¹⁸.

Tanto osservato in generale, il sistema di trasferimento di denaro basato sul brokeraggio informale e su relazioni non contrattuali di nome *hawala*, quanto al funzionamento pratico, prevede che il soggetto che intende trasferire una somma di denaro ad altro soggetto, di norma residente in un diverso paese, contatta un broker intermediario (c.d. *hawaladar*) e gli versa la somma da inviare; l'intermediario locale contatta quindi un suo omologo nel paese ricevente, dandogli ordine di pagare al soggetto destinatario la somma indicata, trattenendo una commissione. La somma versata al destinatario verrà ripagata dal primo al secondo intermediario in un secondo momento, con tempi e mezzi variabili, secondo le circostanze¹⁹.

Tipicamente, i due *hawaladar* sono uniti in qualche forma di sodalizio e, più in generale, inseriti in una rete di mediatori, e, non essendo scambiati tra gli stessi strumenti cambiari, le transazioni sono basate unicamente sulla fiducia e sull'onore.

In aggiunta alle commissioni, i profitti dei mediatori si impernano altresì sulla circostanza che gli stessi bypassano i tassi ufficiali di cambio: generalmente, i fondi entrano nel sistema di trasferimento *hawala* con la valuta del paese di origine e lo lasciano nella valuta del paese del destinatario; sicché, possono essere effettuati a tassi diversi dal cambio ufficiale.

diffusione e all'impiego delle valute virtuali, *bitcoin* su tutte, fenomeno economico-culturale che si pone intenzionalmente in rotta di collisione con la pervasività del controllo statale sul sistema economico e che si connota per anonimato, rapidità, sicurezza ed economicità delle transazioni, il cui funzionamento si impernia sulla tecnologia informatica e sulla rete internet; per un'attenta analisi del fenomeno che ne evidenzia le difficoltà del suo corretto inquadramento giuridico, cfr. F. DI VIZIO, [Le cinte daziarie del diritto penale alla prova delle valute virtuali degli internauti. Lo statuto delle valute virtuali: le discipline e i controlli](#), in questa *Rivista*, fasc. 10/2018, p. 21 ss.

¹⁷ GAFI/FATF, *Report on Money Laundering typologies 2002-2003*, cit., p. 7.

¹⁸ Cfr. International Monetary Fund-World Bank, *op. ult. cit.*, pp.10-12.

¹⁹ Cfr. G. ODDO – M. MAGNANI – R. SETTIMO – S. ZAPPA, *Le rimesse dei lavoratori stranieri in Italia: una stima dei flussi invisibili del "canale informale"*, in *Questioni di Economia e Finanza*, 2016, n. 332, p. 6, consultabile a questo [link](#).



2/2019

Per il fatto che nessuna somma è direttamente trasferita dal mittente al destinatario, il sistema è stato definito *money transfer without money movement*²⁰.

Poiché i trasferimenti di fondi effettuati tramite il descritto canale sono, per le ragioni anzidette, del tutto informali, essi si prestano a una facile elusione delle normative sulla tracciabilità dei flussi finanziari e statisticamente sono sempre più utilizzati per scopi criminali, in particolare per il riciclaggio di denaro e il finanziamento di attività criminali (eminentemente terroristiche).

Dunque, anche se inizialmente l'*hawala* può svilupparsi come rete effettivamente destinata a soddisfare le esigenze di rimessa personali dei migranti, tale canale, costituendo un solido e costante corridoio di trasferimento di risorse economiche, si presta ad essere infiltrato o acquisito dalle organizzazioni criminali per essere dalle stesse gestito e utilizzato quale strumento di mobilitazione finanziaria²¹.

La condotta del mediatore *hawala*, in questi termini descritta, è senz'altro suscettibile di sussunzione, come postulato dalla pubblica accusa e ritenuto dal giudice nella sentenza in commento, quantomeno in taluna delle fattispecie incriminatrici poste a presidio dell'ordine economico.

4. Le fattispecie penali applicabili all'*hawala*: dall'art. 132 all'art. 131-ter T.U.B.

Tra i reati posti a tutela dell'ordine economico viene certamente in considerazione l'incriminazione tipizzata dall'art. 132 T.U.B., che la sentenza in commento ritiene sussistente nel caso di specie, quanto meno nella versione vigente a seguito del d.lgs. n. 415/1996, la quale prevedeva due ipotesi di reato: a) al primo comma della disposizione, la fattispecie delittuosa per chi esercitava, nei confronti del pubblico, una o più delle attività finanziarie previste dall'art. 106, co. 1, T.U.B. (ossia le attività di assunzione di partecipazioni, di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma, di prestazione di servizi di pagamento e di intermediazione in cambi) senza essere iscritto nell'elenco previsto; b) al secondo comma, la fattispecie contravvenzionale per chi svolgeva, in via prevalente e non nei confronti del pubblico, una o più di attività finanziarie suddette senza essere iscritto nell'apposita sezione dell'elenco generale²².

La specificazione del contenuto delle attività riservate ai soggetti iscritti negli appositi elenchi era, invece, prevista da due Decreti Ministeriali del 6.7.1994, il primo dei

²⁰ E invero, attraverso questo sistema viene trasferito il solo valore corrispondente al denaro, che esclusivamente a destinazione si tradurrà in contanti, a ciò alludendosi con l'espressione di uso comune secondo cui "*hawala can be used to send money without sending money*"; cfr. J.F. WILSON, *Hawala and other informal payments systems: an economic perspective*, in *Address at the Seminar on Current Developments in Monetary and Financial Law*, 2002, p. 4, consultabile a questo [link](#).

²¹ Cfr. GAFI/FATF, *Report on The role of hawala and other similar service providers in money laundering and terrorist financing*, 2013, p. 15.

²² Con l'art. 39, della l. n. 262/2005, il legislatore aveva inoltre raddoppiato le pene edittali dei reati in parola ed esteso, con l'art. 38, l'ipotesi delittuosa, di cui al primo comma dell'art. 132 T.U.B., a chiunque svolgesse l'attività riservata agli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107 T.U.B. in assenza dell'iscrizione nel medesimo elenco.



2/2019

quali specificava il contenuto delle attività e precisava quando esse dovessero ritenersi esercitate nei confronti del pubblico; il secondo decreto elencava i criteri per la verifica della prevalenza dell'attività finanziaria non rivolta nei confronti del pubblico²³.

Per ciò che in questa sede rileva, il quadro normativo delineato dai D.M. citati precisava, tra l'altro, le modalità operative dell'attività di prestazione di servizi di pagamento (art. 4), per tali dovendosi intendere le intermediazioni finanziarie esercitate mediante: a) incasso e trasferimento di fondi; b) trasmissione o esecuzione di ordini di pagamento effettuati con qualunque modalità; c) di compensazione di debiti e crediti; d) emissione e gestione di carte di credito, di debito o di altri mezzi di pagamento.

Viceversa, non rientravano tra le prestazioni di servizi di pagamento: a) le attività di recupero dei crediti; b) le attività di trasporto e consegna di valori; c) le attività di emissione e gestione, da parte di un fornitore di beni e servizi, di carte prepagate, di credito e di debito utilizzabili solo presso l'emittente.

L'esercizio abusivo dell'attività di intermediazione finanziaria così delineato si inserisce quindi in dinamiche economiche o programmi criminosi con funzioni di reato strumentale o, più spesso, di modalità operativa del riciclaggio o dell'usura²⁴.

In particolare, va osservato che la repressione dell'esercizio abusivo dell'attività di intermediazione risale al d.l. n. 143/1991, convertito nella l. n. 197/1991, e si inserisce nel solco di altre leggi, promulgate nello stesso periodo storico, finalizzate al contrasto del fenomeno della criminalità organizzata²⁵.

Tuttavia, il d.lgs. n. 141/2010²⁶ (in vigore dal 19.9.2010) ha significativamente modificato la fattispecie di reato di cui all'art. 132 T.U.B., con l'abrogazione dell'ipotesi contravvenzionale e il ripristino delle previgenti (meno severe) pene detentive. L'aspetto più saliente della novella, nondimeno, è la limitazione della riserva alle sole attività di concessione di finanziamenti: l'art. 106, comma 1, T.U.B. è infatti stato modificato riservando agli intermediari finanziari iscritti nell'apposito albo la sola "*concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma*"²⁷; a differenza del precedente testo dell'art. 106 T.U.B., che prevedeva, tra le attività soggette a riserva ed esercitabili soltanto da intermediari iscritti negli appositi elenchi, anche la prestazione dei servizi di pagamento, l'intermediazione in cambi e l'attività di assunzione di partecipazioni.

Quella che potrebbe apparire una parziale abrogazione con precipuo riferimento all'abusiva attività di prestazione di servizi di pagamento, tuttavia, non è tale perché il

²³ Decreti pubblicati nella Gazzetta Uff., 22.7.1994, n. 70. Sul punto, cfr. L. Criscuolo, *L'esercizio abusivo di attività finanziaria: profili giuridici e strumenti di contrasto*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1334 ss.

²⁴ Così, G. LOSAPPIO, *I reati di abusivismo e gli illeciti amministrativi imperniati sulla mancanza del consenso dell'autorità*, in F. Belli – G. Contento – A. Patroni Griffi – M. Porzio – V. Santoro (a cura di), *Il Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Bologna, 2003, p. 2201 ss.

²⁵ Così A. MIRIELLO, *op. ult. cit.*, p. 574.

²⁶ Cfr., in particolare, l'art. 8, comma 2, d.lgs. n. 141/2010.

²⁷ Mediante la novella è dunque stato rivisitato anche l'art. 106 T.U.B., con la previsione di un unico albo al quale saranno iscritti tutti i soggetti intermediari finanziari autorizzati, vale a dire soggetti, i quali – pur operando sul mercato dei capitali – si propongono di prestare attività non riservate in via esclusiva ad altri intermediari abilitati – banche, SGR, SIM – che intendano esercitare nei confronti del pubblico l'attività di concessione di finanziamenti.

d.lgs. n. 11/2010²⁸ (in vigore dall'1.3.2010 e, quindi, prima della riferita riscrittura degli artt. 132 e 106 T.U.B.) ha introdotto l'art. 131-*ter* in seno al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, fornendo una propria autonoma disciplina all'esercizio di attività di prestazione dei servizi di pagamento espletata in assenza della prescritta autorizzazione e sanzionandolo con la stessa pena originariamente prevista per l'art. 132 T.U.B.; di talché, vi è sostanziale continuità normativa dell'incriminazione in questione²⁹.

Poiché il vigente art. 131-*ter* T.U.B. è posto a presidio dell'esercizio riservato dell'attività di prestazione di servizi di pagamento, è necessario soffermarsi sulla definizione di servizi di pagamento appunto come "attività".

Al riguardo, è prevalentemente condivisa tra gli interpreti l'opinione secondo cui "il riferimento ad un'attività suppone la reiterazione abituale di atti (...) in funzione del [suo] esercizio e quindi implica una certa continuità ed ampiezza della condotta correlativa ed un minimo di organizzazione per esercitarla"³⁰.

In altri termini, occorre una serie di atti coordinabili in relazione ad una comune finalità³¹ e inveratisi nel compimento di affari in via sistematica³². La dottrina maggioritaria, quindi, ritiene debba farsi riferimento non al compimento di un singolo atto, ma ad un'attività, quale reiterazione abituale di atti che implica una certa continuità ed ampiezza della condotta correlativa ed un minimo di organizzazione per esercitarla³³.

Parimenti, la giurisprudenza tradizionale reputa che l'operatore debba svolgere l'attività in modo abituale, stabile, non occasionale, con un'organizzazione di mezzi e strumenti tali da consentire la concessione sistematica di un numero indeterminato di prestazioni finanziarie³⁴.

Altro orientamento interpretativo di più recente emersione, invece, qualifica come attività abusiva il compimento anche di un singolo atto, ritenendo sufficiente

²⁸ Trattasi di novella attuativa della Direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento (c.d. direttiva SEPA), occasione per implementare l'ordinamento nazionale con apposita e distinta normazione dell'esercizio abusivo di servizi di pagamento, che si affianca a quella predisposta dall'art. 131 T.U.B. per l'esercizio abusivo dell'attività bancaria, rendendo non casuale la collocazione dell'art. 131-*bis* nell'architettura del T.U.B.

²⁹ Secondo A. GOFFREDO – F. BERNERI, *La revisione della disciplina dei soggetti operanti nel settore finanziario*, in *Soc.*, 2010, p. 1491, l'attività di intermediazione in cambi potrebbe essere qualificata come servizio di investimento con conseguente rilevanza penale ai sensi dell'art. 166 T.U.F.; mentre l'attività di assunzione di partecipazioni non costituisce più attività riservata e, quindi, illecito penale ove esercitata abusivamente.

³⁰ Così F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, Milano, 2007, p. 680; cfr., altresì, A. MANNA, *Abusivismo bancario e finanziario nel diritto penale*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1996, p. 379.

³¹ A. GRAZIANI – G. MINERVINI – U. BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, Padova, 2011, p. 39.

³² T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962, p. 397.

³³ Cfr. A. DI AMATO, *Diritto penale dell'impresa*, Milano, 2011, p. 309; P. BONTEMPI, *Diritto bancario e finanziario*, Milano, 2016, p. 143; G. LOSAPPIO, *Abusivismo bancario e finanziario (Artt. 130-132)*, in C. Costa (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, 2013, p. 1620. Altra parte della dottrina, pur considerando indispensabile l'organizzazione professionale dell'attività, precisa che essa non debba necessariamente essere costituita dalla reiterazione nel tempo di condotte illecite analoghe, essendo sufficiente anche la realizzazione di una singola condotta occasionale; cfr. GUIDI, *ult. op. cit.*, p. 177.

³⁴ Cfr., *ex multis*, Cass. Pen., Sez. 5, n. 25160 del 16.1.2015, in *Ced*, rv. 265299; v., altresì, Cass. Pen., Sez. 5, n. 18317 del 16.12.2016, con nota di E. BASILE, [Chiaroscuri della Cassazione in tema di abusivismo bancario e finanziario](#), in questa *Rivista*, fasc. 5/2017, p. 365 ss.



2/2019

l'erogazione di una sola prestazione, non postulando una stabile organizzazione né una specifica professionalità; in questa prospettiva, il reato è reputato a consumazione istantanea, realizzandosi al momento della prima operazione svolta³⁵.

Delle tesi sembra preferibile l'interpretazione che postula il compimento di un'attività, la quale richiede lo svolgimento di un insieme di atti con l'ausilio di un'organizzazione di mezzi, senza tuttavia che essa debba assumere una connotazione specificatamente imprenditoriale.

Oggetto di riserva è, nondimeno, l'attività di prestazione di servizi di pagamento ove esercitata nei confronti del pubblico³⁶, cioè tale da rivolgersi ad un numero potenzialmente, anche se non necessariamente, vasto e non predeterminabile di persone, avendo capacità di essere diffusa e presente nel mercato³⁷. Con la precisazione che la destinazione al pubblico non va interpretata in senso quantitativo, ma in senso qualitativo: l'attività, cioè, deve essere rivolta a un numero (potenzialmente) illimitato di soggetti³⁸, ben potendosi comunque qualificare come pubblico quello costituito da una limitata cerchia di individui operanti in un ambito determinato³⁹.

Ne consegue che un servizio di pagamento è configurabile laddove si riscontri una serie coordinata di operazioni di pagamento tecnicamente intese, non potendosi risolvere nella mera assistenza tecnica alle strutture e alle reti destinate a trasferire i dati senza mai entrare in possesso dei fondi da trasferire; né integra la prestazione di un servizio di pagamento l'attività di trasporto materiale di denaro, che può ugualmente essere considerata un'attività di supporto alla prestazione di servizi di pagamento.

Ai fini della definizione della fattispecie penale della loro prestazione abusiva è necessario prendere in considerazione, altresì, quali siano i di servizi di pagamento oggetto di riserva. Essi erano indicati con apposita elencazione all'art. 1, lett. b), d.lgs. n. 11/2010, oggi riprodotta, a seguito delle modifiche di cui al d.lgs. n. 218/2017, dall'art. 1, co. 2, h-septies.1) T.U.B. (così raccogliendo all'interno del medesimo corpo normativo anche tale definizione)⁴⁰.

Tra questi speciale attenzione merita, ai fini che ci occupano, la rimessa di denaro, zona operativa a particolare rischio di abusivo esercizio, che è definita dall'art. 4, n. 13,

³⁵ Così Cass. Pen., Sez. 2, n. 46287 del 28.6.2016, in *Ced*, rv. 268136; cfr., altresì, Cass. Pen., Sez. 2, n. 5285 dell'8.1.1998, in *Cass. pen.*, 1998, p. 78, con nota di L. CRISCUOLO, *L'esercizio abusivo di attività finanziaria: profili giuridici e strumenti di contrasto*.

³⁶ Cfr. A. ANTONUCCI, *Diritto delle banche*, Milano, 2012, p. 82.

³⁷ P. FERRO LUZZI, *Lezioni di diritto bancario, vol. I, Parte generale*, Torino, 2004, p. 99 ss.

³⁸ Cfr. Cass. Pen., Sez. 5, n. 18317 del 16.12.2016, *cit*.

³⁹ Cass. Pen., Sez. 5, n. 10189 del 6.2.2007, in *Ced*, rv. 235846.

⁴⁰ Trattasi, segnatamente, di: 1) servizi che permettono di depositare il contante su un conto di pagamento nonché tutte le operazioni richieste per la gestione di un conto di pagamento; 2) servizi che permettono prelievi in contante da un conto di pagamento nonché tutte le operazioni richieste per la gestione di un conto di pagamento; 3) esecuzione di operazioni di pagamento, incluso il trasferimento di fondi su un conto di pagamento presso il prestatore di servizi di pagamento dell'utilizzatore o presso un altro prestatore di servizi di pagamento; 4) esecuzione di operazioni di pagamento quando i fondi rientrano in una linea di credito accordata ad un utilizzatore di servizi di pagamento; 5) emissione di strumenti di pagamento e/o convenzionamento di operazioni di pagamento; 6) rimessa di denaro; 7) servizi di disposizione di ordini di pagamento; 8) servizi di informazione sui conti.

Direttiva 2007/64/CE prima, e dall'art. 4, n. 22, Direttiva 2015/2366/UE poi, come *“servizio di pagamento in cui i fondi sono consegnati da un pagatore senza che siano stati aperti conti di pagamento intestati al pagatore o al beneficiario, unicamente allo scopo di trasferire un ammontare corrispondente al beneficiario o a un altro prestatore di servizi di pagamento che agisce per conto del beneficiario, e/o in cui tali fondi sono riscossi per conto del beneficiario e resi disponibili a quest'ultimo”*⁴¹.

La ragione dell'attenzione speciale verso tale servizio di pagamento, che si rinviene anche nell'art. 5 del recente d.lgs. n. 90/2017 (attuativo della Direttiva 2015/849/UE, cd. IV Direttiva antiriciclaggio), è essenzialmente riconducibile alla sua realtà sostanziale. Il servizio di rimessa di pagamento è, fra i servizi di pagamento, il più *“semplice”* da apprestare: il suo svolgimento è basato sul versamento di denaro contante dal pagatore al suo prestatore di servizi di pagamento e, per converso, dal prestatore di servizi di pagamento del beneficiario al beneficiario medesimo⁴².

A tal fine è sufficiente una organizzazione agile, fondata anche sul rapporto di corrispondenza fra due intermediari⁴³, che consenta il trasferimento dell'ordine di pagamento dall'intermediario del pagatore a quello del beneficiario: come di consueto (e da secoli) avviene grazie all'estrema standardizzazione dei pezzi monetari ed alla loro conseguente fungibilità, si trasferisce l'*“informazione”* sulla rimessa da effettuare, non il denaro nella sua materialità. Ed è proprio la tecnica e la tecnologia di trasferimento dell'informazione che, mutata nel tempo, ha a sua volta mutato l'efficienza, in particolare i tempi di esecuzione, di un'operazione di trasferimento di fondi antica come la rimessa di denaro.

Alla luce dell'evoluzione normativa ricostruita e delle menzionate coordinate ermeneutiche, deve concludersi che la condotta contestata agli intermediari *hawala* – consistita, lo si ricorda, nell'aver *“in via continuativa offerto al pubblico e ad un numero indeterminato di soggetti il servizio di raccolta di denaro e di cambio di valuta, nonché la gestione del successivo trasferimento all'estero”* – con particolare riferimento alla trasmissione e all'esecuzione di ordini di pagamento, avrebbe dovuto essere più correttamente sussunta *sub art. 131-ter T.U.B.*, in quanto costituente una prestazione di servizi di pagamento abusiva, *sub specie* di rimessa di denaro, sistematicamente posta in essere da soggetti non autorizzati nei confronti di una platea indefinita di destinatari.

⁴¹ L'art. 1, lett. n), d.lgs. n. 11/2010, stabilisce a sua volta che la rimessa di denaro è un *“servizio di pagamento dove, senza l'apertura di conti di pagamento a nome del pagatore o del beneficiario, il prestatore di servizi di pagamento riceve i fondi del pagatore con l'unico scopo di trasferire un ammontare corrispondente al beneficiario o a un altro prestatore di servizi di pagamento che agisce per conto del beneficiario, e/o dove tali fondi sono ricevuti per conto del beneficiario e messi a sua disposizione”*, nozione sostanzialmente coerente con quella della Direttiva 2007/64/CE, che anzi ha il pregio di evidenziare il ruolo dei prestatori di servizi di pagamento. La Direttiva 2007/64/CE utilizza però un linguaggio che rappresenta in modo icastico la dinamica dell'operazione di rimessa e la *traditio brevi manu* su cui è incentrata la sua realtà sostanziale, laddove fa riferimento alla consegna del denaro da parte del pagatore ed alla sua riscossione da parte del beneficiario.

⁴² Cfr. considerando n. 9 della Direttiva 2015/2366/UE, che ricalca il considerando n. 7 della Direttiva 2007/64/CE.

⁴³ Cfr. Banca d'Italia, voce *Conti di corrispondenza*, in *Relazione del governatore 2010*, Glossario, Roma, 2010, p. 300; per la definizione di *“conti di corrispondenza e rapporti ad essi assimilati”*, si rinvia all'art. 1, comma 2, lett g) del citato d.lgs. n. 90/2017.



2/2019

5. (Segue) Dall'art. 5, comma 3, d.lgs. 153/1997 all'art. 140-bis T.U.B.

Quanto al contestato art. 5, comma 3, d.lgs. n. 153/1997, in materia di contrasto al riciclaggio dei capitali di provenienza illecita, che, come in precedenza ricordato, punisce l'esercizio di agenzia in attività finanziaria in assenza della prescritta iscrizione nell'elenco tenuto dall'Ufficio Italiano dei Cambi, la sentenza in commento non ha espressamente preso posizione, forse ritenendone il disvalore assorbito nel ritenuto esercizio abusivo dell'attività di prestazione di servizi di pagamento o, più correttamente, non ritenendone integrati gli elementi costitutivi.

Anche rispetto a tale fattispecie incriminatrice, oggetto di imputazione da parte della pubblica accusa nel caso di specie, è opportuno effettuare talune precisazioni.

Al riguardo, deve preliminarmente osservarsi che, ai sensi del combinato disposto dell'art. 3, comma 1, lett. n), d.lgs. n. 374/1999 (e successive modificazioni) e art. 3, D.M. n. 485/2001, l'esercizio professionale nei confronti del pubblico dell'agenzia in attività finanziaria era originariamente riservato ai soggetti iscritti nell'apposito elenco istituito presso l'Ufficio Italiano dei Cambi, sulla scorta della fondata considerazione che trattasi di attività particolarmente suscettibili di utilizzazione a fini di riciclaggio per il fatto di realizzare l'accumulazione o il trasferimento di ingenti disponibilità economiche o finanziarie o di risultare comunque esposte a infiltrazioni da parte della criminalità organizzata. La connessa norma sanzionatoria era contenuta nel citato art. 5, comma 3, d.lgs. n. 153/1997.

Nondimeno, la disciplina degli agenti in attività finanziaria è stata oggetto di una significativa revisione normativa, inverteasi nel già menzionato d.lgs. n. 141/2010, con cui è stata radicalmente modificata la normativa concernente l'autorizzazione e i requisiti per esercitare l'attività di agente in attività finanziaria, con presupposti maggiormente selettivi finalizzati ad incrementarne l'affidabilità, la qualità dei servizi e la tutela della clientela.

Di talché, per dotare la disciplina della necessaria organicità e chiarezza, alla quale ostava la pregressa stratificazione normativa, le nuove disposizioni sono state compendiate nel nuovo titolo VI-bis nel titolo VIII del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Per l'effetto, la nozione di agente in attività finanziaria è adesso contenuta nell'art. 128-*quater* T.U.B. (recentemente modificato dal d.lgs. n. 90/2017), che lo descrive come soggetto che promuove e conclude contratti relativi alla concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma o alla prestazione di servizi di pagamento. In linea di continuità con la precedente disciplina, l'agente in attività finanziaria può svolgere esclusivamente le suddette attività, oltre a quelle connesse o strumentali⁴⁴, su mandato di un solo intermediario o di più intermediari appartenenti al medesimo gruppo.

⁴⁴ È strumentale l'attività che ha rilievo esclusivamente ausiliario a quella di agenzia; è connessa l'attività accessoria che consente di sviluppare l'attività di agenzia. Cfr. Cass. Pen., Sez. 1, n. 20883 del 21.4.2010, in *Ced*, non massimata.

La riforma ha altresì introdotto una nuova fattispecie penale di esercizio abusivo dell'attività di agente in attività finanziaria, inserendo in un'unica disposizione, l'art. 140-bis T.U.B., i due precetti penali sino ad allora contenuti nell'art. 16 l. n. 108/1996 in relazione ai mediatori creditizi e nel citato art. 5, co. 3, d.lgs. n. 153/1997 per gli agenti in attività finanziaria⁴⁵.

Benché dunque l'art. 28 d.lgs. n. 141/2010 preveda l'espressa abrogazione delle precedenti fattispecie penali, le incriminazioni di cui all'art. 140-bis T.U.B. si pongono in piena continuità normativa con quelle previgenti ai sensi dell'art. 2, comma 4, c.p.⁴⁶.

La fattispecie penale in questione si inquadra nel più ampio profilo dell'abusivismo bancario e finanziario regolato dal titolo III, capo I, del T.U.B., composto, tra gli altri, dai già citati artt. 131-*ter* e 132. Nucleo intorno al quale ruotano le incriminazioni in parola è la più volte menzionata riserva di attività, principio cardine della costruzione del sistema regolamentare in materia bancaria e finanziaria, in forza del quale le attività in tale ambito possono essere esercitate esclusivamente da soggetti abilitati a svolgerle⁴⁷.

Di talché, il reato in parola, come gli altri, si fonda sulla violazione della riserva anzidetta.

All'evidenza, allora, lo strumento penalistico è posto a tutela dell'atto autorizzatorio e, conseguentemente, dell'effettività del controllo amministrativo, fungendo da deterrente alla violazione della riserva di attività e finalizzato a rendere più efficace il funzionamento del sistema di vigilanza e dei controlli amministrativi⁴⁸.

Sembra corretta, allora, l'opinione secondo cui trattasi di reato di pericolo (astratto), sul presupposto che l'esercizio non autorizzato di un'attività finanziaria riservata è considerato in sé pericoloso, essendo grave fattore di perturbazione della trasparenza del mercato finanziario in grado di sottrarre l'intermediario alla selezione preventiva e al conseguente sistema dei controlli correlati all'iscrizione⁴⁹.

Quanto, precipuamente, all'art. 140-*bis* T.U.B., esso punisce la condotta di chi, esercitando abusivamente l'attività di agente in attività finanziaria, si inserisce nel libero mercato sottraendosi ai controlli di legge⁵⁰.

La disciplina di tali agenti in attività finanziaria si rinviene, oggi, nell'art. 128-*quater* T.U.B. (e non più nel d.lgs. n. 374/1999, nel D.M. n. 485/2001 e nel provvedimento dell'UIC dell'11.7.2002, citati nella sentenza in commento).

Oggetto dell'attività di tali operatori è la promozione o la conclusione di contratti relativi alla concessione di finanziamento o alla prestazione di servizi di pagamento,

⁴⁵ Cfr. I. SABATELLI, *sub* Art. 140-*bis*, in F. Capriglione (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2018, p. 2630 ss.

⁴⁶ Sulla continuità normativa, cfr. Cass. Pen., Sez. U., n. 24468 del 26/02/2009, in *Ced*, rv. 243585; v., altresì, A. CIANI, *Agenti in attività finanziaria, mediatori creditizi, ed altri intermediari del credito*, Bologna, 2014, p. 242.

⁴⁷ Cfr. A. ANTONUCCI, *op. ult. cit.*, pp. 73 e 221; G. DESIDERIO, *L'attività bancaria*, in F. Capriglione (a cura di), *Manuale di diritto bancario e finanziario*, Padova, 2015, p. 243 ss.

⁴⁸ Cfr. I. SABATELLI, *ult. op. cit.*, p. 2635.

⁴⁹ Così GUIDI, *Una nuova ipotesi di abusivismo finanziario*, in AA.VV., *La disciplina penale del risparmio*, Milano, 2008, p. 177.

⁵⁰ Cfr., *ex multis*, Cass. Pen., Sez. 5, n. 18317 del 16.12.2016, *cit.*

subordinata all'iscrizione nell'apposito elenco tenuto oggi dall'Organismo di controllo di cui all'art. 128-*undecies* T.U.B. (cd. OAM, sottoposto alla vigilanza della Banca d'Italia ex art. 128-*terdecies* T.U.B.).

Quanto alla rilevanza penale dell'abusivo svolgimento dell'attività, ne costituiscono presupposti la professionalità dell'*agere* e l'esercizio nei confronti di una serie indifferenziata di soggetti (cioè del pubblico) per la cui disamina si rinvia a quanto già rassegnato *supra* in relazione all'art. 131-*bis* T.U.B.

In definitiva, il legislatore della novella, con il d.lgs. n. 141/2010, sembra aver voluto completare, anche sotto il profilo penale, la configurazione dell'assetto della finanza "residuale" costituente una delle finalità della riforma. Nella sostanza, tuttavia, nulla è cambiato rispetto al passato, essendo rimasti immutati sanzione e presupposti dell'incriminazione, come anche gli obiettivi della tutela penale della riserva di attività: l'effettività del controllo e, avvinta a doppio filo, la stabilità del sistema.

Da tale ricostruzione discende che il corretto inquadramento giuridico della condotta contestata agli imputati nell'imputazione formulata dalla pubblica accusa sarebbe stato il vigente art. 140-*bis* T.U.B., tanto più considerato che i fatti del processo sono stati realizzati dal 2014 in poi e, quindi, dopo le sopra illustrate modifiche normative.

E tuttavia, non pare che la tratteggiata condotta materiale tenuta dagli imputati possa integrare il reato in questione, atteso che l'attività dell'agente in attività finanziaria presuppone il "*mandato diretto di intermediari finanziari previsti dal titolo V, istituti di pagamento, istituti di moneta elettronica, banche o Poste Italiane*" (art. 128-*quater* T.U.B.), nitidamente non ricorrente nel caso di specie.

6. Considerazioni conclusive.

Le fattispecie incriminatrici evocate e, segnatamente, quella di cui all'art. 131-*bis* T.U.B., sintetizzano gli interessi tutelati dal diritto dell'economia⁵¹, che dal corretto funzionamento del mercato complessivamente considerato si scompongono in una pluralità di beni giuridici essenzialmente riconducibili agli artt. 41 e 47 Cost.

In tale prospettiva, la norma penale è chiamata a presidiare nei suoi momenti salienti le regole del gioco, a tutela dei molteplici interessi, individuali e superindividuali, che un esercizio spregiudicato delle attività finanziarie rischia di compromettere⁵².

In tale prospettiva, si è avvertita l'esigenza di costruire una rete di protezione anticipata rispetto al verificarsi degli eventi di danno, segnalandosi che l'anticipazione della tutela penale alla soglia del pericolo risulta giustificabile in considerazione dell'importanza degli interessi coinvolti.

⁵¹ Cfr. D. PULITANÒ, *L'anticipazione dell'intervento penale in economia*, in AA.VV., *Diritto penale, diritto di prevenzione e processo penale nella disciplina del mercato finanziario. Atti del IV congresso nazionale di diritto penale*, Torino, 1996, p. 10.

⁵² C. PEDRAZZI – G.S. COCO (a cura di), *Comportamenti economici e legislazione penale*, Milano, 1979, p. 19

Tale paradigma di anticipazione trova spazio, tra l'altro, nella disciplina delle prestazioni di servizi di pagamento, ove la rete di protezione apprestata dall'ordinamento si inverte, prima che attraverso la sanzione penale, per mezzo del controllo amministrativo, quale è l'autorizzazione della Banca d'Italia all'espletamento delle attività riservate.

È dunque l'aggiramento di tale controllo amministrativo e il difetto della conseguente autorizzazione a determinare il carattere abusivo della prestazione di servizi di pagamento, integrante la situazione di pericolo tutelata penalmente attraverso l'incriminazione, tra le altre, di cui all'art. 131-ter T.U.B.⁵³.

Per l'effetto, l'oggetto della tutela da parte della cennata fattispecie incriminatrice va individuato in relazione alla funzione di vigilanza della Banca d'Italia sull'esercizio dei servizi di pagamento e avendo riguardo a interessi e finalità dalla stessa perseguiti, quali il regolare funzionamento, l'efficienza e l'affidabilità del sistema dei pagamenti (art. 146, comma 1, T.U.B.)⁵⁴.

Ricadono pienamente nella *ratio* di tutela dell'art. 131-ter T.U.B. anche il contrasto del riciclaggio e dell'usura, poiché l'attività di prestazione di servizi di pagamento è facilmente strumentalizzabile a detti fini.

La tecnica di individuazione dell'oggetto di tutela adoperata nella disposizione, come visto, è comune agli altri reati di abusivo esercizio di attività riservate, i quali rinvengono il proprio fulcro nell'assenza dell'autorizzazione prescritta dalla legge⁵⁵.

Ebbene, se questa è l'oggettività giuridica della disciplina in commento, non può dubitarsi che essa attragga nel proprio fuoco, altresì, il sistema di pagamento denominato *hawala*.

Come evidenziato *supra*, il fenomeno *hawala* e, più in generale, quello dei sistemi di pagamento "informali" ha rilevanza e proporzioni globali⁵⁶; pertanto, analizzarne i meccanismi di funzionamento assume importanza cruciale.

Il significato attribuito ad *hawala* è essenzialmente (oltre che letteralmente) quello di "trasferimento"⁵⁷, significatività forte che emerge dallo stesso fenomeno giuridico cui il termine corrisponde. Trattasi, invero, di parola polisensa, indicante sia la circolazione della posizione di debito che la circolazione di quella di credito, sia il sistema di pagamenti nel suo complesso; pluralità di significati che risponde alla diversa realtà dei

⁵³ Invero, la fattispecie della prestazione abusiva di servizi di pagamento, secondo una tecnica normativa diffusamente adottata nel diritto penale dell'economia, si compone della sanzione penale e del "rinvio recettizio della disposizione penale" a quella "di diritto civile" che tipizza la fattispecie protetta; così M. Gallo, *Appunti di diritto penale. La legge penale*, Torino, 1999, p. 62. Difatti, l'art. 131-ter T.U.B. rinvia infatti all'art. 114-novies T.U.B., che prevede la cennata autorizzazione della Banca d'Italia.

⁵⁴ Cfr. Banca d'Italia, *Libro bianco sulla sorveglianza dei sistemi di pagamento. Gli obiettivi, le modalità, i profili di interesse*, Roma, 1999, *passim*.

⁵⁵ Cfr. N. MAZZACUVA, *Le autorizzazioni amministrative e la loro rilevanza in sede penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1976, p. 783.

⁵⁶ Cfr. T.F. GEITHNER – M.U. KLEIN, *Foreword*, in *The World Bank-Committee on Payment and Settlement Systems, General Principles for International Remittance Services*, Basilea, 2007, consultabile a questo [link](#).

⁵⁷ "In Arabic, *hawala* simply means transfer"; così S. MUNZELE MAIMBO, *The Money Exchange Dealers of Kabul. A Study of the Hawala System in Afghanistan*, 2005, p. V, nota 1, consultabile a questo [link](#).

rapporti che lo compongono: da un lato le relazioni fra utenti ed intermediari, dall'altro lato il rapporto fra gli stessi intermediari incaricati di trasferire il denaro dal pagatore al beneficiario⁵⁸.

L'informalità di tale sistema di pagamento si accompagna all'idea della sua capacità di funzionamento solo – o principalmente – grazie alle relazioni personali esistenti all'interno della relativa "rete" e alla conseguente fiducia personale (che con categoria mutuata dal diritto civile si potrebbe definire quale *intuitus personae*). Tale struttura è imperniata su vincoli familiari, para-familiari o tribali⁵⁹ che innescano meccanismi di solidarietà per ciò solo capaci di tenere insieme la rete di intermediari degli *hawaladar*, garantendo la fiducia e la fidelizzazione degli utenti.

È tuttavia fuorviante assumere che la fiducia sia originata solo ed esclusivamente dall'affidabilità delle persone e non anche dall'effettività delle regole che si traduce in efficienza del sistema *hawala*: l'affidabilità degli intermediari *hawaladar* è sì essenziale e fondamentale ma è parte del complessivo sistema connotato dall'effettività delle regole consuetudinarie e dall'efficienza delle procedure.

È l'assoluta condivisione di tali regole che permette il saldo funzionamento del fenomeno *hawala*: da essa deriva l'interconnessione di ciascuna delle reti di *hawaladar* con le altre, le quali sono dunque tra loro interoperabili⁶⁰.

L'esperienza, anche quella processual-penalistica rappresentata emblematicamente dalla sentenza in commento, dimostra – ove se ne sentisse il bisogno – che *hawala* funziona.

Tuttavia, poiché trattasi di sistema visceralmente imperniato sui rapporti fiduciari, il rischio è che la fiducia riposta nella rete *hawala* da parte degli utenti si combini con il "bene fiducia" che la criminalità è in grado di fornire⁶¹. Ciò che, di fatti, è accaduto nel caso di specie, laddove l'organizzazione criminale finalizzata al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina ha asservito il canale di pagamento fiduciario ai propri scopi e, segnatamente, al finanziamento della propria struttura associativa.

A livello internazionale si è ben consci di questo rischio, quanto meno in relazione all'asservimento del sistema *hawala* al finanziamento delle organizzazioni criminali terroristiche⁶².

⁵⁸ Cfr. R. BRIZI – F. SASSO – C. TRESOLDI, *Le banche e il sistema dei pagamenti*, Bologna, 1998, p. 23.

⁵⁹ Con riferimento alle origini dell'antico *hawala*, cfr. AL-HAMIZ, *Hawala: a U.A.I. Perspective*, in AA.VV., *Regulatory Frameworks for Hawala and Other Remittance Systems*, Washington, 2005, p. 31.

⁶⁰ Interoperabilità paradossalmente costituente l'obiettivo della Direttiva 2009/44/CE; cfr. F. Moliterni, *Sistemi di pagamento interoperabili, «regolamento» e certezza delle regole*, in *Scritti in onore di Francesco Capriglione*, Padova, 2010,1, p. 575 ss.

⁶¹ Sul punto cfr. L. DONATO – D. MASCIANDARO, *Moneta, banca, finanza. Gli abusi del mercato*, Milano, 2001, p. 5; v., altresì, F. MOLITERNI, *sub Art. 131-bis*, in F. Capriglione (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, Padova, 2018, p. 2572.

⁶² Si pensi al *Financial Action Task Force* (FATF), altrimenti conosciuto con il nome francese *Groupe d'action financière* (GAFI), organizzazione intergovernativa fondata nel 1989 su iniziativa del G7 al fine di sviluppare politiche comuni di contrasto al riciclaggio, i cui report, citati nel corpo del presente lavoro, fanno riferimento e sono stati dedicati al fenomeno *hawala*. Si veda, altresì, in ambito europeo, la *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulla valutazione dei rischi di riciclaggio e finanziamento del*



2/2019

La pronuncia in commento ha dunque l'esplicito merito di riconoscere che gli orizzonti operativi dell'*hawala* sono più ampi di quanto ipotizzato in materia di contrasto al terrorismo, nonché quello implicito di segnalare ai diversi centri di produzione normativa, nazionali e sovranazionali, che sono maturi i tempi per (quantomeno tentare) la tipizzazione del fenomeno, nella necessità improrogabile di sollevare l'operatore del diritto dal gravoso sforzo ermeneutico – come ben noto non sempre possibile in materia penale – di supplire agli esistenti *vulnus* di tutela in via interpretativa.

Ciò, in particolare, tenendo conto dell'evoluzione e delle dimensioni assunte del fenomeno dell'utilizzo dei sistemi di pagamento informali, paralleli a quelli ufficiali, da parte delle consorterie criminali internazionali, atteso, da un lato, che la repressione dell'economia criminale è oggi più che mai una questione di importanza essenziale per il corretto funzionamento del mercato tutto⁶³ e, dall'altro lato, considerato che l'assenza di un adeguato strumentario legale, repressivo oltre che preventivo, finisce per facilitare l'operato delle organizzazioni criminali, attive, come visto, anche nel settore dello *smuggling of migrants* e in quello limitrofo del *trafficking in human beings*⁶⁴.

terrorismo che incidono sul mercato interno e sono connessi ad attività transfrontaliere (COM/2017/0340 final), consultabile a questo [link](#). Nella copiosa letteratura in materia, cfr., in generale, S. DE VIDO, *Il contrasto del finanziamento al terrorismo internazionale*, Padova, 2013, p. 29 e, con precipuo riferimento all'impiego dell'*hawala*, S. VITALE, *Le strategie di contrasto al finanziamento del terrorismo alla prova dei diritti dell'individuo*, in V. MILITELLO – A. SPENA (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, Torino, 2018, p. 315 ss. e, segnatamente, p. 320.

⁶³ Così D. PULITANÒ, *op. ult. cit.*, p. 13.

⁶⁴ Cfr. C. FERRARA, *Il traffico e la tratta di esseri umani*, in V. Militello – A. Spena (a cura di), *Il traffico di migranti*, cit., p. 141 ss.



2/2019

VIOLENZA 'ASSISTITA': PROVE TECNICHE DI TUTELA 'RAFFORZATA' DEL MINORE

Nota a [Trib. Palmi, sent. 11 maggio 2017 \(dep. 19 luglio 2017\),
n. 635, Pres. Gentile, Est. Romeo](#)

di Ettore Squillaci

SOMMARIO: 1. L'inquadramento della vicenda. – 2. Verso un diritto penale dalla parte della vittima? – 3. L'interesse del minore al centro del sistema. – 4. La violenza assistita 'alla prova dei fatti': 'classico' e 'moderno' nella lettura dell'art. 572 c.p. La circostanza aggravante prevista dall'art. 61, n. 11-*quinquies*, c.p. e il rischio di un suo 'corto circuito' applicativo. – 5. La soluzione della sentenza.

1. L'inquadramento della vicenda.

Con la sentenza in commento il Tribunale collegiale di Palmi ha ritenuto provata la responsabilità degli imputati per il delitto previsto dall'art. 572 c.p., declinato nella connotazione – non particolarmente frequente nella casistica applicativa – della c.d. 'violenza assistita'. Espressione, questa, tratta dalla psicologia, ma ormai invalsa anche nel lessico penalistico allo scopo di descrivere quella specifica forma di violenza, prevalentemente domestica, che ricorre nel caso in cui taluno venga obbligato ad assistere a maltrattamenti consumati nei confronti di soggetti ai quali sia legato da vincoli affettivi.

Nella specie, si era contestato agli imputati di avere maltrattato (anche) in via 'mediata' i tre nipoti minorenni, nel senso di averli resi involontari ed inermi spettatori delle continue oppressioni, fisiche e morali, perpetrate – in via diretta – nei confronti della loro madre, poi tragicamente suicidatasi.

Delineato in questi termini l'oggetto del giudizio, la sentenza ha subito sgombrato il campo da ogni possibile fraintendimento sul nucleo essenziale dell'accusa, il cui presupposto fattuale – cioè la consumazione del reato di maltrattamenti ai danni della madre dei minori fino al giorno della sua morte – era già stato accertato in due distinti giudizi penali conclusi con altrettante sentenze di condanna nei confronti dei medesimi soggetti chiamati a rispondere *ex art.* 572 c.p. in questa distinta ma connessa vicenda processuale. Quella in esame costituisce infatti una sorta di 'appendice' dei procedimenti penali instaurati a carico dei congiunti di una giovane donna che, dopo avere abbandonato la propria città natale per fuggire da un ambiente intriso di 'mafiosità', intraprendendo la strada della collaborazione con la giustizia, venne resa oggetto di avvilenti vessazioni da parte dei familiari, sfociate in reiterati tentativi di



2/2019

prelevarla dalla località protetta nella quale aveva trovato ospitalità a seguito dell'allontanamento da casa. Dopo essere stata costretta a tornare nella città d'origine, non solo perché fiaccata dalle assillanti pressioni dei congiunti ma anche perché mossa dall'acceso desiderio di rivedere i tre figli, la donna venne rinvenuta cadavere all'interno della propria abitazione, nella quale i suoi genitori l'avevano segregata – di fatto costringendola ad un regime para-detentivo – nel timore che potesse nuovamente fuggire e rendere dichiarazioni pregiudizievoli nei loro confronti. Infatti, una volta acquisita piena consapevolezza della scelta collaborativa della donna, si aprì un desolante scenario fatto di umiliazioni, vessazioni, violenze fisiche e psichiche finalizzate ad azzerarne le libertà di movimento e di corrispondenza, recludendola in casa ed impedendole qualsiasi rapporto con l'esterno non previamente autorizzato.

Dopo il suicidio della donna causato dall'ingestione di acido muriatico, i suoi tre figli minori vennero allontanati dall'abitazione dei nonni, ove si era consumata la tragica vicenda sin qui sommariamente descritta, per essere dapprima collocati in comunità e poi affidati ad una zia paterna.

La sentenza ha chiarito come la responsabilità degli imputati per il delitto di cui all'art. 572 c.p. nei confronti dei nipoti fosse già stata concretamente ipotizzata dal Tribunale per i minorenni di Reggio Calabria che, investito dopo il suicidio della donna del procedimento di decadenza dalla potestà genitoriale del padre – detenuto per reati di tipo mafioso – dei minori, aveva stigmatizzato a chiare lettere le deleterie conseguenze psico-emotive da costoro sofferte in conseguenza dei maltrattamenti posti in essere dai nonni. Ciò sul presupposto che questi ultimi si fossero resi responsabili non solo di avere utilizzato i nipoti come strumento di ricatto sulla congiunta che si trovava nel luogo di protezione, nell'assenza di ogni comprensione per le loro delicate esigenze psicologiche, ma anche di non essersi fatti scrupoli nel maltrattare la figlia davanti ai minori, reiterando anche in loro presenza le violenze, i soprusi e le vessazioni di ogni tipo alla stessa costantemente riservate.

Il Tribunale di Palmi ha specificato altresì come nel capo di accusa originariamente formulato a carico degli imputati non figurasse alcun richiamo alla 'violenza assistita', essendo risultata incentrata l'iniziale contestazione di maltrattamenti su una condotta di violenza psicologica *direttamente* esercitata dai nonni sui nipoti. Solo nel corso del giudizio il pubblico ministero aveva integrato il capo di imputazione, esplicitamente contestando anche l'intervenuto compimento di reiterati atti di violenza psicologica sui minori *per il tramite* dei maltrattamenti consumati, in loro presenza, nei confronti della madre. In quest'ottica sono stati ritenuti rilevanti non solo gli atti di sopraffazione sistematicamente compiuti ai danni di quest'ultima, ma anche il coinvolgimento dei minori nelle articolate manovre allestite dagli imputati allo scopo di ottenere il rientro a casa della loro madre.

Peraltro, il disvalore della condotta 'maltrattante' non è stato escluso dal fatto che la strumentalizzazione dei minori a quei fini potesse non essere stata da costoro pienamente colta nel suo esatto significato, cioè come tassello di una più ampia strategia diretta ad ottenere l'interruzione del percorso di collaborazione con la giustizia avviato dalla madre e non come espressione della volontà di agevolarne il ricongiungimento con i figli. Nessun dubbio, a detta dei Giudici, circa il fatto che queste condotte, benché non

sempre percepite nel loro disvalore, avessero comunque cagionato alle giovanissime persone offese un considerevole turbamento psichico. Da qui la ritenuta integrazione degli elementi costitutivi della ‘violenza assistita’: si è considerato particolarmente significativo, in questa direzione, il fatto che non fossero mai emersi, durante il periodo di valutazione psicologica dei minori, episodi di maltrattamenti ‘diretti’ dei nonni nei loro confronti. Né si è ritenuto dirimente, in senso opposto, il fatto che non fosse stato possibile acquisire prova diretta della consapevolezza, in capo ai minori stessi, dell’avvilente regime di restrizione imposto alla loro madre, essendosi comunque acquisita conoscenza di ciò – in via indiretta ma inequivocabile – dagli indicatori emotivo/comportamentali causalmente riconducibili al trauma dell’esposizione costante alle violenze consumate ai danni della persona a loro più cara.

La complessità e la delicatezza dell’indagine effettuata dal Tribunale suggeriscono di anteporre all’analisi delle conclusioni raggiunte circa il riconoscimento di responsabilità di tutti gli imputati qualche riflessione di carattere più generale sulla fattispecie prevista dall’art. 572 c.p. Non prima, però, di avere posto in rilievo il crescente interesse manifestato di recente dal legislatore rispetto a coloro i quali versano in una condizione di vulnerabilità tale da esigere speciale protezione da parte dell’ordinamento. Interesse, questo, certamente apprezzabile, ma talvolta foriero di ‘irragionevoli’ intensificazioni della tutela riservata a certe categorie soggettive, nonché – correlativamente – di regimi punitivi differenziati *in malam partem* rispetto a talune classi di autori, non sempre agevolmente giustificabili al metro dei principi generali del nostro sistema, tra i quali senz’altro primeggiano quelli di proporzionalità ed uguaglianza.

2. Verso un diritto penale dalla parte della vittima?

La vicenda sin qui descritta e le argomentazioni spese dalla sentenza per ricostruirla ed inquadrarla entro precise coordinate giuridiche testimoniano la notevole attualità delle ipotesi che, con formula riassuntiva, vengono comunemente ricondotte al paradigma della violenza ‘familiare’, intesa – lo si è già in parte anticipato – come il complesso di ricadute di tipo comportamentale, psicologico, fisico, sociale e cognitivo sui minori costretti ad assistere ad episodi di violenza in danno di un congiunto o di altra persona alla quale siano legati da un rapporto qualificato. Si tratta di un fenomeno rispetto al quale il legislatore, nel più ampio contesto della lotta alla violenza ‘di genere’¹,

¹ Sulle novità normative in tema di violenza ‘di genere’, tra i tanti, cfr. E. LO MONTE, [Repetita \(non\) iuvant: una riflessione “a caldo” sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. 93/13 con. in l. n. 199/13, in tema di “femminicidio”](#), in questa *Rivista*, 12 dicembre 2013; G. PAVICH, *La nuova legge sulla violenza di genere*, in *Cass. pen.*, 2013, 4314 ss.; ID., *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili. Un esame critico delle nuove norme sostanziali e processuali del d.l. n. 93/2013 riguardanti i delitti in danno di soggetti deboli*, in [www.penalecontemporaneo.it](#), 24 settembre 2013; F. MENDITTO, *La legge 119/13 in materia di contrasto alla violenza di genere*, in [www.questionegiustizia.it](#), 21 ottobre 2013; F. MACRÌ, *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 12 ss.; P. PITTARO, *La legge sul femminicidio: le disposizioni penali di una complessa normativa*, in *Fam.*

ha mostrato in questi ultimi anni una sensibilità rinnovata, al dichiarato scopo – posto in evidenza anche da precise sollecitazioni internazionali² – di assicurare maggiore tutela a coloro i quali versino in una condizione di minorata difesa in ambiente domestico.

In questa prospettiva l'art. 572 c.p. appare come un perfetto 'mezzo' rispetto al 'fine', prestandosi a descrivere quel peculiare disvalore che contrassegna le relazioni tra autore e vittima avvinte da un rapporto di stabile condivisione spazio-temporale, nell'ambito del quale le vessazioni acquistano di per sé connotati potenzialmente devastanti³. Con l'importante precisazione che i maltrattamenti possono avere luogo anche tra persone non legate da rapporti familiari, come suggeriscono la rubrica dell'art. 572 c.p. (che ora si riferisce ai maltrattamenti anche nei confronti di «conviventi») e soprattutto il suo testo, che indica quali possibili soggetti attivi e passivi persone non necessariamente legate da vincoli di parentela⁴. Tanto che non si è mancato di criticare, già in passato, la stessa collocazione sistematica di questa fattispecie tra i delitti contro la famiglia, essendosi ritenuto che la sede più idonea ad includerla dovesse essere semmai quella dei delitti contro la persona, così come peraltro aveva previsto il codice Zanardelli⁵.

Al di là di questi ultimi rilievi, qui conta soprattutto evidenziare che il desolante scenario di degrado socio-culturale descritto dalla sentenza offre la possibilità di spendere qualche riflessione sul fenomeno della violenza 'assistita', quale peculiare modalità di perpetrazione del delitto di cui all'art. 572 c.p., nel quadro di un diritto

dir., 2014, 715 ss.; A. DIDI, *Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere*, in *Proc. pen. giust.*, 2014, 91 ss.; A. MERLI, [Violenza di genere e femminicidio](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2015, 430 ss.; L. PISTORELLI, [Prima lettura del decreto-legge 14 agosto 2013, n. 93. Disposizioni urgenti in materia di sicurezza e per il contrasto della violenza di genere, nonché in tema di protezione civile e di commissariamento delle province](#), *Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di cassazione*, in questa *Rivista*, 28 agosto 2013; S. RECCHIONE, [Il decreto legge sul contrasto alla violenza di genere: una prima lettura](#), in questa *Rivista*, 15 settembre 2013.

² Cfr., ad esempio, l'art. 3 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo, adottata a New York il 20 novembre 1989 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, ratificata e resa esecutiva in Italia dalla legge 27 maggio 1991, n. 176. Si considerino, inoltre, la Convenzione di Varsavia del 16 maggio 2005 sulla tratta di esseri umani, ratificata e resa esecutiva in Italia con la legge 2 luglio 2010, n. 108; la Convenzione sulla protezione dei minori dallo sfruttamento e dagli abusi sessuali, firmata a Lanzarote il 25 ottobre 2007 e ratificata dall'Italia con la legge 1 ottobre 2012, n. 172; la Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, adottata in data 11 maggio 2011 e ratificata dal nostro Paese con la legge 27 giugno 2013, n. 77. Nell'ambito dell'Unione europea, viene in particolare rilievo la Direttiva 2012/29/UE, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e sostituisce la previgente Decisione quadro 2001/220/GAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale. Sul punto, vd. comunque *infra*, § 3.

³ F. COPPI, *Maltrattamenti in famiglia*, Perugia, 1979, 213 ss.

⁴ Vd. già F. MANTOVANI, *Riflessioni sul reato di maltrattamenti in famiglia*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, II, Milano, 1965, 748.

⁵ Cfr. art. 391: «Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, usa maltrattamenti verso persone della famiglia o verso un fanciullo minore dei 12 anni è punito con la reclusione sino a 30 mesi. Se i maltrattamenti siano commessi verso un discendente o un ascendente od un affine in linea retta, la pena è della reclusione da 1 a 5 anni. Se i maltrattamenti siano commessi verso il coniuge, non si procede che a querela dell'offeso, e, se questi sia minore, anche a querela di coloro che, ove non fosse coniugato, avrebbero sopra di lui la potestà patria o l'autorità tutoria». Sul punto, G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, Torino, 1953, 748.

penale che tende a schierarsi con sempre maggiore decisione *dalla parte della vittima*, la cui esperienza – non più ‘individuale’ e ‘atipica’ – aspira ormai a divenire ‘condivisibile’ e ‘collettiva’⁶.

Se, quindi, la prospettiva ‘vittimo-centrica’ sembra costituire una delle principali direttrici delle attuali strategie punitive, può essere utile una sia pur breve descrizione delle più recenti iniziative del legislatore volte a porre la figura della vittima – in specie se particolarmente vulnerabile – al centro del discorso pubblico, attribuendole una nuova legittimazione nel rapporto dialettico tra autorità e libertà. Si rende subito necessario chiarire che si tratta di iniziative spesso condivisibili più negli *obiettivi* dichiarati che nei *mezzi* concretamente impiegati per raggiungerli. Al tradizionale modello di diritto penale fondato su *classi di autori pericolosi*, non immune dal rischio di torsioni simbolico-demagogiche causate dall’esigenza di dare una pronta – ma spesso illusoria – risposta alle emergenze di turno, per lo più scommettendo su inasprimenti del trattamento sanzionatorio, sembra oggi fare da contrappunto un modello opposto di diritto penale per *tipo di vittima*, che appare in costante ampliamento e talvolta rischia di alimentare statuti derogatori rispetto alla disciplina ordinaria. Che si tratti di fronteggiare – giusto per fare alcuni esempi – la criminalità domestica, sessuale o stradale, si ha l’impressione di nuovi ‘stereotipi vittimali’ che esigono tutele speciali e quasi sempre ‘spingono’ verso un incremento della penalizzazione. Il pericolo non è solo quello di assecondare le tentazioni ‘espansioniste’ di una politica criminale ‘onnivora’ e pervasiva, che intravede nella spiccata vulnerabilità di certe categorie soggettive una occasione da non perdere per assecondare le aspirazioni securitarie e talvolta ‘populiste’ implicate dallo schema (quasi sempre elettoralmente vincente) della ‘tolleranza – zero’; è anche quello di alimentare, per questa via, *microcircuiti differenziati per campi di materia*, restituendo l’immagine di un sistema ‘pluricentrico’ e a molte velocità, nel quale la regola fatica a distinguersi dall’eccezione⁷. In definitiva segnando il congedo da un sistema che si vorrebbe astrattamente refrattario, sul piano sia sostanziale che processuale, alle caratteristiche del reato perseguito e a quelle dei protagonisti della vicenda punitiva, per non incorrere in possibili violazioni – a tacer d’altro – dei principi di uguaglianza/ragionevolezza (*‘giusto mezzo per il giusto scopo’*) e di proporzione, non solo tra fatto e sanzione (proporzione ‘interna’, che impone di adeguare l’entità della punizione sia al rango del bene aggredito che al grado di aggressione attuata), ma anche tra schemi di incriminazione accomunati da note analogiche (proporzione ‘esterna’, che prescrive di allineare sul piano del disvalore le fattispecie espressive di una medesima *ratio*)⁸.

Tornando ora all’oggetto specifico delle nostre riflessioni, sono effettivamente molteplici le linee di politica legislativa che sembrano dare per scontata l’esistenza di un superiore interesse della vittima, come ‘principio-guida’ dalla vocazione ‘tirannica’,

⁶ Sul tema, in generale, è d’obbligo il rinvio a D. GARLAND, *La cultura del controllo*, Milano, 2004, 70.

⁷ Su questi temi, da ultimo, si vedano le autorevoli riflessioni di C.E. PALIERO, *Extrema ratio: una favola raccontata a veglia?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1447 ss.

⁸ In argomento, G. DODARO, *Uguaglianza e diritto penale. Uno studio sulla giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2012.

riottoso a logiche di bilanciamento e comunque destinato a trovare prevalente attuazione rispetto a contro-interessi pur particolarmente qualificati⁹. Se appaiono numerosi e convergenti gli indici di un tendenziale rovesciamento di prospettiva del diritto penale – non più *magna charta* del reo, bensì della vittima¹⁰ – non stupisce che inediti *tipi vittimologici* siano stati recentemente oggetto di sorvegliata attenzione da parte del legislatore sia nell’ambito sostanziale¹¹ che in quello processuale¹², acquistando un marcato protagonismo nella dimensione attuale della giustizia penale¹³.

Oggetto di ben limitata considerazione nell’impianto originario del codice penale, anche perché sprovvista di una dogmatica consolidata e affidata ad un quadro normativo per lo più disorganico¹⁴, la figura della «vittima» sembra oggi porsi al crocevia tra encomiabili esigenze di protezione del soggetto debole e larvate logiche ‘neo-paternalistiche’ che tendono a centralizzarne l’identità e il ruolo *dentro* e *oltre* il processo, disegnando nuovi percorsi di tutela non sempre privi di significativi punti di squilibrio¹⁵.

⁹ Emblematica, in questa direzione, la proposta di costituzionalizzazione del principio della tutela della vittima del reato. Si tratta della proposta di legge costituzionale n. 199, presentata alla Camera dei Deputati il 29 aprile 2008, di modifica dell’art. 111 Cost. con l’inserimento del seguente quinto comma: «La vittima del reato e la persona danneggiata dal reato sono tutelate dallo Stato nei modi e nelle forme previste dalla legge». Nella Relazione di accompagnamento si legge, tra l’altro, che l’intendimento della proposta è di restituire, «in linea con i principi costituzionali di solidarietà e di uguaglianza, diritto di cittadinanza processuale alle vittime del reato». Sul punto, M. BERTOLINO, G. VARRASO, *Le vittime vulnerabili. Introduzione al focus*, in *Riv. it. med. leg. (e del diritto in campo sanitario)*, 2018, 511 ss. Sull’attuazione della clausola del superiore interesse della vittima minore di età e sul suo delicato bilanciamento con i principi di rango costituzionale posti a presidio della materia penale, cfr. M. BERTOLINO, *I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti penali e garanzie costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 21 ss.

¹⁰ Si sofferma su questo mutamento di paradigma, C.E. PALIERO, *Extrema ratio*, *cit.*, 1455 ss.; in precedenza, tra i tanti, cfr. L. CORNACCHIA, *Vittime e giustizia criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1775.

¹¹ Oltre all’art. 572 c.p., si vedano, a titolo soltanto esemplificativo, gli artt. 589-bis, 609-ter e 612-bis c.p.

¹² Cfr. artt. 282-bis, co. 6, 299, 384-bis, 398, co. 5-bis, 406, co. 2-ter, 408, co. 3-bis, 415-bis, 498 c.p.p., 132-bis disp. att. c.p.p.

¹³ M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall’oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, spec. 151 ss.

¹⁴ Tra le poche disposizioni del codice penale relative (non alla vittima, ma) alla persona offesa, cfr. artt. 70, 120, 130, 133, co. 1, n. 2. Tuttavia, rispetto al codice Zanardelli, il codice Rocco ha senz’altro mostrato maggiore attenzione verso le categorie di vittime vulnerabili. Ciò è reso evidente anzitutto dall’ampliamento del perimetro di tutela riservato ai soggetti in condizione di minorata difesa, come emblematicamente conferma l’estensione della categoria del fanciullo sino ai quattordici anni di età nella fattispecie di abbandono di minori e incapaci (art. 591 c.p.) e sino ai dieci anni in quella di omissione di soccorso (art. 593 c.p.). In questa stessa direzione sembra che possa essere letta anche la circostanza aggravante comune, prevista dall’art. 61, n. 5, c.p., relativa alla minorata difesa da parte della vittima, nonché, più in generale, il rigore sanzionatorio manifestato dal codice rispetto ai reati di omessa solidarietà, oggetto di un più mite trattamento punitivo nel previgente impianto codicistico. Sul punto, vd. M. VENTUROLI, *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria “a geometria variabile” del diritto penale*, in *Riv. it. med. leg. (e del diritto in campo sanitario)*, 2/2018, 553 ss.

¹⁵ Secondo P.P. PAULESU, *Vittime del reato e processo penale: uno sguardo d’insieme (informazioni, diritti, tutele)*, in M. BARGIS, H. BELLUTA (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, 156, l’esigenza di assicurare protezione, sin dalle prime battute del procedimento, a categorie di vittime particolarmente esposte, ha finito con il dare luogo ad «un microsistema strutturato su misure non custodiali», alimentando una sorta di «profilassi criminale altamente selettiva», vieppiù problematica perché spesso fondata su dati provvisori e mutevoli in quanto rivolta verso soggetti la cui responsabilità non è stata ancora accertata.

In effetti, non appaiono del tutto infondate le perplessità indotte dalla centralità della vittima non solo all'interno del processo ma anche nella stessa struttura di certe fattispecie criminose dalla spiccata vocazione prodromica, talvolta sbilanciate su decisi arretramenti della soglia di tutela¹⁶.

Ad ogni modo, è fuor di dubbio che la 'categoria' della «vulnerabilità» abbia guadagnato nuovi spazi nella gestione della pretesa punitiva, ergendosi a vero e proprio presupposto delle attuali politiche penali della sicurezza¹⁷: per lungo tempo richiamata soltanto da talune isolate disposizioni di parte speciale¹⁸, poi impiegata dalla giurisprudenza con effetti 'estensivi' della nozione di «persona offesa»¹⁹, è stata recentemente oggetto di codificazione espressa sul versante del diritto processuale mediante l'introduzione del 'nuovo' art. 90-*quater* c.p.p., con il quale per la prima volta il legislatore ha offerto una definizione di carattere 'generalista' della condizione di «particolare vulnerabilità»²⁰. Una definizione, questa, altamente malleabile e quindi idonea ad offrire, proprio a cagione della sua elasticità, ampi margini di discrezionalità al giudice nell'individuazione delle categorie soggettive bisognose di speciali forme di tutela, ma anche – più a monte – al legislatore nelle scelte di criminalizzazione²¹.

L'oggetto e i limiti del presente lavoro non consentono di analizzare nel dettaglio il contenuto della neo-introdotta disposizione. È qui sufficiente richiamare il condivisibile pensiero di chi ha ritenuto che, malgrado sia stata inserita nel codice di procedura penale, sarà prevedibilmente destinata ad incidere anche sul diritto penale sostanziale: non solo in sede di commisurazione della pena e di riconoscimento delle circostanze aggravanti, ma anche nell'apprezzamento della (non) tenuità del fatto e nella valutazione del contenuto delle condotte di riparazione, risarcimento e pubblica utilità²².

¹⁶ Emblematica, in tal senso, la Decisione quadro 2008/919/GAI del Consiglio del 28 novembre 2008, che modifica la Decisione quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo, ovvero la Decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio del 22 dicembre 2003, relativa alla lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile. Sulla precaria compatibilità di talune fonti penali europee rispetto ai tradizionali principi di garanzia del diritto penale, si veda soprattutto il noto *Manifesto sulla politica criminale europea*, in *Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik*, 2009, 740 ss.; L. FOFANI, *Il "Manifesto sulla politica criminale europea"*, in *Criminalia*, 2010, 669 ss. Sul punto, vd. comunque *infra*, § 3.

¹⁷ L. CORNACCHIA, *La vittima nel diritto penale contemporaneo*, Roma, 2012, 63.

¹⁸ Cfr. artt. 600 («Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù») e 601 («Tratta di persone») c.p.

¹⁹ Cfr. Cass., sez. III, 17 maggio 2016, n. 45403, in *DeJure*, la quale ha ritenuto che nei reati sessuali aggravati ai sensi dell'art. 61, n. 11-*quinqies*, c.p. (su cui vd. *infra*, § 4), «il minore che ha assistito al fatto delittuoso riveste la qualifica di persona offesa e, come tale, è legittimato alla costituzione di parte civile ed all'impugnazione».

²⁰ La disposizione, rubricata «Condizioni di particolare vulnerabilità», prevede che la condizione di particolare vulnerabilità della persona offesa sia desunta, «oltre che dall'età e dallo stato di infermità o di deficienza psichica, dal tipo di reato, dalle modalità e circostanze del fatto per cui si procede». Inoltre, ai fini della valutazione della suddetta condizione, «si tiene conto se il fatto risulta commesso con violenza alla persona o con odio razziale, se è riconducibile ad ambiti di criminalità organizzata o di terrorismo, anche internazionale, o di tratta degli esseri umani, se si caratterizza per finalità di discriminazione, e se la persona offesa è affettivamente, psicologicamente o economicamente dipendente dall'autore del reato».

²¹ M. VENTUROLI, *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria "a geometria variabile" del diritto penale*, cit., 553 ss.

²² In questi termini, C. MAZZUCATO, *Nota introduttiva*, in G. Forti, S. Seminara, G. Zuccalà, *Commentario breve*



2/2019

è in questo contesto normativo che si procederà ad effettuare, in linea con l'economia del nostro scritto, una sintetica – e comunque necessariamente incompleta – ricognizione delle principali disposizioni sostanziali e processuali poste a tutela degli interessi del minore. Dopo averne analizzato il contenuto verificheremo, con più specifico riguardo alla sentenza in commento, se la 'lettura' dell'art. 572 c.p. prescelta dal Tribunale in merito alla dimensione 'partecipata' o 'assistita' della violenza familiare possa dirsi coerente con il più ampio disegno sistematico del legislatore in tema di tutela del minore e, quindi, meriti piena condivisione.

3. L'interesse del minore al centro del sistema.

Se ciò che precede testimonia il passaggio da un sostanziale disinteresse per la persona offesa dal reato nell'impianto 'reo-centrico' del codice Rocco alla 'svolta vittimologica' della più recente legislazione penale, ai nostri fini conta soprattutto evidenziare che pressanti esigenze di tutela rafforzata del minore, quale soggetto in condizione di speciale vulnerabilità, si pongono alla base delle molteplici iniziative registrate negli ultimi anni allo scopo di innovare l'impianto del codice penale del 1930, introducendo nuove fattispecie criminose, 'modernizzando' quelle già previste e, più in generale, allargando gli spazi di penalizzazione delle condotte 'a rischio'.

Nell'ovvia impossibilità di analizzare partitamente i numerosi e complessi interventi legislativi in questa direzione, si considerino, a titolo soltanto esemplificativo, anzitutto le diverse disposizioni in materia di abusi sessuali sui minori²³. Disposizioni poste al centro di un più ampio movimento di riforma avviato nel 1996 con le modifiche alla disciplina codicistica del Capo I del Titolo IX, relativa ai reati contro la libertà sessuale, proseguito con l'introduzione dei reati di prostituzione minorile e pornografia minorile nel 1998²⁴, poi ulteriormente arricchito secondo linee di politica criminale 'di lotta', affidate in certi casi – lo si è poc'anzi anticipato – a vistose anticipazioni di tutela²⁵, ovvero alla creazione di vere e proprie 'fattispecie – ostacolo' dalla dubbia determinatezza e dall'offensività evanescente, anche perché poste a presidio di beni rarefatti, siccome non direttamente riferibili alla tutela dell'integrità psico-fisica di uno specifico minore²⁶. In questi casi il rischio è che l'arretramento della soglia di punibilità faccia sì che il diritto penale si avvicini pericolosamente al limite della sua delegittimazione, in un contesto nel quale il fuoco dell'incriminazione si sposta dal fatto all'autore e la *pericolosità soggettiva* tende a divenire parametro di valutazione del corredo probatorio. Dovendo qui pur sempre valere quel principio generale, immanente ad ogni

al codice penale, Padova, 2017, 532, VIII, 5.

²³ Per un'approfondita indagine dei rapporti tra processo penale e delitti sessuali, A. ROMEO, *Violenza sessuale e processo penale*, Piacenza, 2007, spec. cap. I e II.

²⁴ Si tratta, rispettivamente, degli artt. 600-*bis* e 600-*ter* c.p., introdotti dalla legge 3 agosto 1998, n. 269.

²⁵ Come nel caso della fattispecie di adescamento di minorenni (art. 609-*undecies* c.p.) e, prima ancora, in quella delle iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinquies* c.p.).

²⁶ Come nel caso della detenzione di materiale pedopornografico di cui all'art. 600-*quater* c.p. o della pornografia virtuale ex art. 600-*quater-1* c.p.

sistema in cui l'intervento pubblico interferisce e rischia di collidere con le garanzie fondamentali del cittadino, secondo il quale, quanto più si allontana la sanzione da concreti ed effettivi momenti di offesa all'interesse protetto, tanto più si rischia di colpire l'agente in quanto tale²⁷.

La medesima *ratio* di salvaguardia del preminente interesse del minore può cogliersi alla base degli interventi di modifica e ampliamento di alcune fattispecie già presenti nel codice penale. In questa prospettiva non viene soltanto in rilievo la nuova formulazione dell'art. 572 c.p., resa evidente già dalla diversa intitolazione della rubrica che contiene ora un espresso riferimento ai «conviventi» del soggetto attivo²⁸, ma anche l'estensione del campo di operatività di certe disposizioni più recentemente introdotte, come la corruzione di minorenni *ex art. 609-quinquies* c.p., la cui condotta tipica è stata ampliata sino a comprendere anche la mera esibizione di materiale pornografico ad un soggetto minore di età, o come la pedopornografia prevista dall'art. 600-*ter* c.p., i cui confini sono stati allargati nel 2012 sino al punto di includere anche la condotta di colui che assista a spettacoli in cui è sessualmente coinvolto un minore.

Chiare direttrici di *law enforcement* a tutela del minore si pongono pure alla base dell'ampliamento della 'offerta' penalistica sul fronte sanzionatorio, reso evidente dalla introduzione di nuove circostanze aggravanti, di una specifica disciplina delle pene accessorie e di inedite misure di sicurezza²⁹.

Con specifico riferimento alla disciplina delle circostanze – classificabili secondo una tripartizione che tiene conto della minore età della vittima³⁰, della relazione qualificata tra quest'ultima e l'agente³¹ e, infine, delle circostanze di tempo e luogo ravvisabili al momento della commissione del fatto³² – risalta soprattutto la 'nuova' aggravante comune prevista dall'art. 61 n. 11-*quinquies* c.p., su cui torneremo in seguito, introdotta allo scopo di 'codificare' l'ipotesi della violenza 'assistita' o 'partecipata' dai minori, che in precedenza aveva assunto rilievo sulla sola base dell'art. 572 c.p., oggetto di una lettura analoga a quella operata dal Tribunale nella sentenza qui in commento.

Resta da aggiungere che l'interesse ad assicurare una più intensa protezione del minore può cogliersi anche nella recente deroga alla disciplina generale dei termini di decorrenza della prescrizione, di cui all'art. 158 c.p. L'art. 1, co. 10, della legge 23 giugno

²⁷ Per tutti, M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 8 ss.; F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, Torino, 1973, 81 ss. Sul complesso tema dell'anticipazione della tutela penale, nell'ambito di una letteratura vastissima e senza alcuna pretesa di completezza, G. DELITALA, *Reati di pericolo*, in AA.VV., *Studi in onore di B. Petrocelli*, vol. III, Milano, 1972, 1731 ss.; G. FIANDACA, *La tipizzazione del pericolo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 441 ss.; G. GRASSO, *L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati di attentato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, 696; A. FIORELLA, voce *Reato in generale*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, Varese, 1987, 793 ss.; M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dogmatica e politica criminale*, Milano, 1990; S. CANESTRARI, voce *Reato di pericolo*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXX, Roma, 1991, 1 ss.

²⁸ C. SOTIS, *Vincolo di rubrica e tipicità penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1346 ss., secondo il quale la 'nuova' rubrica «indica (...) nella "paraconvivenza" quella costante che garantisce la tipicità della fattispecie».

²⁹ Cfr. artt. 600-*septies*.2 e 609-*novies* c.p.

³⁰ Come, ad esempio, negli artt. 61, n. 11-*quinquies*, 602-*ter*, co. 1, lett. a) e 609-*ter*, co. 1, nn. 1 e 5, c.p.

³¹ Cfr. artt. 602-*ter*, co. 6, 609-*quater*, co. 2, 609-*quinquies*, co. 4, c.p.

³² Cfr. artt. 61, n. 11-*ter*, 527, co. 2, 609-*ter*, co. 1, n. 5-*bis*, c.p.

2017, n. 103, meglio nota come 'riforma Orlando', in adempimento di precisi obblighi internazionali, ha infatti introdotto un nuovo comma nell'art. 158 c.p., il quale dispone che per i reati previsti dall'art. 392, co. 1-*bis*, c.p.p., se commessi nei confronti di un minore, il termine di prescrizione decorre dal compimento del diciottesimo anno di età della persona offesa³³.

Particolarmente numerose sono poi le novità di natura processuale introdotte allo scopo di garantire al minore, in quanto soggetto per definizione vulnerabile, una più intensa protezione *nel* processo e *dal* processo, in un non sempre facile bilanciamento con le esigenze di affidabilità della prova dichiarativa.

Viene anzitutto in evidenza la rinnovata disciplina dell'incidente probatorio, il cui campo di applicazione, delineato dagli artt. 392, co. 1-*bis* e 398, co. 5-*bis* c.p.p., ha conosciuto un progressivo ampliamento, sino ad includere svariate ed eterogenee figure di reato³⁴ rispetto alle quali la minore età rende la persona – vittima o testimone – particolarmente esposta al rischio della 'vittimizzazione secondaria' derivante dal processo³⁵.

La necessità di assicurare un ascolto protetto del minore sembra porsi alla base della recente modifica dell'art. 134, co. 4, c.p.p., il quale prevede che la riproduzione audiovisiva delle dichiarazioni della persona offesa in condizione di particolare vulnerabilità – quale deve sempre ritenersi il minore³⁶ – sia in ogni caso consentita, «anche al di fuori delle ipotesi di assoluta indispensabilità».

Nel solco della medesima direttrice di politica legislativa vanno lette alcune ulteriori disposizioni volte ad assicurare al minore un'assistenza e un sostegno psicologico a partire dalle prime fasi del procedimento. Si prevede infatti che sin dalle indagini preliminari, comprese le investigazioni difensive, quando si procede per certi reati tassativamente individuati³⁷, il minore, che in qualsiasi veste debba essere ascoltato, abbia il diritto all'assistenza di un esperto in psicologia o in psichiatria infantile³⁸; in relazione al dibattimento, invece, l'art. 498, co. 4-*bis* e 4-*ter*, c.p.p. prevede, per i reati ivi elencati, che l'esame del 'minore – vittima' del reato avvenga con modalità protette.

All'evidente necessità di garantire una tutela rafforzata al medesimo 'minore – vittima', specie di abusi familiari, rispondono infine anche 'nuovi' istituti *lato sensu* preventivi. Benché introdotti a tutela di ogni persona offesa, garantiscono senz'altro una protezione privilegiata ai minori, soprattutto quando costoro siano costretti ad assistere – come avvenuto nel caso in esame – ad abituali manifestazioni di violenza all'interno

³³ Salvo che l'azione penale sia stata esercitata precedentemente; in quest'ultimo caso il termine di prescrizione decorre dall'acquisizione della notizia di reato.

³⁴ Cfr. artt. 572, 600, 600-*bis*, 600-*ter*, anche se relativo al materiale pornografico di cui all'art. 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*ter*, 609-*quater*, 609-*octies*, 609-*undecies* e 612-*bis* c.p.

³⁵ Donde la duplice esigenza di non disperdere le fonti conoscitive e di anticipare l'assunzione della prova testimoniale, anche nel rispetto delle garanzie del diritto di difesa. Sul punto, da ultimo, M. BERTOLINO, *I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti e garanzie costituzionali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 21 ss.

³⁶ Cfr. art. 90-*quater* c.p.p.

³⁷ L'elenco, contenuto nell'art. 351, co. 1-*ter* c.p.p., è il seguente: artt. 572, 600, 600-*bis*, 600-*ter*, 600-*quater*, 600-*quater*.1, 600-*quinquies*, 601, 602, 609-*bis*, 609-*quater*, 609-*quinquies*, 609-*octies*, 609-*undecies* e 612-*bis* c.p.

³⁸ Cfr. artt. 351, co. 1-*ter*, 362, co. 1-*bis*, 391-*bis*, co. 5-*bis*, c.p.p.

dell'ambiente domestico. Il riferimento è alle misure cautelari dell'allontanamento dell'indagato/imputato dalla casa familiare (art. 282-*bis* c.p.p.), del divieto di avvicinamento dello stesso ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282-*ter* c.p.p.), nonché dell'allontanamento d'urgenza dalla casa familiare (art. 384-*bis* c.p.p.)³⁹.

Queste sintetiche ed incomplete considerazioni offrono comunque l'esatta dimensione delle attuali quotazioni garantistiche dei diritti del minore, così come formalmente consacrate – lo si è già in parte rilevato – anche all'interno di importanti documenti internazionali, espressione dell'accentuato interesse riservato più in generale alla vittima del reato da parte del Consiglio d'Europa⁴⁰ e dell'Unione europea⁴¹. Un interesse reso evidente anche dalla previsione di veri e propri obblighi di incriminazione volti a prevenire, mediante un *corpus* normativo in continua espansione, taluni fenomeni di 'vittimizzazione' individuale o collettiva considerati particolarmente allarmanti per l'ordine pubblico europeo⁴².

³⁹ Sul punto, cfr. M. BERTOLINO, *I diritti dei minori fra delicati bilanciamenti e garanzie costituzionali*, cit., 21 ss., secondo la quale queste misure cautelari costituirebbero espressione di una «politica vittimocentrica che antepone il perseguimento delle esigenze esoprocessuali di protezione dei diritti individuali a quelle endoprocessuali di natura strettamente cautelare», risultando il diritto alla integrità psicofisica della persona offesa prevalente su quello alla libertà dell'imputato.

⁴⁰ Viene in rilievo, in particolare, l'art. 10 TFUE che sancisce il principio di non discriminazione e sollecita l'Unione ad adottare i provvedimenti opportuni per combattere tutte le forme di discriminazione in grado di favorire i processi di vittimizzazione nelle sue differenti espressioni. Si consideri, altresì, la raccomandazione del Consiglio d'Europa sull'assistenza delle vittime di reato R(2006)8, la quale, al punto 1.1., definisce «vittima» «a natural person who has suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering or economic loss, caused by acts or omissions that are in violation of the criminal law of a member state. The term victim also includes, where appropriate, the immediate family or dependants of the direct victim». Al successivo punto 3.4., gli Stati membri vengono invitati ad adottare misure speciali a favore delle vittime «[...] particularly vulnerable, either through their personal characteristics or through the circumstances of the crime [...]». Sul punto, M. GIALUZ, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in AA.VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Torino, 2012, 63 ss.; più di recente, C. AMALFITANO, *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Riv. it. med. leg. (e del diritto in campo sanitario)*, 2/2018, 523 ss.

⁴¹ Si considerino, in particolare, la Direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e repressione della tratta degli esseri umani, la Direttiva 2011/93/UE in materia di lotta all'abuso e allo sfruttamento sessuale dei minori e contro la pornografia minorile, nonché la recente Direttiva 2017/541/UE relativa al contrasto del terrorismo. In una prospettiva più generale, si veda anche la già citata Direttiva 2012/29/UE che detta norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato, e precisa che «un reato è non solo un torto alla società, ma anche una violazione dei diritti individuali delle vittime» (considerando 9). Per ulteriori approfondimenti, cfr. C. AMALFITANO, *La tutela delle vittime di reato nelle fonti dell'Unione europea diverse dalla direttiva 2012/29/UE e le misure di attuazione nell'ordinamento nazionale*, in M. Bargis, H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017, 89 ss.; EAD., *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, cit., 523 ss.

⁴² Nell'ambito di una letteratura amplissima, M. DEL TUFO, *La tutela della vittima in una prospettiva europea*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 889 ss.; EAD., *Linee di politica criminale europea e internazionale a protezione della vittima*, in *Quest. giust.*, 2003, 705 ss.; G. AIMONETTO, *La valorizzazione del ruolo della vittima in sede internazionale*, in *Giur. it.*, 2005, 1327 ss.; M.L. LANTHIEZ, *La clarification des fondaments européens des droits des victimes*, in G. Giudicelli-Delage, C. Lazerges (a cura di), *La victime sur la scène pénale en Europe*, Paris, 2008, 145 ss.; M. DEL TUFO, *La vittima di fronte al reato nell'orizzonte europeo*, in G. Fiandaca, C. Visconti (a cura di), *Punire Mediare Riconciliare – Dalla giustizia penale internazionale all'elaborazione dei conflitti individuali*, Torino, 2009, 107 ss.; M. VENTUROLI, [La tutela della vittima nelle fonti europee](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2012, 86 ss.; S. ALLEGREZZA, *Il ruolo*

4. La violenza assistita ‘alla prova dei fatti’: ‘classico’ e ‘moderno’ nella lettura dell’art. 572 c.p. La circostanza aggravante prevista dall’art. 61, n. 11-*quinquies*, c.p. e il rischio di un suo ‘corto circuito’ applicativo.

Tornando ora al più specifico oggetto delle nostre riflessioni, occorre notare che – malgrado la scarsa casistica applicativa sul tema della ‘violenza assistita’ – possono comunque rinvenirsi nell’elaborazione giurisprudenziale tracce manifeste dell’importanza riservata alla *clausola generale* dell’interesse del minore.

La sentenza che stiamo commentando sembra allinearsi all’indirizzo interpretativo volto ad offrire una lettura più ‘moderna’ dell’art. 572 c.p., adattandolo alle nuove esigenze di tutela del minore, intesa come persona non solo da ‘proteggere’ ma anche da ‘promuovere’ mediante la creazione degli ambiti funzionali a garantire l’effettivo esercizio dei suoi diritti. Viene qui in rilievo il volto maggiormente autentico del principio solidaristico, non già inteso nella prevalente accezione ‘assistenziale’ recepita nell’impianto ‘caritativo/paternalistico’ del codice Rocco⁴³, bensì in una dimensione più coerente con il programma costituzionale che qualifica il minore quale titolare di specifiche prerogative giuridiche (artt. 29 e 30 Cost.). Si è così affermata l’idea che l’interesse protetto dall’art. 572 c.p. sia costituito anche dalla tutela della personalità del soggetto passivo. Un interesse non più tutelato in via soltanto subordinata rispetto a quello (un tempo prevalente, se non esclusivo) rappresentato dal ‘bene-famiglia’; ma adesso autonomamente apprezzabile nella più ‘moderna’ e condivisibile dimensione plurioffensiva del delitto, che non si limita a punire il solo turbamento dell’ordine della famiglia provocato dalle sofferenze inflitte ad un suo membro, poiché include nel fuoco della tutela anche l’offesa arrecata con carattere di continuità alla persona *in quanto* componente del nucleo familiare. Si tratta di una soluzione ormai largamente recepita dalla giurisprudenza, la quale ha peraltro escluso «che la compromissione del bene protetto si verifichi in presenza di semplici fatti che ledono ovvero mettono in pericolo l’incolumità personale, la libertà o l’onore di una persona della famiglia, essendo necessario, per la configurabilità del reato, che tali fatti siano la componente di una più ampia ed unitaria condotta abituale, idonea ad imporre un regime di vita vessatorio, mortificante e insostenibile»⁴⁴.

è in tale ottica che devono essere lette l’introduzione e la successiva valorizzazione, per mano giurisprudenziale, della figura che si è soliti indicare con la locuzione ‘violenza assistita’, la cui *ratio* risiede per l’appunto nella salvaguardia della

della vittima nella direttiva 2012/29/UE, in L. Luparia (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell’Unione e buone pratiche nazionali*, Milano, 2015, 3 ss.

⁴³ Impianto nel quale la protezione del minore non deriva dall’esigenza di promuoverne la personalità, bensì di proteggerla nel segno di un intento per lo più ‘mutualistico’ verso un soggetto ritenuto vulnerabile nel contesto dei rapporti familiari. Sul punto, vd. G.D. PISAPIA, *Delitti contro la famiglia*, cit., 748; F. COPPI, voce *Maltrattamenti in famiglia*, in *Enc. dir.*, vol. XXV, Varese, 1975, 224.

⁴⁴ Cass., sez. VI, 27 maggio 2003, n. 37019, in *DeJure*. Nella giurisprudenza di merito, vd. Trib. La Spezia, 25 ottobre 2018, n. 1119, *ivi*.

personalità e della equilibrata crescita psico-fisica del soggetto vulnerabile, volta a preservarlo dalle deteriori (e a volte drammatiche) conseguenze dei maltrattamenti consumati, spesso in uno stillicidio di cadenze cicliche e ripetitive, nei confronti di persone a costui legate da qualificati vincoli affettivi⁴⁵.

Già in passato la Suprema Corte aveva ricondotto ipotesi simili a quella in esame allo schema dell'art. 572 c.p. Ciò sul presupposto, di chiara rilevabilità empirica, che «lo stato di sofferenza e di umiliazione delle vittime [...] può derivare anche da un clima generalmente instaurato all'interno di una comunità in conseguenza di atti di sopraffazione indistintamente e variamente commessi a carico delle persone sottoposte al potere dei soggetti attivi, i quali ne siano tutti consapevoli, a prescindere dall'entità numerica degli atti vessatori e dalla loro riferibilità ad uno qualsiasi dei soggetti passivi»⁴⁶. Del pari irrilevante si era ritenuto, in altre occasioni, l'eventuale ricorso a forme di violenza fisica nei confronti della vittima, essendo stato attribuito rilievo anche a quelle offese alla sua dignità tali da risolversi in privazioni, umiliazioni o atti di disprezzo, ossia in autentiche sofferenze morali. Senza che potesse ritenersi decisivo il fatto che gli atti lesivi si fossero alternati con periodi di normalità e fossero stati, a volte, cagionati da motivi contingenti, poiché, data la natura abituale del delitto, l'intervallo di tempo tra una serie e l'altra di episodi lesivi non avrebbe potuto precludere la configurabilità dell'illecito⁴⁷.

In certi casi – e la vicenda che stiamo analizzando ne costituisce prova evidente – l'attenta considerazione della portata offensiva della violenza 'assistita' dai minori è stata accompagnata da una puntuale valorizzazione della condotta tipica, che si è ritenuto dovesse risultare idonea a cagionare sicure conseguenze negative in capo alle vittime, spesso rese indelebili dal grave e duraturo stato di sofferenza indotto dalla percezione di un abuso in danno di un congiunto⁴⁸. La complessità della verifica giudiziale è determinata anche dalla necessità, puntualmente sottolineata dalla sentenza in commento, di accertare non solo l'elemento psicologico, costituito dalla deliberata e consapevole trascuratezza verso i più elementari bisogni affettivi delle vittime 'secondarie' dei maltrattamenti, ma pure la persistenza nel tempo delle condotte illecite nei confronti della vittima 'primaria', nonché gli esiti negativi di queste ultime nei processi di crescita morale e sociale dei minori costretti ad assistere a manifestazioni ripetute di violenza⁴⁹.

Va da sé che la difficoltà dell'accertamento in giudizio deriva altresì dal fatto che quello previsto dall'art. 572 c.p. rappresenta un reato complesso, in cui la condotta consiste in una pluralità di atti, costituenti o meno autonomi reati, legati fra loro dal vincolo dell'abitualità e tali da costringere la vittima ad una condizione di vita umiliante,

⁴⁵ Talvolta la Suprema Corte ha precisato che questa personalità deve ritenersi pregiudicata anche nel caso opposto a quello qui considerato, ossia allorquando vengano adottati comportamenti 'iperprotettivi' da parte del genitore nei confronti del figlio minore, tali da esitare in un autentico «eccesso di accudienza». Cfr. Cass., sez. VI, 19 ottobre 2011, n. 36503, in *DeJure*.

⁴⁶ Cass., sez. V, 22 ottobre 2010, n. 41142, in *DeJure*.

⁴⁷ Cass., sez. VI, 12 aprile 2006, n. 26235, in *DeJure*.

⁴⁸ Cass., sez. VI, 29 gennaio 2015, n. 4332, in *DeJure*.

⁴⁹ Cfr. Cass., sez. VI, 29 gennaio 2015, n. 4332, *cit*.

intollerabile e comunque ‘degradante’. Né sembra che il carattere della necessaria dilatazione temporale della condotta vessatoria sia stato posto in discussione dalle già evocate novità recentemente intervenute sull’art. 572 c.p. La legge n. 172/2012, di ratifica della Convenzione di Lanzarote, pur avendo modificato la rubrica di quest’ultima disposizione, inasprito il relativo impianto sanzionatorio e ampliato il novero delle possibili vittime del reato (con l’aggiunta nel testo dell’espressione «o comunque convivente»), non ha alterato la struttura della fattispecie. Struttura che è rimasta immutata anche dopo l’entrata in vigore della legge n. 119/2013, la quale, convertendo con modificazioni il d.l. n. 93 del 2013⁵⁰, ha abrogato il secondo comma dell’art. 572 c.p., che prevedeva un aumento di pena per il fatto commesso nei confronti di un minore⁵¹, ed ha contestualmente modificato l’art. 61 c.p. con l’introduzione del già citato n. 11-*quinquies*, che ha appunto attribuito una dimensione penalistica tipica al fenomeno della ‘violenza assistita’, ma senza incidere sulla natura abituale della fattispecie – base⁵². Si è così introdotta una nuova circostanza aggravante di tipo oggettivo, destinata a trovare applicazione tutte le volte in cui il reo, «nei delitti non colposi contro la vita e l’incolumità individuale, contro la libertà personale nonché nel delitto di cui all’articolo 572», abbia «commesso il fatto in presenza o in danno di un minore di anni diciotto ovvero in danno di persona in stato di gravidanza»⁵³.

Benché questa circostanza aggravante, entrata in vigore dopo il *tempus commissi delicti*, non sia stata contestata nella vicenda della quale ci stiamo occupando, ai nostri fini non sembra inutile precisare che il ‘nuovo’ art. 61, n. 11-*quinquies*, c.p., pur introdotto al dichiarato scopo di assicurare al minore una tutela più intensa⁵⁴, sanzionando il

⁵⁰ La modifica attuata con la legge n. 119/2013 estende l’ambito di applicazione delle singole circostanze aggravanti speciali inizialmente previste con d.l. n. 93/2013 per il delitto di cui all’art. 572 c.p.: da un lato, codificando una nuova circostanza aggravante comune (quella dello stato di gravidanza della donna vittima del reato); dall’altro, modificando l’ambito applicativo dell’aggravante speciale di cui al previgente art. 572, co. 2, c.p. (reato commesso in danno di minore infraquattordicenne), tanto da riconoscere un effetto aggravante al fatto commesso in danno di un minore di anni diciotto. In giurisprudenza, Cass., sez. I, 2 marzo 2017, n. 12328, in *C.E.D. Cass.*, n. 269556.

⁵¹ Questo comma, introdotto dalla legge n. 172/2012, prevedeva un aumento di pena nel caso in cui il fatto fosse stato commesso «in danno di minore degli anni quattordici». Successivamente il comma venne novellato dall’art. 1 d.l. n. 93/2013, mediante sostituzione delle parole «di persona minore degli anni quattordici» con le parole «in presenza di minore degli anni diciotto». In sede di conversione dell’appena citato decreto legge, ad opera della l. n. 119/2013, il secondo comma dell’art. 572 c.p. è stato abrogato.

⁵² Il n. 11-*quinquies* dell’art. 61 c.p. è stato aggiunto dall’art. 1 d.l. n. 93/2013, così come modificato dall’allegato alla legge di conversione n. 119/2013. Il d.l. n. 93/2013 è stato emanato con l’obiettivo di prevenire e contrastare il fenomeno della violenza di genere, sulla scia delle indicazioni contenute nella Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, ratificata con la legge 27 giugno 2013, n. 77. Per un primo commento della disciplina, F. MACRÌ, *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, cit., 12 ss.; G. PAVICH, *La nuova legge sulla violenza di genere*, cit., 4314 ss.; A. MERLI, *Violenza di genere e femminicidio*, cit., 438 ss. In giurisprudenza, Cass., sez. III, 17 maggio 2016, n. 45403, in *C.E.D. Cass.*, n. 267835.

⁵³ L’aggravante sembra evocare quella prospettata dalla Convenzione di Istanbul, laddove (art. 46, lett. d) si esortano gli Stati firmatari a prevedere, come aggravante dei reati «stabiliti conformemente alla presente Convenzione», la commissione del fatto su un bambino o in presenza di un bambino. Sul punto, cfr. G. PAVICH, *Le novità del decreto legge sulla violenza di genere*, cit., 5.

⁵⁴ Come dimostra il fatto che l’originario ambito applicativo della fattispecie circostanziale, limitato al solo

maggior disvalore delle condotte compiute in condizioni tali da risultare comunque percepibili dal minore⁵⁵, rischia paradossalmente di indebolirla proprio sul versante dell'art. 572 c.p. Ciò in quanto qualifica come elemento circostanziale, non sottratto ad un possibile giudizio di bilanciamento con circostanze eterogenee, quello che prima la giurisprudenza – e la sentenza che stiamo annotando lo conferma – considerava autonomo elemento costitutivo della medesima fattispecie di cui all'art. 572 c.p. Se, infatti, l'introduzione dell'art. 61, n. 11-*quinqüies*, c.p. potrebbe assecondare le esigenze di semplificazione probatoria connesse al noto regime di imputazione indifferenziata delle circostanze aggravanti a titolo di dolo o colpa⁵⁶, non sembra azzardato ritenere che le istanze di protezione rafforzata del minore potrebbero risultare frustrate nell'ipotesi in cui, all'esito del giudizio *ex art. 69 c.p.*, l'aggravante fosse ritenuta equivalente o addirittura soccombente rispetto ad una circostanza attenuante.

D'altronde, il sistema offre svariati esempi del percorso opposto seguito dal legislatore che, quando ha inteso garantire una tutela più intensa a certi interessi giuridici, spesso lo ha fatto elevando ad autonomo elemento costitutivo del reato ciò che prima era qualificato come mera circostanza⁵⁷.

Ora, stando al tenore letterale dell'art. 61, n. 11-*quinqüies*, c.p., quest'ultimo dovrebbe essere contestato – e quindi ravvisato – tutte le volte in cui un fatto di maltrattamenti sia commesso «(...) in presenza o in danno di un minore di anni diciotto (...)». Ciò vuol dire che una simile ipotesi, che prima dell'entrata in vigore dell'aggravante era direttamente inclusa dalla giurisprudenza nel fuoco della tutela dell'art. 572 c.p., sembrerebbe non svolgere più la funzione di elemento costitutivo a livello oggettivo della norma incriminatrice⁵⁸, dovendo piuttosto essere inquadrata nello schema del reato circostanziato. Conclusione, questa, che sembra muoversi in direzione

delitto di maltrattamenti in famiglia, è stato poi esteso, in sede di conversione del già citato d.l. n. 93/2013, a tutte le ipotesi in cui il minore comunque *percepisca* la consumazione di qualsiasi delitto contro la vita, l'incolumità individuale e la libertà personale. Si è così ampliato il campo di operatività dell'aggravante, conferendole una vitalità applicativa maggiore di quella che avrebbe avuto ove fosse stata costruita su un mero rinvio all'art. 572 c.p.

⁵⁵ In questa direzione, ad esempio, Cass., sez. I, 14 marzo 2017, n. 12328, in *DeJure*, nella quale viene stabilito che per la configurabilità della circostanza aggravante comune prevista dall'art. 61, n. 11-*quinqüies*, c.p. è sufficiente che il minore percepisca il fatto, non essendo richiesto che lo stesso venga realizzato al suo cospetto. Trattandosi di una circostanza aggravante oggettiva, inerente le modalità dell'azione (art. 70 c.p.), questa viene valutata a carico dell'agente se conosciuta, ignorata per colpa o ritenuta inesistente per errore determinato da colpa (art. 59 c.p.). Per un primo commento della sentenza, cfr. A. CHIBELLI, [La Cassazione e la latitudine applicativa dell'aggravante di aver commesso il fatto "in presenza di minori"](#), in questa *Rivista*, fasc. 5/2017, 359 ss.; M. TELESCA, *Una nota sull'aggravante della cd. violenza assistita: è sufficiente che il minore percepisca il fatto di reato*, in [giurisprudenzapenale.com](#), 12 aprile 2017.

⁵⁶ Nel senso che apparirà perfettamente conforme allo schema dell'art. 59, co. 2, c.p. l'eventuale attribuzione dell'aggravante di nuovo conio a colui il quale abbia commesso taluno dei reati indicati nell'art. 61, n. 11-*quinqüies*, c.p. senza alcuna volontà di farvi assistere un minore, ma soltanto ignorandone colposamente la presenza o ritenendolo assente per errore determinato da colpa.

⁵⁷ Cfr., ad esempio, artt. 589-*bis*, 590-*bis*, 624-*bis* c.p.

⁵⁸ Non è inutile ribadire che il primo comma dell'art. 572 c.p., nella sua preminente formulazione, descriveva la consumazione dei maltrattamenti nei confronti di un minore di anni quattordici come una delle modalità di realizzazione della fattispecie base.

contraria rispetto alla più consolidata e condivisibile soluzione giurisprudenziale, non solo perché finisce con il 'sottrarre' spazio all'art. 572 c.p. nel caso in cui il fatto sia stato consumato in presenza di un infradiciottenne⁵⁹, ma anche perché significa negare che quest'ultimo abbia la titolarità del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice. Un siffatto esito appare ancora più irragionevole se si tiene conto di quell'indirizzo interpretativo che proprio in relazione a quest'ultima figura di reato coglie il tratto qualificante della violenza 'assistita' nella *percezione*, da parte della vittima, dei maltrattamenti compiuti nei confronti di altri membri del nucleo familiare.

Con riserva di tornare sul punto di qui a breve, anche per effettuare un *test di 'sostenibilità'* in chiave sistematica della soluzione prescelta dal Tribunale che a questo preciso indirizzo si è conformato, per adesso è sufficiente notare come le iniziali scelte punitive del codice Rocco mostrino, alla luce di quanto si è appena chiarito, una sorprendente modernità. Si allude al fatto che il testo originario del primo comma dell'art. 572 c.p. sembrava già di per sé in grado di risolvere molti dei problemi interpretativi oggi posti dalla figura della violenza 'assistita', dal momento che prevedeva quale possibile modalità di realizzazione del delitto, alternativa alle altre descritte, proprio quella dei maltrattamenti nei confronti di un minore di quattordici anni⁶⁰. A dimostrazione del fatto che il codice del 1930, pur muovendosi, come si è già sottolineato, in un'ottica prevalentemente volta ad anteporre la tutela del 'bene – famiglia' a quella del suo singolo componente, non aveva comunque mancato di includere il minore tra i titolari degli interessi salvaguardati dalla previsione incriminatrice.

5. La soluzione della sentenza.

Tornando ora alla nostra vicenda, nel ritenere gli imputati responsabili del delitto di cui all'art. 572 c.p. nei confronti dei tre nipoti minorenni, a causa delle violenze perpetrate ai danni della loro madre, la sentenza si è coerentemente allineata all'orientamento giurisprudenziale che punta a sanzionare il fenomeno della 'violenza assistita' attraverso le lenti dell'art. 572 c.p.

Si tratta di quella condivisibile e già più volte richiamata interpretazione che fa rientrare nello schema legale la necessaria reiterazione della condotta, con specifico e puntuale riferimento ai rapporti familiari ed agli esiti negativi, verificabili, nei processi

⁵⁹ Ciò perché in questa ipotesi l'art. 572 c.p. non sarà più, per così dire, 'autosufficiente', ma dovrà essere contestato insieme all'art. 61, n. 11-*quinquies*, c.p.

⁶⁰ Il primo comma dell'art. 572 c.p., nella sua versione originaria, così disponeva: «Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo precedente, maltratta una persona della famiglia, o un minore degli anni quattordici, o una persona sottoposta alla sua autorità, o a lui affidata per ragione di educazione, istruzione, cura, vigilanza o custodia, o per l'esercizio di una professione o di un'arte, è punito con la reclusione da uno a cinque anni».

di crescita morale e sociale della vittima. Con la conseguenza che l'episodica violenza percepita da quest'ultima viene ritenuta estranea alla sfera di tipicità del delitto⁶¹.

Ricostruita ed inquadrata entro tali coordinate, la figura della 'violenza assistita' sembra denotare una oggettività giuridica complessa, poiché acquista rilievo non solo l'interesse alla tutela della libertà morale, ma anche quello al corretto sviluppo della personalità di chi venga costretto ad assistere ad abituali manifestazioni di violenza ai danni di una persona alla quale sia affettivamente legato. La più tradizionale prospettiva pubblicistica e sovraindividuale, emblematicamente incentrata sulla protezione dell'aggregato familiare, cede il passo a prevalenti istanze di salvaguardia dei diritti del singolo.

È in questo quadro che il Tribunale ha esaminato i requisiti necessari ad integrare la figura della violenza 'assistita'. A venire in rilievo è soprattutto il segmento finale della contestazione, stando al quale gli imputati non si sarebbero limitati a maltrattare i tre nipoti, strumentalizzandoli a scopi illeciti e comunque coinvolgendoli nelle articolate manovre volte ad indurre la madre a rinnegare la propria scelta collaborativa rientrando nella città di origine, ma li avrebbero anche costretti ad *assistere* alle violenze direttamente perpetrate ai danni di quest'ultima, così come accertate in via ormai definitiva con le sentenze di condanna già pronunciate nei loro confronti.

A fronte di una simile accusa, il primo nodo problematico è consistito nel comprendere se la «presenza» dei minori dovesse essere interpretata in un'accezione strettamente 'fisica', nel senso che il fatto criminoso dovesse risultare commesso *sotto gli occhi* di costoro, o se invece fosse sufficiente che questi ultimi – pur non avendo materialmente assistito ai maltrattamenti – ne avessero comunque avuto consapevolezza.

Nello scegliere quest'ultima soluzione, la sentenza ha opportunamente chiarito che non occorre che il reato sia stato commesso sotto la diretta percezione visiva dei minori, essendo piuttosto sufficiente valorizzare il *punto di vista* delle persone offese. Quel che acquisterebbe rilevanza sarebbe dunque il parametro dell'*accessibilità conoscitiva*, prestandosi il requisito della 'presenza' dei minori ad essere interpretato non come mera *presenza fisica*, ma come *presenza cosciente*, secondo una linea interpretativa già tracciata in relazione ad altre fattispecie criminose poste a presidio degli interessi dei soggetti deboli⁶². È questa una conclusione coerente con la più 'evoluta' ricostruzione dell'oggettività giuridica del delitto di cui all'art. 572 c.p., che non si esaurisce – come si è già osservato – nell'interesse alla salvaguardia della famiglia da comportamenti vessatori o violenti, ma si estende anche alla tutela dell'incolumità fisica e psichica dei

⁶¹ D. FALCINELLI, *La "violenza assistita" nel linguaggio del diritto penale. Il delitto di maltrattamenti in famiglia aggravato dall'art. 61 n. 11 quinquies c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 173 ss.

⁶² Si allude, in particolare, alla fattispecie di corruzione di minorenni di cui all'art. 609-quinquies c.p., ravvisata tutte le volte in cui si ritiene che l'interesse giuridicamente protetto corrisponda alla salvaguardia di un sereno sviluppo psichico della sfera sessuale dei minori, così da scongiurare il trauma che può derivare dal fatto di assistere ad atti sessuali compiuti da altri. Vd., ad esempio, Cass., sez. III, 16 novembre 2005, n. 44681, in *C.E.D. Cass.*, n. 232970. In dottrina, M. VIZZARDI, *La corruzione di minorenni (Art. 609-quinquies)*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale, I delitti contro la persona*, vol. I, G. Marinucci, E. Dolcini (diretto da), Padova, 2015, 408 ss.

relativi destinatari, nel quadro di un rapporto fondato su costruttivi ed edificanti vincoli affettivi. In effetti, dalla ricca produzione giurisprudenziale che ruota attorno all'art. 572 c.p. si evince chiaramente la rilevanza giuridica dell'esposizione del minore ad atti di violenza, se compiuti nei confronti di altri membri del nucleo familiare. Ossia in un contesto tale da determinare comunque un coinvolgimento emotivo del minore, a prescindere dalla quantità di atti vessatori commessi in danno delle persone sottoposte al potere dell'agente⁶³.

Passando poi dal piano dell'interpretazione a quello dell'accertamento degli elementi costitutivi dell'art. 572 c.p., la sentenza merita ampia condivisione nella parte in cui ha inteso valorizzare le evidenze scientifiche emerse nel giudizio in ordine ai pregiudizi sofferti dai minori in conseguenza della percezione dei maltrattamenti. Rifuggendo dall'approccio, molto diffuso ma inevitabilmente esposto al rischio di incertezze, che pretende di legare la configurabilità del delitto previsto dall'art. 572 c.p. alla variabile soglia di sensibilità della vittima, quale soggetto comunque bisognoso di più intensa tutela, anche al di là della sua stessa limitata percezione soggettiva, il Tribunale ha posto in risalto le conclusioni degli esperti escussi nel corso del giudizio. Questi ultimi, infatti, non avevano mancato di ravvisare, quanto meno nei due figli maggiori della donna morta suicida, tracce evidenti dell'attivazione di un meccanismo psicologico di difesa ('dissociazione') consistente nel separare, e nel tenere tra loro distinti per scongiurare possibili frizioni, l'elemento dell'affetto per i nonni 'maltrattanti' (dai quali erano peraltro economicamente dipendenti) da quello dello stigma per il comportamento mantenuto da costoro verso la madre. Meccanismo, questo, che – stando appunto alle conclusioni dei tecnici – avrebbe costituito lo strumento impiegato dai due giovani per affrontare senza eccessivo disorientamento emotivo le quanto mai complesse dinamiche familiari già sussistenti per effetto della mancanza della figura paterna e del regime di asfissiante controllo imposto alla madre, divenute sempre più destabilizzanti dopo l'allontanamento da casa di quest'ultima.

Un primo inequivocabile indice dell'attivazione di un simile meccanismo di 'rimozione' psicologica del trauma è stato individuato nella mancata alterazione delle abitudini di vita da parte dei due figli maggiori della suicida, costituendo il mantenimento del progresso *status* sociale e relazionale (o comunque la sua minima alterazione) un sintomo tipico di un fenomeno di 'scissione'.

In questa stessa direzione è stato poi valorizzato anche il singolare atteggiamento emotivo dei due minori verso gli imputati, malgrado la certezza che costoro avessero percepito i maltrattamenti compiuti dai nonni nei confronti della loro madre. Certezza tra l'altro desunta da un colloquio intercorso tra uno dei minori ed il padre presso la casa circondariale ove quest'ultimo era detenuto all'epoca dei fatti, nel corso del quale il primo aveva apertamente ammesso di essere a conoscenza che il nonno avesse maltrattato la madre, ma di non poter fare alcunché dal momento che, dopo la morte di quest'ultima, egli stava comunque provvedendo al suo mantenimento.

⁶³ Cass., sez. V, 22 ottobre 2010, n. 41142, in *C.E.D. Cass.*, n. 248904; in senso conforme, Cass., sez. VI, 21 dicembre 2009, n. 8952, *ivi*, n. 246028.

Prova ulteriore del riscontrato fenomeno ‘dissociativo’ è stata poi ravvisata anche nella ferma volontà, manifestata dal medesimo minore durante gli incontri col consulente tecnico, di fare rientro presso la casa dei nonni appena raggiunta la maggiore età, malgrado la drammatica vicenda occorsa. Circostanza, quest’ultima, considerata altamente dimostrativa di un disagio interiore del minore, combattuto – al pari della maggiore delle sue due sorelle – tra il debito di riconoscenza verso i nonni per il fatto di essere da costoro mantenuto e la reazione, costantemente repressa, rispetto alle violenze subite dalla madre.

Si tratta di conclusioni ineccepibili, ancora una volta in linea con l’indirizzo interpretativo che affida l’accertamento del delitto di cui all’art. 572 c.p., ove contestato nella forma della ‘violenza assistita’, alla prova rigorosa che l’agire illecito, oltre ad essere connotato dal requisito dell’abitudine, denoti anche un’attitudine plurioffensiva, in quanto capace di incidere non solo sulla vittima ‘primaria’ dei maltrattamenti, ma anche – secondo un rapporto di causa-effetto – sulla sfera emotiva e comportamentale della vittima ‘secondaria’⁶⁴.

Sotto un diverso ma connesso versante, merita apprezzamento anche l’ulteriore argomentazione sulla base della quale il Tribunale ha affermato che possono integrare il delitto di maltrattamenti *ex art. 572 c.p.* non solo azioni commissive, ma anche condotte connotate da una deliberata indifferenza o trascuratezza verso i più elementari bisogni affettivi del soggetto passivo. In questo caso può parlarsi di una vera e propria indifferenza omissiva, tale da integrare una violazione degli obblighi previsti dall’art. 147 c.c. in punto di educazione e istruzione al rispetto delle regole minime del vivere civile, cui non si sottrae la comunità familiare regolata dall’art. 30 della Carta costituzionale.

Anche alla luce di queste ultime considerazioni il Tribunale ha ritenuto raggiunta la prova di responsabilità degli imputati in relazione al delitto previsto dall’art. 572 c.p. Gli elementi acquisiti sono stati infatti considerati idonei a suffragare la conclusione che quanto meno i due figli maggiori della sfortunata donna morta suicida fossero pienamente consapevoli delle assillanti restrizioni che quest’ultima era stata costretta a subire da parte dei suoi prossimi congiunti, seppure con comportamenti tra loro molto diversi; essendosi caratterizzata la condotta del padre di costei per una più violenta e manifesta propensione offensiva e quella della madre, al contrario, per un contegno meno esplicito ma comunque non esauritosi in una mera tolleranza dell’altrui condotta criminosa. A quest’ultimo proposito, si è ritenuto che la posizione della madre in relazione ai fatti in contestazione fosse senz’altro penalmente rilevante: non solo per non avere assunto alcuna iniziativa volta a contrastare le condotte criminose degli altri imputati nei confronti della figlia, ma altresì per avere materialmente contribuito all’approntamento ed alla concreta realizzazione delle manovre ordite dal marito e dagli altri congiunti allo scopo di neutralizzare gli effetti potenzialmente pregiudizievoli derivanti dall’avvio del percorso di collaborazione con la giustizia da parte della figlia. Non essendosi mancato di rilevare, per altro verso, come queste condotte denotassero

⁶⁴ In questo senso, ad esempio, Cass., sez. VI, 23 febbraio 2018, n. 18833, in *Dejure*.



2/2019

semmai un coefficiente di disvalore ancora più marcato e biasimevole, in ragione dell'intensità del rapporto affettivo tra la ragazza e la madre; sicché, senza lo stillicidio logorante delle continue esortazioni rivolte da quest'ultima alla prima per convincerla a rivedere e a rinnegare la sua scelta collaborativa, probabilmente l'intero 'piano' familiare sarebbe fallito.

La circostanza, poi, che rispetto alla posizione della minore dei figli della suicida non fossero emersi elementi dimostrativi della compiuta percezione dell'opprimente tensione familiare instauratasi, non è stata ritenuta utilmente valorizzabile in prospettiva contraria all'accusa. A fronte della mancata prova che tale persona offesa fosse stata risparmiata dall'esposizione alle vessazioni continue e sistematiche nei confronti della madre, si è piuttosto ritenuto che la prima non disponesse, a cagione della sua tenerissima età, dello sviluppo cognitivo necessario a comprenderne l'effettivo disvalore. Da qui la conclusione, ancora una volta del tutto condivisibile, che il reato dovesse ritenersi consumato anche nei confronti di quest'ultima, sul presupposto che – al pari dei due fratelli maggiori – anch'ella fosse stata costretta ad assistere alle condotte vessatorie, fisiche e psicologiche in contestazione, e residuando nei suoi riguardi esclusivamente un problema di esatta percezione del significato di simili comportamenti, tale però da non incidere sulla struttura del reato e sulla ritenuta integrazione di tutti i suoi elementi costitutivi. Ciò anche in ragione della possibilità di una manifestazione postuma – e molto dilatata nel tempo – delle conseguenze pregiudizievoli di esperienze così intensamente traumatiche.



2/2019

LA MODIFICA DELL'ART. 581 C.P.P. L'INSIDIOSO CRINALE DELLA SPECIFICITÀ DELL'APPELLO

di Marcello Daniele (*)

Abstract. Grazie all'ampliamento dell'art. 581 c.p.p. da parte della legge Orlando, come era prevedibile in giurisprudenza si sta consolidando la lettura – patrocinata dalle Sezioni Unite con la sentenza *Galtelli* – favorevole all'inammissibilità dell'appello in caso di genericità estrinseca dei motivi. È un approccio criticabile: mortifica i poteri di cognizione del giudice di appello così come tuttora delineati dall'art. 597 c.p.p., e rischia di favorire un vaglio preliminare sulla fondatezza dei motivi, trasformando surrettiziamente l'appello nel ricorso in cassazione. È vero che, in un ordinamento processuale ispirato alla logica del modello accusatorio, vi sono dei buoni argomenti a sostegno della restrizione del filtro di ammissibilità dell'appello. Ma si tratta di un obiettivo che dovrebbe essere perseguito dalla legge attraverso una riforma complessiva del sistema, evitando di lasciare ai giudici il delicato compito di individuare caso per caso il corretto punto di equilibrio fra i valori in gioco.

SOMMARIO: 1. Verso il consolidamento dell'approccio della sentenza *Galtelli*. – 2. Il *restyling* dell'art. 581 c.p.p. – 3. La specificità del *petitum*. – 4. La specificità della *causa petendi*: due possibili letture. – 5. Gli argomenti contro la lettura delle Sezioni Unite: a) la conservazione dei poteri di cognizione del giudice di appello. – 6. b) Le persistenti differenze con il ricorso in cassazione. – 7. c) La non decisiva modifica dell'art. 546 c.p.p. – 8. d) L'agevole salto dall'aspecificità all'infondatezza. – 9. I pericoli di una mutazione genetica lasciata alla giurisprudenza.

1. Verso il consolidamento dell'approccio della sentenza *Galtelli*.

A più di un anno di distanza dalla modifica dell'art. 581 c.p.p. da parte della l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. legge Orlando), già comincia a vedersi la linea interpretativa che si sta consolidando in rapporto all'inammissibilità dell'appello: quella patrocinata dalla sentenza *Galtelli* delle Sezioni Unite della Corte di cassazione già prima della riforma¹, volta a restringere il più possibile i margini del vaglio di ammissibilità.

(*) Desidero ringraziare il cons. Vincenzo Sgubbi della Corte di appello di Venezia per le preziose osservazioni critiche rivoltemi nel corso della stesura del presente lavoro.

¹ Alludo a Cass., sez. un., 27 ottobre 2016, n. 8825, *Galtelli*, in www.iusexplorer.it.

È una linea, per le ragioni che tenterò di esporre, criticabile, ma che rappresenta una conseguenza del *modus operandi* del legislatore: il quale ha ritenuto di perseguire il condivisibile obiettivo dell'efficienza non – come fisiologicamente dovrebbe avvenire – mediante una razionalizzazione del sistema nel suo complesso, ma attraverso episodici ritocchi che, di fatto, lasciano ai giudici il delicato compito di individuare il corretto punto di equilibrio fra le esigenze di repressione e le garanzie difensive.

2. Il *restyling* dell'art. 581 c.p.p.

Prima della riforma, l'art. 581 c.p.p. postulava, a pena di inammissibilità², di indicare in modo "specifico" unicamente le "ragioni di diritto" e gli "elementi di fatto" che sorreggono ogni richiesta". Ora, invece, esso pretende che la specificità connoti tutti gli elementi dell'atto di impugnazione: non solo le ragioni di diritto e gli elementi di fatto, ma anche i "capi" o i "punti" della decisione "ai quali si riferisce l'impugnazione", le "prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione", le "richieste, anche istruttorie" e i "motivi".

Si è così introdotta una modifica che, pur riguardando le impugnazioni nel loro complesso – l'art. 581 c.p.p. contiene disposizioni di portata generale – è destinata a produrre le sue conseguenze principalmente nei confronti dell'appello³. È pertanto su quest'ultimo che conviene concentrare l'attenzione per coglierne l'effettiva portata.

L'intervento legislativo presenta il difetto capitale di fondarsi su un concetto – quello di specificità – contraddistinto da irriducibili margini di ambiguità⁴. L'art. 581 c.p.p., perdipiù, ora pone una quadripartizione (lett. *a*, *b*, *c* e *d*) che ne complica inutilmente l'intelligibilità. Il che suggerisce una semplificazione, muovendo dalla classica distinzione fra il *petitum* e la *causa petendi* dell'impugnazione.

3. La specificità del *petitum*.

Il *petitum* è integrato dalla lett. *a* (i capi e i punti) e dalla lett. *c* (le richieste) dell'art. 581 c.p.p. E non si può dire che la modifica operata dalla legge Orlando, sotto questo profilo, contenga un'autentica novità.

Che una non sufficientemente precisa indicazione dei requisiti in questione determini l'inammissibilità, infatti, lo si poteva ricavare in via interpretativa anche prima della riforma, sulla base del fatto che l'appello costituisce un mezzo di impugnazione ad

² Un vizio all'epoca sancito non direttamente dall'art. 581 c.p.p., ma dal richiamo ad esso effettuato da parte dell'art. 591 comma 1 lett. *c* c.p.p.

³ L'esigenza della specificità del ricorso in cassazione è insita nella stessa struttura del medesimo, che deve essere imperniato sui motivi prefissati dall'art. 606 c.p.p.

⁴ Cfr. G. SPANGHER, *Considerazioni conclusive*, in AA.VV., *Inammissibilità: sanzione o deflazione?*, Giuffrè, 2018, 51.

effetto parzialmente devolutivo⁵. L'appellante non potrebbe esimersi dall'individuare in modo chiaro i capi e punti della decisione appellata e le relative richieste, indispensabili, come emerge dall'art. 597 comma 1 c.p.p., per circoscrivere i poteri di cognizione del giudice di appello⁶.

Al contempo, come la giurisprudenza aveva affermato già prima dell'intervento della legge Orlando⁷, è un onere che non va inteso in modo eccessivamente formalistico. A prescindere dalle espressioni linguistiche impiegate, l'essenziale è che i capi, i punti e le richieste siano univocamente identificabili. Ciò in virtù di un *favor impugnationis* che non rappresenta una graziosa concessione all'appellante, ma risulta connaturato ad un mezzo di critica suscettibile di determinare, sia pure non in modo assoluto, una ripetizione del giudizio effettuato in primo grado.

4. La specificità della *causa petendi*: due possibili letture.

La *causa petendi*, dal canto suo, è integrata dalla lett. *d* (i "motivi, con l'indicazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto che sorreggono ogni richiesta") e dalla lett. *b* (le "prove delle quali si deduce l'inesistenza, l'omessa assunzione o l'omessa o erronea valutazione")⁸.

Anche in questo caso l'apporto innovativo della modifica è più illusorio che reale. L'onere di specificità, in precedenza già previsto in rapporto alle ragioni di diritto e agli elementi di fatto, ora è stato esteso pure alle prove. Riesce difficile, però, cogliere la differenza fra queste ultime e gli elementi di fatto⁹, che paiono integrare la stessa entità: vale a dire, le tracce storiche del reato utilizzate dai giudici di primo grado per giustificare il proprio accertamento dei fatti. Non si vede, inoltre, in che cosa possano contenere i motivi al di là della enunciazione delle ragioni di diritto e degli elementi di fatto a sostegno dell'appello.

Né pare opportuna un'interpretazione strettamente letterale delle nuove prescrizioni. Diversamente in appello si sanerebbero i vizi che, pur rilevabili d'ufficio, rientrassero in una delle categorie menzionate dall'art. 581 c.p.p., e non fossero oggetto di un'apposita censura da parte dell'appellante¹⁰. È il caso dell'inesistenza, che qui va intesa, atecnicamente, come inidoneità di una prova a produrre un qualsivoglia risultato

⁵ In questo senso v. Cass., sez. un., 27 maggio 2016, n. 6903, *Aiello*, § 4, in *www.iusexplorer.it*.

⁶ Diverso sarebbe qualora l'appello fosse configurato come il riesame delle ordinanze cautelari: un mezzo totalmente devolutivo, tale da tollerare anche la mancata indicazione di qualsiasi richiesta.

⁷ Cfr., fra le molte, Cass., sez. VI, 24 novembre 2015, n. 3721, in *www.iusexplorer.it*; Id., sez. VI, 21 gennaio 2014, n. 18746, *ivi*.

⁸ V. al riguardo A. CABIALE, *Morfologia dell'atto d'impugnazione e criteri di ammissibilità*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Giappichelli, 2017, 193 ss.

⁹ Cfr. M. CERESA-GASTALDO, *Nuovi (discutibili) profili dell'inammissibilità delle impugnazioni*, in M. Bargis – H. Belluta (a cura di), *La riforma delle impugnazioni tra carenze sistematiche e incertezze applicative*, Giappichelli, 2018, 18.

¹⁰ Il problema è sollevato da P. FERRUA, *L'inammissibilità del ricorso: a proposito dei rapporti tra diritto vigente e diritto vivente*, in AA.VV., *Inammissibilità*, cit., 23 ss.

conoscitivo (venendo a sovrapporsi con l'erronea valutazione della medesima e risultando, pertanto, oggetto di una previsione superflua)¹¹. Lo stesso vale per la declaratoria delle cause di non punibilità, sempre consentita *ex art.* 129 c.p.p. anche qualora dipendesse da un vizio non denunciato dall'appellante.

Insomma, al più si può conferire alla riforma una portata retorica, tale da tradursi in una maggiore enfasi nella pretesa della specificità. Ma dal punto di vista sostanziale, nulla è mutato; ogni profilo di novità è rimasto nella penna del legislatore.

Si può sostenere, pertanto, che la precisione dell'intero atto di appello fosse richiesta a pena di inammissibilità già prima dell'intervento della legge Orlando. Il dubbio concerneva, piuttosto, il grado di questa precisione, ed è proprio a tale riguardo che erano intervenute le Sezioni Unite con la sentenza *Galtelli*.

Nessuno negava che fossero da dichiarare inammissibili gli appelli afflitti da genericità c.d. "intrinseca": più esattamente, radicalmente privi di qualsiasi giustificazione, o comunque fondati su considerazioni generali ed astratte, del tutto avulse dalla concreta vicenda processuale¹². Ci si chiedeva, invece, se la stessa sorte dovesse toccare agli appelli contraddistinti da genericità "estrinseca": ossia agli appelli che, pur fondati su considerazioni specifiche, non contenessero censure dirette alle argomentazioni poste alla base della decisione impugnata.

La sentenza *Galtelli* delle Sezioni unite ha risposto affermativamente al quesito, osservando come l'allora vigente art. 581 c.p.p. imponesse all'appellante di "enucleare" dalla decisione impugnata le proposizioni argomentative sottoposte a censura¹³. E certo non stupisce che, come accennavo in apertura, questo approccio stia prendendo piede in giurisprudenza ora che l'art. 581 c.p.p. è stato modificato¹⁴.

Non si tratta di una strada obbligata: letteralmente parlando, il dovere di "confrontarsi" con la sentenza appellata continua a non figurare nel testo dell'articolo¹⁵.

¹¹ Non, invece, nel senso proprio del termine, ossia come assenza di un atto dotato dei requisiti minimi indispensabili per ricondurlo ad uno schema normativo o, addirittura, come assenza fisica di un atto: un vizio talmente grave da essere rilevabile *ex officio* anche se non denunciato dall'appellante.

¹² Si pensi alla contestazione dell'entità della pena unicamente motivata su vaghe affermazioni di principio.

¹³ Cfr. Cass., sez. un., *Galtelli*, cit.: l'impugnazione deve "esplicitarsi attraverso una critica specifica, mirata e necessariamente puntuale della decisione impugnata e da essa deve trarre gli spazi argomentativi della domanda di una decisione corretta in diritto ed in fatto". "L'appello (al pari del ricorso per cassazione) è inammissibile per difetto di specificità dei motivi quando non risultano esplicitamente enunciati e argomentati i rilievi critici rispetto alle ragioni di fatto o di diritto poste a fondamento della sentenza impugnata". A favore di questa impostazione v. F.M. IACOVIELLO, *La cassazione penale. Fatto, diritto e motivazione*, Giuffrè, 2013, 761 ss.

¹⁴ Cfr. Cass., sez. II, 13 novembre 2018, n. 52617, in *www.iusexplorer.it*; Id., sez. V, 25 maggio 2018, n. 34504, *ivi*; Corte app. Torino, 16 marzo 2018, n. 2027, *ivi*.

¹⁵ Cfr. P. FERRUA, *Soggezione del giudice alla sola legge e disfunzioni del legislatore: il corto circuito della riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 1267; M. BARGIS, [Riforma in due fasi per la disciplina dell'appello penale](#), in questa *Rivista*, 13 giugno 2018, 2; H. BELLUTA, *La rinnovata disciplina della inammissibilità delle impugnazioni*, in *www.la legislazione penale.eu*, *Commenti alla l. 103/2017*, 20 febbraio 2018, 6; M. CERESA-GASTALDO, *Nuovi (discutibili) profili*, cit., 18 ss.; A. DE CARO, *Impugnazioni (dopo la riforma Orlando)*, *Dig. disc. pen.*, in *www.leggiditalia.it*, Wolters Kluwer, 2018, § 3; C. FIORIO, *La complicata semplificazione delle impugnazioni (a margine dei "nuovi" criteri di ammissibilità)*, in *Arch. pen., spec. riforme*, 2018, 651, 656; G. GARUTI, *La specificità dei motivi di appello*, in *www.archiviopenale.it*, 10 settembre 2018, 8.; N. LA ROCCA, *Inammissibilità cedevole e*

Al contempo, però, non si potrebbe neppure sostenere che sia una strada vietata da quest'ultimo¹⁶. Per comprendere se meriti percorrerla, è necessario considerarla nell'ottica dell'intero sistema processuale. Ed è proprio adottando questo più ampio angolo visuale che emergono non poche ragioni per abbandonarla.

5. Gli argomenti contro la lettura delle Sezioni Unite: a) la conservazione dei poteri di cognizione del giudice di appello.

Una prima ragione consiste nel fatto che l'approccio della sentenza *Galtelli* si concretizza in una mortificazione dei poteri di cognizione del giudice di appello, così come tuttora delineati dall'art. 597 comma 1 c.p.p.¹⁷.

Le Sezioni Unite hanno cercato di negarlo, osservando che l'art. 597 dovrebbe essere letto unitamente all'art. 581 c.p.p. Ne deriverebbe un accertamento in due tempi: una prima fase di "delibazione dell'ammissibilità", che avrebbe ad oggetto tutte le verifiche richieste dall'art. 591, "compresa quella sulla specificità estrinseca dei motivi"; ed una seconda fase, "successiva ed eventuale", di "valutazione del merito". Così stando le cose, la "plena cognitio che caratterizza i poteri del giudice di appello", "privo di vincoli rispetto sia al contenuto dei motivi", sia "alle argomentazioni svolte dal primo giudice", verrebbe in rilievo "solo se e nei limiti in cui" il giudice di appello fosse stato "legittimamente investito" di quei poteri; ciò che potrebbe avvenire unicamente a seguito di un'impugnazione rispettosa anche delle condizioni imposte dall'art. 581¹⁸.

Mi sembra, però, che questo ragionamento si fondi su una petizione di principio, generata dall'intento di privilegiare l'esigenza di precisione postulata dall'art. 581 c.p.p. a scapito dei poteri di cognizione del giudice di appello. Se si vuole evitare di azzerare i secondi, è imprescindibile adottare una lettura debole della prima, confinando l'inammissibilità alla sola genericità intrinseca.

Ciò significa che il dovere di specificità verrebbe assolto anche qualora l'appello non si confrontasse analiticamente con gli argomenti della sentenza impugnata, ma si limitasse a riassumerli, sintetizzarli, parafrasarli, compattarli o enunciarli in un ordine diverso. Né sarebbe inammissibile un appello che non seguisse pedissequamente

favor impugnationis offuscato, in *www.archiviopenale.it*, 7 settembre 2018, 5 ss.; P. MAGGIO, *Le modifiche alle forme dell'impugnazione*, in G.M. Baccari – C. Bonzano – K. La Regina – E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale*, Wolters Kluwer-Cedam, 2017, 380 ss.; L. ZILLETTI, *Sezioni Unite e specificità dell'appello: profasis, aitia, archè*, in *Parola alla difesa*, 2017, f. 3, 257 ss.

¹⁶ In senso favorevole v. G. PIERRO, *La specificità estrinseca dei motivi di appello tra Sezioni Unite e riforma Orlando*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, 310 ss.; C. VALENTINI, *Nuove forme dell'impugnazione*, in A. Marandola – T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale*, Giuffrè, 2017, 226 ss.

¹⁷ Cfr. M. BARGIS, *Riforma in due fasi*, cit., 2 ss.; H. BELLUTA, *La rinnovata disciplina*, cit., 8 ss.; M. CERESA-GASTALDO, *Nuovi (discutibili) profili*, cit., 19 ss.; A.A. MARANDOLA, [Prime riflessioni sul "nuovo" giudizio d'appello](#), in questa *Rivista*, fasc. 2/2018, 167 ss.

¹⁸ A favore di questa impostazione, in dottrina, G. PIERRO, *La specificità estrinseca*, cit., 308 ss.

l'ordine delle questioni enunciato dall'art. 581 c.p.p., alla condizione che un *petitum* e una *causa petendi*, comunque, emergessero in modo netto¹⁹.

Si può addirittura arrivare a dire che una rivisitazione critica dei percorsi logici della sentenza impugnata non sarebbe necessaria qualora l'appello proponesse un autonomo *iter* argomentativo a sostegno della modifica dell'esito del giudizio di primo grado²⁰. L'essenziale è che non si limiti a generiche considerazioni di principio astrattamente spendibili a prescindere dalle peculiarità del caso concreto, riproponibili in rapporto a qualsiasi altro caso con un semplice "copia ed incolla"²¹.

Rispettate queste condizioni minimali, la scelta del livello di specificità dell'appello va lasciata alla discrezionalità dell'appellante, a cui spetta modularlo in modo da massimizzare la persuasività delle proprie affermazioni. Imporre a pena di inammissibilità una confutazione analitica delle ragioni della sentenza impugnata rischierebbe di rendere l'appello ridondante, ripetitivo, magari meno efficace²².

6. b) Le persistenti differenze con il ricorso in cassazione.

Un'assoluta precisione dell'atto di appello a pena di inammissibilità non appare esigibile anche in considerazione del fatto che l'art. 581 c.p.p., pure dopo la modifica, non arriva a circoscrivere le tipologie di violazioni in rapporto a cui l'appello è consentito. Continua a rimanere un'evidente differenza con i motivi di ricorso in cassazione dettagliatamente elencati dall'art. 606 c.p.p., che delimitano in modo ben più rigoroso il perimetro della cognizione del giudice di legittimità (art. 609 comma 1 c.p.p.) e rendono, così, meno impalpabili i contorni del vaglio di specificità²³.

Basti pensare alla più sopra menzionata lett. *b* dell'art. 581 c.p.p., la quale si limita, nella sostanza, a richiedere l'indicazione delle prove che l'appellante ritiene valutate scorrettamente ai fini ricostruzione dei fatti, senza arrivare ad esigere la specifica confutazione delle argomentazioni probatorie adottate dal giudice di primo grado²⁴. Ben più stringente la portata dell'art. 606 comma 1 lett. *e* c.p.p., che pretende l'indicazione di un vizio – la "mancanza, contraddittorietà o manifesta illogicità della *motivazione*" –

¹⁹ Cfr. E. FRAGASSO, *Appunti sparsi sull'inammissibilità delle impugnazioni*, in AA.Vv., *Inammissibilità*, cit., 80 ss.

²⁰ Analogamente, M. CERESA-GASTALDO, *Nuovi (discutibili) profili*, cit., 22 ss. Nello stesso senso, in rapporto all'art. 201 c.p.p. 1930 ("i motivi devono essere esposti specificamente a pena di inammissibilità"), v. F. CORDERO, *Procedura penale*, VI ed., Giuffrè, 1981, 501 (l'appello "può reggere su qualsivoglia argomento idoneo a giustificare l'invocazione di una decisione più favorevole di quella appellata").

²¹ Ad esempio, andrebbe dichiarato inammissibile un appello che si limitasse a denunciare l'eccessività della pena sulla base del solo riferimento alle "modalità del fatto" o alla "personalità del condannato".

²² Simmetricamente, la corte di appello non sarebbe tenuta a confutare nel dettaglio tutte le affermazioni dell'appellante. Al dovere "moderato" di specificità dell'atto di appello corrisponde un analogo dovere in capo al giudice, il quale, nell'ambito dei punti individuati dai motivi, è libero di seguire i percorsi logici che ritenga più adeguati.

²³ Cfr. H. BELLUTA, *La rinnovata disciplina*, cit., 5 ss.

²⁴ In senso contrario v. G. SPANGHER, *Piani di lettura della Riforma Orlando*, in *Arch. pen., spec. riforme*, 2018, 36, secondo cui i vizi elencati dall'art. 581 lett. *b* c.p.p. non potrebbero non essere "ricondotti alla motivazione della decisione appellata".

impossibile da denunciare in assenza di un confronto con l'*iter* giustificativo della decisione impugnata.

7. c) La non decisiva modifica dell'art. 546 c.p.p.

A sostegno dell'interpretazione della sentenza *Galtelli*, a molti è apparso un buon argomento il fatto che la legge Orlando, nell'intento di incrementare la precisione della motivazione, abbia novellato l'art. 546 c.p.p.²⁵. Quest'ultimo, al momento di richiedere la "concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata", in precedenza si accontentava dell'"indicazione delle prove poste a base della decisione stessa" e dell'"enunciazione delle ragioni per le quali il giudice ritiene non attendibili le prove contrarie". Ora, invece, esso pretende che il giudice specifichi i "risultati acquisiti" e "i criteri di valutazione della prova adottati". La mancanza di attendibilità delle prove contrarie, inoltre, va giustificata con riguardo a tutti gli elementi che integrano il *thema probandum* del giudizio: l'"accertamento dei fatti e delle circostanze che si riferiscono all'imputazione e alla loro qualificazione giuridica"; la "punibilità" e la "determinazione della pena, secondo le modalità stabilite dal comma 2 dell'articolo 533, e della misura di sicurezza"; la "responsabilità civile derivante dal reato"; l'"accertamento dei fatti dai quali dipende l'applicazione di norme processuali".

In effetti, non si può negare che vi sia un rapporto di correlazione fra il tasso di specificità della motivazione e il tasso di specificità dell'atto di impugnazione. La massima precisione della motivazione non può che favorire la critica mirata degli argomenti adottati dalla sentenza impugnata. Non è irragionevole, dunque, che la legge, esigente con il giudice, non sia da meno con l'appellante. Si tratta, per di più, di una corrispondenza biunivoca, considerato che, a fronte di una motivazione redatta in termini generici, l'onere di precisione a carico dell'appellante sarebbe, simmetricamente, destinato ad attenuarsi²⁶.

Nemmeno questo, però, mi sembra un argomento risolutivo. Non è, anzitutto, un argomento nuovo. Per quanto abbia il merito di richiamare il giudice ad una maggiore scrupolosità, pure la modifica dell'art. 546 c.p.p. può ritenersi pleonastica. Non inganni, anche in questo caso, la maggiore estensione lessicale delle nuove prescrizioni, le quali, viste nel loro contenuto, si limitano a riprodurre adempimenti già comunque richiesti dagli artt. 192 comma 1 c.p.p. (l'indicazione dei "risultati acquisiti" e dei "criteri adottati") e 187 c.p.p. (l'esigenza di articolare le valutazioni effettuate rispetto al *thema probandum* proprio del processo penale)²⁷. Prima della riforma Orlando, insomma, al giudice non spettava un minor rigore motivazionale. Se davvero da quest'ultimo derivasse il divieto di genericità estrinseca dell'appello, la lettura offerta dalla sentenza *Galtelli* si sarebbe dovuta consolidare fin dall'entrata in vigore del codice.

²⁵ V., ad esempio, C. VALENTINI, *Nuove forme*, cit., 225 ss.

²⁶ Cfr. Cass., sez. II, 26 ottobre 2018, n. 50219, in *www.iusexplorer.it*.

²⁷ Si veda M. CERESA-GASTALDO, *Nuovi (discutibili) profili*, cit., 11 ss.

Ma, soprattutto, è proprio questa correlazione, per quanto presente, a risultare non così decisiva. La precisione della motivazione e la precisione dell'atto di appello sono due entità indipendenti dal punto di vista logico. La prima costituisce un valore di per sé: rendendo comprensibili le ragioni della sentenza, ne aumenta il livello di accettabilità tanto per il diretto interessato quanto per l'opinione pubblica. Essa può ben coesistere con il conferimento al giudice di appello del potere di ridecidere *ex novo* determinate questioni anche in mancanza di una puntuale confutazione da parte dell'appellante degli argomenti utilizzati dalla decisione di primo grado.

8. d) L'agevole salto dall'aspecificità all'infondatezza.

Da ultimo, va posto in evidenza il difetto maggiore della lettura offerta dalla sentenza *Galtelli*: il pericolo che il controllo sulla specificità dei motivi di appello si tramuti, surrettiziamente, in un controllo sulla loro fondatezza²⁸.

Concettualmente sono due vagli ben distinti. Un'impugnazione potrebbe essere iperspecifica eppure, allo stesso tempo, infondata; o, al contrario, venire formulata in modo generico, ma risultare fondata²⁹. Eppure, la tentazione del passaggio dall'uno all'altro controllo sarebbe fortissima nella misura in cui si addossasse all'impugnante l'onere della massima precisione.

È appena il caso di osservare come un tale ampliamento dello spazio operativo dell'inammissibilità dell'appello sarebbe vietato dalla legge. L'inammissibilità per manifesta infondatezza dei motivi di impugnazione è prevista espressamente solo per il ricorso in cassazione (art. 606 comma 3 c.p.p.). Per l'appello, una prescrizione analoga vale in ambito civile, laddove è previsto che "l'impugnazione è dichiarata inammissibile dal giudice competente quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta" (art. 348 *bis* c.p.c.).

Non si può dire che le Sezioni Unite non ne siano consapevoli. Il "sindacato sull'ammissibilità dell'appello" – si legge nella sentenza *Galtelli* – "non può ricomprendere", "a differenza di quanto avviene per il ricorso per cassazione o per l'appello civile", "la valutazione della manifesta infondatezza dei motivi di appello".

Al di là di questa affermazione di principio, però, un'altra statuizione della sentenza mostra quanto sia facile oltrepassare il varco dall'uno all'altro vaglio: "per indirizzare realmente la decisione di riforma" – precisano le Sezioni Unite – i motivi dovrebbero "contenere, seppure nelle linee essenziali, ragioni idonee a confutare e sovvertire, sul piano strutturale e logico, le valutazioni del primo giudice". E "solo attribuendo tali connotazioni al requisito di specificità dei motivi di appello", il giudice dell'impugnazione potrebbe dirsi "efficacemente investito" dei propri poteri decisorii³⁰.

²⁸ Cfr. E. FRAGASSO, *Appunti sparsi*, cit., 84 ss. Favorevole a questa trasformazione, invece, A. MACCHIA, [L'assetto del giudizio di appello alla luce delle recenti riforme](#), in questa *Rivista*, fasc. 11/2018, 31 ss.

²⁹ Cfr. F.M. IACOVELLO, *La cassazione penale*, cit., 815 ss.

³⁰ V. Cass., sez. un., *Galtelli*, cit., § 7.3.

Non stupisce, dunque, che un'analogia sovrapposizione fra la precisione e la capacità persuasiva dell'atto di appello emerga anche in alcune sentenze successive alla riforma Orlando. "Ove i motivi non siano idonei a *rappresentare l'esistenza e l'incidenza dell'errore*" – si legge in una pronuncia della Quinta Sezione – "l'atto di appello è destinato alla declaratoria di inammissibilità". "Siffatta impostazione si muove in coerenza con quanto già previsto nel processo civile, dove alla specificità dell'impugnazione si aggiunge l'ulteriore previsione della ragionevole probabilità che l'impugnazione venga accolta secondo un *giudizio prognostico di plausibile fondatezza*"³¹.

È necessario – aggiunge una pronuncia della Seconda Sezione – che l'appellante individui "analiticamente" i punti della sentenza di primo grado da censurare "sicchè, ove i motivi fossero stati accolti, la motivazione di condanna sarebbe rimasta *disarticolata* in modo tale che l'unica soluzione possibile non avrebbe potuto che essere l'accoglimento dell'impugnazione"³².

9. I pericoli di una mutazione genetica lasciata alla giurisprudenza.

Grazie alle suggestioni offerte dal nuovo art. 581 c.p.p. la giurisprudenza sta, dunque, favorendo una silenziosa trasformazione dell'appello nel ricorso in cassazione³³.

Se ne possono comprendere le ragioni. La restrizione del filtro di ammissibilità dell'appello presenta innegabili vantaggi. Aumenta il tasso di efficienza, esonerando i giudici dal trattare nel merito molti appelli pretestuosi per concentrare la loro attenzione su impugnazioni meritevoli di essere discusse³⁴. In molti casi può evitare che scatti la tagliola della prescrizione, considerato che – stando alla (eccepibile) lettura anti-letterale da tempo consolidatasi nella prassi³⁵ – la declaratoria dell'inammissibilità prevale su quella delle cause di non punibilità *ex art. 129 c.p.p.*³⁶.

Non si potrebbe sostenere che un approccio del genere sia privo di copertura costituzionale. Pur interferendo con la piena esplicazione del diritto di difesa, la limitazione degli appelli non può che favorire la ragionevole durata, ossia – piaccia o no – uno dei connotati del "giusto processo" nell'architettura apprestata dall'art. 111 Cost.: un valore che rappresenta non solo un diritto dell'accusato, ma anche un'esigenza oggettiva del sistema, persino quando questa vada contro gli interessi difensivi. Non

³¹ Cass., sez. V, 25 maggio 2018, n. 34504, in *www.iusexplorer.it*.

³² Cass., sez. II, 13 novembre 2018, n. 52617, in *www.iusexplorer.it*.

³³ Cfr. A. SCALFATI, *Tomografia di una riforma*, in Id. (a cura di), *La riforma*, cit., 15.

³⁴ Un vantaggio, peraltro, relativo, considerato che l'inammissibilità potrebbe essere dichiarata solo laddove (evenienza non così frequente) tutti i motivi dell'appello fossero inammissibili.

³⁵ Si rinvia alle critiche espresse da E. FRAGASSO, *Appunti sparsi*, cit., 12 ss.

³⁶ Cfr., fra le ultime, Cass., sez. III, 7 giugno 2018, n. 52145, in *www.iusexplorer.it*: "l'inammissibilità dell'appello dovuta alla mancanza di specificità dei motivi, non consente il formarsi di un valido rapporto di impugnazione e preclude, pertanto, la possibilità di rilevare e dichiarare le cause di non punibilità a norma dell'art. 129 c.p.p."



2/2019

potrebbe dirsi “giusto”, sotto questo profilo, un processo che permettesse un’espansione illimitata del diritto di difesa a totale scapito della ragionevole durata³⁷.

È, inoltre, vero che, nella sua configurazione attuale, l’appello non presenta autentiche differenze con quello previsto dal codice del 1930. Ci sono ottimi motivi per ritenere che la conformazione patrocinata dalla sentenza *Galtelli* sarebbe più adatta ad un ordinamento che, come il nostro, intenda ispirarsi agli ideali accusatori, preferendo le garanzie orizzontali a quelle verticali. Basti pensare al processo inglese, dove l’appello è concesso solo in casi eccezionali³⁸.

È, però, una mutazione genetica che dovrebbe spettare al legislatore, che in questa occasione non è stato abbastanza coraggioso da sancirla in modo netto e coglierne tutte le implicazioni. Modulata caso per caso dalla giurisprudenza, magari senza tenere conto delle garanzie operanti in primo grado, il pericolo è di trascurarne i possibili contraccolpi per la complessiva coerenza del sistema. Un appello a maglie troppo strette diventerebbe difficilmente conciliabile, ad esempio, con il rito abbreviato, laddove un giudice unico è fornito del potere di condannare per i reati più gravi sulla base di prove non formate in contraddittorio: un’eventualità, quest’ultima, che, proprio negli ordinamenti autenticamente accusatori, sarebbe inconcepibile.

³⁷ Si veda P. FERRUA, *Il ‘giusto processo’*, III ed., Zanichelli, 2012, 115.

³⁸ Ossia quando, a seguito di una valutazione preliminare che investe anche la fondatezza dei motivi, l’appellante riesca ad ottenere il *leave to appeal*: v. R. GAMBINI, *Il sistema delle impugnazioni penali in Inghilterra*, in M. Bargis – F. Caprioli (a cura di), *Impugnazioni e regole di giudizio nella legge di riforma del 2006. Dai problemi di fondo ai primi responsi costituzionali*, Giappichelli, 2007, 434 ss.

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ NELL'ORDINE EUROPEO DI INDAGINE PENALE

di Cosimo Emanuele Gatto

***Abstract.** Il contributo esamina l'impatto del principio di proporzionalità sull'Ordine europeo di indagine penale, avuto riguardo tanto alla Direttiva 2014/41/UE che lo ha introdotto, quanto al decreto di recepimento interno (d. lgs. n. 108 del 21 giugno 2017). L'obiettivo è quello di verificare se e come tale criterio possa garantire l'efficienza dell'OEI, agevolando il dialogo tra le autorità giudiziarie nel pieno rispetto delle garanzie difensive. Sebbene, infatti, la proporzionalità sia caratterizzata da un elevato margine di discrezionalità, il suo utilizzo si palesa irrinunciabile al fine di assicurare un uniforme grado di protezione dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle dinamiche della cooperazione. In questa prospettiva, il mancato rispetto del principio nelle procedure esecutive dovrebbe rendere inutilizzabile a livello interno il dato probatorio raccolto all'estero.*

SOMMARIO: 1. Cooperazione giudiziaria e principio di proporzionalità. – 2. Il principio di proporzionalità nella direttiva 2014/41/UE. – 3. Il principio di proporzionalità nel decreto di recepimento n. 108 del 21 giugno 2017. – 3.1. La proporzionalità nelle fasi di emissione e di esecuzione dell'Ordine. – 3.2. La proporzionalità nei mezzi di prova e di ricerca della prova. – 3.3. Proporzionalità ed (in)utilizzabilità del dato raccolto. – 4. Conclusioni.

1. Cooperazione giudiziaria e principio di proporzionalità.

Il rafforzamento dello «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» (art. 3 § 2 del TUE)¹ richiede che l'Unione si doti, tra gli altri, di strumenti di cooperazione giudiziaria in materia penale (art. 82 TFUE), i quali, ispirandosi alla logica del mutuo riconoscimento²,

¹ Secondo la formulazione introdotta dal Trattato di Lisbona, il quale ha prodotto, tra le altre cose, la «comunitarizzazione» del Terzo Pilastro (Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale) consentendo così alle competenti istituzioni europee di legiferare in materia penale e alla Corte di giustizia di estendere la sua giurisdizione anche in questo ambito. Sul punto cfr. M. CAIANIELLO, [Dal terzo pilastro ai nuovi strumenti: diritti fondamentali, "road map" e l'impatto delle nuove direttive](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 70 ss.

² Questo, come rilevato al punto 33 delle conclusioni del Consiglio europeo di Tampere (15-16 ottobre 1999), «dovrebbe diventare il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione tanto in materia civile quanto

agevolino la repressione dei crimini nel rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle attività di *law enforcement* (art. 67 TFUE).

A tal fine, la stessa morfologia dell'ordinamento comunitario³, nel quale si trovano ad operare autorità giudiziarie di diverse nazionalità, implica l'individuazione di alcuni principi generali⁴ che siano in grado di costituire un codice linguistico condiviso in grado di facilitare il dialogo tra giudici coinvolti nelle procedure di cooperazione.

Nell'Ordine europeo di indagine penale (OEI)⁵ questo "minimo comun denominatore" pare essere rappresentato dal principio di proporzionalità⁶, il quale comporta l'utilizzo del mezzo più *idoneo*, solo in quanto *necessario* al raggiungimento del fine, in modo tale da non comprimere in *maniera intollerabile (rectius, sproporzionata)* la sfera giuridica dell'interessato⁷.

in materia penale». Sul principio cfr. J. R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in (a cura di) R.E. Kostoris, *Manuale di procedura penale europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 313 ss.

³ Sulle caratteristiche del diritto penale europeo, cfr. A. KLIP, *European Criminal Law. An Integrative Approach*, 3rd ed., Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2016, p. 10. Ma anche, V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*", in *Cass. pen.*, 3/2017, p. 955 ss.

⁴ Sono questi, infatti, «ad avere una maggior valenza unificante, finendo col plasmare, appunto, lo stesso lessico delle categorie, e così facendosi fulcro della loro (maggiore o minore) armonizzazione». In questi termini V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3/2012, p. 846.

⁵ Direttiva 2014/41/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3 aprile 2014. Questo rappresenta, nell'ambito della cooperazione giudiziaria europea, il più recente strumento di indagine e raccolta transnazionale della prova. Sulla direttiva, senza pretese di completezza, cfr.: M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, in *Proc. pen. giust.*, f. 3/2015, p. 1 ss.; I. ARMADA, *The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gathering Evidence: Is a Fundamental Rights-Based Refusal the Solution?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 6, 1, 2015, pp. 8-31; M. DANIELE, [La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2015, p. 86 ss.; ID., [L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2016, p. 63 ss.; T. BENE, L. LUPARIA, L. MARAFIOTI, *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, Giappichelli, Torino, 2016.

⁶ La bibliografia sul punto è vasta. Senza pretese di completezza, cfr.: D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998; ID., *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giorn. dir. ann.*, 10/2006, p. 1106 ss.; M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Giappichelli, Torino, 2011; R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 133 ss.; A. MARLETTA, *Il principio di proporzionalità nel mandato d'arresto europeo*, Tesi dottorale, Bologna, 2013; M. CAIANIELLO, [Il principio di proporzionalità nel procedimento penale](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3-4/2014, p. 143 ss.; G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion Pratica*, 2/2014, p. 541 ss.; ID., *Proporzionalità, diritti e democrazia*, in *Diritto e società*, 3/2014, p. 597 ss.; M. HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco nel diritto costituzionale*, Mucchi editore, Modena, 2015; G. SCACCIA, *Proporzionalità e bilanciamento tra diritti nella giurisprudenza delle corti europee*, in *Rivista AIC*, 3/2017, p. 1 ss.

⁷ Idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto, costituiscono infatti le tre fasi del controllo di proporzionalità. Una misura è *idonea* se è in grado di raggiungere l'obiettivo prestabilito. Deve essere altresì *necessaria*, ossia rappresentare il mezzo meno invasivo per la sfera giuridica dell'individuo. L'ultimo *step*, la *proporzionalità in senso stretto*, rappresenta il passaggio più delicato in quanto, implica una comparazione tra mezzo utilizzato e lesione della sfera giuridica del soggetto su cui ricade l'intervento pubblico: qualora uno

Il presente contributo si propone di analizzare l'impatto della proporzionalità sull'OEI, avuto riguardo tanto alla direttiva quanto al decreto di recepimento italiano⁸.

L'obiettivo è quello di verificare se e come essa possa garantire l'efficienza dell'OEI su due distinti e complementari profili: da un lato, stante l'assenza a livello europeo di una preventiva opera di armonizzazione, favorendo il dialogo tra le autorità procedenti e, dall'altro, a livello interno, consentendo l'utilizzabilità del dato ottenuto se, tra gli altri, sono stati rispettati i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nella cooperazione.

In ordine al primo profilo, l'eterogeneità applicativa che contraddistingue il principio esalta la sua forza unificante: esso, infatti, gemmato nell'ambito del diritto di polizia tedesco⁹, ha successivamente visto accrescersi il suo raggio d'azione.

Tale processo espansivo è evidente in ambito europeo dove la Corte di giustizia – nonostante l'assenza fino al Trattato di Maastricht (art. G5) di un suo referente normativo – ha utilizzato il canone di proporzione, quale di principio generale del diritto

strumento risultasse idoneo e necessario, ma gravasse oltre misura sui diritti inviolabili del singolo, questo sarebbe sproporzionato nell'accezione qui proposta. Sul punto cfr. A. MARLETTA, *op. ult. cit.*, p. 65 ss.; D. U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, cit., p. 14 ss.; S. TESORIERO, *Processo penale e prova multidisciplinare europea in materia di illeciti finanziari*, *Riv. dir. proc.*, 6/2016, p. 1536 ss. Come è stato efficacemente notato, la proporzionalità «offers judges a clear and objective test to distinguish coercive action by the state that is legitimate from that which is not». In termini, D. M. BEATTY, *The Ultimate Rule of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 166.

⁸ D. lgs. del 21 giugno 2017, n. 108. Senza pretese di completezza, cfr. R. BELFIORE, *Su alcuni aspetti del decreto di attuazione dell'ordine europeo di indagine penale*, in *Cass. pen.*, 1/2018, p. 400 ss.; M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, in *Cass. pen.*, 6/2018, p. 2197 ss.; M. DANIELE, [L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017](#), in questa *Rivista*, fasc. 7-8/2017, p. 208 ss.; G. DE AMICIS, *Dalle rogatorie all'Ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, in *Cass. pen.*, 1/2018, p. 22 ss.; E. SELVAGGI, *L'ordine europeo di indagine-EIO: come funziona?*, in *Cass. pen.*, 1/2018, p. 44 ss.; F. FALATO, *La proporzione innova il tradizionale approccio al tema della prova: luci ed ombre della nuova cultura probatoria promossa dall'ordine europeo di indagine penale*, in *Arch. pen.*, 1/2018 (web), p. 1 ss.; A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2/2017, p. 158 ss. Per l'analisi, articolo per articolo, del decreto si rimanda a M. TROGU, *Ordine europeo di indagine penale*, in (a cura di) A. Marandola, *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 1004 ss. Da ultimo, M. DANIELE, R.E. KOSTORIS (a cura di), *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, Giappichelli, Torino, 2018.

⁹ Come è stato osservato, infatti, «In epoca prussiana il concetto di proporzionalità apparve, per la prima volta, in un'opera di VON BERG del 1802 sul diritto di polizia e venne recepito, nel 1882, da una importante pronuncia del Tribunale amministrativo superiore prussiano – la sentenza *Kreuzberg* – che, di lì in poi, pose le basi concettuali di una giurisprudenza costante sui limiti dell'attività di polizia amministrativa e di sicurezza». Così A. MARLETTA, *op. cit.*, p. 63. I riferimenti dell'A. sono a G.H. VON BERG, *Handbuch des Deutschen Polizeirechts*, 1802, ed alla sentenza del 14 giugno 1882, *PrOVGE* 9, p. 353 ss., (sui quali cfr. *ivi*, sub ntt. 8 e 9).

comunitario¹⁰, in quasi tutti gli ambiti di competenza dell'Unione¹¹ e, da ultimo – grazie anche alla comunitarizzazione del terzo pilastro – altresì, in materia penale¹².

La diffusa applicazione del principio in ambito europeo ha favorito l'irradiarsi della proporzionalità negli ordinamenti che compongono l'Unione¹³ e, pertanto, essa può rappresentare una "bussola"¹⁴ condivisa a livello comunitario, favorendo il dialogo tra le autorità giudiziarie quando le stesse si trovino ad interagire come avviene nel corso della cooperazione.

Perché questa sia efficiente occorre che le diversità delle culture giuridiche siano condotte ad unità quando si tratta di convergere su una soluzione comune che coniughi le esigenze repressive, i principi inderogabili dei relativi ordinamenti ed i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti.

Viene qui in rilievo il secondo profilo. Difatti, il principio *de quo*, come si cercherà di dimostrare nei prossimi paragrafi, può fungere da baluardo per la tutela dei diritti fondamentali nella dinamica processuale¹⁵ – riconducendo entro i ranghi delle Carte

¹⁰ Cfr. CGCE, 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*. Questa sua valenza è stata successivamente riconosciuta anche a livello legislativo dall'inserimento della proporzionalità nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea agli artt. 49(3) e 52(1) e nei Trattati (art. 5 TUE). Con riguardo alla sentenza citata nonché all'evoluzione del principio nel diritto europeo, cfr. A. MARLETTA, *op. cit.*, p. 76 ss.; G. SCACCIA, *op. cit.*, p. 8 ss.; D.U. GALETTA, *op. ult. cit.*, p. 76 ss. Per esigenze di completezza va precisato come il principio abbia trovato cittadinanza anche nella giurisprudenza Cedu. Benché la Convenzione non lo menzioni esplicitamente, la Corte di Strasburgo lo ha utilizzato da un lato «quale limite alla discrezionalità riconosciuta agli Stati membri nel recepire i diritti e le libertà della Carta» e, successivamente, quale «parametro di riferimento per la verifica della tutela effettiva di tutti i diritti fondamentali previsti dalla Convenzione». In termini, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 149 (nonché la dottrina ivi citata *sub ntt.* 27-28). Di recente, cfr. Corte e.d.u., V Sez., 27 aprile 2017, *Sommer c. Germania*. Sull'evoluzione del principio vd., inoltre, M. HEINTZEN, *Il principio di proporzionalità. Un cosmopolita tedesco nel diritto costituzionale*, cit., p. 11 ss.

¹¹ Cfr. sul punto D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità*, in (a cura di) M. Renna, F. Saitta, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 394.

¹² Nella nostra prospettiva di ricerca un rilevante esempio è costituito dalla sentenza della Corte di giustizia *WebMind Lincense C-419/14*, 17 dicembre 2015, sulla quale cfr. S. TESORIERO, *op. cit.*, p. 1526 ss. Peraltro, come evidenziato, «la crescente europeizzazione della intera area penale rappresenta un potente motore di espansione del principio di proporzionalità, che costituisce una colonna portante di tutto l'edificio europeo, e in particolare di quello UE. In sintesi, il ragionamento si snoda attraverso i seguenti passaggi: tutto il diritto UE pone al centro del rapporto autorità-individuo (ma anche di quello tra potere centrale e potere degli Stati membri) il canone di proporzione. Il diritto europeo è superiore a quello nazionale di rango legislativo ordinario, e prevale su di esso. Il diritto europeo interviene in maniera crescente a disciplinare il settore penale, in particolare quello processuale. Ne deriva, pertanto, che quest'ultimo, *a fortiori*, appare pervaso dal principio di proporzionalità, anche oltre il solo territorio dei diritti inviolabili previsti dalla Costituzione, mano a mano che si espande l'area di influenza delle fonti dell'Unione». In termini, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 148.

¹³ Da questo punto di vista è opportuno rilevare come il principio sia riconosciuto in tutti i sistemi giuridici che fanno parte dell'U.E. Infatti, la flessibilità che lo contraddistingue è una caratteristica che ben si attaglia anche al *case law* dei sistemi anglosassoni e pertanto esso rappresenta un utile canale di comunicazione con i sistemi di *civil law*, nei quali la proporzionalità ha trovato, sin dalle origini, cittadinanza. Cfr. M. CAIANIELLO, *op. ult. cit.*, p. 144.

¹⁴ Cfr. M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 76 ss.

¹⁵ Come rilevato, a livello interno, il principio opera quale «corollario delle inviolabilità di certe prerogative

costituzionali e dei diritti tanto lo *ius dicere* quanto lo *ius facere*¹⁶ – e , in caso di loro violazione, incidere negativamente sull'utilizzabilità del dato raccolto.

2. Il principio di proporzionalità nella direttiva 2014/41/UE.

La direttiva 41 del 2014 «istituisce un regime unico per l'acquisizione di prove»¹⁷ all'interno dell'Unione europea, sostituendo sia il mandato europeo di ricerca della prova¹⁸, nonché, in ordine ai paesi aderenti alla direttiva¹⁹, il sistema delle rogatorie²⁰ e le disposizioni della decisione quadro 2003/577/GAI del 22 luglio 2003 per ciò che concerne il sequestro probatorio²¹. In breve, l'OEI «rappresenta il cardine della cooperazione europea in materia di raccolta delle prove e scambio d'informazioni (...) caratterizzato, in linea prevalente ma non esclusiva, dal principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie»²².

Applicando quest'ultimo alla cooperazione in materia penale, l'OEI dà vita ad un canale comunicativo diretto tra le autorità giudiziarie europee, *bypassando* il "filtro" del Ministro di Giustizia²³. Ciò, indubbiamente, reca un duplice beneficio.

In primis, "libera" uno strumento giuridico da ragioni politiche che potenzialmente ne potevano distorcere le finalità e rallentare il funzionamento, rafforzando l'affermazione del principio di disponibilità delle informazioni acquisite nel

individuali tutelate dalla Costituzione». In termini, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 148.

¹⁶ È stato autorevolmente affermato che il principio *de quo* «funge quindi per i diritti fondamentali sia da limite alle scelte del legislatore che da criterio esegetico-applicativo per l'autorità giudiziaria quando dispone una restrizione di essi o controlla il relativo procedimento». In termini, G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. pen.*, 2/2017, p. 390.

¹⁷ Cfr. considerando 24 Dir. 41/2014. M. DANIELE, afferma che l'OEI «ha il merito di introdurre un unico strumento acquisitivo». ID., *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 87. Autorevole dottrina ha infatti individuato nella *semplificazione*, nell'*omnicomprensività* e nel *sincretismo* le direttrici fondamentali dell'OEI. Il riferimento è a M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 3. Come rilevato da G. DE AMICIS, «principale finalità dell'EIO è quella di snellire e velocizzare le modalità e i tempi di ricerca, acquisizione e trasferimento delle fonti di prova nello spazio territoriale dell'Unione». ID., *op. ult. cit.*, p. 26.

¹⁸ Decisione quadro 2008/978/GAI del 18 dicembre 2008.

¹⁹ Ad eccezione, quindi, di Danimarca ed Irlanda.

²⁰ Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del Consiglio d'Europa del 20 aprile 1959 (c.a.g. 1959), ratificata dall'Italia con la l. 23 febbraio 1961 n. 215; Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 1990 e dalla Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale dell'Unione Europea del 29 maggio 2000 (c.a.g. 2000).

²¹ Cfr. art. 34 Direttiva 41/2014.

²² M. CAIANIELLO, *op. ult. cit.*, pp. 1 e 3.

²³ Per questa ragione, le autorità di "emissione" e di "esecuzione" sono state individuate dal decreto di recepimento italiano (d. lgs. n. 108 del 2017) non più nella Corte d'Appello, ma, in ordine alla procedura passiva, nel procuratore della Repubblica presso il Tribunale del capoluogo del distretto dove devono essere compiuti gli atti richiesti (art. 4) o nel g.i.p. (art. 5), mentre, con riferimento alla procedura attiva, nel pubblico ministero e nel giudice che procede «nell'ambito delle rispettive attribuzioni» (art. 27).

corso del procedimento²⁴ sul presupposto di una fiducia reciproca tra le autorità nazionali.

In secundis, sostituisce alla forma della *richiesta* (tipica del modello rogatorio) quella dell'*ordine*²⁵, che non necessita più l'impiego della *lex loci* ma della *lex fori*²⁶, favorendo, pur in assenza di una compiuta armonizzazione delle discipline nazionali, una "fisiologica" utilizzabilità interna del dato raccolto, senza far ricorso a norme derogatorie.

Auspicabilmente – grazie anche alla limitazione delle ipotesi di rifiuto²⁷ che risponde sempre alla logica del mutuo riconoscimento – l'Ordine europeo di indagine potrà infatti beneficiare di un utilizzo diffuso e costituire un ulteriore tassello per giungere allo «spazio di libertà, sicurezza e giustizia» auspicato dall'art. 3 del TUE²⁸.

Con lo strumento in questione, non si è voluto infatti "aggirare" la disciplina probatoria del singolo Stato – l'OEI può essere emesso infatti soltanto se gli atti di

²⁴ Sul punto, cfr. G. DE AMICIS, *op. ult. cit.*, p. 24.

²⁵ G. DE AMICIS evidenzia come «l'EIO costituisce il frutto di una "inusuale convergenza" di elementi tipici del mutuo riconoscimento e di tratti salienti della mutua assistenza giudiziaria, generando una commistione di modelli tale da rendere problematica l'individuazione dei suoi connotati identificativi rispetto al tradizionale schema rogatorio: benché formalmente ascrivibile al novero delle cd. "eurordinanze", secondo la declinazione invalsa a seguito dell'irrompere sulla scena del principio del mutuo riconoscimento, esso per certi versi assume, sostanzialmente in linea con il modello di mutua assistenza, i connotati di una richiesta che, anche per la previsione di motivi, sia pur tassativi, di rifiuto, non vincola automaticamente l'autorità "ricevente" sia in ordine all'*an*, sia per quanto concerne il *quomodo* della sua esecuzione». ID., *op. ult. cit.*, p. 27.

²⁶ In questa prospettiva si può leggere l'art. 9 § 2 a detta del quale «l'autorità di esecuzione si attiene alle formalità e alle procedure espressamente indicate dall'autorità di emissione, salvo qualora la presente direttiva disponga altrimenti, sempre che tali formalità e procedure non siano in conflitto con i principi fondamentali del diritto dello Stato di esecuzione». Da questa norma si evince come la direttiva favorisca l'applicazione generalizzata della *lex fori* con il limite del rispetto dei principi fondamentali dello Stato di esecuzione. Sul punto, a detta dalla dottrina, si è generata «un'ibridazione fra la *lex fori* e la *lex loci*». In termini, M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 70. Allo stesso tempo, la vaghezza del dato normativo ("principi fondamentali dello Stato di esecuzione") potrebbe però dare il destro ad esecuzioni dell'Ordine secondo «*standard* di tutela inferiori a quelli contemplati dal sistema dello Stato di emissione». ID., [La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione Europea, Cedu e sistemi nazionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2016, p. 58.

²⁷ Cfr. art. 11. L'impronta del mutuo riconoscimento emerge, del resto, anche all'art. 9 § 1 dove si prevede che «l'autorità di esecuzione riconosce un OEI, trasmesso conformemente alle disposizioni della presente direttiva, senza imporre ulteriori formalità e ne assicura l'esecuzione nello stesso modo e secondo le stesse modalità con cui procederebbe se l'atto d'indagine in questione fosse stato disposto da un'autorità dello Stato di esecuzione, a meno che non decida di addurre uno dei motivi di non riconoscimento o di non esecuzione ovvero uno dei motivi di rinvio previsti dalla presente direttiva».

²⁸ Come è stato evidenziato, «un efficace sistema di mutuo riconoscimento rappresenta infatti, come da lungo tempo riconosciuto dalla dottrina, uno dei mezzi attraverso i quali, in via indiretta, il legislatore europeo può conseguire il risultato di condizionare la materia delle invalidità probatorie, portandola lentamente a uniformità». In questi termini, M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 9. Sul punto, l'A. rimanda a S. GLESS, *Strategie e tecniche per l'armonizzazione della prova*, in (a cura di) G. Illuminati, *Prova penale e Unione europea*, BUP, Bologna, 2009, p. 141 ss.; S. ALLEGREZZA, *L'armonizzazione della prova penale alla luce del Trattato di Lisbona*, *ivi*, p. 161 ss.

indagine richiesti «avrebbero potuto essere emessi alle stesse condizioni in un caso interno analogo»²⁹ – quanto, piuttosto, snellire le procedure rogatorie, grazie, anche, al «riconoscimento reciproco di decisioni adottate ai fini dell'acquisizione di prove», obiettivo della presente direttiva³⁰.

L'assenza di un'opera preventiva di armonizzazione³¹ ha però comportato il ricorso ad una serie di principi – tra gli altri, appunto, la proporzionalità intesa quale strumento di protezione dei diritti fondamentali³² – utili sia ad orientare il contenuto delle «norme processuali in bianco»³³ di cui la direttiva si compone, sia a favorire la cooperazione tra le autorità giudiziarie mediante un lessico condiviso delle categorie.

Leggendo le disposizioni, ci si avvede di come esse richiamino in diversi articoli³⁴ la *triade* del principio³⁵, il quale funge da strumento di protezione dei diritti fondamentali nell'ambito della cooperazione giudiziaria, «anticorpo contro il pericolo dell'arbitrarietà»³⁶.

La direttiva 41/2014, in tale prospettiva, esalta la portata applicativa della proporzionalità. Questa «va ben oltre il mero raffronto del rapporto tra mezzi e fini, per spingersi a un sindacato sullo strumento probatorio richiesto dallo Stato emittente assimilabile a quello conosciuto a livello interno per alcune misure potenzialmente lesive dei diritti fondamentali: di fronte a una richiesta di assistenza per l'acquisizione di un atto probatorio, sia lo Stato emittente che quello di esecuzione devono porre in essere il triplice vaglio implicato dal canone di proporzione (idoneità; necessità; proporzionalità in senso stretto)»³⁷.

La logica del principio implica, infatti, una consequenzialità di strumenti sempre più afflittivi, da utilizzare solo in quanto quelli meno invasivi siano inadeguati al raggiungimento del risultato sperato ed in questo senso la direttiva OEI può rappresentare lo strumento per la compiuta affermazione della proporzionalità in

²⁹ Cfr. art. 6 § 1 lett. b.

³⁰ Cfr. considerando 38. La direttiva si limita «a quanto è necessario per conseguire tale obiettivo, in ottemperanza al principio di proporzionalità».

³¹ Autorevole dottrina ha parlato di «forme solo embrionali di armonizzazione». M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 64.

³² Cfr. considerando 11 e 12.

³³ M. DANIELE, *op. ult. cit.*, p. 64.

³⁴ Cfr. gli artt. 6 § 1, 10 § 3 e 11 § 1 lett. f.

³⁵ Il riferimento è alle caratteristiche di idoneità, necessità, e proporzionalità in senso stretto, che la misura richiesta deve possedere per potersi considerare proporzionale al raggiungimento dell'obiettivo prefissato.

³⁶ Così M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 76. L'A., constatata l'assenza di alcuna previsione in merito alle regole di utilizzabilità interna delle prove raccolte mediante l'OEI, suggeriva – in una prospettiva *de jure condendo* – l'adozione di regole di esclusione probatoria discrezionali che garantiscano la prevedibilità e la parità di trattamento (precipitati del principio di legalità processuale) grazie al principio di proporzionalità. ID., *ivi*, p. 74 ss. Sul principio di legalità processuale, M. PANZAVOLTA, *Legalità e proporzionalità nel diritto penale processuale*, sub par. 49 CDFUE, in (a cura di) R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1001 ss.

³⁷ Così M. CAIANIELLO, *La nuova direttiva UE sull'ordine europeo di indagine penale tra mutuo riconoscimento e ammissione reciproca delle prove*, cit., p. 6.

quanto funzionale alla massima protezione dei diritti fondamentali della persona nel processo penale³⁸.

Il criterio di proporzione deve essere infatti rispettato sia nella fase di emissione dell'Ordine che in quella di attuazione: seppur ci si trovi di fronte ad una limitazione del mutuo riconoscimento, stante l'autonomo controllo che entrambe le autorità giudiziarie devono compiere, il linguaggio della proporzionalità, favorendo «il ravvicinamento e l'uniformazione applicativa del metodo», e dunque il dialogo tra i Giudici, potrà attenuare «le distanze prasseologiche tra i diversi ordinamenti nazionali»³⁹.

In chiave prospettica è, infatti, auspicabile che l'OEI spingerà gli Stati a dotarsi di un «modello armonizzato d'invalidità probatorie»⁴⁰: la direttiva, da un lato, potrà favorire l'approssimazione orizzontale tra i sistemi intervenendo sul piano dei principi generali e delle regole applicative; dall'altro, in senso verticale, la sua corretta e generalizzata applicazione probabilmente indurrà gli Stati ad uniformare la propria legislazione probatoria al denominatore comune europeo giungendo ad un sistema unitario in materia di ammissibilità delle prove⁴¹.

La bontà di questo auspicabile risultato potrà essere apprezzata soltanto nel medio periodo, a seguito delle prime applicazioni giurisprudenziali dello strumento in questione. Per il momento una cartina al tornasole è costituita dal recepimento della direttiva negli Stati che vi hanno aderito.

³⁸ Già da questo angolo visuale si può apprezzare un salto di qualità rispetto alla Decisione quadro sul Mandato d'arresto europeo (2002/584/GAI), nella quale la violazione dei diritti fondamentali non assurgeva a motivo di rifiuto. L'art. 11 § 1 lett. f della direttiva 41/2014, di contro, prevede tra le ipotesi di rifiuto, la sussistenza di «seri motivi», i quali inducano a ritenere che l'esecuzione dell'Ordine possa compromettere un diritto fondamentale tutelato dall'art. 6 TUE o dalle Carte dei diritti.

³⁹ M. CAIANIELLO, *op. ult. cit.*, p. 6.

⁴⁰ M. CAIANIELLO, *ivi*, p. 10. Il motore di quest'opera saranno, in primo luogo, le autorità giudiziarie che dovranno individuare dei moduli operativi condivisi al fine di snellire le procedure ed ottenere un dato utilizzabile. In questa prospettiva – come si metterà in evidenza nel paragrafo successivo – la proporzionalità, quale principio che regge sia la procedura attiva che quella passiva, potrà favorire tale processo, ergendosi a criterio di validità della prova raccolta. In secondo luogo, sarà rilevante l'atteggiamento della Corte di giustizia. Se prevarrà un'impostazione «eurocentrica», ciò indurrà gli Stati, giocoforza, ad uniformare la propria legislazione alle *guidelines* della giurisprudenza europea, rinunciando, nell'ambito delle prove transazionali, a formalità superflue, limitative dello strumento. Se di contro, le ragioni della sovranità prevarranno su quelle comunitarie, ogni Stato manterrà il proprio sistema di invalidità, costringendo le autorità giudiziarie a «contrattare» *case by case* modalità di acquisizione probatoria che consentano di utilizzare il dato probatorio secondo la legislazione interna. Sul punto, cfr. A. MANGIARACINA, *op. cit.*, p. 179 ss.

⁴¹ In tal senso M. CAIANIELLO mette in luce «le potenzialità che la direttiva presenta quanto alla capacità di favorire un'approssimazione dei sistemi e addirittura la costruzione di una strada comune in materia di «ammissibilità» delle prove». *Id.*, *op. ult. cit.*, p. 11.

3. Il principio di proporzionalità nel decreto di recepimento n. 108 del 21 giugno 2017.

Per ciò che concerne l'Italia, lo spirito nonché le linee di fondo su cui si basa la direttiva sono state recepite abbastanza fedelmente con il d. lgs. n. 108 del 21 giugno 2017.

La logica del mutuo riconoscimento informa anche il testo del decreto, ad eccezione delle operazioni sotto copertura (art. 21) e per il ritardo o l'omissione di arresti o sequestri (art. 22), per i quali prevale la *lex loci* (legge n. 146 del 16 marzo 2006⁴²).

In ossequio alla direttiva non vi è più il filtro dell'organo governativo ma l'emissione e l'esecuzione dell'Ordine sono disposte attraverso un contatto diretto tra le autorità giudiziarie.

Il decreto di recepimento, con riferimento alla procedura passiva (artt. 4-26), ha individuato tale autorità nel procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo del distretto dove deve essere eseguito l'atto (art. 4)⁴³, tranne i casi in cui l'autorità richiedente o la legge italiana impongano che a provvedere all'esecuzione sia il giudice; in questa circostanza, «il procuratore della Repubblica riconosce l'ordine di indagine e fa richiesta di esecuzione al giudice per le indagini preliminari» (art. 5), il quale non svolgerà un mero controllo formale ma valuterà la sussistenza delle condizioni necessarie al riconoscimento dell'Ordine⁴⁴.

Il soggetto interessato dall'Ordine ha la possibilità, in assenza di altri mezzi, di impugnare il decreto mediante l'opposizione presentata al g.i.p. competente⁴⁵, nonché, avuto riguardo ai sequestri a fini probatori, attraverso il ricorso per cassazione (art.13).

Sempre con riferimento alla procedura passiva, l'impronta del mutuo riconoscimento emerge su due diversi piani che marcano la distanza rispetto al Mandato d'arresto europeo.

Da un lato, infatti, la limitazione dei motivi di rifiuto dell'Ordine (art. 10)⁴⁶ evidenzia l'impostazione "europeista" del legislatore italiano che fa da *pendant* al suo atteggiamento di chiusura esplicitatosi nella legge di recepimento del MAE (l. 22 aprile 2005, n. 69), la quale prevedeva ipotesi di rifiuto che arrivano sino alla lettera *v* (art. 18)⁴⁷.

⁴² «Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001», sulla quale cfr. A. CENTONZE, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 239 ss. Nonostante si tratti di una fonte interna, ratificando detta Convenzione, la legge reca comunque una disciplina caratterizzata da un accettabile grado di armonizzazione.

⁴³ A tal proposito la Relazione illustrativa sottolinea come «una simile scelta ha il vantaggio di rendere meno problematica, seppure solo sotto il profilo della legittimità costituzionale, l'individuazione di criteri di determinazione della competenza allorché gli atti debbano essere compiuti in distretti diversi». La Relazione è reperibile a questo [link](#).

⁴⁴ In questo senso si esprime la Relazione illustrativa.

⁴⁵ A tal proposito è stato rilevato che tra i motivi di gravame rientrano gli «stessi fattori ostativi che legittimano il rifiuto dell'esecuzione dell'atto investigativo, ivi compreso il test di proporzionalità». Cfr. G. DE AMICIS, *op. ult. cit.*, p. 33.

⁴⁶ Questi sono ridotti all'essenziale e riprendono essenzialmente quelli presenti nella direttiva agevolando, così, l'utilizzo diffuso dello strumento.

⁴⁷ Soltanto i successivi interventi della Corte di cassazione (Sez. Un., 30 gennaio 2007, n. 4614, in *Cass. pen.*,



2/2019

Dall'altro, il secondo salto di qualità rispetto al Mandato, sempre in ossequio alla logica del mutuo riconoscimento, è rappresentato dall'ampliamento dei casi di deroga alla doppia incriminazione. Come osservato, «il decreto legislativo riprende la soluzione adottata dalla direttiva, sia pur con un netto *favor* per l'attuazione dell'Ordine di indagine proveniente da altro Stato membro»⁴⁸. Nel MAE, di contro, la doppia incriminazione costituiva un presupposto per dare esecuzione allo strumento (art. 7 comma 1, legge 69/2005).

Di fondamentale importanza, non tanto per la sua valenza pratica quanto per il suo portato ideologico, è l'art. 9 comma 5, il quale prevede una serie di atti che devono essere sempre disponibili, secondo quanto previsto dall'art. 10 § 2 della direttiva: esso, come rilevato in dottrina, rappresenta una forma, seppur "embrionale", di armonizzazione⁴⁹.

È per questa ragione che, come specificato nel Manuale operativo redatto dal Ministero della Giustizia⁵⁰, «il sindacato dell'autorità di esecuzione sulla proporzionalità deve intendersi escluso quando si tratti di uno degli atti non elencati nel già richiamato art. 9, comma 5 del decreto per i quali opera, anche sotto questo profilo, una regola di incondizionata disponibilità verso lo Stato di emissione».

Si tratta sostanzialmente di «atti non coercitivi» o che si risolvono nell'acquisizione di informazioni o nell'audizione di alcune tipologie di soggetti tra cui persone informate sui fatti, consulenti e periti, testimoni. La formula «atti non coercitivi», presente nel testo della direttiva (art. 10 § 2 lett. d), è stata recepita dal legislatore che li ha individuati negli «atti che non incidono sulla libertà personale e sul diritto all'inviolabilità del domicilio» (art. 9 c. 5 lett. d, d. lgs.)⁵¹. Questa limitazione alle due sole libertà potrebbe essere foriera, nella pratica, di una disparità di trattamento tra diritti tutelati in egual misura dalle Carte dei diritti e costituzionali⁵².

Al fine di evitare esiti di questo genere, andrebbe valorizzato il dettato dell'art. 10 comma 1 lett. e) del decreto che tra i motivi di rifiuto dell'Ordine annovera quelli che

5/2007, p. 1911 ss., con nota di E. CALVANESE, *Problematiche attuative del Mandato d'arresto europeo*, *ivi*, p. 1926 ss.) e della Corte costituzionale (Corte. cost., 24 giugno 2010, n. 227, in *Cass. pen.*, 12/2010, p. 4148 ss., con nota di G. COLAIACOVO, *Euromandato e cittadini extracomunitari residenti. Ancora dubbi dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, *ivi*, p. 4156 ss.) hanno permesso un'applicazione diffusa dello strumento. È opportuno qui ribadire l'importanza di aver incluso tra i motivi di rifiuto dell'Ordine il mancato rispetto dei diritti fondamentali (art. 10 comma 1 lett. e). Sul punto vd., *amplius*, *sub* par. 3.3. Inoltre, non è da sottovalutare l'assenza, tra i motivi di rifiuto, della clausola legata alla territorialità, la quale, di contro, era alla base di diverse ipotesi di rifiuto del MAE (art. 18 lett. l, m, n, o). In ordine a questo profilo, cfr. M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, *cit.*, p. 2201.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Cfr. A. MANGIARACINA, *op. ult. cit.*, p. 166.

⁵⁰ Ministero della Giustizia, *Circolare 26 ottobre 2017 – Attuazione della direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale – Manuale operativo*. Consultabile a questo [link](#).

⁵¹ In questo senso cfr. A. MANGIARACINA, *op. ult. cit.*, p. 166. Ai sensi del considerando n. 16 della direttiva, «Atti non coercitivi potrebbero essere, ad esempio, gli atti che non violano il diritto alla vita privata o il diritto di proprietà, in funzione del diritto nazionale».

⁵² Il riferimento è agli articoli 13,14 e 15 della nostra Costituzione.

inducono a ritenere «che l'esecuzione dell'atto richiesto nell'ordine di indagine non è compatibile con gli obblighi dello Stato sanciti dall'articolo 6 del Trattato dell'Unione europea e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea». Difatti questa disposizione rappresenta, nell'ambito della protezione dei diritti fondamentali, un limite alla cooperazione. Per questo motivo, si potrà dare attuazione all'Ordine purché lo stesso non contrasti, oltretutto con i diritti alla libertà personale e domiciliare, anche con i diritti parimenti tutelati dalla Carta di Nizza, tra i quali rileva, in *primis*, il diritto alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni⁵³.

La procedura attiva (artt. 27-45) riprende, specularmente e con i dovuti aggiustamenti⁵⁴, le disposizioni di quella passiva, individuando negli articoli 431 e 512-*bis* c.p.p. i riferimenti normativi interni attraverso cui vagliare l'utilizzabilità degli atti compiuti all'estero, equiparandoli, dunque, a quelli acquisiti mediante rogatoria.

Elemento unificante le due procedure è il principio di proporzionalità. Esso informa di sé il decreto, non solo nei "punti di emersione", quali ad esempio l'art. 7, ma lungo tutta la dinamica esecutiva, sia *ad intra* che *ad extra*.

Detto altrimenti, il decreto può essere letto con le "lenti della proporzionalità" su tre distinti livelli: un primo livello, generale, riguarda le norme che disciplinano l'emissione e l'esecuzione dell'Ordine; un secondo livello, speciale, riguarda i singoli mezzi di prova e di ricerca della prova; ed infine un terzo livello, il più delicato, riguarda l'incidenza del principio nel momento di utilizzazione del dato raccolto all'estero⁵⁵.

3.1. La proporzionalità nelle fasi di emissione e di esecuzione dell'Ordine.

In ordine al primo livello, sia in sede di esecuzione (procedura passiva) che in sede di emissione (procedura attiva)⁵⁶, l'autorità giudiziaria, come emerge anche dalla relazione illustrativa, non è chiamata a svolgere un ruolo meramente passivo, ma deve sindacare l'atto richiesto anche attraverso il *test* di proporzionalità (art. 7)⁵⁷.

⁵³ In dottrina è stato osservato come «occorre uno sforzo interpretativo di carattere sistematico, che conduce a ritenere più coerente con il sistema ammettere che si possa dare esecuzione all'Ordine di indagine quando esso, pur prevedendo attività atipiche, non contrasti con nessuna delle libertà di cui agli artt. 13, 14 e 15 Cost.». In termini, M. TROGU, *op. cit.*, p. 1034 ss.

⁵⁴ Ad esempio, nel caso di sequestro è possibile proporre istanza di riesame ai sensi dell'art. 324 c.p.p. (art. 28).

⁵⁵ La "delicatezza" emerge nella misura in cui deve essere valutata una prova raccolta all'estero secondo modalità incompatibili con il principio di proporzionalità. È cioè ipotizzabile un nuovo *genus* di invalidità probatoria costituito dal mancato rispetto del principio di proporzionalità nella ricerca della prova?

⁵⁶ Nonostante l'articolo 7 recante il principio di proporzionalità sia contenuto nel titolo dedicato alla procedura passiva, l'interpretazione conforme alla direttiva nonché la circostanza che si tratti dei medesimi atti d'indagine fanno ragionevolmente concludere che il *test* di proporzionalità vada effettuato anche in sede di emissione dell'OEI. In ordine alla circostanza che entrambe le autorità debbano compiere il vaglio di proporzionalità nonché sugli effetti di questo doppio controllo, cfr. le autorevoli osservazioni di R.E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, in (a cura di) M. Daniele, R.E. Kostoris, *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 16.

⁵⁷ Ad eccezione delle ipotesi di cui all'art. 9 comma 5.

Quest'ultimo non è calibrato esclusivamente sui diritti propri dell'indagato ma viene esteso dal legislatore italiano alle «persone coinvolte nel compimento degli atti richiesti»: l'Ordine è infatti proporzionato se il sacrificio alla sfera giuridica dei soggetti coinvolti è «giustificato dalle esigenze investigative o probatorie del caso concreto», avuto riguardo sia alla gravità del reato che alla pena prevista.

L'aver esplicitato il contenuto ed il raggio di azione del principio – dedicandogli un interno articolo, come neanche la direttiva aveva fatto – oltre ad evidenziare la sua funzione nevralgica nella dinamica applicativa⁵⁸, pare rappresentare la dimostrazione di come il legislatore sia stato memore della “saga” dei Mandati d'arresto sproporzionati⁵⁹.

Da questa prospettiva, nel sindacare la proporzionalità della richiesta bisogna tener conto anche «della gravità dei reati per i quali si procede e della pena per essi prevista»⁶⁰. Dunque, non potrà essere emesso – né, soprattutto, eseguito – un Ordine sulla scorta di un reato bagatellare.

La «proporzionalità dell'emissione» non è però sufficiente in quanto occorre considerare anche la «proporzionalità dell'intrusività dell'atto richiesto rispetto al suo risultato»⁶¹.

Detto altrimenti, il principio *de quo* impone che l'attività da compiere debba essere proporzionata sia rispetto al suo presupposto (il reato), sia rispetto all'obiettivo che intende perseguire («le esigenze investigative o probatorie»), di modo che esso comporti il minor sacrificio possibile ai diritti ed alle libertà dell'imputato/indagato.

Se l'atto risulta sproporzionato, infatti, «si dà luogo» ad un atto “equipollente” ossia meno intrusivo ma che raggiunga le medesime finalità: come rilevato nella Relazione illustrativa, qualora un “atto proporzionato” sia disponibile, l'autorità interna,

⁵⁸ È stato affermato che il principio *de quo* «costituisce il vero “fondamento invisibile” del nuovo sistema di cooperazione giudiziaria», G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁹ Ossia dei Mandati d'arresto emessi per reati di lieve entità. Sul punto cfr. A. MARLETTA, *op. cit.*, p. 100 ss.; ma anche L. ROMANO, [Principio di proporzionalità e mandato d'arresto europeo: verso un nuovo motivo di rifiuto?](#), *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2013, p. 250 ss.; M. BÖSE *Human Rights Violations and Mutual Trust: Recent Case Law on the European Arrest Warrant*, in (ed.) S. Ruggeri, *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, Springer, Cham, Heidelberg, New York, Dordrecht, London, 2015, p. 143 ss. Va segnalata anche la Risoluzione del Parlamento europeo del 27 febbraio 2014 recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo (reperibile a questo [link](#)) che rileva l'importanza del principio nel MAE chiedendo «alla Commissione di presentare, entro un anno dall'adozione della presente risoluzione, sulla base dell'articolo 82 del TFUE, alcune proposte legislative secondo le raccomandazioni particolareggiate di cui all'allegato alla presente relazione, che prevedono: (...) d) un motivo di non esecuzione obbligatoria quando vi sono importanti ragioni per ritenere che l'esecuzione della misura sarebbe incompatibile con l'obbligo dello Stato membro di esecuzione in conformità dell'articolo 6 del trattato sull'Unione europea e della Carta, in particolare l'articolo 52, paragrafo 1, che fa riferimento al principio di proporzionalità» (punto 7). Sul punto cfr. M. BARGIS, [Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari “virtuosi” della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 177 ss.

⁶⁰ Cfr. art. 7 d. lgs. Il test di proporzionalità non rileva, invece, per gli atti di cui al comma 5 dell'articolo 9, i quali devono essere sempre disponibili anche a prescindere dall'ulteriore requisito della doppia incriminazione.

⁶¹ Così R. BELFIORE, *op. ult. cit.*, p. 406.

previo contatto con l'autorità di emissione, *deve* dar corso a quest'ultimo e non a quello richiesto⁶².

In mancanza di un atto alternativo ma comunque idoneo, l'art. 7 (*rectius*, la sua violazione) – letto in combinato disposto all'art. 9 (co. 1, 2 e 3) – potrebbe rappresentare una clausola di rifiuto “implicita”, necessitando però di una motivazione esaustiva da parte dell'autorità giudiziaria⁶³.

L'impossibilità di eseguire un atto diverso ma comunque idoneo – previa ricerca di una soluzione condivisa – è infatti motivo di rifiuto quando l'atto richiesto non è previsto dalla legge italiana, non ricorrono i presupposti che essa richiede per il suo compimento (art. 9 co. 1) e non si ricada in una delle ipotesi di cui al comma 5. Allo stesso modo dovrebbe essere rifiutato un Ordine sproporzionato (art. 9 co. 2) quando, previo contatto con l'autorità di emissione, non sia possibile ricorrere ad un atto diverso ma comunque idoneo.

Benché la direttiva non preveda una clausola espressa di rifiuto per gli Ordini sproporzionati, ma solo una sorta di ritiro in «autotutela»⁶⁴, è auspicabile che la giurisprudenza individui nella violazione del principio di proporzione un motivo di rifiuto dell'Ordine, quando è impossibile giungere ad una soluzione alternativa e condivisa⁶⁵.

3.2. La proporzionalità nei mezzi di prova e di ricerca della prova.

Il “volto oscuro” della legge di recepimento riguarda sicuramente il secondo livello, ossia la disciplina dei singoli mezzi di prova e di ricerca della prova, stante la genericità della normativa europea. È proprio in questo ambito che il principio di proporzionalità potrà giocare, nella prassi, un ruolo fondamentale, limitando i motivi di non esecuzione dell'Ordine solo per quegli atti che difettano delle caratteristiche di cui

⁶² Come rilevato *sub* art. 9, nella Relazione (cit. *sub* nt. 43), «l'adozione di una via probatoria alternativa è sempre dovuta quando comporti una minore intrusività nella sfera dei diritti individuali».

⁶³ Questo assunto non è condiviso dalla Circolare ministeriale, a detta della quale «il legislatore interno esclude che il difetto di proporzionalità possa comportare, di per sé solo, il rifiuto del riconoscimento o dell'esecuzione». Sul punto è stato rilevato come «laddove il principio di proporzione costituisca il sostrato sostanziale di una formalizzata condizione di ammissibilità dell'atto investigativo o probatorio (si pensi alla selezione dei *serious crimes* per i quali l'art. 266 cod. proc. ammette il ricorso alle intercettazioni), sarà il difetto di detto presupposto a rilevare quale motivo anche autosufficiente di rifiuto». Par. 6.2 della Circolare 26 ottobre 2017, cit. *sub* nt. 50.

⁶⁴ In questi termini, sulla scorta dell'art. 6 § 3 della direttiva, M. CAIANIELLO, *op. ult. cit.*, p. 2216. Sul punto, rilevando che la scelta finale spetta all'autorità di esecuzione, cfr. M. TROGU, *op. cit.*, p. 1035 ss.

⁶⁵ Non si capisce, infatti, che senso avrebbe il duplice *test* di proporzionalità effettuato dalle autorità di emissione e di esecuzione, né come potrebbe darsi corso ad un Ordine sproporzionato solo perché non vi è un atto diverso ma parimenti idoneo, violando, senza giustificazione alcuna, uno o più diritti fondamentali dell'imputato/indagato o di altre persone coinvolte nell'esecuzione. D'altronde la congiunzione *anche* presente al comma 2 sembrerebbe accomunare i casi da esso previsti a quelli di cui al comma 1. Ciò consentirebbe di estendere, per via interpretativa, il motivo di rifiuto previsto dal comma 3 non solo alle ipotesi di cui al comma 1 (mancanza dei presupposti) ma anche a quelle di cui al comma 2 (Ordine sproporzionato).

si compone il *test* – idoneità, necessità e proporzionalità in senso stretto – dunque per quegli atti, potenzialmente o concretamente, lesivi dei diritti fondamentali.

Se la disciplina generale sulle intercettazioni (art. 23) non pone particolari problemi, nella misura in cui il decreto fa salve le condizioni di ammissibilità previste dall'ordinamento interno⁶⁶, forti dubbi ha invece destato, tra i primi commentatori, la disciplina delle acquisizioni in tempo reale di informazioni presso le banche (art. 20). Profonde perplessità suscita, infatti, la circostanza per la quale la medesima tipologia d'indagine, se effettuata tramite OEI, soggiace alla disciplina prevista per le intercettazioni, mentre, se non è necessario fare ricorso all'Ordine, la giurisprudenza interna applica al mezzo d'indagine la disciplina, meno garantita, delle perquisizioni o delle prove atipiche⁶⁷.

In questa prospettiva gli effetti del decreto potrebbero comportare, *a rebours*, una inversione di tendenza, inducendo la giurisprudenza nazionale, al fine di evitare disparità di trattamento, ad applicare nei casi interni analoghi la disciplina delle intercettazioni⁶⁸, in linea, peraltro, con la giurisprudenza europea⁶⁹.

Il decreto non lascia infatti spazio ad interpretazioni diverse; anzi innalza le garanzie prevedendo nel caso di Ordine carente di motivazione circa la *rilevanza dell'atto*⁷⁰ che le stesse vengano richieste all'autorità di emissione⁷¹.

Inoltre, il principio *de quo* può costituire il criterio ermeneutico necessario ad evitare *deficit* di tutela e rispettare la giurisprudenza europea anche nel caso in cui si tratti di acquisire i dati esterni relativi alle comunicazioni (art. 25).

⁶⁶ Si rimanda sul punto alle analisi condotte, tra gli altri, da M. CAIANIELLO, *op. ult. cit.*, p. 2207 ss. e G. DE AMICIS, *op. cit.*, p. 37 ss.

⁶⁷ Cfr. Cass., Sez. V, 14 ottobre 2009, n. 16556, in *C.E.D. Cass.*, n. 246954; Cass., Sez. V, 30 maggio 2017, n. 48370, *ivi*, n. 271412.

⁶⁸ È stato affermato che «la soluzione adottata attraverso l'art. 20 d. lgs. n. 108 del 2017 va dunque salutata con favore per due ordini di ragioni. Prima di tutto, perché la previsione contribuisce a rendere più chiara la disciplina del monitoraggio in tempo reale sulle operazioni bancarie o finanziarie, sinora rimasta alquanto incerta. (...) In secondo luogo, la scelta legislativa appare virtuosa poiché si pone in armonia con l'orientamento che parrebbe potersi trarre dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, tesa a pretendere per attività simili, una regolamentazione normativa da parte degli ordinamenti statuali assimilabile a quella, nel nostro sistema, prevista per la sola materia delle intercettazioni». In termini M. CAIANIELLO, *op. ult. cit.*, p. 2206 ss.

⁶⁹ Sul punto la giurisprudenza europea si è pronunciata con le note sentenze *Digital Rights Ireland Ltd* (Corte di Giustizia, Grande Sezione, sent. 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, caso *Digital Rights Ireland Ltd*); *Tele2 Sverige AB e Watson* (Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB e Watson e al.*). Da ultimo cfr. la sentenza *Ministerio Fiscal* (Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 2 ottobre 2018, causa C-207/16).

⁷⁰ L'art. 28 § 3 della direttiva utilizza a tal proposito il criterio dell'*utilità*. Inoltre, a sostegno della tesi qui sostenuta, si può osservare come l'opzione di applicare l'art. 266 c.p.p. per tali atti d'indagine non sia il portato di un'imposizione europea ma il frutto di una libera scelta del nostro legislatore; scelta che, *a fortiori*, obbliga l'interprete, stante la lacuna non colmata neppure dalla riforma Orlando, ad applicare anche nel caso di atto interno analogo la disciplina delle intercettazioni.

⁷¹ Da questo passaggio si trae ulteriore conferma della necessità che il *test* di proporzionalità – *sub specie* di *rilevanza* dell'atto richiesto – venga effettuato sia dall'autorità di emissione che da quella di esecuzione.

L'art. 25 del decreto richiama l'art. 256 c.p.p. il quale, secondo la giurisprudenza risalente⁷², costituirebbe il referente normativo in caso di acquisizioni di dati esterni relativi alle comunicazioni.

È opportuno osservare come tale norma presenti, quantomeno, tre criticità. Da un lato, infatti, vi è un *deficit* in punto di tassatività che contrasta con l'art. 15 co. 2 Cost.: non sono precisati né i presupposti processuali, né quelli sostanziali che legittimano il provvedimento di apprensione dei dati. Dall'altro, il decreto di cui all'art. 256 c.p.p. non è passibile d'impugnazione – *sub specie*, riesame⁷³ – per cui verrebbe leso anche il diritto di difesa. Infine, *dominus* delle operazioni è il pubblico ministero, la cui attività non necessita di autorizzazione del giudice: tale *modus operandi* incide, ancora una volta negativamente, sulle garanzie previste dal procedimento *de quo*.

Desta perplessità, da questo punto di vista, il mancato – e più opportuno – richiamo all'art. 132 cod. *privacy* (d. lgs. 196 del 2003). Tale ultima disposizione, oggetto di una non sempre lineare stratificazione normativa, disciplina nel dettaglio le modalità e le tempistiche di acquisizione dei dati⁷⁴.

A tal proposito non può essere sottaciuta la controversa compatibilità sussistente tra l'art. 132 cod. *privacy* e l'art. 254-*bis* c.p.p.⁷⁵. Questo, introdotto con la legge di ratifica della Convenzione di Budapest (*ex art.* 8, comma 5, Legge 18 marzo 2008, n. 48), disciplina le modalità di sequestro di dati informatici presso fornitori di servizi informatici, telematici e di telecomunicazioni. Le due norme hanno il medesimo oggetto⁷⁶, motivo per il quale vi è un forte rischio di sovrapposizione se non di contrapposizione stante anche il diverso livello di tutela previsto. Se, da un lato, l'art. 254-*bis* è una fattispecie speciale di sequestro e come tale il provvedimento che lo dispone è impugnabile secondo la disciplina generale dei sequestri – contrariamente al provvedimento di carattere esibitorio *ex art.* 132 cod. *privacy* –, dall'altro, a differenza dell'art. 132 cod. *privacy*, l'art. 254-*bis* non reca alcun termine entro il quale l'acquisizione deve essere operata⁷⁷, talché «se ne dovrebbe desumere che il Pm possa acquisire tutti i

⁷² Corte cost., 11 marzo 1993, n. 81, in *Giur. cost.*, 1993, p. 731 ss., con nota di A. PACE, *Nuove frontiere della libertà di "comunicare riservatamente" (o piuttosto, del diritto alla riservatezza)?*, *ivi*, p. 742 ss.; Corte cost., 17 luglio 1998, n. 281, in *Giur. cost.*, 1998, p. 2167 ss. Sul punto cfr. M. RICCARDI, [Dati esteriori delle comunicazioni e tabulati di traffico](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2016, p. 156 ss.

⁷³ Secondo la giurisprudenza, infatti, non si tratterebbe di un atto ablatorio coercitivo, come i sequestri, ma di una consegna "volontaria" (cfr. Cass., Sez. VI, 20 febbraio 2003, n. 17324, in *C.E.D. Cass.*, n. 224692). Sul punto vd. *amplius*, E. ANDOLINA, *L'acquisizione nel processo penale dei dati "esteriori" delle comunicazioni telefoniche e telematiche*, WKI, Cedam, Milano, 2018, p. 13 ss.

⁷⁴ In ordine alle modifiche apportate all'art. 132 cod. *privacy* dal d. lgs. 10 agosto 2018 n. 101, cfr. S. SIGNORATO, [Novità in tema di data retention. La riformulazione dell'art. 132 codice privacy da parte del d. lgs. 10 agosto 2018, n. 101](#), in questa *Rivista*, fasc. 11/2018, p. 153 ss.

⁷⁵ Questa norma, peraltro, avrebbe costituito un referente normativo più garantista rispetto all'art. 256 c.p.p. stante le criticità che caratterizzano quest'ultimo. Difatti, trattandosi di un sequestro, questo è consentito solo nei casi e secondo modalità previste dalla legge e, inoltre, il decreto che lo dispone è passibile di riesame.

⁷⁶ M. RICCARDI, *op. cit.*, p. 184.

⁷⁷ Difatti il comma primo dell'art. 132 cod. *privacy* individua i termini di 24 e 12 mesi a seconda che si tratti di dati relativi, rispettivamente, al traffico telefonico o telematico.

dati di traffico conservati dal gestore a prescindere da alcun riferimento all'articolo 132 e alla più restrittiva disciplina della *data retention* di cui al D. lgs. 109/2008»⁷⁸.

Per evitare aporie sistemiche la dottrina ha proposto una lettura “integrata” delle due norme nella misura in cui l'art. 254-bis c.p.p. riguarderebbe soltanto il *quomodo* e non anche l'*an* del decreto di sequestro, il quale sarebbe disposto nei soli casi previsti dal comma 1 dell'art. 254 c.p.p., mentre il 132 cod. *privacy* resterebbe l'unica norma idonea a disciplinare le acquisizioni del traffico di dati⁷⁹.

Ad onta del mancato richiamo dell'art. 132 cod. *privacy*, ciò che resta fermo è il *deficit* di tutela rispetto agli *standards* europei, sia per le criticità rilevate – che il rimando all'art. 254-bis c.p.p. avrebbe potuto attenuare – sia in punto di proporzionalità.

Difatti ai sensi dell'art. 52(1) CDFUE, le limitazioni ai diritti fondamentali – nel caso *de quo*, diritto alla riservatezza ex artt. 7 e 8 CDFUE – sono legittime solo in quanto rispettino, fra gli altri, il principio di proporzione, ossia fondino la loro giustificazione in finalità di interesse generale o per tutelare diritti di pari rango⁸⁰. Si tratta sempre dunque di bilanciare i diritti dell'individuo con le esigenze repressive.

Come già rilevato *supra*, la Corte di giustizia ha avuto modo di pronunciarsi sulle interferenze tra processo penale e diritto alla riservatezza, con tre importanti sentenze nell'ultimo quinquennio (che non riguardavano, però, la normativa italiana)⁸¹.

Con il primo dei tre pronunciamenti, *Digital Rights Ireland Ltd*⁸², la Corte di giustizia ha invalidato la direttiva 2006/24/CE riguardante la materia del *data retention*, anche in quanto si pone in contrasto con gli artt. 7 e 8 CDFUE nella misura in cui non supera il vaglio di proporzionalità ex art. 52 CDFUE⁸³ in ordine, tra gli altri, ai limiti di

⁷⁸ A. CISTERNA, *Acquisizioni probatorie ridotte a prescindere dal delitto ipotizzato*, in *Guid. dir.*, 39/2008, p. 42.

⁷⁹ In tal senso cfr. A. CISTERNA, *ibidem*; ID., *Perquisizioni in caso di fondato motivo*, in *Guid. dir.*, 16/2008, p. 68; ma anche M. RICCARDI, *op. cit.*, p. 184 ss.; M. PITTIRUTI, *Digital evidence e procedimento penale*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 52 ss.; C. CONTI, *L'attuazione della direttiva Frattini: un bilanciamento insoddisfacente tra riservatezza e diritto alla prova*, in (a cura di) S. Lorusso, *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Cedam, Padova, 2008, p. 3 ss. (in particolare p. 26).

⁸⁰ Cfr. F. FERRARO, N. LAZZERINI, *sub art. 52 CDFUE*, in (a cura di) R. Mastroianni, O. Pollicino, S. Allegrezza, F. Pappalardo, O. Razzolini, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 1061 ss.

⁸¹ Per esigenze di completezza è opportuno evidenziare come la Corte di giustizia si sia occupata della materia, ma sotto un profilo che non rileva per la nostra trattazione, anche nel caso *Schrems*, Grande Sezione, sent. 6 ottobre 2015, causa C-362/14. Con questo pronunciamento la Corte ha preteso che lo *standard* europeo di tutela della *privacy* fosse rispettato anche nel caso di trasferimento dei dati di cittadini europei negli Stati Uniti.

⁸² Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 8 aprile 2014, cause riunite C-293/12 e C-594/12, caso *Digital Rights Ireland Ltd*. Cfr. F. IOVENE, *Data retention tra passato e futuro. ma quale presente?*, in *Cass. pen.*, 12/2014, p. 4274 ss.

⁸³ In particolare, a detta della Corte, la direttiva «comporta un'ingerenza nei suddetti diritti fondamentali di vasta portata e di particolare gravità nell'ordinamento giuridico dell'Unione, senza che siffatta ingerenza sia regolamentata con precisione da disposizioni che permettano di garantire che essa sia effettivamente limitata a quanto strettamente necessario». In termini, § 65 della sentenza (corsivo nostro).

conservazione dei dati⁸⁴ e per la vaghezza delle modalità che regolano l'accesso agli stessi⁸⁵.

Qualche anno dopo, la Corte di giustizia, proprio sulla scorta del caso *Digital Rights*, si è pronunciata sulla direttiva 2002/58/CE⁸⁶ – in particolare sull'art. 15 – fornendo una "lettura *rights oriented*"⁸⁷, con la sentenza *Tele2 Sverige AB e Watson*⁸⁸.

A detta dell'Alto Consesso infatti «l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli articoli 7, 8 e 11 nonché dell'articolo 52, paragrafo 1, della Carta, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale, la quale disciplini la protezione e la sicurezza dei dati relativi al traffico e dei dati relativi all'ubicazione, e segnatamente l'accesso delle autorità nazionali competenti ai dati conservati, senza limitare, nell'ambito della lotta contro la criminalità, tale accesso alle sole finalità di lotta contro la criminalità grave, senza sottoporre detto accesso ad un controllo preventivo da parte di un giudice o di un'autorità amministrativa indipendente, e senza esigere che i dati di cui trattasi siano conservati nel territorio dell'Unione»⁸⁹.

⁸⁴ «Pur mirando a contribuire alla lotta contro la criminalità grave, la suddetta direttiva non impone alcuna relazione tra i dati di cui prevede la conservazione e una minaccia per la sicurezza pubblica e, in particolare, non limita la conservazione dei dati a quelli relativi a un determinato periodo di tempo e/o a un'area geografica determinata e/o a una cerchia di persone determinate che possano essere coinvolte, in un modo o nell'altro, in un reato grave, né alle persone la conservazione dei cui dati, per altri motivi, potrebbe contribuire alla prevenzione, all'accertamento o al perseguimento di reati gravi». In termini, § 59 della sentenza.

⁸⁵ «L'accesso ai dati conservati da parte delle autorità nazionali competenti non è subordinato ad un previo controllo effettuato da un giudice o da un'entità amministrativa indipendente la cui decisione sia diretta a limitare l'accesso ai dati e il loro uso a quanto *strettamente necessario* per raggiungere l'obiettivo perseguito e intervenga a seguito di una richiesta motivata delle suddette autorità presentata nell'ambito di procedure di prevenzione, di accertamento o di indagini penali. Non è neppure stato previsto un obbligo preciso degli Stati membri volto a stabilire simili limitazioni». In termini, § 62 sentenza (Corsivo nostro). Da ciò emerge un ulteriore profilo di contrasto tra il *dictum* della Corte di giustizia e la normativa interna la quale ritiene sufficiente un decreto del Pm per acquisire dati privati. Si può cioè considerare il Pm «un giudice o (...) un'entità amministrativa indipendente»? Sul punto Cfr. M. CAIANIELLO, *Increasing Discretionary Prosecutor's Powers: The Pivotal Role of the Italian Prosecutor in the Pretrial Investigation Phase*, in *Oxford Handbooks Online on Criminology*, New York, Oxford Un. Press, 2016, pp. 1-27.

⁸⁶ Direttiva 2002/58/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 luglio 2002 relativa al trattamento dei dati personali e alla tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche. L'art. 15 § 1 prevede che «Gli Stati membri possono adottare disposizioni legislative volte a limitare i diritti e gli obblighi di cui agli articoli 5 e 6, all'articolo 8, paragrafi da 1 a 4, e all'articolo 9 della presente direttiva, qualora tale restrizione costituisca, ai sensi dell'articolo 13, paragrafo 1, della direttiva 95/46/CE, una *misura necessaria, opportuna e proporzionata* all'interno di una società democratica per la salvaguardia della sicurezza nazionale (cioè della sicurezza dello Stato), della difesa, della sicurezza pubblica; e la prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, ovvero dell'uso non autorizzato del sistema di comunicazione elettronica(...)». (Corsivo nostro).

⁸⁷ In questo senso, cfr. O. POLLICINO, M. BASSINI, [La Corte di giustizia e una trama ormai nota: la sentenza Tele2 Sverige sulla conservazione dei dati di traffico per finalità di sicurezza e ordine pubblico](#), in questa *Rivista*, 9 gennaio 2017, pp. 3-4.

⁸⁸ Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 21 dicembre 2016, cause riunite C-203/15 e C-698/15, *Tele2 Sverige AB e Watson e al.*, sulla quale cfr. O. POLLICINO, M. BASSINI, *ivi*, p. 1 ss.

⁸⁹ In termini, § 125 della sentenza.

Come è stato osservato, tale pronuncia «sembra infatti configurare un definitivo “scacco matto” alla prevalenza delle ragioni di sicurezza pubblica su quelle di protezione della *privacy* digitale»⁹⁰, anche sulla scorta del principio di proporzionalità⁹¹.

Sulla medesima direttiva è ritornata, da ultimo, la Grande Sezione della Corte di giustizia nel procedimento C-207/16, *Ministerio Fiscal*, con la sentenza del 2 ottobre 2018⁹². I giudici utilizzano, anche in tale occasione, il sindacato di proporzionalità al fine di bilanciare il grado dell'intrusione nei diritti fondamentali⁹³ e la gravità del reato, precisando che l'accesso ai dati da parte di autorità pubbliche è consentito entro il “perimetro finalistico” fissato dall'art. 15 § 1 della direttiva che riveste «carattere tassativo» (§ 52).

In questa prospettiva la Corte afferma che un'ingerenza grave nei diritti fondamentali è giustificata «solo da un obiettivo di lotta contro la criminalità che deve essere qualificata come “grave”» (§§ 55-56).

Diversamente, qualora l'intrusione non sia grave, l'accesso ai dati personali «può essere giustificato da un obiettivo di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento di un «reato» in generale» (§ 57); dunque anche se ci si trovi al cospetto di un reato di modesta entità.

L'ingerenza non essendo caratterizzata in questo caso dalla gravità (§ 61) – in quanto «i dati non permettono di trarre conclusioni precise sulla vita privata delle persone i cui dati sono oggetto di attenzione» (§ 60) – consente dunque alla Corte di affermare che “l'articolo 15, paragrafo 1, della direttiva 2002/58, letto alla luce degli articoli 7 e 8 della Carta, deve essere interpretato nel senso che l'accesso delle autorità pubbliche ai dati che mirano all'identificazione dei titolari di carte SIM attivate con un telefono cellulare rubato, come il cognome, il nome e, se del caso, l'indirizzo di tali titolari, comporta un'ingerenza nei diritti fondamentali di questi ultimi, sanciti dai suddetti articoli della Carta, che non presenta una gravità tale da dover limitare il suddetto accesso, in materia di prevenzione, ricerca, accertamento e perseguimento dei reati, alla lotta contro la criminalità grave”» (§ 63)⁹⁴.

⁹⁰ Così O. POLLICINO, M. BASSINI, *op. ult. cit.*, p. 9.

⁹¹ Il rispetto del principio *de quo* comporta infatti che l'accesso ai dati avvenga nei «limiti dello stretto necessario» (§ 116 della sentenza).

⁹² Sulla quale cfr. G. FORMICI, *Tutela della riservatezza delle comunicazioni elettroniche: riflessioni (ri)partendo dalla pronuncia Ministerio Fiscal*, in *Osservatorio costituzionale*, 3/2018, p. 453 ss.

⁹³ La Corte, infatti, ha cura di precisare che «come rilevato dall'avvocato generale ai paragrafi 76 e 77 delle sue conclusioni, l'accesso delle autorità pubbliche a tali dati costituisce un'ingerenza nel diritto fondamentale al rispetto della vita privata, sancito all'articolo 7 della Carta, persino in mancanza di circostanze che permettano di qualificare tale ingerenza come «grave» e senza che rilevi il fatto che le informazioni in questione relative alla vita privata siano o meno delicate o che gli interessati abbiano o meno subito eventuali inconvenienti in seguito a tale ingerenza». In termini, § 51 sentenza.

⁹⁴ Un ultimo profilo merita di essere rilevato. La Corte, infatti, nonostante i quesiti posti dal giudice spagnolo (cfr. § 26), non ha chiarito quali siano i criteri necessari per qualificare la portata di un determinato reato (la questione era invece stata affrontata dall'Avvocato Generale ai §§ 93 ss. delle sue conclusioni). Se, come visto, la presenza di un reato grave giustifica un'intrusione di parti entità, i giudici, al ricorrere di casi dubbi ed in mancanza di criteri discretivi certi, potrebbero considerare grave un reato così da autorizzare un'intromissione di non lieve entità. Emerge da questo punto di vista la necessità che l'Unione ponga le basi

Alla luce di quanto qui brevemente riportato è difficile sostenere la compatibilità del nostro reticolato normativo in materia di dati esterni con i *dicta* della Corte di giustizia per tre ordini di motivi. In *primis*, è arduo individuare nel pubblico ministero (come disposto dagli artt. 132 cod. *privacy* e 256 c.p.p.) “il giudice o un’entità amministrativa indipendente”, i soli ritenuti idonei dalla Corte di giustizia al fine di garantire la tutela dei diritti del privato⁹⁵. In secondo luogo, l’art. 256 c.p.p. – così come l’art. 132 cod. *privacy* – non indica dei criteri tassativi e predeterminati che legittimano l’accesso ai dati⁹⁶, né, da ultimo, impongono il rispetto del principio di proporzionalità. In questa prospettiva, il decreto si limita a far propria una prassi consolidata non tenendo conto della giurisprudenza europea, alla luce della quale va interpretata la normativa primaria comunitaria⁹⁷.

In ordine ai primi due punti – ossia l’autorità deputata a limitare l’accesso ai dati a quanto strettamente necessario ed in base a criteri legali predeterminati – sarebbe auspicabile, anche se improbabile, una modifica legislativa, che condizioni l’accesso ai dati esterni al vaglio preventivo da parte di un giudice e non del solo pubblico ministero e, sulla scorta di «norme chiare e precise», individui «criteri oggettivi»⁹⁸ tali da regolare i casi e le modalità che legittimino la conservazione dei dati. In caso contrario, si dovrà attendere, come già avvenuto in passato, l’intervento della Corte di giustizia, il cui compito sarà certamente favorito dallo strumento in questione e dall’inadeguato recepimento della direttiva alla luce dei criteri posti dai Giudici del *Kirchberg*⁹⁹.

Per ciò che concerne invece il terzo profilo di incompatibilità – ossia il *deficit* di proporzionalità che caratterizza la nostra disciplina interna (richiamata pedissequamente dal decreto di recepimento) – si potrebbe giungere ad una interpretazione rispettosa del principio *de quo* e che dunque sia *rights oriented*, attraverso una lettura congiunta degli articoli 25 e 7 del decreto: proprio questa ultima norma potrebbe vietare l’apprensione di quei dati non giustificata dalla gravità dei reati per i

per un’armonizzazione legislativa al fine di garantire un’uniforme valutazione in ordine al grado dei reati così da evitare dispartita di trattamento (*rectius*, d’intrusione) tra i cittadini di diversi Stati membri che invece sono soggetti alla medesima disciplina per ciò che concerne il trattamento dei dati (direttiva 2002/58). Cfr. sul punto § 117 delle conclusioni dell’Avvocato Generale; ma anche G. FORMICI, *op. cit.*, p. 468 ss.

⁹⁵ Sul punto cfr. M. CAIANIELLO, *op. ult. cit.*; G. LASAGNI, *Tackling phone searches in Italy and the United States: Proposals for a technological rethinking of procedural rights and freedoms*, in *New Journal of European Criminal Law*, 9, 3, 2018, pp. 386–401. In ordine alla tutela della *privacy*, ex articolo 8 CEDU, è da ultimo intervenuta la Corte Europea dei diritti dell’uomo che con la sentenza del 27 settembre 2018, *Brazzi contro Italia*, ha condannato lo Stato italiano poiché l’ordinamento interno non prevede un *controllo giurisdizionale effettivo* avverso il decreto di perquisizione emesso dal Pm (cfr. in particolare §§ 48 e 50).

⁹⁶ Tali norme, infatti, non pongono delle limitazioni parametrate alla gravità dei reati, alla tipologia di soggetti coinvolti ed alla durata del trattamento dei dati stessi.

⁹⁷ Come rilevato, «ove si tratti di attuare in un caso concreto un ordine di indagine, occorrerà verificare il rispetto dei principi UE, come consacrati nella Carta (e interpretati dalla Corte di giustizia)». In termini, M. CAIANIELLO, *L’attuazione della direttiva sull’ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, cit., p. 2212.

⁹⁸ Cfr. §§ 109-110 della sentenza *Tele2 Sverige AB e Watson e al.*

⁹⁹ In tal senso un Ordine di indagine emesso o ricevuto dal nostro Paese che preveda l’acquisizione di dati esterni sulla base di un decreto emesso da un Pm, ben potrà dare la stura ad un rinvio pregiudiziale, dagli esiti prevedibili, vista la citata giurisprudenza in materia.

quali si procede o dell'intrusione ai diritti fondamentali e consentirla solo nei limiti dello stretto necessario per l'accertamento degli stessi, così come richiesto dalla Corte di giustizia.

Anche in quest'ultimo caso, come già sottolineato per l'acquisizione di dati in tempo reale, sono evidenti gli effetti riflessi sul sistema interno. Se infatti una richiesta avente ad oggetto l'acquisizione di dati esterni deve attenersi ai principi pocanzi puntualizzati, non si vede come, pena un difetto di costituzionalità, in un caso interno analogo gli stessi non debbano essere parimenti rispettati¹⁰⁰.

In sintesi, si può dunque evidenziare come l'applicazione del canone di proporzione da una parte favorisca il superamento di aporie ermeneutiche e sistemiche e, dall'altro, a sua volta, produca innegabili effetti positivi, *sub specie* di garanzie per l'imputato/indagato, nei casi interni analoghi.

3.3. Proporzionalità ed (in)utilizzabilità del dato raccolto.

Il terzo ed ultimo piano su cui il principio di proporzionalità può esplicitare i suoi effetti è rappresentato dall'*utilizzazione* del dato probatorio acquisito attraverso l'OEI¹⁰¹.

È il passaggio più delicato in quanto incide sul tasso di fruibilità del prodotto probatorio formato all'estero e su cui la direttiva ha osato meno: essa non ha infatti previsto un regime uniforme di utilizzabilità (o inutilizzabilità) probatoria ma ha lasciato un ampio margine ai singoli Stati in merito all'adozione delle regole di esclusione ritenute più opportune¹⁰².

Le opzioni che si presentavano al legislatore delegato erano essenzialmente tre¹⁰³: applicare le regole di esclusione previste per i casi interni analoghi; istituire un regime di regole di esclusione discrezionale parametrato sul rispetto dell'art. 6 TUE; oppure, applicare le regole di esclusione previste per le rogatorie attive. Il legislatore ha optato per quest'ultima soluzione, come si evince dalla lettura dell'art. 36, facendo quindi riferimento agli artt. 431 e 512-*bis* c.p.p.

¹⁰⁰ Detto altrimenti la lesione, tra gli altri, del principio di proporzionalità darebbe la stura a una disparità di trattamento idonea a violare l'art. 3 Cost.: infatti, non applicare in un caso interno analogo il principio di proporzionalità (come richiesto, invece, dalla giurisprudenza europea) comporterebbe una tutela inferiore a fronte di situazioni equivalenti.

¹⁰¹ In ordine al rapporto tra utilizzabilità e prova transnazionale cfr. le autorevoli osservazioni di G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, in *Cass. pen.*, 2/2014, p. 696 ss.

¹⁰² È quanto emerge dall'art. 14 § 7 della direttiva a detta del quale «Fatte salve le norme procedurali nazionali, gli Stati membri assicurano che nei procedimenti penali nello Stato di emissione siano rispettati i diritti della difesa e sia garantito un giusto processo nel valutare le prove acquisite tramite l'OEI» (Corsivo nostro). Come è stato rilevato, «pare quasi che difetti una vera volontà di armonizzazione delle condizioni di reciproca ammissibilità delle prove». In questi termini, L. LUPARIA, *Note conclusive nell'orizzonte d'attuazione dell'Ordine europeo di indagine*, in (a cura di) T. Bene, L. Luparia, L. Marafioti, *L'ordine europeo di indagine. Criticità e prospettive*, cit., p. 250.

¹⁰³ Per un'"analisi costi/benefici" a riguardo si rimanda a M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 72 ss.

I punti deboli di questa scelta erano già stati avanzati dalla dottrina anteriormente al recepimento della direttiva¹⁰⁴. Le ritrosie per una tale opzione si fondavano sulla giurisprudenza che si era formata in materia: essa aveva infatti dichiarato inutilizzabili solo quelle prove che, raccolte all'estero, si ponessero in contrasto con l'ordine pubblico od il buon costume¹⁰⁵, con il rischio di limitare le garanzie processuali previste, invece, per i casi interni analoghi¹⁰⁶.

Ad ogni buon conto la scelta del legislatore è caduta su questa opzione per cui è opportuno intraprendere l'analisi partendo dalla norma di riferimento

Il decreto all'art. 36 comma 1 lett. a) prevede che i documenti e gli *atti irripetibili* acquisiti all'estero mediante OEI siano inseriti nel fascicolo del dibattimento; la lettera b) comporta invece che siano inseriti nel fascicolo del dibattimento gli *atti ripetibili* acquisiti all'estero ed a cui i difensori hanno avuto il diritto di partecipare (ad es. audizione del teste in videoconferenza, il quale è stato sottoposto a controesame secondo la dinamica del *cross examination* ed, in generale, gli atti assunti mediante il sistema della concelebrazione)¹⁰⁷.

Il comma 2 dispone infine che, al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 512-*bis* c.p.p., il giudice dia lettura dei verbali delle dichiarazioni rese all'estero, al di fuori delle ipotesi di incidente probatorio, acquisiti mediante l'Ordine. Anche in questo secondo caso la giurisprudenza ha fornito un'interpretazione estensiva della norma, dilatandone la sua portata applicativa¹⁰⁸.

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 74.

¹⁰⁵ «Sul punto va confermato, a giudizio di questo Collegio, l'orientamento giurisprudenziale secondo cui occorre avere riguardo, per l'apprezzamento della validità degli atti assunti all'estero, alla *lex loci*, sicché una questione di inutilizzabilità nel processo condotto dall'autorità giudiziaria italiana si pone nella misura in cui sia possibile ravvisare – (...) – l'eventuale contrasto di quelle modalità di assunzione della prova con norme inderogabili di ordine pubblico e buon costume che, si è precisato, non si identificano necessariamente con il complesso delle regole dettate dal codice di rito e, in particolare, con quelle relative all'esercizio dei diritti della difesa». In termini, Cass. SS.UU. 25 febbraio 2010, *Mills*, n. 15208, *Cass. pen.*, 9/2010, p. 2995 ss., con nota di F.M. FERRARI, *La corruzione susseguente in atti giudiziari, un difficile connubio tra dolo generico e dolo specifico, ivi*, p. 3023 ss. Sulla necessità di rispettare il diritto di difesa, ma secondo le modalità previste dallo Stato estero, cfr. Cass., Sez. II, 22 dicembre 2016, dep. 2017, n. 2173, in *C.E.D. Cass.*, n. 269000. Afferma infatti la Corte che «la prova non può essere acquisita in contrasto coi principi fondamentali e inderogabili dell'ordinamento giuridico italiano e, quindi, con l'inviolabile diritto di difesa; le concrete modalità di assistenza difensiva sono regolate, per la prevalenza della "*lex loci*", dalla legge dello Stato in cui viene compiuto l'atto (...)».

¹⁰⁶ In dottrina è stato inoltre osservato come vi sia il pericolo «che si replichino le prassi interpretative già adottate dalla giurisprudenza nei confronti delle rogatorie, le quali, in un atteggiamento di deferenza rispetto alla *lex loci*, affievoliscono non poco la protezione delle garanzie epistemiche e difensive previste dal nostro ordinamento per i casi nazionali analoghi». In questi termini, M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 213.

¹⁰⁷ Sul punto, cfr. A. MANGIARACINA, *L'acquisizione "europea" della prova cambia volto: l'Italia attua la Direttiva relativa all'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 173; M. TROGU, *op. cit.*, p. 1087 ss.

¹⁰⁸ In ordine all'art. 512-*bis*, note sono le SS.UU., 25 novembre 2010, n. 27918, in *Cass. pen.*, 3/2012, p. 858 ss., con nota di P. SILVESTRI, *Le Sezioni unite impongono rigore per l'acquisizione e l'utilizzazione delle dichiarazioni predibattimentali rese senza contraddittorio da persona residente all'estero*, *ivi*, p. 872 ss. L'Alto Consesso affermava in quell'occasione il seguente principio di diritto: «Affinché, ai sensi dell'art. 512-*bis* cod. proc. pen., possa disporsi la lettura dei verbali di dichiarazioni rese da persona residente all'estero è, tra l'altro,

Questo il dato positivo alla luce del diritto vivente. È necessario però rammentare come il momento dell'utilizzazione (e della successiva valutazione) sia intimamente connesso, dal punto di vista soggettivo e temporale, a quello dell'acquisizione del dato probatorio: il principio d'immediatezza lo impone. La scissione dei due momenti, ineluttabile nell'ambito della prova transnazionale, ne potrebbe alterare il contenuto epistemologico nonché ledere, come rilevato, le garanzie dell'imputato, il suo «diritto di difendersi provando»¹⁰⁹.

Occorre dunque coniugare due esigenze che a prima vista si porrebbero in antitesi: la tutela dei diritti fondamentali della persona nel corso della dinamica processuale e l'efficacia dell'azione investigativa.

Due però possono essere le chiavi di volta che consentono di superare questa dicotomia: la prima, di carattere sistematico, mira a leggere il decreto di recepimento alla luce della riforma del titolo XI del c.p.p. posta in essere con il d. lgs. 149 del 2017; la seconda, di carattere normativo, è finalizzata ad una lettura degli articoli 188, 189, 191, 729 c.p.p. in combinato disposto al decreto di recepimento.

In ordine al primo profilo, il d. lgs. 149 del 2017 ha innovato, qualche mese dopo il decreto di recepimento dell'OEI, il libro XI del codice di procedura penale. Le due direttrici che hanno orientato la riforma sono state, da un lato, il principio di sussidiarietà delle disposizioni codicistiche, le quali trovano applicazione solo in quanto le norme europee (e le relative leggi di attuazione) nonché quelle convenzionali internazionali «mancano o non dispongono diversamente» (art. 696 co. 3 c.p.p.); dall'altro, la

necessario: a) che vi sia stata una *effettiva e valida notificazione* della citazione del teste, secondo le modalità previste dall'art. 727 cod. proc. pen. per le rogatorie internazionali o dalle convenzioni di cooperazione giudiziaria, e che l'eventuale irreperibilità del teste sia vendicata mediante tutti gli accertamenti opportuni e necessari in concreto, non essendo sufficienti la mancata notificazione o le risultanze anagrafiche o verifiche meramente burocratiche; b) che *l'impossibilità dell'esame dibattimentale del teste sia assoluta ed oggettiva*, non potendo consistere nella mera impossibilità giuridica di disporre l'accompagnamento coattivo né in circostanze dipendenti dalla libera volontà del dichiarante o in situazioni temporanee o in difficoltà logistiche o economiche; c) *che sia stata inutilmente richiesta, ove possibile, la escussione del dichiarante attraverso una rogatoria internazionale "concelebrata" o "mista" del tipo di quella prevista dall'art. 4 della Convenzione Europea di assistenza giudiziaria in materia penale firmata a Strasburgo il 20 aprile 1959*». (Corsivo nostro). È stato osservato come questo pronunciamento «in molti casi ha condotto a ritenere utilizzabili le dichiarazioni a seguito del mero rifiuto immotivato dell'autorità straniera di esaminare il dichiarante nel rispetto del metodo dialettico. È una lettura che non appare in linea con il criterio di stretta necessità che discende dal controllo di proporzionalità». In termini, M. DANIELE, *La sfera d'uso delle prove raccolte*, in (a cura di) M. Daniele, R.E. Kostoris, *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 194.

¹⁰⁹ La celebre espressione, il cui portato assiologico ha informato il libro terzo del codice di procedura penale del 1988, è di G. VASSALLI, *Il diritto alla prova nel processo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 3 ss. Sul punto, cfr. M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Clueb, Bologna, 1989, p. 121 ss.

semplificazione degli strumenti di cooperazione giudiziaria¹¹⁰. L'*humus* della novella è dunque lo stesso nel quale è gemmato il decreto di recepimento dell'OEI¹¹¹.

Focalizzando la nostra attenzione sulla prospettiva che qui c'interessa, la tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle procedure di cooperazione è stata positivizzata nel codice di rito (*ex art. 696-ter*) proprio con la riforma del libro XI del c.p.p., che ha introdotto il titolo I-bis relativo ai provvedimenti giudiziari tra Stati membri dell'Ue. Tale norma prevede infatti che si può procedere al riconoscimento o all'esecuzione della misura purché non sussistano «fondate ragioni» (dunque concrete, non meramente potenziali) per ritenere che il soggetto possa subire «una grave violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato, dei diritti fondamentali della persona riconosciuti dall'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea o dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»¹¹².

In forza della sua collocazione topografica – la disposizione è infatti inserita tra i principi generali del mutuo riconoscimento di cui al titolo I-bis, a sua volta appendice del titolo I – l'art. 696-ter (*rectius*, il suo corredo garantistico) è in grado di irradiare i suoi effetti all'insieme dei rapporti intercorrenti tra autorità giudiziarie dei paesi appartenenti all'UE e dunque anche all'OEI. Pertanto, è difficile, alla luce della riforma, continuare a sostenere che l'utilizzabilità della prova raccolta all'estero dipenda dall'ordine pubblico e dal buon costume¹¹³.

Tale conclusione trova conferma nel decreto di recepimento dell'OEI il cui art. 1 impone il «rispetto dei principi dell'ordinamento costituzionale e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea in tema di diritti fondamentali, nonché in tema di diritti di libertà e di giusto processo»¹¹⁴, ossia di quel *milieu* giuridico che presiede alla tutela dei diritti della persona nel processo penale, scolpito, a nostro avviso, negli artt. 2, 3, 13, 14, 15, 24, 27, 111 e 112 della Costituzione, come anche negli artt. 6, 7 e 8 della CEDU ed artt. 7, 8, 47-50 CDFUE.

In questa prospettiva, si può evidenziare come la norma di esordio del d. lgs. – che in virtù del suo contenuto e della sua collocazione, può essere considerata “programmatica” – trovi attuazione lungo tutta la dinamica applicativa dell'OEI, come si evince dagli artt. 4 co. 2, art. 10 co. 1 lett. e ed art. 33 del decreto.

¹¹⁰ Cfr. G. DE AMICIS, *Prevalenza del diritto dell'Unione europea, delle Convenzioni e del diritto internazionale in generale* (sub. art. 696 c.p.p.), in (a cura di) A. Marandola, *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 4 ss.; ID., *Dalle rogatorie all'ordine europeo di indagine: verso un nuovo diritto della cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 25; C. PONTI, *Riforma dell'assistenza giudiziaria penale e tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento italiano. Dalla legge n. 149 del 2016 al recepimento della direttiva 2014/41/UE*, in *La leg. pen. on line*, 2 ottobre 2017, p. 1 ss.; M.R. MARCHETTI, *Cooperazione giudiziaria: innovazioni apportate e occasioni perdute*, in *Dir. pen. proc.*, 12/2017, p. 1545 ss.

¹¹¹ Sulla necessità di una «lettura integrata» dei due testi normativi, cfr. M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, cit., p. 2198.

¹¹² Corsivo nostro.

¹¹³ Sul punto si rimanda alle autorevoli osservazioni di R.E. KOSTORIS, *L'OEI nella dissolvenza tra regole e principi*, in (a cura di) M. Daniele, R.E. Kostoris, *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 12 ss.

¹¹⁴ Corsivo nostro.

In ordine alla procedura passiva, da un lato, l'art. 4 co. 2 afferma che l'esecuzione dell'Ordine è subordinata alle condizioni richieste dall'autorità di emissione purché le stesse «non siano contrarie ai principi dell'ordinamento giuridico dello Stato»; dall'altro, l'art 10 co. 1 lett. e – sulla falsariga dell'art. 11 lett. f della direttiva – estende il raggio di protezione, elevando a motivo di rifiuto dell'Ordine la violazione dell'art. 6 TUE¹¹⁵ e della Carta dei diritti fondamentali¹¹⁶.

Il salto di qualità rispetto al MAE appare evidente¹¹⁷. L'art. 10 co. 1 lett. e, nel considerare motivo di rifiuto dell'Ordine la violazione dell'art. 6 TUE, «non fa che recepire la strada intrapresa dalla Corte di giustizia con i casi *Aranyosi* e *Căldăraru*»¹¹⁸, che ha sospeso la cooperazione giudiziaria in quanto vi era il pericolo di una grave violazione dei diritti fondamentali¹¹⁹.

Avuto invece riguardo alla procedura attiva, l'art. 33 prevede che «L'autorità giudiziaria che ha emesso l'ordine di indagine concord(i) con l'autorità di esecuzione le modalità di compimento dell'atto di indagine o di prova, specificamente indicando i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori»¹²⁰.

Da ciò sembra emergere che la tutela dei diritti fondamentali della persona nel processo sia il paradigma attraverso cui vagliare la legittimità della richiesta (e della successiva esecuzione), ossia il filtro che precede e consente l'utilizzazione del dato probatorio raccolto nel processo penale¹²¹.

¹¹⁵ Come è stato osservato, l'art. 6.3 TUE rappresenta «la base primigenia dei diritti in ambito comunitario». In termini, R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in (a cura di) Id., *Manuale di procedura penale europea*, cit., p. 87.

¹¹⁶ A riprova di quanto fin qui sostenuto, è stato rilevato che l'art. 696-ter c.p.p. può svolgere, altresì, una funzione integratrice dell'art. 10 comma 2 lett. e) del decreto di recepimento OEL, che tra i motivi di rifiuto dell'OEL aveva previsto soltanto la violazione dell'art. 6 TUE e della Carta dei diritti fondamentali e non anche la grave violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico dello Stato. Cfr. A. MANGIARACINA, *Principi generali del mutuo riconoscimento* (sub art. 696-ter c.p.p.), in (a cura di) A. Marandola, *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 23 ss. (in particolare p. 32).

¹¹⁷ Infatti, aver individuato nella violazione dell'art. 6 TUE un motivo di rifiuto dell'Ordine rappresenta un enorme ed apprezzabile passo in avanti rispetto la disciplina del MAE, dove l'assenza di una clausola analoga ha reso necessario l'intervento integrativo della Corte di giustizia. Questa, peraltro, ha, a volte, privilegiato le esigenze «efficientiste» rispetto a quelle garantiste, come emerge nei noti casi *Radu* e *Melloni* (rispettivamente, Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 29 gennaio 2013, C-396/11 e Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 26 febbraio 2013, C-399/11). Sul punto cfr. A. MANGIARACINA, *op ult. cit.*, p. 26 ss. Un cambio di rotta si è successivamente avuto con Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 5 aprile 2016, *Aranyosi* e *Căldăraru*, cause C-404/15 e C-659/15 PPU. Su cui cfr. M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti*, cit., p. 177 ss. (in particolare p. 192 ss.).

¹¹⁸ Cfr. M. CAIANIELLO, *op. ult. cit.*, p. 2219.

¹¹⁹ Peraltro, come è stato osservato, tale disposizione, pur rientrando nel titolo dedicato alla procedura passiva, è in grado di irradiare i suoi effetti anche nella fase attiva in quanto «ha una valenza trasversale, e non può essere limitata alla sola fase esecutiva dell'OEL». In termini, M. CAIANIELLO, *ibidem*.

¹²⁰ Corsivo nostro.

¹²¹ D'altronde, come evidenziato nei paragrafi precedenti, le fasi anteriori all'utilizzazione della prova, ossia la richiesta e l'esecuzione dell'Ordine, sono caratterizzate dal costante richiamo alla tutela dei diritti fondamentali e dunque informate dal principio di proporzionalità. Cfr. artt. 6 § 1, 10 § 3 e 11 § 1 lett. f) direttiva 41/2014, ma anche artt. 1, 4, 7, 9 commi 1-3, d. lgs. 108/2017.

Al fine di garantire una tutela effettiva¹²² non ci si potrà limitare al mero ossequio dell'ordine pubblico e del buon costume: questi due contenitori devono infatti essere riempiti del contenuto costituito dai diritti fondamentali (di rango costituzionale) sia interni che sovranazionali¹²³. L'esperienza del MAE – nonché quella in materia di rogatorie – dovrebbe consentirci di non replicare le medesime lacune in punto di protezione dei diritti fondamentali.

Una precisazione è dovuta. Non ogni violazione di questi principi può costituire un limite al mutuo riconoscimento e dunque alla fruibilità della prova formata all'estero, ma soltanto una violazione *grave* (ex art. 696-ter c.p.p.), ossia una lesione che, all'esito del bilanciamento con altri principi di pari rango o della "triangolazione"¹²⁴, risulti priva di giustificazione e dunque sproporzionata¹²⁵. Sono tali quelle violazioni che incidono sul core del diritto, snaturandolo, *tamquam non esset*.

Detto altrimenti, non si richiede il rispetto di tutte le norme presenti nel codice di rito interno – si contravverrebbe allo spirito nonché alle previsioni della direttiva – ma di quel *milieu* di diritti fondamentali (in ambito processuale) che la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte Edu enuclea dalla Carta dei diritti e dalla Convenzione¹²⁶ e di cui l'autorità giudiziaria dovrà tener conto, *case by case*, tanto in fase di richiesta, quanto in fase di esecuzione.

¹²² La giurisprudenza della Corte di giustizia – basti pensare alla materia del MAE – non si accontenta del rispetto delle forme ma penetra nella sostanza del caso imponendo l'effettivo rispetto del corredo garantistico dell'imputato/indagato. Cfr., tra le altre, Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 5 aprile 2016, *Aranyosi e Caldăraru*, cause C-404/15 e C-659/15 PPU.

¹²³ Come è stato affermato da autorevole dottrina, «una decisione italiana non potrebbe basarsi su una prova ritualmente acquisita all'estero secondo la normativa straniera, qualora sussistesse un contrasto con i diritti fondamentali riconosciuti nel nostro ordinamento. (...) E la salvaguardia dei diritti fondamentali è ancor più giuridicamente rilevante dopo aver chiarito, come accennato all'inizio del presente lavoro, che una violazione di quelli sanciti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo sarebbe altresì costituzionalmente illegittima ai sensi dell'art. 117, comma 1, Cost». In questi termini, G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, cit., p. 702.

¹²⁴ Sul procedimento di "triangolazione", cfr. M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell'Unione Europea, Cedu e sistemi nazionali*, cit., p. 48 ss.

¹²⁵ Il sindacato di proporzionalità diviene necessario in particolar modo quando gli *standard* europei siano inferiori a quelli nazionali: in tale caso «occorre, pertanto, che i giudici chiamati ad applicare il diritto dell'Unione motivino le loro valutazioni, in modo da chiarire le ragioni per cui, nel singolo caso concreto, il conseguimento degli obiettivi eurounitari non comporterebbe una inutile o, comunque, sproporzionata violazione dei diritti fondamentali». In termini, A. MANGIARACINA, *Principi generali del mutuo riconoscimento* (sub art. 696-quinquies c.p.p.), in (a cura di) A. Marandola, *Cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 42. Cfr. M. DANIELE, *op. ult. cit.*, p. 49 ss. Sembra riecheggiare in questi casi la nozione di «circostanze eccezionali» presente nella sentenza *Aranyosi e Căldăraru*, le uniche nelle quali è consentita una limitazione del principio mutuo riconoscimento, limitazione connaturata all'applicazione del principio di proporzionalità. Sul concetto di gravità dell'ingerenza, come rilevato *supra sub par. 3.2*, cfr. Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 2 ottobre 2018, *Ministerio Fiscal*, C-207/16.

¹²⁶ Va precisato come il contenuto dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta e dalla Convenzione si caratterizzi per la liquidità dei suoi contorni. Esso, infatti, non è qualcosa di prestabilito ma è, piuttosto, a "formazione progressiva", in quanto viene individuato, *case by case*, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte Edu.

Il decreto – uniformandosi alla direttiva – non impone, infatti, un’applicazione generalizzata della *lex fori*, ma crea le condizioni affinché dal “dialogo collaborativo” tra i giudici coinvolti si giunga ad un risultato «di sintesi e di semplificazione»¹²⁷: da un lato, l’autorità di emissione dovrà indicare le forme essenziali¹²⁸ che rendano la prova utilizzabile nell’ordinamento interno; dall’altro, l’autorità di esecuzione sarà chiamata ad eseguire le operazioni in base alla richiesta ricevuta, purché queste non contrastino con i principi fondamentali del proprio ordinamento (artt. 4 co. 2 e 5 co. 3 d. lgs. – art 9 § 2 direttiva) e con gli obblighi dello Stato previsti dall’art. 6 TUE e dalla CDFUE (art. 10 co. 1 lett. e d. lgs.).

Occorre dunque individuare un criterio condiviso tra le due autorità giudiziarie – ossia rispettoso sia della *lex fori* che della *lex loci* – in grado di dare concretezza ed effettività alla tutela dei diritti fondamentali nella dinamica processuale transnazionale e, allo stesso tempo, di ottenere un dato utilizzabile nel giudizio *a quo*.

La proporzionalità – imponendo il bilanciamento tra tutela dei diritti fondamentali e le esigenze efficientiste connaturate alla raccolta del materiale probatorio all’estero¹²⁹ – può rappresentare lo strumento idoneo a raggiungere quell’imprescindibile obiettivo e dunque consentire la raccolta di un dato probatorio utilizzabile in quanto rispettoso dei *principi dell’ordinamento costituzionale*, oltreché dell’*acquis communautaire*¹³⁰.

¹²⁷ M. CAIANIELLO, *op. ult. cit.*, p. 2215 ss.

¹²⁸ Cfr. art. 9 § 2 direttiva ed art. 33 del d. lgs. 108/2017. Va evidenziato come indicare ed attenersi alle forme essenziali che consentano l’utilizzabilità del dato raccolto – purché le procedure richieste non siano in conflitto con i principi fondamentali dello stato in cui l’Ordine deve essere eseguito (art. 9 § 2 direttiva) – costituisca, in ossequio alla logica della fiducia reciproca, un dovere in capo, rispettivamente, all’autorità di emissione ed a quella di esecuzione. Nel caso di una richiesta “negligente” (*rectius*, lacunosa) – ossia che non imponga il rispetto dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nelle operazioni esecutive e delle forme essenziali – non si potrà considerare utilizzabile la prova raccolta dal giudice dell’esecuzione soltanto perché questi si è attenuto alle carenti indicazioni presenti nell’Ordine. Detto altrimenti, il vizio della richiesta potrebbe essere idoneo a comportare l’inutilizzabilità della prova transnazionale. In tale ottica, sarà fondamentale la possibilità concessa alla difesa di vagliare la legittimità del procedimento di formazione della prova all’estero e nel caso di mancato rispetto delle forme essenziali nonché dei diritti fondamentali eccepire l’inutilizzabilità del dato raccolto. Cfr. anche *sub* nt. 133.

¹²⁹ Si fa riferimento all’accezione di “proporzionalità in senso stretto” che si risolve nella «valutazione comparativa tra l’intensità dell’intervento pubblico sulla sfera giuridica dell’individuo ed il “peso specifico” dell’obiettivo perseguito dall’esercizio del potere». In questi termini, A. MARLETTA, *op. cit.*, p. 71. Il principio, infatti, è in grado di fare da sintesi al dicotomico rapporto tra autorità ed individuo. Cfr. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 162 ss.

¹³⁰ In questa prospettiva, è stato evidenziato come «il contenuto dei diritti fondamentali e, di conseguenza, delle garanzie processuali non potrebbe essere ricostruito solo in base al diritto dell’Unione e ai precedenti della Corte di giustizia, ma deve essere oggetto di una *triangolazione*: le prescrizioni eurounitarie vanno coordinate con la CEDU nell’interpretazione fornite dalla Corte europea e con le norme nazionali». In questi termini, M. DANIELE, *La triangolazione delle garanzie processuali fra diritto dell’Unione Europea, Cedu e sistemi nazionali*, cit., p. 51. Inoltre, è stato autorevolmente rilevato come «occorre discostarsi dal criterio di gerarchia nell’ordine delle fonti del diritto, (...) per approdare ad una integrazione delle tutele orientata dal principio di massima espansione dei diritti fondamentali» In termini, G. SILVESTRI, [L’individuazione dei diritti della persona](#), in questa *Rivista*, 29 ottobre 2018, p. 6.

Il *test* di proporzione può, infatti, fungere da “catalizzatore” della tutela dei diritti fondamentali nella dinamica applicativa dell’OEI imposta dagli artt. 4 co. 2, art. 10 co. 1 lett. e ed art. 33 del d. lgs. incidendo, già da questo angolo visuale, sull’utilizzabilità della prova raccolta all’estero¹³¹. Se (per assurdo) e nonostante il dovere di attenersi alle prescrizioni contenute nella richiesta così come indicate dall’autorità di emissione, l’autorità di esecuzione non rispettasse altresì il corredo garantistico necessario connaturato al principio *de quo*¹³², ledendo gravemente nell’esecuzione dell’Ordine uno o più diritti fondamentali, già a livello di principi generali, è possibile contestare l’utilizzabilità del dato raccolto¹³³.

Si tratta ora di verificare se tale interpretazione regge anche sul piano delle regole applicative. L’art. 36 non facilita tale operazione. Al comma 1 esso prevede che vengano inseriti nel fascicolo del dibattimento *ex art.* 431 c.p.p.: «a) i documenti acquisiti all'estero mediante ordine di indagine e i verbali degli atti non ripetibili assunti con le stesse modalità; b) i verbali degli atti, diversi da quelli previsti dalla lettera a), assunti all'estero a seguito di ordine di indagine ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere e di esercitare le facoltà loro consentite dalla legge italiana. dei documenti e degli atti irripetibili assunti mediante OEI nonché degli atti ripetibili ai quali i difensori sono stati posti in grado di assistere». Al comma 2 afferma che «nei casi e con le modalità di cui all’articolo 512-bis del codice di procedura penale il giudice dà lettura dei verbali di dichiarazioni rese all'estero, diversi da quelli di cui all’articolo 431, comma 1, lettera e), del codice di procedura penale, acquisiti a seguito di ordine di indagine emesso nelle fasi precedenti il giudizio»¹³⁴.

¹³¹ D'altronde, la giurisprudenza della Corte di giustizia (cfr. sentenza *WebMind Lincense* C-419/14 del 17 dicembre 2015) ha avuto modo di rilevare come il rispetto del principio di proporzionalità sia necessario ai fini della validità della prova raccolta. In quest’ottica autorevole dottrina ha affermato che «la trasgressione del principio in esame deve portare, nell’ordinamento emittente, alla dichiarazione d’invalidità della prova acquisita». In termini, M. CAIANIELLO, *L’attuazione della direttiva sull’ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, cit., p. 2217.

¹³² Come è stato osservato, «La misura «tollerabile» della restrizione dei diritti riconosciuti in ambito comunitario, pertanto, va ricostruita attraverso il calibro della proporzionalità, la cui operatività segue, in ampiezza e in profondità, l’espansione del diritto europeo». In termini, S. TESORIERO, *op. cit.*, p. 1536.

¹³³ Ragionando sempre per assurdo, potrebbe darsi anche l’ipotesi per la quale, sul presupposto implicito del rispetto delle minime garanzie difensive, l’Autorità nazionale richiedente non le avesse specificate e l’autorità di esecuzione avesse raccolto la prova secondo una procedura non rispettosa delle stesse nonché della Carta dei diritti e della Convenzione. In tale circostanza il sindacato di proporzionalità, quale strumento finalizzato alla tutela dei diritti, può essere compiuto solo nel momento in cui il dato probatorio deve essere acquisito nel fascicolo del dibattimento e dunque utilizzato.

¹³⁴ L’art. 512-bis rappresenta uno dei “buchi neri” del sistema accusatorio italiano. Come visto, l’orientamento fatto proprio dalla sentenza delle Sezioni unite, 25 novembre 2010, n. 27918 (cit. *supra*, sub nt. 108) tende ad ampliare le maglie applicative della norma, consentendo l’acquisizione nel fascicolo del dibattimento, mediante lettura, delle dichiarazioni rese nelle fasi preliminari dal soggetto a fronte dell’immotivato rifiuto dell’autorità giudiziaria di dar corso all’esame mediante concelebrazione. A tal proposito è stato rilevato che «questa interpretazione recessiva, purtroppo, pare trovare conferma nell’art. 29 del decreto, ai sensi del quale la raccolta concelebrata della prova potrebbe avvenire “previo accordo” con l’autorità straniera, consegnando a quest’ultima un potere di veto». In termini, M. DANIELE, *L’ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 213. Da ultimo, sull’art. 512-bis, cfr. Cass., Sez. V, 18 gennaio 2017, n. 13522, in C.E.D. Cass., n. 269398. Sull’art. 36 c. 2 del d. lgs., vd.

Nelle ipotesi di cui al primo comma, bisogna operare una distinzione tra i diversi atti oggetto dell'Ordine. Per ciò che concerne i documenti di cui alla lettera a), la loro utilizzabilità è subordinata al rispetto delle disposizioni dettate dal libro III del codice di rito (artt. 234-243 c.p.p.)¹³⁵. Nel caso in cui si tratti di verbali di atti *irripetibili* (ex lett. a) assunti mediante l'Ordine, come osservato in dottrina, questi, nonostante il silenzio della norma, devono essere compiuti secondo le modalità concordate ai sensi dell'art. 33 del d. lgs. di recepimento, ossia rispettando «i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori»¹³⁶.

Per l'assunzione all'estero degli atti *ripetibili* (ipotesi di cui alla lett. b), invece, è la stessa norma che impone la presenza del difensore (*rectius*, la possibilità concessa al difensore di esercitare le proprie facoltà e di assistere) al compimento dell'atto.

Giunti a tal punto, similmente a quanto avviene in ambito rogatorio, occorre operare un ulteriore distinguo tra gli atti eseguiti dall'autorità straniera in quanto *ordinati* da quella nazionale e gli atti compiuti *motu proprio* dal giudice straniero e richiesti da quello italiano¹³⁷. In questi ultimi casi la norma di riferimento è l'art. 78 *disp. att.* c.p.p.

Bisogna dunque verificare se anche alla disciplina dell'OEI sia applicabile tale ultima disposizione nel caso di atti *preesistenti*, "geneticamente" allogeni, come i verbali di prova di un procedimento penale estero¹³⁸.

Al comma uno dell'art. 78 si legge che «la documentazione di atti di un procedimento penale compiuti da autorità giudiziaria straniera può essere acquisita a norma dell'articolo 238 del codice»¹³⁹. Quest'ultima norma consente l'acquisizione dei verbali di prove provenienti da altro procedimento purché si tratti di prove assunte in

amplius, M. TROGU, *op. cit.*, p. 1089 ss.

¹³⁵ In questa prospettiva, cfr. M. TROGU, *op. cit.*, p. 1087. Sulla distinzione tra i concetti di "atto" e "documento", cfr. G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, cit., p. 698 ss.

¹³⁶ Infatti, «anche in questo caso è implicito che durante il compimento dell'atto nello Stato membro di esecuzione, l'autorità di esecuzione debba aver assicurato il rispetto delle garanzie indicate a norma dell'art. 33 dall'autorità di emissione. L'omessa indicazione dei diritti e delle facoltà da rispettare a norma del codice di procedura o l'omesso rispetto in fase esecutiva di tali diritti e facoltà rende l'atto nullo e la relativa documentazione non acquisibile a dibattimento». In termini, M. TROGU, *op. cit.*, p. 1087. Per l'A., relativamente agli atti divenuti non ripetibili per una causa sopravvenuta e non prevedibile si applicheranno, invece, le norme di cui agli artt. 512 e 515 c.p.p. Cfr. *ivi*, p. 1088.

¹³⁷ Sul punto, cfr. R. BELFIORE, *La prova penale "raccolta" all'estero*, Aracne, Roma, 2014, p. 112 ss.

¹³⁸ Cfr. M. TROGU, *op. cit.*, p. 1088 ss. L'art. 2 co 1 lett. a) del decreto di recepimento consente di acquisire tramite l'OEI «informazioni o prove che sono già disponibili». L'art. 10 par. 2 lett. a) della direttiva prevede inoltre che «devono sempre essere disponibili in base al diritto dello Stato membro di esecuzione: a) l'acquisizione di informazioni o prove che sono già in possesso dell'autorità di esecuzione quando, in base al diritto dello Stato di esecuzione, tali informazioni o prove avrebbero potuto essere acquisite nel quadro di un procedimento penale o ai fini dell'OEI; (...)». Tale disposizione è stata trasposta all'art. 9 comma 5 del decreto di recepimento.

¹³⁹ Come è stato rilevato, «tale prescrizione ha finito con il legittimare la prassi della trasmissione spontanea di informazioni tra le autorità giudiziarie, la quale, avendo ad oggetto prove già formate negli altri sistemi, incrementa le *chances* che le medesime siano acquisite in base a regole diverse da quelle nazionali». In termini, M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 89.

incidente probatorio o in dibattimento (comma 1); è inoltre previsto che i verbali di dichiarazioni rese in altro procedimento possano essere utilizzati contro l'imputato a condizione che il suo difensore abbia partecipato all'assunzione della prova (comma 2-bis). Vi è dunque una tutela forte del contraddittorio¹⁴⁰ che trova conferma nell'art. 14 § 7 della direttiva, a detta del quale lo Stato di emissione deve rispettare i diritti di difesa e garantire il giusto processo all'atto della valutazione della prova acquisita mediante OEI. Pertanto, anche alla disciplina dell'Ordine dovranno applicarsi i requisiti previsti dall'art. 238 c.p.p. a tutela del contraddittorio¹⁴¹.

Il comma secondo dell'art. 78 *disp. att.* c.p.p.¹⁴² è maggiormente problematico in quanto, in virtù l'interpretazione datane dalla giurisprudenza, vige una "presunzione di legittimità" per gli atti *irripetibili* assunti dalla polizia giudiziaria straniera¹⁴³. Tali atti possono essere infatti assunti nel fascicolo del dibattimento solo se la parti vi consentono o dopo l'esame dell'autore degli stessi in contraddittorio. Il giudice interno – stante la vigenza della presunzione di legittimità – non può sindacare la regolarità dell'atto non ripetibile compiuto dalla polizia straniera ma soltanto la «compatibilità del diritto straniero sulla base del quale l'atto è stato compiuto con i principi inderogabili dell'ordinamento interno»¹⁴⁴.

Tra questi ultimi rientrano senz'altro «i principi dell'ordinamento costituzionale e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea» (art. 1 d. lgs.) nonché «i diritti e le facoltà riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori», i quali devono essere «specificatamente» indicati dall'autorità giudiziaria italiana all'autorità di esecuzione ai sensi dell'art. 33 del decreto.

Detto altrimenti, il mancato rispetto di questi diritti e facoltà nonché dei principi inderogabili dell'ordinamento incide negativamente sulla prova raccolta¹⁴⁵: anche dalla

¹⁴⁰ In tal senso cfr. M. TROGU, *op. cit.*, p. 1088.

¹⁴¹ Sul punto cfr. M. TROGU, *ibidem*.

¹⁴² Il quale dispone che «gli atti non ripetibili compiuti dalla polizia straniera possono essere acquisiti nel fascicolo per il dibattimento se le parti vi consentono ovvero dopo l'esame testimoniale dell'autore degli stessi, compiuto anche mediante rogatoria all'estero in contraddittorio». Come precisato dalla giurisprudenza (Cass., Sez. I, 23 gennaio 2002, n. 23597, in *Arch. n. proc. pen.*, 2002, p. 531 ss.) «la disposizione si riferisce ad atti di accertamento direttamente eseguiti dalla polizia (rilievi tecnici, ispezioni, sequestri e simili), e non già da questa "assunti" o "raccolti" da fonti esterne (...); per le informazioni testimoniali assunte da inquirenti stranieri vale quindi la meno restrittiva disciplina di acquisizione di cui all'art. 512-bis c.p.p. (...).» Sul punto cfr. R. BELFIORE, *op. ult. cit.*, p. 119; ma anche G. UBERTIS, *La prova acquisita all'estero e la sua utilizzabilità in Italia*, cit., p. 700.

¹⁴³ Si parla di una presunzione di legittimità in quanto la regolarità dell'atto – e dunque la possibilità di utilizzarlo – è valutata dal giudice straniero alla stregua della *lex loci* e non della *lex fori*. A detta della giurisprudenza infatti, «l'utilizzazione degli atti non ripetibili compiuti in territorio estero dalla polizia straniera e acquisiti nel fascicolo per il dibattimento non è condizionata all'accertamento, da parte del giudice italiano, della regolarità degli atti compiuti dall'autorità straniera, vigendo una presunzione di legittimità dell'attività svolta e spettando al giudice straniero la verifica della correttezza della procedura e l'eventuale risoluzione di ogni questione relativa alle irregolarità riscontrate». Cfr. Cass., Sez. II, 18 maggio 2010, n. 24776, *Mass.*, in *Cass. pen.*, 7-8, 2011, p. 2677.

¹⁴⁴ Cass., Sez. V, 13 luglio 2016, n. 45002, in *C.E.D. Cass.*, n. 268457.

¹⁴⁵ In questa prospettiva è stato affermato che se i diritti e le facoltà di cui all'art. 33 «non sono garantiti, l'atto è invalido per il nostro ordinamento. E tale invalidità deve essere riconosciuta sia rispetto alle prove

lettera della legge, secondo un'interpretazione *rights oriented*, è possibile affermare che per la validità del dato probatorio (sia quello *precostituito* che quello *ordinato*) è necessario, da un lato, osservare le forme essenziali della richiesta, ossia quei principi che la *lex fori* considera indispensabili ai fini dell'acquisizione e della successiva utilizzazione del dato probatorio e, dall'altro, tutelare i diritti fondamentali dell'imputato/indagato, ossia occorre eseguire l'Ordine secondo modalità conformi al principio di proporzionalità¹⁴⁶.

Nel caso di violazione *grave*¹⁴⁷ (*rectius*, sproporzionata) della sfera giuridica dei soggetti interessati, l'invalidità che ne deriva, trovandoci in ambito probatorio, potrebbe assumere le forme dell'inutilizzabilità del dato raccolto *ex art. 191 c.p.p.*¹⁴⁸.

In materia di prova transnazionale, tale istituto si rivela di fondamentale importanza in quanto consente al difensore dell'imputato di far rilevare, «in ogni stato e grado del procedimento», l'inutilizzabilità delle «prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge».

costituende in forza dell'ordine di indagine, sia rispetto alle prove pre-costituite nell'ambito di un procedimento straniero di cui sia richiesta l'acquisizione mediante ordine di indagine». In termini, M. TROGU, *op. cit.*, p. 1089.

¹⁴⁶ A tal proposito si è rilevato come «la proporzionalità, in questo modo, serve da bussola ai fini della diagnosi delle inutilizzabilità statuite dagli artt. 431 e 512-*bis* c.p.p.: sarebbero vietate le prove raccolte a seguito di una violazione del contraddittorio, del diritto di difesa e degli altri diritti fondamentali in gioco non debitamente motivata alla luce delle circostanze del caso concreto». In termini, M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 214; ma anche ID., *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 77.

¹⁴⁷ Cfr. art. 696-*ter* c.p.p. Infatti, occorre ricordare come non ogni lesione dei diritti fondamentali sia in grado di comportare l'inutilizzabilità del dato probatorio ma, soltanto, le violazioni *gravi* e dunque sproporzionate.

¹⁴⁸ Difatti, come osservato, «l'inutilizzabilità (...) rappresenta una ipotesi di invalidità posta a tutela della compromissione dei diritti fondamentali». In termini, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 161. Questo strumento, non è sconosciuto alla disciplina delle prove acquisite all'estero, anzi l'art. 729 c.p.p. comma 4 richiama espressamente l'art. 191 comma 2. Peraltro, tale «divieto probatorio, pur non espressamente previsto, può ritenersi implicito nella direttiva, in quanto ricollegabile ad un'inequivocabile scelta del legislatore eurounitario». In termini, M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 210. Sul concetto di inutilizzabilità cfr. G. ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2/2010, p. 521 ss.; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Cedam, Padova, 1990; F. M. GRIFANTINI, voce *Inutilizzabilità*, in *Dig. d. pen.*, vol. VII, Utet, Torino, 1993, p. 242 ss.; M. DANIELE, *Regole di esclusione e regole di valutazione della prova*, Giappichelli, Torino, 2009; A. NAPPI, *A proposito della cosiddetta inutilizzabilità derivata*, in *Cass. pen.*, 9/2018, p. 3046 ss.

A nostro avviso, nel concetto di «divieti stabiliti dalla legge» vanno ricomprese le previsioni della direttiva¹⁴⁹ così come trasposte nel decreto di recepimento¹⁵⁰ che incidono sulla validità del dato raccolto nel caso di mancata osservanza delle forme richieste o di violazione dei diritti fondamentali dell'imputato/indagato.

È lo stesso codice di rito che impone il rispetto di questi ultimi, individuando nella “libertà di autodeterminazione” *ex art. 188 c.p.p.* nonché nella “libertà morale” *ex art. 189 c.p.p.* le “colonne d’Ercole” invalicabili al fine di poter assumere – e dunque utilizzare – le prove tipiche ed atipiche.

Proprio queste due norme, a ben vedere, costituiscono “il precipitato codicistico”, seppur implicito, del principio di proporzionalità¹⁵¹: le ragioni dell’autorità (l’acquisizione e la successiva utilizzazione della prova) non possono ledere la dignità della persona¹⁵².

¹⁴⁹ La direttiva, come osservato, si compone di «norme a struttura aperta (...) che vanno riempite di contenuto caso per caso dalle autorità giudiziarie chiamate a raccogliere ed a utilizzare le prove». In termini M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull’ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 91 ss. L’A. rileva come nella direttiva emergano ipotesi di inutilizzabilità sia implicite (art. 6 § 1 lett. b, considerando 7 e artt. 1 § 1 e 10 § 2 lett. a) che, in un caso, anche esplicite (art. 31). Sul punto, cfr. ID., *La sfera d’uso delle prove raccolte*, in (a cura di) M. Daniele, R.E. Kostoris, *L’ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 182 ss. Anteriormente al recepimento della direttiva era stato osservato come la presenza al suo interno di «clausole elastiche» in ordine alla raccolta della prova «suggerisce l’adozione di regole di esclusione simmetricamente dotate di una struttura non rigida ma discrezionale (...). Tale sarebbe, in particolare, una regola che prescriverebbe l’inutilizzabilità delle prove raccolte tramite l’OEI in violazione dei diritti fondamentali richiamati dall’art. 6 TUE: ossia considerati nelle loro implementazioni convenzionali, eurounitarie e nazionali». In termini, ID., *L’impatto dell’ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 74. A tal proposito, va rilevato come l’operato dei giudici nazionali sarà “guidato” dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sulla direttiva 41 del 2014. In virtù della funzione nomofilattica che la Corte svolge, le sue sentenze interpretative – sebbene dotate formalmente di efficacia *inter partes* – costituiranno un parametro imprescindibile per il giudice interno nel momento in cui dovrà verificare se la prova è stata acquisita in violazione dei divieti posti dalla legge. Questi dovranno quindi essere valutati anche alla luce della interpretazione fornita dalla Corte di Lussemburgo, le cui sentenze andranno dunque ad “integrare” il dato normativo.

¹⁵⁰ Il riferimento è alle disposizioni, analizzate nel corso della presente trattazione, che condizionano la legittimità dei risultati ottenuti attraverso l’Ordine al rispetto dei principi generali dello Stato di esecuzione, delle forme essenziali richieste, dei presupposti previsti dalla legge italiana, dei diritti fondamentali tutelati dalle Carte nonché di quelli riconosciuti dalla legge alle parti e ai loro difensori (cfr. artt. 1, 4 co. 2, 5 co. 3, 9 co.1 e 3, 10 co. 1 lett. e, art. 33 ed art. 36 d. lgs. cit.).

¹⁵¹ In ordine all’art. 188 c.p.p., cfr. F. FALATO, *op. cit.*, p. 17 ss. L’A. afferma che «l’art. 188 c.p.p. (...) diviene parametro utile a stabilire i termini definitivi del pregiudizio che potrebbe derivare ai diritti e alle libertà dell’individuo dalla esecuzione dell’Ordine di indagine – che perciò è negato – ed a rendere normativamente guidato il tasso di discrezionalità che fisiologicamente connota il principio di proporzionalità». ID., *ivi*, p. 29.

¹⁵² Questa, come è stato autorevolmente osservato, «in quanto premessa dei diritti fondamentali, non è un diritto fondamentale a sé stante, ma sintesi di tutti i principi e diritti fondamentali costituzionalmente tutelati. Essa non è bilanciabile, in quanto è essa stessa la bilancia sulla quale disporre i beni costituzionalmente tutelati, che subiscono compressioni e corrispondenti aumenti, entro i limiti di tutela della dignità, che nasce piena in ogni individuo e non si acquista per meriti e non si perde per demeriti». In termini, G. SILVESTRI, *L’individuazione dei diritti della persona*, cit., p. 11. L’A. rimanda, in nota, alle considerazioni svolte sul punto da: P. HÄBERLE, *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, (1983), tr. it. La Nuova Italia Scientifica, Roma, 1993, p. 177; D. MESSINEO, *La garanzia del “contenuto essenziale” dei diritti*

Difatti, gli articoli 188¹⁵³ e 189 sono espressione di quei principi dell'ordinamento costituzionale che ai sensi dell'art. 1 d. lgs. 108 del 2017 orientano tanto la fase attiva quanto quella passiva dell'Ordine, rappresentando i confini invalicabili anche per gli strumenti della cooperazione giudiziaria e dunque un limite al mutuo riconoscimento.

In estrema sintesi, il canone di proporzione (art. 7 d. lgs.) trova il suo referente codicistico in ambito probatorio negli articoli 188 e 189 c.p.p., la violazione dei quali è sanzionata con l'inutilizzabilità del dato raccolto (art. 191 c.p.p.). Pertanto, l'esecuzione di un ordine secondo modalità contrarie al principio di proporzionalità – ossia che ledono in maniera *grave* i diritti fondamentali – comporta la formazione di una prova inutilizzabile per l'ordinamento interno.

Entra, così, dall'“ingresso principale” il sindacato di proporzionalità sul prodotto probatorio raccolto all'estero: la violazione del principio – che si risolve in una lesione dei diritti fondamentali nelle dinamiche esecutive dell'Ordine – se non eccedeva in una fase precedente, potrà autonomamente condurre alla dichiarazione di inutilizzabilità della prova.

4. Conclusioni.

Ad uno sguardo d'insieme si può affermare che il principio di proporzionalità rappresenti la cifra più profonda del nuovo strumento d'indagine.

Il decreto attuativo, da questo angolo visuale, rispecchia abbastanza fedelmente la direttiva; anzi, dedicando un intero articolo al principio *de quo*, esalta la sua importanza nella dinamica applicativa, nonché nel momento ermeneutico¹⁵⁴.

Nonostante «l'alto tasso di discrezionalità» che lo connota – caratteristica che induce a «maneggiarlo con la massima cautela»¹⁵⁵ – esso è un criterio irrinunciabile tanto

fondamentali. Dalla tutela della dignità umana ai livelli essenziali delle prestazioni, Giappichelli, Torino, 2012, p. 144; nonché a Corte cost., 09 maggio 2013, n. 85.

¹⁵³ Come affermato dalla Corte costituzionale, l'art. 188 c.p.p. «tutelando la “libertà morale della persona nell'assunzione della prova”, rappresenta una diretta applicazione dell'art. 2 della Costituzione». In termini, Corte. cost., 1 giugno 1998, n. 229, in *Giur. cost.*, 3/1998, p. 1786 ss.

¹⁵⁴ Difatti, come analizzato nel corso della trattazione, il principio è in grado di orientare, da un lato, la richiesta e l'esecuzione dell'Ordine e, dall'altro, *ex post*, la valutazione di compatibilità delle modalità operative con i principi fondamentali.

¹⁵⁵ In questi termini, M. DANIELE, *L'impatto dell'ordine europeo di indagine penale sulle regole probatorie nazionali*, cit., p. 76.

nei passaggi in cui l'Ordine ne impone l'osservanza¹⁵⁶, quanto nei profili problematici che, implicitamente, ne richiedono l'utilizzo¹⁵⁷.

A riprova di ciò, riprendendo le categorie tipiche dell'analisi economia del diritto¹⁵⁸, l'efficienza della proporzionalità nell'Ordine può essere valutata attraverso un'analisi comparativa tra costi e benefici.

Per ciò che concerne i primi, è stato sostenuto che l'applicazione generalizzata del canone di proporzione potrebbe collidere con il principio di legalità processuale, lasciando al giudice una discrezionalità eccessiva e contravvenendo, così, al dettato costituzionale che lo vuole sottoposto soltanto alla legge (art. 101 co. 2 Cost.)¹⁵⁹.

A tal proposito, può essere osservato come questa dicotomia possa essere superata imponendo al giudice, nel caso in cui venga in gioco il principio di proporzione, un *surplus* di motivazione. Il margine di discrezionalità che ontologicamente connota quest'ultimo gli imporrebbe, infatti, una puntuale giustificazione (*rectius*, motivazione) – che il codice già prevede in ambito cautelare (art. 292 c.p.p.) – secondo il metodo della “proceduralità argomentativa”.

¹⁵⁶ Il riferimento è al doppio controllo di proporzionalità che deve essere compiuto sia dall'autorità emittente che da quella ricevente. Sul punto cfr. M. DANIELE, *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in (a cura di) M. Daniele, R.E. Kostoris, *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 67 ss. Per l'A., inoltre, «Quando l'autorità di esecuzione adotti modalità istruttorie diverse da quelle indicate dall'autorità di emissione, opera un terzo ed ultimo vaglio di proporzionalità, che spetta al giudice nazionale competente a decidere se la prova debba essere inclusa nella piattaforma probatoria a sostegno della decisione di merito». ID., *ivi*, p. 70.

¹⁵⁷ Quale ad esempio il momento dell'utilizzazione del dato probatorio, nel quale la proporzionalità svolge una funzione “selettiva” della validità del dato raccolto.

¹⁵⁸ Questa ben si attaglia alla logica della proporzionalità, in particolar modo allo *step* della necessità. Sul punto cfr. A. MARLETTA, *op. cit.*, p. 68.

¹⁵⁹ «Nell'ordinamento italiano i giudici ordinari sono tenuti a verificare la conformità della vicenda concreta alla norma corrispondente, ma non sono abilitati a dettare quest'ultima per risolvere un ipotetico attrito assiologico. (...) La condotta degli organi giurisdizionali ordinari deve pertanto ispirarsi al principio di proporzionalità nella preferenza da accordare a uno strumento piuttosto che a un altro tra quelli contemplati dall'ordinamento (ad esempio, nella scelta del tipo e del modo esecutivo concernenti un'acquisizione probatoria o una misura cautelare), ma non può trovare in tale canone una giustificazione per condotte estranee al tessuto normativo interno, poiché va ribadito che la ponderazione del rapporto tra questo e le fonti internazionalistiche o sovranazionali spetta al legislatore e alla Corte costituzionale». In termini, G. UBERTIS, *Equità e proporzionalità versus legalità processuale: eterogenesi dei fini?*, in *Arch. pen.*, 2/2017, p. 391 ss. È stato, però, osservato, come «l'approccio della Corte di giustizia alla interpretazione conforme pare meno attento ai dettami del lato letterale delle previsioni», come dimostra il caso Pupino (Corte di giustizia, Grande Sezione, sent. 16 giugno 2005, C- 105/03), su cui vd. S. ALLEGREZZA, *Il caso “Pupino”: profili processuali*, in (a cura di) F. Sgubbi, V. Manes, *L'interpretazione conforme al diritto comunitario in materia penale*, Bonomia University Press, Bologna, 2007, p. 53 ss. In forza di questa considerazione e della circostanza per cui l'Unione è autorizzata a legiferare in materia processual-penale (art. 82 TFUE), «è realistico preconizzare che il limite individuato dalla Corte costituzionale – la lettera della norma – possa essere valicato con una certa frequenza, e forse del tutto, col tempo, in nome del canone di proporzione». Così, M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel processo penale*, cit., p. 157 ss. Sul punto si rimanda alle considerazioni svolte da M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 214 ss.; ma anche ID., *I chiaroscuri dell'OEI e la bussola della proporzionalità*, in (a cura di) M. Daniele, R.E. Kostoris, *L'ordine europeo di indagine penale. Il nuovo volto della raccolta transnazionale delle prove nel d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 71 ss.

Questa, attraverso «l'espressione puntuale degli impegni motivazionali che l'applicazione dei principi al caso vivo comporta, non solo garantisce dalle derive dell'arbitrio soggettivo, ma costituisce anche la garanzia della correttezza della conclusione, a cui si deve però necessariamente giungere a posteriori, condotti appunto dai passi dell'argomentazioni»¹⁶⁰.

L'argomentazione giudiziale facendo propria la triade di criteri, prevedibili *ex ante*, che compongono il *test* di proporzionalità è in grado, da un lato, di salvaguardare il principio di legalità – di cui la prevedibilità costituisce un corollario – e, dall'altro, di consentire alle parti di valutare la legittimità dell'atto ed eventualmente impugnarlo, dando attuazione effettiva al diritto di difesa¹⁶¹.

Stante l'assenza di un'opera preventiva di armonizzazione in ambito probatorio, l'alternativa alla “discrezionalità vincolata” – derivante da questo *modus procedendi* – sarebbe l'arbitrarietà giudiziale¹⁶² affrancata da ogni criterio di controllo, il che si risolverebbe o nel rifiutare le richieste che non rispettino i criteri di ammissibilità interni¹⁶³ oppure, in uno spirito di “cieca” (più che mutua) fiducia, nel darvi indistintamente esecuzione, senza un “filtro” in grado di tutelare *effettivamente* i diritti fondamentali.

Entrambe le opzioni non sembrano percorribili. Sarebbe, dunque, opportuno preferire una soluzione mediana ispirata alla flessibilità, condotta, giocoforza, dalle autorità giudiziarie sotto l'attenta vigilanza della Corte di giustizia, *gatekeeper* dello strumento.

Venendo ai benefici, si può affermare che il principio *de quo*, in primo luogo, grazie alla sua capacità omologante¹⁶⁴, facilita la ricerca di una soluzione condivisa tra le autorità giudiziarie¹⁶⁵, abbattendo, tra l'altro, i costi di transazione che caratterizzano il

¹⁶⁰ T. E. EPIDENDIO, [Proposte metodologiche in merito al dibattito sulle misure cautelari](#), in questa *Rivista*, 21 novembre 2013, p. 26.

¹⁶¹ Sul rapporto tra motivazione e diritto di difesa, cfr., da ultimo, S. LORUSSO, [Il diritto alla motivazione](#), in questa *Rivista*, 8 novembre 2018, in particolare p. 8 ss.

¹⁶² In tal senso, M. DANIELE, *L'ordine europeo di indagine penale entra a regime. Prime riflessioni sul d. lgs. n. 108 del 2017*, cit., p. 215.

¹⁶³ Ossia in un atteggiamento di chiusura che ridurrebbe ad un numero esiguo i casi di esecuzione dell'Ordine.

¹⁶⁴ Come osservato, «la proporzionalità opera come fattore omologante per un duplice motivo: innanzi tutto, in quanto le autorità giudiziarie sono tenute a trovare soluzioni comuni su casi specifici, per dar corso alla cooperazione (così, per piccoli passi, favorendo l'avvicinamento dei sistemi quanto alla attuazione del principio); inoltre, per il potere invalidante che rischia di discendere dal suo mancato rispetto. Senza dimenticare il ruolo che in materia può giocare la Corte di giustizia, dotata di giurisdizione piena nel campo di applicazione dell'OEI (e dunque anche ove si tratti di stabilire quale sia in concreto il modo proporzionato di dar corso a un ordine di acquisizione probatoria transnazionale)». In termini, M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, cit., p. 2217.

¹⁶⁵ Esso «infatti è oggi uno dei concetti centrali del costituzionalismo globale, di fatto una parte essenziale della grammatica di una nuova *lingua franca* che fa dialogare e interagire attori giuridici (specialmente giudici) sostanzialmente in tutto il mondo, agevolando la circolazione globale di modelli giuridici e di standard di argomentazione». In termini, G. PINO, *Diritti fondamentali e principio di proporzionalità*, in *Ragion Pratica*, 2/2014, p. 541 (cfr. Autori citati *ivi*, sub nt. 1).

modello rogatorio classico, consentendo, così, un risparmio, oltretutto di tempi, anche di risorse economiche per l'amministrazione giudiziaria.

In secondo luogo, la proporzionalità è in grado di tutelare i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti nel processo, innalzando le garanzie difensive rispetto al tradizionale sistema delle rogatorie.

Si è visto, infatti, come nell'ambito del *data retention* sia necessario bilanciare l'intrusione nei diritti fondamentali con le esigenze repressive dei reati per i quali si procede, permettendo, così, l'apprensione solo nei limiti dello stretto necessario per l'accertamento degli stessi.

Ancora, non è più sufficiente il rispetto dell'ordine pubblico e del buon costume per conferire il crisma dell'utilizzabilità al dato probatorio raccolto all'estero, ma è necessario il rispetto delle forme essenziali richieste e dei principi fondamentali garantiti dalle Carte dei diritti e costituzionali, la cui tutela si attua attraverso la valutazione e l'esecuzione secondo il canone di proporzionalità dell'atto richiesto (o del dato raccolto).

Questi due esempi rendono evidente come la bilancia penda dal lato dei benefici.

Per tale motivo, nell'ottica di rafforzare la cooperazione giudiziaria conseguendo un risultato «di sintesi e di semplificazione»¹⁶⁶, si reputa che il criterio in grado di bilanciare l'utilizzo diffuso dello strumento di indagine, i diritti dei soggetti coinvolti e ed i principi inderogabili degli ordinamenti giuridici sia il principio di proporzionalità.

Questo, infatti, lungi dal porsi in una posizione antitetica al principio di legalità della prova, può dunque fungere da "paradigma" attraverso cui valutare – nel rispetto delle regole procedurali – la tutela della dignità della persona nella fase di formazione del dato probatorio che, solo ove rispettata, consente l'utilizzazione del dato raccolto¹⁶⁷.

¹⁶⁶ M. CAIANIELLO, *L'attuazione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale e le sue ricadute nel campo del diritto probatorio*, cit., p. 2215.

¹⁶⁷ Più in generale, è stato infatti osservato, come il principio *de quo* sia «capace di fissare un ineludibile metodo di controllo della corretta attuazione dei diritti fondamentali anche nell'ambito del processo penale». M. DANIELE, *La metamorfosi del diritto delle prove nella direttiva sull'ordine europeo di indagine penale*, cit., p. 92. Sul punto cfr. M. CAIANIELLO, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, cit., p. 143 ss.

L'ESTENSIONE DELL'ART. 4-BIS ORD. PEN. AI DELITTI CONTRO LA P.A.: PROFILI DI ILLEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

di Vittorio Manes

SOMMARIO: 1. La legge “spazzacorrotti” e il modello di “diritto penale *no-limits*”. – 2. I delitti contro la P.A. come “reati ostativi”. – 3. Profili di illegittimità costituzionale. – 3.1. L’irragionevolezza della presunzione di pericolosità sottesa al regime di ostatività con riferimento ai delitti contro la P.A. – 3.2. L’irragionevolezza delle deroghe imposte al principio rieducativo. – 3.3. L’“irragionevolezza intrinseca” dell’onere collaborativo di cui all’art. 323-bis c.p. – 3.4. L’illegittimità del regime intertemporale. – 3.4.1. *Tempus regit actum* delle disposizioni concernenti l’esecuzione penale e contrasto con il principio di irretroattività. – 3.4.2. Il contrasto con la garanzia del giusto processo, ed a monte con i principi di certezza del diritto e di affidamento, così come con il diritto di difesa. – 3.4.3. Ulteriori frizioni con il principio di eguaglianza. – 3.4.4. Irretroattività e principio di progressività trattamentale. – 4. Il nodo della rilevanza della questione. – 4.1. Sulla possibilità di sollevare la questione di costituzionalità da parte del pubblico ministero. – 4.2. (*segue*) Sulla rilevanza della questione in sede di ultima istanza, e sulla possibilità di sollevare la questione da parte della Corte di Cassazione. – 5. Possibili soluzioni interpretative (del contrasto con la garanzia dell’irretroattività).

1. La legge “spazzacorrotti” e il modello di “diritto penale *no-limits*”.

Scandita da un lessico marziale e da presagi rassicuranti di pronta e definitiva redenzione dal morbo della corruttela, con grande frastuono di zuffoli e tamburi è stata approvata la legge 9 gennaio 2019, n. 3, recante “*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*” (pubblicata in GU, 16 gennaio 2019, n. 13, in vigore dal 31 gennaio 2019), meglio nota come legge “spazzacorrotti”.

Con essa vengono introdotte novità a profusione, tutte capaci di alterare profondamente un settore già vessato da riforme compulsive, incalzate dal ritmo incessante di una perdurante emergenza, e univocamente ispirate all’irrigidimento dello strumentario repressivo, secondo un *trend* certo non limitato alla progressiva *escalation* delle cornici edittali¹.

¹ Per una prima analisi, tanto autorevole quanto impietosa, v. T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen. web*, 2018, 1 ss.; sulle novità proposte nella riforma, v. altresì A. MANNA, *Il fumo della pipa (il c.d. populismo politico e la reazione dell’Accademia e dell’Avvocatura)*, in *Archivio penale*, n. 2/2018, 1 ss.; A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, *ivi*, n. 3/2018, 1 ss.; R. CANTONE, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in *Giurisprudenza penale*, 2018, 10; N. PISANI, *Il disegno di legge “spazzacorrotti”: solo ombre*, in *Cass. pen.*, 2018, 3589 ss.; M.

L'idea di fondo che attraversa la nuova legge è congeniale ad un modello di "diritto penale *no-limits*" – liberato da ogni criterio di ragionevolezza e proporzione, così come da ogni attenzione per il finalismo rieducativo costituzionalmente imposto alla pena –, e propugna un intervento punitivo brandito come "strumento di lotta", asservito, anzitutto, a schiette finalità mediatico-elettorali: e non stupisce che a corredo delle modifiche di settore vi sia l'eliminazione *fast and frugal* dell'istituto della prescrizione, esibita in modo truculento – nonostante l'autorevole critica di larghissima parte della comunità dei penalisti forensi e accademici – come primo trofeo della "*fight against impunity*".

Ad uno sguardo d'insieme, colpisce la distanza siderale dai lasciti di BECCARIA, CARRARA, e V. LISZT, e dal monito che – attraversando i secoli – ha elevato il diritto penale a "Magna Charta del reo"; ma colpisce soprattutto lo stridente contrasto con diversi principi costituzionali, che segnano il perimetro invalicabile della politica criminale, e che qui vengono esautorati in una sorta di *autodafé* del diritto penale liberale.

Molte novità potrebbero essere considerate, in questa prospettiva: prima fra tutte il c.d. "Daspo per i corrotti", presentato come l'ottava meraviglia dei savi alchimisti di Macedonia – un po' come la calamita che Melquíades mostra agli attoniti abitanti di Macondo – e tradotto in norma nonostante l'evidente inconciliabilità con l'"individualizzazione proporzionata" da cui la pena non può prescindere²: inconciliabilità tipica di ogni cieco automatismo ed ancor più eclatante al cospetto di pene accessorie perpetue³.

GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 1.5.

² Come evidenziato a più riprese nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale: basti qui ricordare le sentenze n. 236 del 2016 e n. 222 del 2018, entrambe con notevole impatto in termini di rafforzamento della "capacità dimostrativa" del principio di proporzionalità in materia penale, liberato da rigide geometrie: sulla sentenza n. 236 del 2016, v. F. VIGANÒ, [Un'importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 61 ss.; D. PULITANÒ, [La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 48 ss.; V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2105 ss.; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1956 ss.; P. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2016, p. 174 ss.; E. COTTU, *Giudizio di ragionevolezza al vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 473 ss.; sulla sentenza n. 222 del 2018, ora, A. GALLUCCIO, [La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta](#), in questa *Rivista*, 10 dicembre 2018; per una sintesi sull'evoluzione del principio, ora, v. anche R. BARTOLI, *La Corte costituzionale al bivio: tra obbligatorietà e discrezionalità? Prospettive una terza via!*, *ivi*, in corso di pubblicazione.

³ Il riferimento è all'interdizione perpetua dai pubblici uffici e alla perpetua incapacità di contrattare con la PA, pene accessorie che potranno essere escluse dalla sospensione condizionale e viceversa incluse – *ob torto collo* – nel patteggiamento *ex art. 444, co. 2, c.p.p.*, e che peraltro rappresenteranno la *regola* per le ipotesi di corruzione e concussione "salvo ipotesi minori che, con i limiti edittali attuali, copriranno un ambito davvero marginale": così ancora T. PADOVANI, *La spazzacorrotti*, cit., 9; sull'eclatante contrasto tra le pene accessorie perpetue e i principi costituzionali, v. anche A. MANNA, *Il fumo della pipa*, cit., 5 ss. e N. PISANI, *Il disegno di legge "spazzacorrotti"*, cit., 3589 ss.

Tra le tante asimmetrie con il quadro dei principi ci limitiamo in questa sede ad esaminarne una, apparentemente confinata nei sobborghi rimossi dell'esecuzione penale, ed in realtà carica di significato simbolico e di ricadute pratiche, specie in termini di "criminalizzazione secondaria" o di "penalità materiale": l'inclusione di molti delitti contro la PA tra i "reati ostativi" previsti dall'art. 4-*bis* ord.pen.

Con essa si consuma il definitivo allineamento normativo della criminalità "*white collar*" alla criminalità "nera", ossia della *criminalità politico-economica* al *crimine organizzato*, trascurando le profonde diversità che connotano le due fenomenologie criminose, e la distanza tra "paradigmi" per molti aspetti eterogenei e irriducibili *ad unum*⁴.

L'allineamento è ormai a tutto tondo: intrapreso con l'estensione a taluni reati dei pubblici agenti delle misure di contrasto all'accumulo dei patrimoni illeciti – prima fra tutte la "confisca di sproporzione" di cui all'art. 12-*sexies* d.l. 306 del 1992 (conv. in l. n. 356 del 1992) – ha poi attraversato ogni segmento dello strumentario processuale e sostanziale, dai mezzi di ricerca della prova (le intercettazioni mediante *troyan*), alle misure di prevenzione (personali e patrimoniali), includendo ora gli agenti sotto copertura e la non punibilità per la collaborazione processuale e/o il ravvedimento operoso (nuovo art. 323-*ter* c.p.), ivi compreso, appunto, il brusco regime di ostatività di cui all'art. 4 *bis* ord. pen.

Ci concentriamo dunque su quest'ultimo istituto, e sui possibili profili di illegittimità costituzionale.

2. I delitti contro la P.A. come "reati ostativi".

L'art. 1, comma 6, della legge 9 gennaio 2019, n. 3, ha modificato l'4-*bis*, comma 1, della legge 26 luglio 1975, n. 354, ricomprendendo tra i reati "ostativi" alla sospensione dell'esecuzione di cui all'art. 656, comma 5, c.p.p., taluni reati contro la pubblica amministrazione, e segnatamente quelli previsti "agli artt. 314, primo comma, 317, 318, 319, 319-*bis*, 319-*ter*, 319-*quater*, primo comma, 320, 321, 322, 322-*bis* [...]".

La condanna per una delle fattispecie elencate, dunque, non potrà più essere "sospesa", e conseguentemente potrà consentire l'accesso a misure alternative – ove ricompresa nei termini stabiliti dalla legge – solo a fronte dell'accoglimento, da parte del magistrato di sorveglianza, dell'istanza proposta dal condannato *durante l'esecuzione* della pena detentiva, accoglimento subordinato alla collaborazione del condannato "a norma dell'art. 323-*bis*, secondo comma, del codice penale".

Prosegue così la "resisitibile ascesa" dell'art. 4 *bis*, il cui aspro regime derogatorio – più volte censurato dalla Corte costituzionale⁵ – include ormai costellazioni di reati le

⁴ Per un confronto tra i due paradigmi, esteso a possibili punti di interferenza, C. E. PALIERO, *Criminalità economica e criminalità organizzata: due paradigmi a confronto*, in AA.VV., *Criminalità organizzata e sfruttamento delle risorse territoriali*, a cura di M. Barillaro, Milano, 2004, 141 ss.

⁵ Anche di recente: v. ad es. la sentenza n. 239 del 2014 (sulla quale v. F. FIORENTIN, [La Consulta dichiara incostituzionale l'art. 4-bis ord. penit. laddove non esclude dal divieto di concessione dei benefici la detenzione](#)

più disparate - secondo uno sviluppo incalzato da istanze emotive di allarme sociale e ormai privo di ogni coerenza criminologica⁶ - e minaccia di trasformarsi da eccezione in regola, a dispetto dei moniti autorevoli - trasfusi in un lungimirante progetto di riforma inopinatamente abbandonato - che ne hanno evidenziato i limiti, suggerendone una riduzione dell' "orbita applicativa"⁷.

3. Profili di illegittimità costituzionale.

L'inclusione nella lista dei reati contro la P.A. - non diversamente da quanto potrebbe dirsi, ben inteso, anche per altre fattispecie - presenta profili di contrasto con diversi principi costituzionali, sia in ordine al principio di ragionevolezza/eguaglianza, sia in ordine alla compatibilità con la finalità rieducativa, sia in ordine al regime intertemporale che - alla luce di un diffuso orientamento giurisprudenziale - risulterebbe assoggettato al principio del *tempus regit actum*, e non già alla garanzia dell'irretroattività.

3.1. L'irragionevolezza della presunzione di pericolosità sottesa al regime di ostatività con riferimento ai delitti contro la P.A.

Quanto ai profili di contrasto con il principio di ragionevolezza/eguaglianza (art. 3 Cost.), la scelta legislativa di inserire i menzionati reati contro la pubblica amministrazione nel regime di cui all'art. 4-bis ord. pen. implica l'estensione agli stessi di una peculiare "presunzione di pericolosità che concerne i condannati per i delitti compresi nel catalogo"⁸, che nel caso di specie si assume prevalere sull'istanza

[domiciliare speciale e ordinaria in favore delle detenute madri](#), 27 ottobre 2014; A. M. CAPITTA, *Detenzione domiciliare per le madri a tutela del minore: la Corte costituzionale rimuove le preclusioni stabilite dall'art. 4-bis, co. 1, ord. penit., ma impone la regola di giudizio*, in Archivio penale web), ma anche la n. 76 del 2017 (sulla quale v. G. LEO, [Un nuovo passo della Consulta per la tutela dei minori con genitori condannati a pene detentive, e contro gli automatismi preclusivi nell'ordinamento penitenziario](#), in questa *Rivista*, fasc. 5/2017, p. 321 ss.).

⁶ Al riguardo, tra gli altri, L. PACE, *L'art. 4-bis dell'ordinamento penitenziario tra presunzioni di pericolosità e «governo dell'insicurezza sociale»*, in www.costituzionalismo.it, n. 2/2015.

⁷ Il riferimento è alla revisione contenuta nella c.d. riforma Orlando, e segnatamente all'art. 7 dello "Schema di decreto legislativo recante riforma dell'ordinamento penitenziario" in attuazione della delega conferita con la l. 23 giugno 2017, n. 103, dalla c.d. Commissione Giostra, che proponeva di ridefinire la gamma dei reati ostativi, orientandola in modo più netto alle sole ipotesi associative (e ai soggetti che rivestano un ruolo apicale in seno al sodalizio), accanto alle quali rimanevano taluni reati formalmente monosoggettivi, ma che normalmente, "per la loro struttura, implicano l'esistenza di profili organizzativi" (ossia i delitti di riduzione in schiavitù ex art. 600 c.p., tratta di persone ex art. 601 c.p., prostituzione minorile ex art. 600-bis co. 1 c.p., violenza sessuale di gruppo ex art. 609-octies c.p., "[...] tutti connotati, al di là dell'aspetto formale di tipo monosoggettivo, di una sostanziale conformazione plurisoggettiva, ora per il riferimento a modalità organizzative che evocano la compartecipazione di più soggetti, ora per l'apprezzamento casistico della corrispondente fenomenologia criminale").

⁸ Corte cost., ordinanza n. 166 del 2010; di presunzione di pericolosità dei condannati di cui all'art. 4-bis ord.

rieducativa (art. 27/3 Cost.) che l'accesso a misura extramuraria senza osservazione in carcere – come si dirà – si impegna appunto a preservare.

Scontato che vi sia, in questo contesto, ampio margine rimesso alla discrezionalità legislativa, nell'identificare peculiari situazioni che suggeriscano di imporre un periodo di carcerazione in attesa che l'organo competente decida sulla misura alternativa, in ragione – appunto – della particolare pericolosità sottesa a taluni reati e posta a fondamento della ragione ostativa alla sospensione dell'ordine di esecuzione.

Tuttavia, ed in ogni caso, tale presunzione di pericolosità deve essere ragionevolmente fondata: posto che un roccioso orientamento del giudice delle leggi ha evidenziato, già da tempo, che le presunzioni legali, “specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie o irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell'*id quod plerumque accidit*”⁹.

Se è così, nel caso di specie – anche a prescindere dal reperimento (e dalla pertinenza) di eventuali *tertia comparationis* che potrebbero evidenziare irragionevoli disparità trattamentali e incongruenze sistematiche, secondo cadenze già scandagliate dalla Corte costituzionale anche con riferimento all'art. 4 *bis* ord. pen.¹⁰ – non sembra che vi sia alcuna evidenza empirica capace di giustificare la presunzione di pericolosità posta a base del regime derogatorio imposto per reati che – al di là della variabile gravità della cornice edittale, di per sé non univocamente sintomatica¹¹ – non presentano alcuna indicazione specifica che avvalorino la necessità di un forzoso “assaggio di pena” e di una previa osservazione in carcere¹².

È appena il caso di evidenziare, peraltro, che il limite imposto allo “spazio di gioco” riservato al legislatore, nel prisma della ragionevolezza, in questo contesto deve essere sottoposto a sorvegliata attenzione, giacché “la dimensione ancillare della sospensione

pen., superabile solo all'esito del periodo di osservazione della personalità, parla anche la giurisprudenza della Cassazione (ad es., Cass., sez. I, n. 2761 del 2000; sez. I, n. 31286 del 2002; sez. I, n. 27762 del 2003; ed ancora sez. I, n. 20373 del 2014, sez. I, n. 2283 del 2013).

⁹ Così, emblematicamente, la sentenza n. 265 del 2010 e lo sciame di sentenze di accoglimento che vi ha fatto seguito, falcidiando le presunzioni di adeguatezza della (sola) custodia cautelare per taluni reati.

¹⁰ V. in particolare Corte cost., n. 125 del 2016.

¹¹ Così come la mera “gravità astratta del reato” o il particolare rango del bene giuridico – così come ragioni di particolare allarme sociale ovvero intenti general-preventivi – non possono essere di per sé indici di pericolosità vevoli a fondare la presunzione di adeguatezza della custodia cautelare, come a più riprese evidenziato dalla Corte costituzionale: in questo senso, con chiarezza, già la sentenza n. 265 del 2010, § 11 del considerato in diritto; analogamente, le sentenze n. 164 del 2011, § 6; n. 231 del 2011, § 4.3; n. 331 del 2011, § 4; n. 110 del 2012, § 6; n. 232 del 2013, § 6 (sul punto volendo, V. MANES, *Lo sciame di precedenti della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, 457 ss., 464 ss.).

¹² Su cadenze in parte analoghe si basa anche la recente ordinanza della Sez. I, 20 novembre 2018, n. 57913, con la quale la Cassazione ha giudicato “rilevante e non manifestamente infondata, con riferimento agli artt. 3 e 27 Cost., la questione di legittimità costituzionale della l. n. 354 del 1975, art. 4-*bis*, comma 1, nella parte in cui esclude che il condannato all'ergastolo, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416-*bis* cod. pen, ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni in esso previste, che non abbia collaborato con la giustizia, possa essere ammesso alla fruizione di un permesso premio” (pur evidenziando la diversità funzionale tra tale beneficio e le misure alternative).

rispetto alle finalità delle misure alternative [...] rende particolarmente stretto il controllo di legittimità costituzionale riservato a dette ipotesi”¹³.

Proprio queste argomentazioni, e il rigore di un simile *strict scrutiny*, hanno trovato riscontro nella più recente giurisprudenza costituzionale, ove si è rimarcato che “l’esito dello scrutinio di legittimità” sulle ipotesi di disallineamenti tra la sospensione dell’ordine di esecuzione e la possibilità di fruire dell’affidamento in prova “dipende [...] dall’adeguatezza degli indicatori che nella visione del legislatore dovrebbero opporsi all’esigenza della coerenza sistematica, fino a poter prevalere su di essa”¹⁴.

Ed è proprio tale adeguatezza – a nostro avviso – a far difetto nel caso dei delitti contro la PA attratti ora nell’orbita dell’art. 4 *bis* ord. pen.: nessun particolare indicatore segnala la necessità – in simili ipotesi – di abbandonare “l’obiettivo di risparmiare il carcere al condannato”, segnalato come prioritario dalla stessa Corte costituzionale con la sentenza n. 569 del 1989 e perseguito “al massimo grado” dal legislatore sin dalla legge n. 165 del 1998, consentendo a chi si trovava in stato di libertà la possibilità di accedere all’affidamento in prova, ossia una misura “specificamente pensata per favorire la risocializzazione fuori dalle mura del carcere”¹⁵.

Di qui la possibile violazione dell’art. 3 Cost., anche nella precipua prospettiva di una indebita compressione del principio rieducativo (art. 27/3 Cost.), e del principio del “minimo sacrificio necessario” che limita il ricorso alla massima sanzione custodiale¹⁶.

3.2. L’irragionevolezza delle deroghe imposte al principio rieducativo.

Proprio in relazione alla finalità rieducativa della pena (art. 27/3 Cost.), può apprezzarsi un ulteriore e più marcato profilo di contrasto¹⁷, nel prisma del

¹³ Così Corte cost., sentenza n. 41 del 2018, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 656, comma 5, c.p.p., riscontrando non “un mero difetto di coordinamento” bensì un difetto di ragionevolezza – e dunque una violazione dell’art. 3 Cost. – nel mancato adeguamento legislativo – del termine previsto per sospendere l’ordine di esecuzione della pena detentiva, in modo da renderlo corrispondente al termine di concessione dell’affidamento in prova allargato (quattro anni); mancato adeguamento operato “senza alcuna ragione giustificatrice, dando luogo a un trattamento normativo differenziato di situazioni da reputarsi uguali, quanto alla finalità intrinseca alla sospensione dell’ordine di esecuzione della pena detentiva e alle garanzie apprestate in ordine alle modalità di incisione della libertà personale del condannato”.

¹⁴ Così ancora la citata sentenza n. 41 del 2018, sottolineando ancora – appunto con riferimento all’affidamento in prova al servizio sociale – che “[l]a natura servente dell’istituto [...] lo espone a profili di incoerenza normativa ogni qual volta venga spezzato il filo che lega la sospensione dell’ordine di esecuzione alla possibilità riconosciuta al condannato di sottoporsi ad un percorso risocializzante che non includa il trattamento carcerario”.

¹⁵ Con le parole, ancora, della sentenza n. 41 del 2018.

¹⁶ È appena il caso di ribadire che tali rilievi potrebbero ovviamente essere estesi – ben oltre che a reati assimilabili ai tradizionali *Kavaliersdelikte* – anche ad altre costellazioni di fattispecie che via via sono state (o che in futuro potranno essere) incluse nell’art. 4 *bis*, sulla scorta di una preta valutazione di “allarme sociale” avulsa da ogni referente empirico.

¹⁷ Profilo rimasto “assorbito” nella citata sentenza n. 41 del 2018, ma certo non estraneo alle doglianze prospettate né al *thema decidendum*.

bilanciamento di ragionevolezza che ne scandisce la “portata dimostrativa”, e le possibili deroghe.

L’accesso alle misure alternative senza osservazione, come noto, trova la sua *ratio* in una spiccata valorizzazione dell’istanza rieducativa, “coessenziale” alle misure stesse, e tende ad evitare – specie mediante una “integrale” alternativa alla detenzione – un “previo passaggio in carcere” che minaccia di produrre inutili ed improvvidi effetti stigmatizzanti e desocializzanti, come il dibattito sul ruolo criminogeno delle “pene detentive brevi” ha via via evidenziato¹⁸.

La deroga ad una simile scelta, dunque, è deroga al principio rieducativo, e come tale – per essere ammissibile – deve trovare fondamento in una valutazione capace di giustificare l’eccezione alla luce della necessaria tutela di valori di pari rilievo costituzionale, appunto “nei limiti della ragionevolezza”¹⁹.

Ora, nella scelta di ricomprendere tra i reati “ostativi” i menzionati reati contro la PA, sembra difficile rintracciare – tra gli interessi perseguiti dal legislatore e contrapposti all’istanza rieducativa – altre valutazioni che non siano di schietto ordine general-preventivo, se non di pura “deterrenza”, nulla avendo a che fare la misura – e il periodo di “osservazione” intramuraria – con peculiarità trattamentali imposte dalle connotazioni strutturali dei reati in rilievo (e/o delle relative tipologie di autore).

Senonché, la Corte costituzionale, in una recente pronuncia in tema di ergastolo, ha espressamente affermato il “principio della non sacrificabilità della funzione rieducativa sull’altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena”, prima fra tutte la funzione general-preventiva, posto che tale “pur legittima” finalità non può “nella fase di esecuzione della pena, operare in chiave distonica rispetto all’imperativo costituzionale della funzione rieducativa della pena medesima, da intendersi come fondamentale orientamento di essa all’obiettivo ultimo del reinserimento del condannato nella società”²⁰.

¹⁸ Basti il richiamo a F. BRICOLA, *L’affidamento in prova al servizio sociale: «fiore all’occhiello» della riforma penitenziaria*, in *Quest. crim.*, 1976, 373 ss., ed anche in ID., *Scritti di diritto penale*, vol. I, tomo II, Bologna, 1997, 1103 ss.

¹⁹ Si vedano, ad esempio, le sentenze n. 306 del 1993; n. 183 del 2001; n. 257 del 2006; e ciò, anche se la sentenza n. 279 del 2013, sottolineando il contesto “unitario, non dissociabile”, nel quale vanno collocati tanto il principio rieducativo quanto il principio per il quale “le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità”, sembra aprire uno scenario di maggior rigore: al riguardo, A. PUGIOTTO, [L’urlo di Munch della magistratura di sorveglianza](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 1/2014, p. 129 ss. ([ed altresì in Giur. cost.](#), 2013, 4549 ss.); [ma](#) sul tema, più diffusamente, cfr. anche ID., *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, cit., 8 ss.

²⁰ Così la sentenza n. 149 del 2018, punto 7, che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 58-*quater*, comma 4, della l. n. 354 del 1975, nella parte in cui esclude dai benefici indicati dall’art. 4-*bis*, comma 1, l. cit., i condannati all’ergastolo per il delitto di cui all’art. 630 c.p. – e per il delitto di cui all’art. 289-*bis* c.p. – che abbiano cagionato la morte del sequestrato, ove non abbiano raggiunto la soglia dei ventisei anni di pena concretamente espiata; decisione che dunque – riconoscendo l’inderogabilità del finalismo rieducativo – si profonde in una affermazione “assai impegnativa, che colloca questa sentenza agli antipodi di quel filone giurisprudenziale e dottrinale che, in nome di una teoria polifunzionale eclettica della pena, riteneva che il fondamento giustificativo della pena potesse essere offerto, indifferentemente, da questa o quella funzione della pena, senza riconoscere alcuna preminenza all’unica finalità della pena enunciata nella costituzione” [in questi termini, E. DOLCINI, [Dalla Corte costituzionale una coraggiosa sentenza in tema di ergastolo](#)

Ed in questa prospettiva è dunque apprezzabile il contrasto con l'art. 27/3 Cost., nel prisma della valutazione di ragionevolezza che, appunto, fonda e limita la legittimità delle relative deroghe.

3.3. L'“irragionevolezza intrinseca” dell'onere collaborativo di cui all'art. 323-bis c.p.

Un ulteriore difetto di ragionevolezza “intrinseca” sembra emergere, poi, dalla condizione richiesta per poter accedere alla misura alternativa, ossia l'aver collaborato con la giustizia “a norma dell'art. 323-bis c.p.”: disposizione ai sensi della quale – come noto – si prevede una attenuazione di pena “Per i delitti previsti dagli articoli 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322 e 322-bis, per chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati, e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite”²¹.

Da un lato, infatti, tale norma evoca una serie di attività, molte delle quali sono difficilmente attuabili (ed esigibili) in capo al condannato in stato di detenzione (così, ad esempio, la richiesta di “adoperarsi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori”), e più in generale condotte persino difficili da concepire – sul piano logico prima che cronologico – al di fuori del processo di cognizione e della fase del giudizio²².

Dall'altro, e soprattutto le condotte “collaborative” evocate – originariamente pensate per il fenotipo del crimine organizzato – appaiono persino difficilmente compatibili, sul piano strutturale, con alcuni reati ora qualificati come ostativi: basti pensare al peculato (art. 314 c.p.), normalmente declinato in chiave monosoggettiva, o alla concussione (art. 317 c.p.), costruita su uno schema di plurisoggettività necessaria *impropria* (dove l'*intraneus* è autore e l'*extraneus* è “vittima”).

(e di rieducazione del condannato), in questa *Rivista*, fasc. 7-8/2018, p. p. 145; al riguardo, v. anche M. PELISSERO, *Ergastolo e preclusioni: la fragilità di un automatismo dimenticato e la forza espansiva della funzione rieducativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, 1359 ss., e F. SIRACUSANO, *Dalla Corte costituzionale un colpo “ben assestato” agli automatismi incompatibili con il finalismo rieducativo della pena*, ivi, 1787 ss.; ed ancora A. PUGIOTTO, *Il “blocco di costituzionalità” nel sindacato della pena in fase esecutiva (nota all'inequivocabile sentenza n. 149 /2018)*, in www.osservatorioaic.it, 19 novembre 2018, 405 ss.].

²¹ Peraltro, ove prendesse piede l'orientamento formatosi sull'art. 656, comma 9, c.p.p., in relazione ai collaboratori di giustizia, lo “sbarramento” alla sospensione dell'esecuzione imposto dall'attuale art. 4 bis ord. pen. opererebbe anche nei confronti del condannato a cui sia stata riconosciuta in sentenza la circostanza attenuante di cui all'art. 323 bis, comma 2, c.p., posto che la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto che lo status di collaboratore evoca una condizione che non “può considerarsi di per sé sintomatica di scemata pericolosità e di intrapresa revisione del passato criminale, ben potendo la scelta collaborativa dipendere da altri motivi, e in primo luogo dal desiderio di fruire della normativa premiale” (così Cass., Sez. I, 29 gennaio 2001, Nistri, in *Dir. pen. proc.*, 2001, 4; analogamente, Cass., Sez. II, 30 maggio 2001, Mammoliti, ivi, 2001, 8).

²² Per osservazioni critiche al riguardo anche v. anche V. ALBERTA, *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art. 4 bis, co. 1, PP: questioni di diritto intertemporale*, in *Giurisprudenza penale web*, 2019, 1 ss.

La “collaborazione”, in sostanza, sarebbe dunque “strutturalmente” difficile, se non impercorribile, con un evidente profilo di incongruenza normativa (ben oltre il difetto di coordinamento sistematico); a meno di non ipotizzare che la stessa debba prender forma di un mero *edere contra se* o in un monologo simile a quello di Krapp davanti al suo “ultimo nastro”: una “inquisizione” non particolarmente “soave” né utile, dunque, ovvero appunto in una collaborazione “impossibile” o “irrilevante”, che però dovrà essere giudicata tale – ai sensi dell’art. 4-*bis*, comma 1-*bis*, ord. pen. – solo all’esito della valutazione del magistrato di sorveglianza, mentre il condannato è ristretto *in vinculis*.

3.4. L’illegittimità del regime intertemporale.

I più stridenti profili di frizione costituzionale della menzionata novazione legislativa si registrano, tuttavia, sul piano della disciplina intertemporale, che implicherebbe – alla luce del “diritto vivente” – la implicita retroattività della novazione peggiorativa, a fronte dell’assenza di una norma transitoria che ne imponga la vigenza solo *pro futuro*.

3.4.1. *Tempus regit actum* delle disposizioni concernenti l’esecuzione penale e contrasto con il principio di irretroattività.

Infatti, ed in particolare, l’orientamento giurisprudenziale prevalente, seguendo un approccio esasperatamente formalistico²³, ritiene la disciplina dell’esecuzione penale – e segnatamente quelle riferibili all’ordinamento penitenziario – estranea all’ambito di garanzia dell’art. 25/2 Cost., assoggettandola al principio del *tempus regit actum*, con conseguente applicabilità immediata – e dunque retroattiva – della nuova disciplina peggiorativa anche a fatti/reati commessi prima dell’entrata in vigore della l. n. 3 del 2019²⁴.

Senonché, un tale inquadramento contrasta con l’approccio *sostanziale* seguito dalla giurisprudenza della Corte EDU, e su questa traccia accolto anche dalla Corte

²³ Di “bizantinismo classificatorio” ha parlato G. GIOSTRA, *I delicati problemi applicativi di una norma che non c’è (a proposito di presunte ipotesi ostative alla liberazione anticipata speciale)*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, 326.; un superamento del “dogma” delle norme in materia di esecuzione penale è auspicato anche da M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova “legge spazzacorrotti”*, cit., § 4.2.

²⁴ Posizione affermata dalle stesse SS.UU., 30 maggio 2006, n. 24561, affermando espressamente che “le disposizioni concernenti le misure alternative alla detenzione, in quanto non riguardano l’accertamento del reato e l’irrogazione della pena, ma attengono soltanto alle modalità esecutive della pena irrogata, non hanno carattere di norme penali sostanziali, e quindi – in assenza di specifiche norme transitorie – soggiacciono al principio *tempus regit actum* e non alla disciplina dell’art. 2 c.p. e dell’art. 25 Cost.”; inoltre, *ex plurimis*, Cass., Sez. I, 3 febbraio 2016, n. 37578; Sez. I, 5 febbraio 2013, n. 11580; Cass., Sez. I, 9 dicembre 2009, n. 46924, in *Mass. Uff.*, n. 245689; Sez. I, 5 luglio 2006, n. 24767, in *Mass. Uff.*, n. 234294; Sez. I, 22 luglio 2006, n. 31430, in *Mass. Uff.*, n. 234715; Sez. I, 6 giugno 2006, n. 30792, in *Mass. Uff.*, n. 234713; ed ancora Cass., sez. I, n. 52578 del 2014.

costituzionale, che ha conseguentemente esteso lo spettro garantistico dell'art. 25/2 Cost.²⁵.

Quanto alla giurisprudenza europea, l'ormai consolidata "impostazione sostanzialistica" – come noto – ha trovato affermazione in diversi ambiti ed in un numero crescente di decisioni, talune delle quali concernenti istituti implicanti variazioni delle modalità esecutive che presentano marcati tratti di analogia con il peculiare regime esecutivo imposto per i reati di cui all'art. 4-*bis* ord. pen. (tra i quali appunto rientrano ora i menzionati reati contro la PA), regime valevole a determinare una modifica non solo delle *modalità di esecuzione* della pena, ma della stessa *natura* della sanzione, di fatto tramutata da *alternativa* a *detentiva* (con possibilità di accesso alla misura extramuraria solo postergata e "condizionata").

Tra queste, si evidenzia la importante decisione della Grande Camera, 21 dicembre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, che – superando un precedente orientamento più restrittivo – ha dichiarato la violazione dell'art. 7 CEDU al cospetto (persino) di un mutamento giurisprudenziale con effetti peggiorativi sul regime di una misura assimilabile – in sostanza – alla "liberazione anticipata", così assoggettando al principio di irretroattività i trattamenti esecutivi sfavorevoli²⁶; ma un approccio "antiformalistico" non distante si registra nella decisione della Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, concernente modifiche della disciplina processuale – segnatamente, lo sconto di pena connesso al rito abbreviato – "ad effetti sostanziali", avendo incidenza diretta sulla determinazione della pena infitta²⁷.

Vero che la giurisprudenza di Strasburgo non pare essersi specificamente occupata di casi "identici" e che la stessa dimostra, in taluni casi, profili di ambiguità²⁸; ma vero anche che il principio affermato a più riprese conduce a ritenere "sostanzialmente punitive" – e ad inquadrare nel perimetro della "*matière pénale*" – disposizioni processuali o esecutive che abbiano una incidenza afflittiva sul trattamento giuridico-penale del singolo: specie quando le modifiche intertemporali – incidendo come nel caso dell'art. 4-*bis* ord. pen. sulla stessa possibilità di accedere alla misura alternativa – siano

²⁵ Si veda, in particolare, la sentenza n. 196 del 2010.

²⁶ Nella sentenza della Grande Camera, 21 ottobre 2010, *Del Rio Prada c. Spagna*, la Corte – superando la propria precedente posizione – ha esteso il principio di irretroattività (art. 7 CEDU) ad una modifica delle regole di esecuzione della pena alla luce della significativa incidenza sulla concreta durata della stessa, censurando il mutamento giurisprudenziale che aveva riguardato la determinazione della base per calcolare il momento della liberazione anticipata delle ipotesi di cumulo delle pene, comportando di fatto un prolungamento retroattivo della pena per la ricorrente dettato essenzialmente dall'allarme sociale destato dal reingresso in società di *ex* terroristi indipendentisti.

²⁷ Corte EDU, Grande camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*; ma v. anche Cass. Sez. U., sentenza n. 2977 del 06/03/1992. Sez. U., Sentenza n. 34233 del 19/04/2012 Cc. (dep. 07/09/2012) Rv. 252932 – 01; Sez. U., Sentenza n. 18821 del 24/10/2013 Cc. (dep. 07/05/2014) Rv. 258649.

²⁸ In effetti, mentre la sentenza della Grande Camera della Corte EDU, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*, ha affermato la natura *sostanziale* della disposizione dell'art. 442, comma 2, c.p.p., assoggettandola non solo al principio di irretroattività ma anche al principio della *lex mitior*, la successiva decisione della Corte EDU, 27 aprile 2010, *Morabito c. Italia*, ha viceversa escluso che la disposizione sul consenso del PM (abrogata con la legge n. 479/1999) fosse sottoposta al medesimo statuto garantistico, sottolineando come la stessa non avesse incidenza punitiva giacché incidente sui soli "presupposti di accesso al rito".

tali da determinare un mutamento qualitativo della sanzione concretamente inflitta, da “alternativa” a “detentiva”; ed *a fortiori* quando tali modifiche non abbiano alcuna connessione con valutazioni inerenti il percorso trattamentale ma riflettano una schietta opzione di politica-criminale dettata da riconsiderazioni di stampo puramente general-preventivo²⁹.

Il regime di retroattività che appare imposto alla luce del “diritto vivente”, dunque, integrerebbe una violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., integrato dal parametro interposto offerto dall’art. 7 CEDU, come interpretato dalla giurisprudenza della Corte EDU; ovvero – più correttamente – una violazione dell’art. 25/2 Cost., interpretato secondo una accezione “convenzionalmente orientata” che estende il raggio di operatività della garanzia a tutte le disposizioni a contenuto afflittivo e/o “intrinsecamente punitivo” (come appunto pare emergere – *mutatis mutandis* – nella citata sentenza della Corte cost. n. 196 del 2010, e su quella traccia nella più recente sentenza n. 223 del 2018³⁰).

²⁹ In questo senso, a commento dell’evoluzione della giurisprudenza europea, v. ad esempio F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, Torino, 2017, 277 ss., 280: “Chiaramente, poi, il più ampio significato garantistico della legalità non può che riemergere laddove tali discipline siano utilizzate strumentalmente in modo da irrigidire la risposta punitiva a fronte dell’allarme sociale destato da determinati fenomeni criminali. Si tratta, in effetti, di una tendenza che si registra in entrambi i settori, se solo si pensa al ricorso alla custodia cautelare come pena anticipata, talvolta ad opera dello stesso legislatore, oppure all’utilizzo del regime penitenziario differenziato non tanto per neutralizzare una certa pericolosità che i vertici delle associazioni mafiose mantengono anche nel periodo intramurario, quanto per rendere il c.d. “carcere duro” una pena “qualificata” prospettata in chiave general-preventiva agli associati in libertà. A parte il problema della legittimità *tout court* di tali torsioni finalistiche, è evidente che esse rendono imperativa l’estensione del divieto di retroattività nella sua dimensione più ampia. In questo senso, allora, si deve apprezzare la scelta della Corte europea di superare la tradizionale esclusione della disciplina dell’esecuzione dal perimetro della *matière pénale* a fronte di un’ipotesi di mutamento sfavorevole dei termini della liberazione anticipata che muoveva da ragioni politico-criminali del tutto estranee rispetto al problema della risocializzazione del condannato” (il richiamo è appunto alla citata sentenza della Grande Camera, 21 ottobre 2010, *Del Rio Prada c. Spagna*; sull’“evoluzione importante” operata da tale decisione rispetto ai precedenti v. anche L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 92 ss., 97 s.).

³⁰ Come la sentenza n. 196 del 2010, rel. Quaranta, la sentenza n. 223 del 2018, rel. Viganò, seguendo un approccio chiaramente ispirato ad una “integrazione ermeneutica”, riconoscendo espressamente come i divieti discendenti dall’art. 25, secondo comma, Cost. – sia il divieto di applicazione retroattiva di una legge che incrimini un fatto in precedenza penalmente irrilevante, sia il divieto di applicazione retroattiva di una legge che punisca più severamente un fatto già precedentemente incriminato – “trovano applicazione anche al diritto sanzionatorio amministrativo, al quale pure si estende, come pure questa Corte ha già in più occasioni riconosciuto (sentenze n. 276 del 2016 e n. 104 del 2014), la fondamentale garanzia di irretroattività sancita dall’art. 25, secondo comma, Cost., interpretata anche alla luce delle indicazioni derivanti dal diritto internazionale dei diritti umani, e in particolare della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo relativa all’art. 7 CEDU”, precisando ancora che “[a]nche rispetto alle sanzioni amministrative a carattere punitivo si impone infatti la medesima esigenza, di cui tradizionalmente si fa carico il sistema penale in senso stretto, di non sorprendere la persona con una sanzione non prevedibile al momento della commissione del fatto”.

3.4.2. Il contrasto con la garanzia del giusto processo, ed a monte con i principi di certezza del diritto e di affidamento, così come con il diritto di difesa.

Quand'anche si ritenesse eccentrica al *volet* penalistico delle garanzie convenzionali (specie con riferimento all'art. 7 CEDU), la retroattività della disciplina sembra mortificare, peraltro, le più intime e basilari istanze del giusto processo (art. 111 Cost., art. 6 CEDU³¹) e, a monte, lo stesso principio di certezza del diritto, di cui è proiezione il principio di affidamento, quale limite apposto – in un sistema basato sulla “preminenza del diritto” – alla libertà del legislatore di agire retroattivamente³².

Infatti, la modifica peggiorativa retroattiva implicherebbe conseguenze peggiorative imprevedibili e “a sorpresa”, travolgendo l'affidamento dell'imputato che – magari – ha optato per un rito alternativo confidando in una sanzione ricompresa entro il margine di applicazione dell'affidamento in prova senza “assaggio di pena” (come tipicamente nel caso di “applicazione della pena su richiesta delle parti”: art. 444 c.p.p. ss.), e che oggi vedrebbe inevitabilmente frustrate le sue legittime aspettative non potendo inoltrare richiesta di misura extramuraria se non in corso di esecuzione della pena detentiva, all'esito dell'osservazione e a fronte della collaborazione³³. Ma una analoga violazione del principio di affidamento si registra nei casi dove l'imputato ha optato per il rito ordinario, e non per un rito alternativo, nel ragionevole convincimento che la pena concretamente irrogata sarebbe rimasta entro i limiti di operatività delle misure alternative “senza assaggio di pena” (si pensi ad un soggetto condannato, con rito ordinario, ad una pena che, optando il patteggiamento, sarebbe restata al di sotto dei due anni, e che *post iudicium* si vede negare la sospensione dell'ordine di esecuzione ex art. 4-bis).

A questi profili potrebbe riconnettersi, del resto, anche una violazione del diritto di difesa (art. 24 Cost.), se lo stesso implica la possibilità di ponderare scelte anche in ordine all'*iter* processuale da seguire che non siano alterate – in violazione della *fairness* processuale – da una successiva modifica delle “regole del gioco”, alle spalle (e a detrimento) degli individui.

³¹ Una simile istanza sembra affiorare in diverse decisioni: si veda ad esempio, *mutatis mutandis*, la decisione della Grande Camera della Corte EDU, 29 marzo 2006, *Scordino c. Italia*, § 126, che ha riconosciuto la violazione dell'art. 6/1 CEDU in relazione ad una legge retroattiva in materia pensionistica, approvata in corso di causa, evidenziando che “sebbene, in teoria, al legislatore non sia precluso adottare nuove disposizioni retroattive per regolare diritti riconosciuti dalla legge vigente, il principio dello stato di diritto e la nozione di giusto processo contenuti nell'art.6 della Convenzione preclude ogni interferenza del legislatore – diversa da quella dovuta a pressanti ragioni di pubblico interesse – con l'amministrazione della giustizia tesa a influenzare la risoluzione giudiziale di una disputa”.

³² Cfr., al riguardo, O. MAZZA, *La norma processuale nel tempo*, Milano, 1999, 232 ss., che parla di affidamento come “limite alla libertà del legislatore di agire retroattivamente” piuttosto che come “limite all'efficacia di singole norme retroattive”, evocando un limite che la giurisprudenza tedesca da tempo riconnette non a specifiche disposizioni della Costituzione bensì con richiamo al più ampio principio dello Stato di diritto.

³³ Pacifico, infatti, che il divieto di sospensione dell'esecuzione della pena detentiva operi anche in caso di “condanna per uno dei suddetti reati anche nell'ipotesi in cui sia intervenuta sentenza di patteggiamento, atteso che, a norma dell'art. 445, tale sentenza è da equiparare, salvo diversa previsione, ad una condanna” (Cass., sez. II, n. 3731 del 2000).

3.4.3. Ulteriori frizioni con il principio di eguaglianza.

Ancora, la immediata applicatività dell'istituto comporterebbe vistose disparità di regime, aprendo ad una evidente aleatorietà del trattamento concretamente riservato alle singole ipotesi determinata da circostanze del tutto casuali e, come tali, incompatibile con l'art. 3 Cost.

Nella prospettiva del *tempus regit actum* si pone infatti il problema di individuare il "tempo" che incardina la disciplina applicabile: e se tale individuazione – come sembra – deve coincidere con l'avvio dell'esecuzione (piuttosto che con l'irrevocabilità della sentenza), a tal fine rilevarebbe l'emissione dell'ordine di esecuzione con il quale il pubblico ministero «dispone la carcerazione» del condannato non detenuto³⁴, con possibili disparità ancor più "odiose" e intollerabili (si è detto, con voluta ironia, "cancelliere *regit actum*"): basti pensare al caso – tutt'altro che infrequente – di due ordini a cavaliere dei quali si collochi l'entrata in vigore della legge, con le relative – opposte – conseguenze applicative legate al richiamo da parte dell'art. 656 comma 9 lett. a c.p.p. dei reati di cui all'art. 4-bis ord. pen.

Trattamento diverso ed "odioso", come ogni disparità affidata al caso: e purtuttavia insuscettibile di essere equalizzato alla luce della posizione della giurisprudenza della Corte di Cassazione³⁵.

3.4.4. Irretroattività e principio di progressività trattamentale.

Solo per inciso, si evidenzia che i profili di marcata incostituzionalità che – sotto il profilo della disciplina intertemporale – contaminano le questioni ancora *in itinere iudicii* sono ancor più gravi rispetto a quelle attualmente in fase di esecuzione: per queste ultime, infatti, potrebbe essere evocato il principio della progressività trattamentale – come rifrazione della finalità rieducativa della pena (art. 27 Cost.) –, che dovrebbe valere

³⁴ Così ad esempio Cass., sez. II, n. 4605 del 1999.

³⁵ Neppure – è ovviamente un paradosso – per il tramite di una equiparazione *in malam partem*, giacché "In virtù del principio "*tempus regit actum*", secondo cui la validità degli atti è regolata dalla legge in vigore al tempo della loro formazione, il provvedimento di sospensione dell'esecuzione della pena legittimamente emesso ai sensi dell'art. 656 cod. proc. pen. non può essere revocato per effetto del sopravvenire della legge 6 febbraio 2006, n. 38, che ha incluso i delitti di cui agli artt. 609-bis, 609-ter e 609-quater nel catalogo dei reati di cui all'art. 4-bis legge 26 luglio 1975, n. 354, per i quali la sospensione non può più essere disposta" (Cass., Sez. I. 15 giugno 2010, n. 24831, Castaldi).

ad inibire la retroattività *in pejus* della nuova disciplina³⁶, a pena di una incostituzionalità ancor più palese³⁷.

4. Il nodo della rilevanza della questione.

Ciò premesso in punto di non manifesta infondatezza della eventuale questione di legittimità, si pone il problema della *rilevanza* della stessa, e dunque della sede ove questa possa essere utilmente coltivata.

Sembra scontato che si dia rilevanza al cospetto del giudice dell'esecuzione, impegnato da un apposito "incidente" contro l'ordine di carcerazione non sospeso, o al cospetto del magistrato di sorveglianza, che debba valutare il regime alla cui luce concedere o meno la misura alternativa.

Il problema si articola, piuttosto, in due sotto-questioni: se possa il pubblico ministero, prima di emettere il doveroso ordine di carcerazione, impegnare la Corte con una questione incidentale; ovvero se – negata questa via – possa farlo il giudice di ultima istanza, la cui decisione determina il passaggio in giudicato della sentenza, alla luce del principio per cui tra gli effetti giuridici della sentenza "sono compresi anche quelli connessi all'esecuzione della sentenza" (Corte cost., ordinanza n. 318 del 2000).

Per chiarire meglio i termini della questione va considerato, al riguardo, che in caso di condanna non accompagnata da sospensione condizionale, il pubblico ministero dovrebbe emettere ordine di esecuzione (notificato al difensore "a pena di nullità" entro 30 giorni: art. 655, quinto comma, c.p.p.), non sospeso ai sensi dell'art. 656, comma 9, c.p.p. (ai sensi del quale, appunto, "La sospensione dell'esecuzione di cui al comma 5 non può essere disposta: a) nei confronti dei condannati di cui all'art. 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 [...]").

In sostanza, come accennato, verrebbe inibita la possibilità di richiedere la concessione di misura extramuraria senza periodo di osservazione in carcere posto che l'inclusione dei menzionati reati contro la PA tra i reati ostativi c.d. "di prima fascia" implica – lo si è già visto – che le misure alternative alla detenzione possano essere concesse solo ai condannati detenuti o internati che "collaborino con la giustizia a norma dell'art. 58-ter" ovvero – alla luce della novazione effettuata – "a norma dell'articolo 323-bis, secondo comma, del codice penale" (oppure versino in una delle ipotesi di c.d. collaborazione "impossibile" o "irrilevante" di cui all'art. 4-bis comma 1-bis ord. pen.).

In tali ipotesi – e *rebus sic stantibus* – risulterebbe dunque possibile solo attivare – prima di una interlocuzione con il tribunale di sorveglianza – l'incidente di esecuzione

³⁶ Principio dal quale discende l'incostituzionalità di norme sopravvenute che, prescrivendo la sospensione o l'interruzione del trattamento, impedirebbero al reo di ottenere il beneficio richiesto, benché, prima della entrata in vigore delle norme "impeditive", avesse già raggiunto un grado di "rieducazione" adeguato alla sua concessione: inaugurato con la sentenza n. 306 del 1993, tale principio trova conferma – ad esempio – nelle sentenze n. 504 del 1995, n. 445 del 1997, n. 450 del 1998, n. 137 del 1999, n. 79 del 2004, n. 257 del 2006, n. 79 del 2007.

³⁷ In questo senso v. anche V. ALBERTA, *L'introduzione dei reati contro la pubblica amministrazione nell'art. 4 bis, co. 1, PP*, cit., 6; analogamente, M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti"*, cit., § 4.2.

davanti al relativo giudice, ma l'ordine di esecuzione avrebbe *medio tempore* operatività, con le conseguenze del caso (e con i relativi tempi di decisione e di protrazione dello stato di detenzione); e ciò, posto che il pubblico ministero – versandosi in una delle ipotesi evocate dall'art. 656, comma 9, lett. a), c.p.p., è obbligato a emanare l'ordine di esecuzione anche laddove ritenga di formulare una prognosi favorevole in ordine alla concedibilità delle misure alternative alla detenzione³⁸.

4.1. Sulla possibilità di sollevare la questione di costituzionalità da parte del pubblico ministero.

Come noto, la posizione della giurisprudenza costituzionale tende a negare recisamente al pubblico ministero la facoltà di introdurre la questione incidentale di legittimità costituzionale³⁹.

Ma una simile posizione – proprio al cospetto di ipotesi come quelle qui considerate – non appare condivisibile, perché nel caso concreto determinerebbe una “zona franca” nel controllo di costituzionalità ed una tutela tardiva rispetto alla norma (che si ritiene) illegittima – con conseguente *vulnus* ai sottesi principi e, soprattutto, ai corrispondenti diritti individuali – posto che la contrarietà a Costituzione della norma impugnata potrebbe essere dichiarata solo quando, in sostanza, ha già prodotto i propri effetti negativi sulla sfera dei diritti individuali.

Andrebbe dunque ammessa la rilevanza della questione, e riconosciuta al pubblico ministero – “ai soli fini della prospettazione della questione in rilievo...” – natura di autorità giurisdizionale legittimata a sollevare questione di legittimità costituzionale, ad evitare una vistosa lacuna di tutela dei diritti in gioco.

Del resto, proprio quando è stata posta al cospetto di un “vuoto di tutela” dei diritti in gioco, e di una compromissione irrimediabile degli stessi la Corte costituzionale ha aperto ad evoluzioni della propria giurisprudenza: come quando ha riconosciuto – superando la tesi della natura meramente amministrativistica del contenzioso in sede di “reclamo” – la legittimazione a proporre l'incidente di costituzionalità al magistrato di sorveglianza, evidenziando come in discussione vi fosse “la concreta tutela di un diritto del detenuto, che solo in quella sede può essere fatto valere [...]”⁴⁰.

³⁸ Cfr. F. CAPRIOLI – D. VICOLI, *Procedura penale dell'esecuzione*, 2° ed., Torino, 2011, 163, con richiamo a Cass., 18 novembre 2004, Maffei, e a Cass., 26 marzo 2004, Moncada, secondo la quale, più in generale, il rinvio ai delitti previsti dall'art. 4 bis ord. penit. “individua semplicemente i reati per i quali la sospensione non può essere disposta, senza recepire i presupposti di applicabilità della norma richiamata”, ossia la verifica – nel caso di specie – circa l'esistenza di collegamenti con la criminalità organizzata.

³⁹ Giurisprudenza consolidata, in un orientamento che non sembra presentare incrinature, a partire dalle sentenze nn. 40, 41 e 42 del 1963, sull'assunto della mancanza di poteri decisori in capo al P.M.; vi è forse un unico precedente – a quanto ci consta – in cui la Corte ha lasciato profilare una legittimazione del pubblico ministero, pur non avendola espressamente affermata, ossia la sentenza n. 108 del 1987, in materia di conversione di pena pecuniaria in libertà vigilata.

⁴⁰ Così la sentenza n. 212 del 1997; su quella traccia, poi, le sentenze n. 266 del 2009 e n. 143 del 2013.

4.2. (segue) *Sulla rilevanza della questione in sede di ultima istanza, e sulla possibilità di sollevare la questione da parte della Corte di Cassazione.*

Se la posizione della Corte non si aprisse ad una simile evoluzione, d'altro canto, l'unica forma di tutela tempestiva dovrebbe implicare la rilevanza della questione al cospetto dell'autorità giurisdizionale la cui decisione determina l'irrevocabilità della condanna, e segnatamente in sede di giudizio di Cassazione.

In questa precipua sede, la rilevanza sarebbe determinata dall'attualità ed improcrastinabilità della questione di legittimità costituzionale prospettata, che ha come punto di riferimento il solo ordine di esecuzione e gli effetti derivanti dal divieto di sospenderlo (e non successive evoluzioni processuali allo stato solo eventuali, come quelle relative all'eventuale interlocuzione sulla misura alternativa).

Del resto, non potrebbe ragionevolmente sostenersi che la rilevanza della questione sia, in tale fase, meramente ipotetica, o che tale necessario requisito – come ogni questione afferente il titolo esecutivo – possa sussistere e configurarsi solo al cospetto del magistrato di sorveglianza, ovvero, al più presto, al cospetto del giudice dell'esecuzione cui sarebbe indirizzato l'apposito "incidente": proprio ad evitare – lo si è accennato – la protrazione di una "zona franca" nel controllo di costituzionalità, ed una tutela irrimediabilmente tardiva dei diritti in gioco⁴¹.

In questa prospettiva, dunque, la rilevanza della questione già in sede di giudizio di ultima istanza dovrebbe essere affermata alla luce della considerazione che tra gli "effetti giuridici sono compresi anche quelli connessi all'esecuzione della sentenza"⁴², e che tra tali effetti – indefettibilmente connessi al passaggio in giudicato della sentenza di condanna – rientra l'emissione "obbligatoria" dell'ordine di esecuzione non sospeso, nel caso di reati ostativi *ex art. 4-bis* ord. pen.; e considerando soprattutto che una negazione della rilevanza in tale fase – frustrando la basilare acquisizione per la quale è il contatto necessario "tra le esigenze della legge e le esigenze dei diritti" che fonda "la *ratio* fondamentale dell'instaurazione incidentale del giudizio sulle leggi"⁴³ – implicherebbe una compromissione irrimediabile dei diritti in gioco⁴⁴, sino ad un sacrificio "non necessario" della libertà personale.

⁴¹ Senza contare gli effetti perversi che la prospettazione della questione in sede di esecuzione determinerebbe (giacché la sospensione del processo in corso, con trasmissione degli atti alla Corte, non sospenderebbe l'esecuzione della pena detentiva); e senza considerare il paradosso per cui la questione prospettata – in ipotesi – dal giudice dell'esecuzione potrebbe essere giudicata non più rilevante se – nelle more – il magistrato di sorveglianza abbia concesso la misura alternativa (ad es., l'affidamento in prova), giacché l'esecuzione della pena detentiva risulterebbe cessata (così, infatti, Corte cost., sentenza n. 119 del 2017, giudicando la questione "ormai priva di rilevanza").

⁴² Cfr. l'ordinanza n. 318 del 2000, che ha dichiarato inammissibile la questione solo per omesso esperimento del doveroso percorso di interpretazione conforme, già in capo al pubblico ministero, titolare del potere di attivare il meccanismo previsto dall'art. 656 c.p.p.

⁴³ Così, autorevolmente, G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2012, 272.

⁴⁴ Proprio quando è stata posta al cospetto di un "vuoto di tutela" dei diritti in gioco, e di una compromissione irrimediabile degli stessi, del resto, la Corte costituzionale ha aperto ad evoluzioni della propria giurisprudenza: come quando ha riconosciuto – superando la tesi della natura meramente amministrativistica del contenzioso in sede di reclamo – la legittimazione a proporre l'incidente di

5. Possibili soluzioni interpretative (del contrasto con la garanzia dell'irretroattività).

Almeno sul versante dei profili intertemporali, peraltro, il giudice impegnato nell'applicazione del nuovo art. 4 *bis* ad uno dei delitti contro la PA commessi *precedentemente* all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019 potrebbe risolvere il contrasto senza necessariamente impegnare la Corte.

A tal fine, il rimedio è – come sempre – offerto da una interpretazione costituzionalmente orientata che – mutando l'indirizzo giurisprudenziale citato, prevalente ma non indiscusso né univoco – consideri la novazione legislativa in oggetto come disciplina processuale “ad effetti sostanziali”, evidenziandone le note di “intrinsecamente afflittività” – giacché incidenti sullo stesso *accesso alle misure alternative* e non solo sulle relative *modalità esecutive* – e conseguentemente assoggettandola al principio di irretroattività (in linea con le indicazioni desumibili dalla citata giurisprudenza della Corte EDU, e con una lettura “convenzionalmente orientata” dell'art. 25/2 Cost.).

L'organo giudicante che condivide i sospetti di illegittimità insiti nella immediata applicabilità della nuova disciplina, in sostanza, dovrebbe rivedere un “diritto vivente” che si dimostra riottoso a riconoscere l'irretroattività, ma che al contempo appare, oggi, in evidente contrasto con l'ordito dei principi costituzionali, aggiornato e “fertilizzato” dal contributo della giurisprudenza convenzionale.

Ed a questo riguardo è appena il caso di evidenziare che non osta, in questo caso, alcuna resistenza da parte della *littera legis*⁴⁵, discutendosi della natura giuridica di un istituto sul quale la legge non prende alcuna espressa posizione: non diversamente da quanto accaduto con l'istituto della “confisca per equivalente”, alla quale è stata riconosciuta in via interpretativa una “connotazione prevalentemente afflittiva” e una “natura eminentemente sanzionatoria”, secondo una linea interpretativa affermata nella giurisprudenza di legittimità⁴⁶ e successivamente convalidata dalla Corte costituzionale⁴⁷. E può altresì ricordarsi, come accennato, che all'orientamento favorevole al *tempus regit actum* si contrappongono decisioni che – con un opportuno “*distinguishing*” – ne hanno negato conformità costituzionale proprio nei casi in cui la

costituzionalità al magistrato di sorveglianza, evidenziando come in discussione vi fosse “la concreta tutela di un diritto del detenuto, che solo in quella sede può essere fatto valere [...]”: così la sentenza n. 212 del 1997 (su quella traccia, poi, le sentenze n. 266 del 2009 e n. 143 del 2013).

⁴⁵ Come noto, l'interpretazione adeguatrice è impercorribile solo ove contrasti con il “chiaro ed univoco tenore letterale” della disposizione, dovendo in tali casi lasciare spazio all'intervento della Corte costituzionale (per un esempio, v. appunto la citata sentenza n. 196 del 2010, che – convalidando l'impostazione del giudice *a quo* che aveva ritenuto impossibile procedere ad una correzione ermeneutica per via dell'interpretazione conforme – ha dichiarato la illegittimità del regime di retroattività legislativamente imposto alla neointrodotta ipotesi speciale di confisca dell'autoveicolo per il reato di guida in stato di ebbrezza).

⁴⁶ *Ex multis*, Cass. pen., sentenze n. 39173, n. 39172 e n. 21566 del 2008.

⁴⁷ Ordinanza n. 97 del 2009.

modifica legislativa peggiorativa attenesse all'accesso alle misure alternative, e non alle sole "modalità di esecuzione"⁴⁸.

Certo la strada maestra dell'interpretazione conforme – percorribile ove il giudice scelga di accomiarsi da un "diritto vivente" ormai scalfito da critiche sempre più graffianti – sembrerebbe poter risolvere solo uno dei versanti problematici, come si è visto: e lascerebbe in vita i residui, penetranti dubbi di ragionevolezza e di compatibilità con la funzione rieducativa della pena, dubbi che potrebbero essere comunque riproposti alla Corte in relazione all'applicazione del nuovo art. 4 *bis* a reati commessi successivamente all'entrata in vigore della l. n. 3 del 2019.

Difficile, del resto, negarne la consistenza: a meno di non voler credere ad una riesumazione postmoderna dell'illusione penologica dello "*short sharp shock*"⁴⁹, come ulteriore, accidentale lascito del populismo penale.

⁴⁸ Così, ad esempio, Sez. 1, 5-18 luglio 2006, n. 24767, Rv. 234295: "Il principio di irretroattività delle legge, qualora non sia riferito a norme di diritto sostanziale, non è di rango costituzionale, purché le norme retroattive trovino adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non violino altri valori e interessi costituzionalmente protetti. Ne consegue che, in relazione alla modifica apportata all'art. 50-*bis* ordinamento penitenziario dall'art. 7, comma quinto, L. 5 dicembre 2005 n. 251, concernente l'aumento dei limiti di pena per la concessione della semilibertà a persone condannate alle quali sia stata applicata la recidiva di cui all'art. 99, comma quarto, cod. pen., poiché non si tratta di disposizioni che impediscono l'accesso alla misura alternativa, bensì di disposizioni che richiedono l'espiazione di un terzo di pena in più, non vi è lesione dei principi costituzionali previsti dagli artt. 3, 25 e 27 Cost." (corsivo nostro).

⁴⁹ Sui presunti "effetti positivi che si potrebbero attendere dallo «*short sharp shock*»", e sulla portata criminogena dalle pene detentive brevi, specie in contesti di "sovraffollamento carcerario", basti il richiamo alla autorevole – ed ancora attualissima – critica di G. MARINUCCI, *Problemi della riforma del diritto penale in Italia*, in AA.VV., *Diritto penale in trasformazione*, a cura di G. Marinucci – E. Dolcini, Milano, 1985, 349 ss., 356 ss.

LA TUTELA DEI CREDITORI DI FRONTE AL SEQUESTO E ALLA CONFISCA

*Dalla giurisprudenza “Focarelli” e “Uniland”
al nuovo codice della crisi d’impresa*

di Manfredi Bontempelli e Roberto Paese

SOMMARIO: 1. Il rafforzamento della tutela dei terzi attraverso l’estensione operativa delle norme del codice antimafia. – 2. L’armonizzazione della disciplina in tema di tutela dei terzi e di rapporti con le procedure concorsuali. – 3. La resistenza degli interessi dei creditori di fronte al sequestro preventivo finalizzato alla confisca. – 4. Misure patrimoniali e diritti reali dei terzi. – 5. Le condizioni della prevalenza dei diritti di credito dei terzi sulle misure cautelari reali. – 6. La cedevolezza del sequestro preventivo “impeditivo” e del sequestro conservativo di fronte alla liquidazione giudiziale. Profili della legittimazione del curatore a impugnare il provvedimento cautelare.

1. Il rafforzamento della tutela dei terzi attraverso l’estensione operativa delle norme del codice antimafia.

Fra le rilevanti novità introdotte in ambito penalistico dal codice della crisi di impresa e dell’insolvenza, contenuto nel d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, occupa una posizione di primo piano la disciplina di cui al Titolo VIII dello stesso codice dedicata ai rapporti fra “liquidazione giudiziale e misure cautelari penali”¹. Con essa il legislatore colma un vuoto normativo che aveva lasciato spazio alla sedimentazione di letture non omogenee della giurisprudenza della Corte di cassazione, anche a Sezioni Unite². Inoltre, l’art. 317 comma 1 del nuovo codice regola i suddetti rapporti attraverso un rinvio

¹ Risalta, fra l’altro, la «collocazione topografica che tradisce immediatamente la preoccupazione del legislatore di chiarire in modo espresso il regime di prevalenza tra misure che rischiano pericolose sovrapposizioni o, peggio, “forme di scavalco” prive di una logica, ancor prima di descrivere tutte le fattispecie incriminatrici di cui si dota il nuovo sistema penale-fallimentare». Così, E. MEZZETTI, *Codice antimafia e codice della crisi: la regolazione del traffico delle precedenze in cui la spunta sempre la confisca*, in *Arch. pen.*, 2019, n. 1 (versione Web), p. 8. Per un’analisi riferita alla “bozza” di codice della crisi, v. P. CHIARAVIGLIO, *Osservazioni penalistiche ‘a prima lettura’ sul progetto di codice della crisi e dell’insolvenza*, in questa *Rivista*, 10 maggio 2018.

² V., in particolare, Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, in *C.E.D. Cass.*, rv. 228164, sulla quale cfr., ad es., F.M. IACOVIELLO, *Fallimento e sequestri penali*, in *Fall.*, 2005, pp. 1273 ss.; nonché Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, in *C.E.D. Cass.*, rv. 263685, a commento della quale cfr., volendo, M. BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*, in *Arch. pen.*, 2015, n. 3 (versione Web).

espresso alle disposizioni del titolo IV del d.lgs. n. 159/2011. È pertanto chiara la tendenza legislativa a rafforzare sempre più il ruolo del codice antimafia come strumento non solo di contrasto alla criminalità organizzata ed economica, ma anche di garanzia dei diritti costituzionali dei terzi su cui vanno ad incidere le misure patrimoniali riconducibili alla prevenzione penale³.

Volendo schematizzare i tratti salienti della nuova disciplina, bisogna riconoscere sulla scia delle prime riflessioni dottrinali⁴, che il legislatore non ha intaccato l'idoneità della confisca, e del correlato sequestro preventivo, a prevalere sulla procedura concorsuale. Si è quindi rinunciato a edificare un sistema semplificato di tutela dei creditori attraverso la liquidazione giudiziale concepita come limite applicativo del sequestro e della confisca. La scelta è coerente con la previsione della legge delega che imponeva al Governo di dettare disposizioni di coordinamento con il codice antimafia (art. 13 comma 1 l. 19 ottobre 2017, n. 155), ed è noto come questo testo normativo abbia recepito il principio della prevalenza delle misure di prevenzione patrimoniali, a scapito della teoria della possibile coesistenza tra i due vincoli (penale e concorsuale)⁵.

Cionondimeno emergono indubbie novità dal d.lgs. n. 14/2019: per la prima volta, nella materia del sequestro e della confisca del prezzo o profitto del reato, o per equivalente, è la legge stessa, e non la sola giurisprudenza, a stabilire che i diritti di credito dei terzi devono essere garantiti, e come farlo. Inoltre, tali diritti sono tutelati dalla legge anche quando le misure patrimoniali non interferiscono con una procedura concorsuale, e quindi in generale, a prescindere da una situazione d'insolvenza del debitore. Si può pertanto parlare di un rafforzamento dei diritti dei creditori ad opera del codice della crisi di impresa, che ha implementato il multiforme sistema protettivo dei diritti dei terzi, puntando a eliminare le disparità trattamentali esistenti nel precedente assetto.

Giova richiamare la previsione bandiera inserita nel nuovo art. 104-*bis* comma 1-*bis*, secondo per., n. att. c.p.p., come modificato dall'art. 373 lett. a) d.lgs. n. 14/2019, che così dispone: "Quando il sequestro è disposto ai sensi dell'articolo 321, comma 2, del codice ai fini della tutela dei terzi e nei rapporti con la procedura di liquidazione giudiziaria si applicano, altresì, le disposizioni di cui al Titolo IV del Libro I" d.lgs. n. 159/2011. La norma dice all'interprete due cose: tutti i diritti dei terzi garantiti dal codice antimafia sono parimenti tutelati dinanzi al sequestro finalizzato alla confisca, secondo la stessa procedura del codice antimafia; tali diritti sono tutelati ai sensi del codice antimafia, dinanzi ad ogni tipo di sequestro finalizzato alla confisca, vale a dire alla

³ Per un ampio quadro, v. F. MENDITTO, *Le confische di prevenzione e penali. La tutela dei terzi*, Milano, 2015.

⁴ Cfr. E. MEZZETTI, *Codice antimafia e codice della crisi*, cit.

⁵ Per l'elaborazione giurisprudenziale di questo principio in un contesto non regolato dal codice antimafia, quale è quello del processo all'ente *ex* d.lgs. n. 231/2001, cfr. Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 6.3 motivazione. Secondo la Relazione illustrativa al codice della crisi di impresa, «il concorso di vincoli di natura diversa sui medesimi beni è ammissibile, sul piano astratto, e pacificamente ammesso in giurisprudenza; in concreto, tuttavia, ha dato luogo a esiti pratici non soddisfacenti, tanto da richiedere un intervento normativo volto a determinare condizioni e criteri di prevalenza delle misure adottate in sede penale».

confisca del prezzo o profitto del reato, ovvero dell'equivalente, alla confisca in casi particolari ai sensi dell'art. 240-*bis* c.p., alla confisca misura di prevenzione.

In tal modo il nuovo codice della crisi di impresa si è posto sulla scia di precedenti innesti normativi nel settore. Il riferimento è alla l. n. 161/2017 e, soprattutto, al d.lgs. n. 21/2018, nella parte in cui hanno rispettivamente modificato l'art. 12-*sexies* d.l. n. 306/1992 e il cit. art. 104-*bis* n. att. c.p.p., quest'ultimo rubricato: "Amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo e a sequestro e confisca in casi particolari. Tutela dei terzi in giudizio" (così dopo il d.lgs. n. 21/2018)⁶. Ebbene, il comma 1-*quater* dell'art. 104-*bis* n. att. c.p.p. già prima delle modifiche apportate dal codice della crisi di impresa prevedeva un'estensione operativa di alcune disposizioni del codice antimafia ai "casi di sequestro e confisca in casi particolari previsti dall'articolo 240 *bis* del codice penale" (in precedenza confisca c.d. "allargata" di cui all'art. 12-*sexies* d.l. n. 306/1992), e ipotesi "che a questo articolo rinviano", nonché ai "casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'articolo 51, comma 3 *bis*" c.p.p. Si trattava, in particolare, delle disposizioni del d.lgs. n. 159/2011 "in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati", oltre che "in materia di tutela dei terzi e di esecuzione del sequestro"⁷.

Inoltre, venivano fatti "comunque salvi i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento del danno" (ult. periodo del cit. comma 1-*quater*) ed operava il meccanismo della citazione nel processo di cognizione dei "terzi titolari di diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro, di cui l'imputato risulti avere la disponibilità a qualsiasi titolo" (comma 1-*quinquies* dell'art. 104-*bis* n. att. c.p.p., esso pure aggiunto dal d.lgs. n. 21/2018). È degna di nota, infine, l'applicazione di tali regole anche nel caso particolare della confisca c.d. "senza condanna", in cui il giudice di appello o la Corte di cassazione decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca prevista dal primo comma dell'art. 240-*bis* c.p., quando la misura è stata ordinata in precedenza (artt. 578-*bis* c.p.p. e 104-*bis* comma 1-*sexies* n. att. c.p.p.)⁸.

2. L'armonizzazione della disciplina in tema di tutela dei terzi e di rapporti con le procedure concorsuali.

Questa sistemazione normativa dei congegni di garanzia dei terzi è mantenuta dal nuovo testo dell'art. 104-*bis* comma 1-*quater* n. att. c.p.p., come riscritto dall'art. 373 lett. b) codice della crisi di impresa: è ora disposto che al sequestro e alla confisca in casi particolari *ex* art. 240-*bis* c.p., e alle misure patrimoniali equiparate, nonché al sequestro

⁶ In ordine al secondo intervento normativo, v. P. CORVI, *La confisca in casi particolari, alias la confisca "allargata"*, in *Dai decreti attuativi della legge "Orlando" alle novelle di fine legislatura*, a cura di A. Giarda – F. Giunta – G. Varraso, Milano, 2018, pp. 52 ss.

⁷ V. già l'analoga disciplina di cui all'art. 12-*sexies* comma 4-*bis* d.l. n. 306/1992, testo modificato dalla l. n. 161/2017.

⁸ Cfr. sul tema, di recente, G. VARRASO, [La decisione sugli effetti civili e la confisca senza condanna in sede di impugnazione. La legge n. 3 del 2019 \(c.d. "Spazzacorrotti"\) trasforma gli artt. 578 e 578-bis in una disciplina a termine](#), in questa *Rivista*, 4 febbraio 2019.

e alla confisca di beni nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p., "si applicano le disposizioni del titolo IV del Libro I" del codice antimafia, sia "ai fini della tutela dei terzi", che "nei rapporti con la procedura di liquidazione giudiziale". Quindi si estendono in questo settore anche le regole del capo III del titolo IV, riguardanti i "rapporti con le procedure concorsuali", in precedenza escluse⁹. Invece, non sono menzionate tuttora dall'art. 104-*bis* comma 1-*quater* n. att. c.p.p. la confisca ex art. 240 c.p. e le ulteriori forme di confisca c.d. "obbligatoria" del prezzo o profitto del reato, ovvero dell'equivalente (ad es., ex art. 322-*ter* c.p. o art. 19 d.lgs. n. 231/2001), oltre che il sequestro preventivo ad esse finalizzato. Vanno però sottolineati due aspetti.

In primo luogo, anche per tali misure vi sono forme di tutela dei terzi basate sul «limite costituito dall'appartenenza dei beni a soggetti estranei al reato, dei quali il reo non abbia la disponibilità diretta o per interposta persona»¹⁰ (v., ad es., artt. 240 comma 3° e 322-*ter* commi 1° e 2° c.p.)¹¹, oppure sul limite costituito dall'esistenza di "diritti acquisiti dai terzi in buona fede" (art. 19 comma 1 d.lgs. n. 231/2001). Non è peraltro scontato che tali garanzie ricomprendano i diritti di credito dei terzi¹².

In secondo luogo, questa potenziale lacuna del sistema di tutele dei terzi è quanto mira a colmare il d.lgs. n. 14/2019, in ottica armonizzatrice con le garanzie già previste dall'ordinamento, attraverso il richiamo alle medesime disposizioni del Titolo IV del codice antimafia, contenuto in due passaggi chiave del codice della crisi di impresa. Innanzitutto nell'art. 104-*bis* comma 1-*bis* n. att. c.p.p., sopra considerato. Inoltre va considerato l'art. 317 d.lgs. n. 14/2019, la cui rubrica è significativa: "Principio di prevalenza delle misure cautelari reali e tutela dei terzi". In base al comma 1 del cit. art., il codice antimafia regola "le condizioni e i criteri di prevalenza rispetto alla gestione concorsuale delle misure cautelari reali" disposte sui "beni del debitore": sono le "cose

⁹ Il vecchio testo dell'art. 104-*bis* n. att. c.p.p. non menzionava tali disposizioni. V., però, in senso diverso, G. VARRASO, [Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017](#), in questa *Rivista*, 12 gennaio 2018, pp. 21-22, il quale osservava, in relazione alle modifiche all'art. 12-*sexies* comma 4-*bis* d.l. n. 306/1992 operate dalla legge n. 161/2017, che in caso di «sequestro ai fini della confisca di cui all'art. 12-*sexies*» e, «in ogni caso, per i sequestri a fini di confisca disposti nei procedimenti di cui all'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p., si richiama non solo la disciplina del capo III del codice antimafia, ma anche il *Titolo IV*, relativo con i suoi tre capi *alla tutela dei terzi creditori e ai rapporti con le procedure concorsuali*» (corsivi nel testo).

¹⁰ Così, Cass., Sez. Un., 8 giugno 1999, n. 9, in *C.E.D. Cass.*, rv. 213511, par. 6 motivazione, che ha esteso l'applicazione del terzo comma dell'art. 240 c.p. al caso della confisca in materia di usura prevista dall'art. 644 ult. comma c.p., disposizione che, pur salvaguardando "i diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento dei danni", non menziona il citato limite dell'appartenenza dei beni a persona estranea al reato. Ciò non ha impedito alla Suprema Corte di affermare l'estensione operativa della disposizione di cui all'art. 240 comma 3° c.p., «non rinvenendosi alcuna eccezione sulla specifica questione». Secondo la Corte, «l'indubbia specialità della confisca regolata dall'ultimo comma dell'art. 644 c.p. non vale, tuttavia, a rendere la misura completamente autonoma dalla disciplina generale posta dall'art. 240 c.p., dovendo al contrario ritenersi – in piena consonanza con l'opinione comunemente seguita in dottrina – che essa si innesta, pur sempre, sulla regolamentazione di diritto comune, che resta, perciò, applicabile nei punti non derogati dalle norme speciali».

¹¹ Per un quadro riepilogativo v., ad es., L. CAPRARO, *Disponibilità della res e tutela del terzo estraneo*, in *Sequestro e confisca*, a cura di M. Montagna, Torino, 2017, pp. 315 ss.; F. MUCCIARELLI, *Profili generali (art. 240 c.p.)*, in *Codice delle confische*, a cura di T. Epidendio – G. Varraso, Milano, 2018, pp. 150 ss.

¹² V., *infra*, par. 5.

indicate dall'articolo 142", cui si riferisce l'art. 317 comma 1 nuovo codice. Quando entrerà in vigore il d.lgs. n. 14/2019¹³, i terzi creditori dell'impresa in liquidazione saranno dunque tutelati, in base alle norme del codice antimafia, di fronte a tutti i sequestri finalizzati alla confisca, e non solo alle misure di prevenzione patrimoniali, a conferma del superamento del c.d. «doppio statuto di tutela» dei creditori, che caratterizza il vigente sistema di garanzie dei diritti dei terzi¹⁴. Il regime in discorso va poi letto in parallelo all'art. 104-*bis* comma 1-*quater* n. att. c.p.p., nuovo testo, che a chiusura del cerchio dispone l'applicazione alle forme particolari di sequestro e confisca di tutte le disposizioni del codice antimafia riguardanti non solo "la tutela dei terzi", ma anche "i rapporti con le procedure concorsuali".

D'altro canto, il primo periodo della lett. a) dell'art. 373 cit. modifica la disciplina dell'art. 104-*bis* comma 1-*bis* n. att. c.p.p. introdotta dalla l. n. 161/2017, circoscrivendo la portata del codice antimafia, le cui disposizioni contenute nel Libro I, Titolo III, si applicano ai sequestri preventivi aventi per oggetto aziende, società ovvero beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione, non integralmente, come in precedenza, ma solo "nella parte in cui recano la disciplina della nomina e revoca dell'amministratore, dei compiti, degli obblighi dello stesso e della gestione dei beni"; con esclusione, quindi, della disciplina sulla destinazione dei beni contenuta nel Capo III del Titolo III¹⁵. Resta, invece, più ampia la portata della disciplina relativa ai casi di sequestro e confisca in casi particolari ai sensi dell'art. 240-*bis* c.p., e nei procedimenti per i delitti di cui all'art. 51 comma 3-*bis* c.p.p. Il secondo periodo del comma 1-*quater* dell'art. 104-*bis* n. att. c.p.p., nuovo testo, conferma l'applicazione delle disposizioni del codice antimafia "in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati e di esecuzione del sequestro".

3. La resistenza degli interessi dei creditori di fronte al sequestro preventivo finalizzato alla confisca.

L'art. 317 d.lgs. n. 14/2019 recepisce il sistema della prevenzione antimafia, basato sul principio della prevalenza del sequestro (e della confisca) sul fallimento dichiarato successivamente o anteriormente alla misura patrimoniale¹⁶. Essa prevale nel senso che

¹³ Vale a dire, *in parte qua*, decorsi 18 mesi dal 14 febbraio 2019, data della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (art. 389 comma 1).

¹⁴ Osserva la Relazione illustrativa al codice della crisi che «a fronte dell'esistenza [...] di un doppio binario di tutela nella ricorrenza di ipotesi di concorso sui medesimi beni di procedimenti penali e procedure concorsuali [...] si è inteso il coordinamento» con il codice antimafia richiesto dalla legge delega «nel senso di disciplinare in maniera uniforme ogni sequestro penale destinato a sfociare in un provvedimento di confisca, e ciò mediante rinvio al titolo IV del più volte citato decreto legislativo n. 159/2011 contenuto nell'art. 104*bis* delle norme di attuazione del codice di procedura penale per tutto ciò che attiene alla tutela dei terzi e dei rapporti del sequestro con la procedura di liquidazione giudiziaria».

¹⁵ Per la corretta ricostruzione della portata del comma 1-*bis* dell'art. 104-*bis* n. att. c.p.p., vecchio testo, v. G. VARRASO, *Il sequestro a fini di confisca: dalle scelte del codice del 1988 alla legge n. 161 del 2017*, cit., p. 21.

¹⁶ Per una recente analisi della disciplina in discorso, v. R. PERONI RANCHET, *Sub artt. 63-64 d.lgs. n. 159/2011*,

viene applicata, nonostante l'apertura dell'*iter* concorsuale. Gli interessi dei creditori soccombono a monte, ma vengono recuperati a valle, attraverso una pur parziale soddisfazione sui beni confiscati, alle condizioni e secondo le modalità previste dal Titolo IV del codice antimafia¹⁷. Pertanto non sembra azzardato parlare di resistenza, invece che di cedevolezza, dei diritti di credito di fronte al sequestro preventivo finalizzato alla confisca¹⁸.

Come è noto, esistono tre criteri di prevalenza delle misure di prevenzione patrimoniali sul fallimento, dettati dal codice antimafia e recepiti dal codice della crisi di impresa, *ex art.* 317, quali "criteri di prevalenza" dei sequestri preventivi finalizzati alla confisca rispetto alla liquidazione giudiziale (che ha sostituito il fallimento nel disegno dello stesso codice)¹⁹: il criterio della esclusione/separazione dei beni sequestrati o confiscati rispetto alla liquidazione giudiziale (artt. 63 comma 4 e 64 comma 1 d.lgs. n. 159/2011); il criterio della chiusura della procedura concorsuale, nel caso in cui non vi siano nel patrimonio compreso nella liquidazione giudiziale beni che non siano al contempo sequestrati/confiscati (artt. 63 comma 6 e 64 comma 7 d.lgs. n. 159/2011)²⁰; il criterio della acquisizione alla liquidazione giudiziale dei beni sequestrati/confiscati in caso di revoca della misura patrimoniale (artt. 63 comma 7 e 64 comma 10 d.lgs. n. 159/2011). È chiaro che, quando il giudice penale accerta i presupposti del sequestro o della confisca, dispone la misura in base al primo dei tre "criteri di prevalenza", senza necessità di verificare ulteriori "condizioni" applicative della misura patrimoniale.

È inoltre opportuno precisare a quali forme di sequestro preventivo (e quindi di confisca) si rivolge la disciplina in discorso. La formulazione dell'art. 317 comma 2 d.lgs. n. 14/2019, puntando l'accento sui "sequestri delle cose di cui è consentita la confisca", si presta a ricomprendere ipotesi di sequestro preventivo finalizzato alla confisca sia "facoltativa" (o per meglio dire "discrezionale"), che "obbligatoria". Si potrà trattare pertanto di sequestro preventivo finalizzato alla confisca, c.d. "tradizionale", di cui all'art. 240 c.p., ma anche alla confisca "obbligatoria" prevista dall'art. 322-*ter* c.p. per i delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (in funzione della quale è più propriamente applicabile il sequestro preventivo di cui all'art. 321 comma 2-*bis* c.p.p., non richiamato dall'art. 317 comma 2 codice della crisi di impresa), così come delle ipotesi simili quali, ad esempio, il sequestro finalizzato alla confisca prevista dall'art.

in *Codice delle confische*, cit., pp. 1467 ss.

¹⁷ In questa prospettiva appare condivisibile l'osservazione di E. MEZZETTI, *Codice antimafia e codice della crisi*, cit., p. 9, secondo cui «la regola generale è che le disposizioni antimafia (i sequestri relativi) hanno la precedenza sulle ragioni creditorie, sottolineando ancora una volta la prevalenza di interessi di carattere pubblico su altri beni in gioco, *melius* che la tutela della sicurezza pubblica (ordine pubblico sotteso alle misure antimafia) debba essere giudicata prevalente su beni giuridici a caratura parzialmente privatistica fondata principalmente sulle ragioni creditorie ai sensi dell'art. 2740 c.c.».

¹⁸ Parla di «criteri di parziale inopponibilità della confisca ai terzi creditori di buona fede», F. BRIZZI, *Il problema dei terzi e i rapporti con le procedure concorsuali*, in *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, a cura di F. FIORENTIN, Torino, 2018, p. 873.

¹⁹ Con riguardo alle incidenze penalistiche della scelta v., ad es., G.L. GATTA, [Approvato il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: scompaiono i concetti di 'fallimento' e di 'fallito'](#), in questa *Rivista*, 11 gennaio 2019.

²⁰ Infatti, «non sempre (e comunque non necessariamente) la consistenza della massa attiva fallimentare coincide con i beni oggetto del sequestro»: F. BRIZZI, *op. cit.*, p. 896.

648-*quater* c.p. per i reati di riciclaggio, impiego di denaro di provenienza illecita e autoriciclaggio, alla confisca prevista dall'art. 12-*bis* d.lgs. n. 74/2000 per i reati tributari.

E si potrà trattare del sequestro preventivo ai fini della confisca a carico dell'ente *ex artt.* 19 e 53 d.lgs. n. 231/2001. Sul punto, non è stata attuata la direttiva della legge delega n. 155/2017 che imponeva di adottare disposizioni di coordinamento con lo stesso d.lgs. n. 231/2001, "nel rispetto del principio di prevalenza del regime concorsuale, salvo che ricorrano ragioni di preminente tutela di interessi di carattere penale". Il contrapposto principio della prevalenza delle misure cautelari reali sulla gestione concorsuale opererà quindi anche in questa materia, attraverso l'applicazione dell'art. 104-*bis* comma 1-*bis* n. att. c.p.p. consentita dal rinvio dell'art. 34 d.lgs. n. 231/2001 alle disposizioni del c.p.p. e del d.lgs. n. 271/1989. Pur nelle criticità derivanti dal tenore della legge delega, l'operazione interpretativa in discorso appare sensata nell'ottica di evitare irragionevoli disparità di trattamento fra i diritti dei terzi sacrificati dal sequestro preventivo di cui all'art. 321 comma 2 c.p.p. o dalla misura omologa di cui all'art. 53 d.lgs. n. 231/2001.

Si può pertanto parlare di un allineamento solo parziale della disciplina dettata *in parte qua* dal codice della crisi di impresa alla lettura fornita dalla Corte di cassazione, nella sentenza a Sezioni Unite del 2004 (caso "Focarelli"). In questo importante arresto, la Corte aveva sostenuto la tesi della "assoluta insensibilità" alla procedura fallimentare del sequestro avente ad oggetto un bene confiscabile in via obbligatoria²¹, sia pur impiegando argomenti calibrati sulla confisca *ex art.* 240 comma 2° c.p., non agilmente adattabili alle più avanzate forme di confisca obbligatoria del prezzo o profitto del reato, sul tipo di quelle previste dall'art. 322-*ter* c.p. o dall'art. 19 d.lgs. n. 231/2001²². Gioverà ricordare che, secondo la decisione in discorso della Suprema Corte, quando si discute di sequestro funzionale alla confisca obbligatoria, essendo in gioco «un bene intrinsecamente e oggettivamente "pericoloso"», non vi sarebbe spazio per fornire tutela alle ragioni dei terzi creditori, che pertanto dovrebbero cedere rispetto alle esigenze di tutela della collettività, senza alcun margine di manovra per la discrezionalità giudiziale²³.

²¹ Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, cit., par. 4.2.a motivazione.

²² Come hanno osservato le Sezioni Unite, nella successiva decisione del 2015 relativa al caso "Uniland", analizzando la tenuta della ricostruzione effettuata dalla sentenza "Focarelli", «è noto che dal legislatore sono previste ipotesi di confisca obbligatoria – uno dei casi è proprio quello della confisca *ex art.* 19 d.lgs. n. 231 del 2001 [...] – che non hanno per oggetto cose intrinsecamente pericolose, ovvero gli oggetti di cui al n. 2 del comma 2 dell'art. 240 cod. pen.» (Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 3.2 motivazione).

²³ Si legge nella citata pronuncia delle Sezioni Unite (v. par. 4.2.a motivazione) che «la valutazione che viene richiesta al giudice della cautela reale sulla pericolosità della cosa non contiene margini di discrezionalità, in quanto la *res* è considerata pericolosa in base ad una presunzione assoluta: la legge vuole escludere che il bene sia rimesso in circolazione, sia pure attraverso l'espropriazione del reato, sicché non può consentirsi che il bene stesso, restituito all'ufficio fallimentare, possa essere venduto *medio tempore* e il ricavato distribuito ai creditori. Le finalità del fallimento non sono in grado di assorbire la funzione assoluta dal sequestro: la vocazione strumentale rispetto al processo è attenuata e prevale l'esigenza preventiva di inibire l'utilizzazione di un bene intrinsecamente e oggettivamente "pericoloso" in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato. Le ragioni di tutela dei terzi creditori sono destinate ad essere pretermesse rispetto alla prevalente esigenza di tutela della collettività».

Quando invece si tratta di sequestro preventivo funzionale alla confisca “facoltativa”, secondo la Corte, mancando il fine di «impedire la circolazione di un bene intrinsecamente illecito», non potrebbe escludersi «che l’intervento della procedura fallimentare possa costituire fatto sopravvenuto determinante il venir meno delle condizioni di applicabilità della misura»²⁴. Ne era scaturita una consistente apertura alla discrezionalità del giudice penale, che in base a questa lettura avrebbe il compito di accertare l’eventualità che l’imputato torni in possesso delle cose che sono servite a commettere il reato o del prodotto o profitto del reato²⁵: un accertamento “caso per caso”, dunque, al cui esito negativo era subordinata la tutela dei diritti dei creditori, con priorità rispetto alle esigenze cautelari sottese al sequestro preventivo²⁶.

Nell’interpretazione della sentenza “Focarelli”, sarebbe «consentito il sequestro preventivo, funzionale alla confisca facoltativa, di beni provento di attività illecita dell’indagato e di pertinenza di un’impresa dichiarata fallita», soltanto «a condizione che il giudice, nell’esercizio del suo potere discrezionale, dia motivatamente conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori nella procedura fallimentare»²⁷. È proprio questa “condizione” ad essere superata dalla nuova disciplina dettata dall’art. 317 codice della crisi di impresa, in quanto applicabile, si è visto, ai casi di sequestro preventivo finalizzati alla confisca non solo “obbligatoria”, ma anche “discrezionale” ex art. 240 comma 1° c.p. Si tratta peraltro di casi meno frequentati nella prassi giudiziaria, rispetto alle ipotesi “obbligatorie” di sequestro/confisca, già “coperte” secondo il pronunciamento delle Sezioni Unite del 2004.

4. Misure patrimoniali e diritti reali dei terzi.

È sul versante della tutela dei terzi creditori che si possono cogliere, come si è visto, le innovazioni più profonde apportate dal codice della crisi di impresa e

²⁴ Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, cit., par. 4.2.b motivazione.

²⁵ «La confisca facoltativa, infatti», osservava la Corte (par. 4.2.b motivazione), «postula il concreto accertamento, da parte del giudice, della necessità di evitare che il reo resti in possesso delle cose che sono servite a commettere il reato o che ne sono il prodotto o il profitto, e che quindi potrebbero mantenere viva l’idea del delitto commesso e stimolare la perpetrazione di nuovi reati, ed il medesimo effetto viene realizzato, per altra via, dallo spossessamento derivante dalla declaratoria fallimentare, che potrebbe essere quindi idonea a fare venir meno lo stesso motivo della cautela, assicurando inoltre la garanzia dei creditori sul patrimonio dell’imprenditore fallito» (corsivi nel testo).

²⁶ V. ancora Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, cit., par. 4.2.b motivazione: «La realizzazione delle medesime esigenze cautelari [...] non può essere automaticamente affermata e l’autorità giudiziaria dovrà accertare caso per caso le concrete conseguenze della eventuale restituzione, tenendo anche presenti le modalità di svolgimento della procedura concorsuale, le qualità dei creditori ammessi al passivo e l’ammontare di questo, al fine di considerare le possibilità che l’imputato, anche qualora abbia agito attraverso lo schermo societario, ritorni in possesso delle cose che costituiscono il prodotto o il profitto del reato. In tale prospettiva può pure profilarsi l’opportunità di consentire la restituzione con l’imposizione di prescrizioni, ai sensi dell’art. 85 disp. att. c.p.p.».

²⁷ Questo il principio di diritto enunciato sul tema dalla pronuncia citata.

dell'insolvenza. Era pacifico, infatti, anche prima del d.lgs. n. 14 del 2019, che a garanzia dei terzi titolari del diritto di proprietà o di altri diritti reali, operassero i meccanismi basati sull'accertamento dell'appartenenza dei beni a persona estranea al reato, o dell'esistenza di "diritti acquisiti dai terzi in buona fede", nella materia della confisca del profitto o del prezzo del reato ai sensi dell'art. 240 comma 4° c.p., della confisca del profitto o prezzo del reato o dell'equivalente ai sensi dell'art. 322-ter c.p., e delle disposizioni equiparate, della confisca del prezzo o del profitto del reato o dell'equivalente ai sensi dell'art. 19 d.lgs. n. 231/2001, e delle forme di sequestro preventivo a tali confische finalizzato. Non era, peraltro, omogeneo nella stessa giurisprudenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte, il funzionamento di tali diritti in senso limitativo della capacità espansiva della confisca e del sequestro.

Ora se ne affermava il funzionamento come limiti di applicazione delle misure patrimoniali, secondo la veste attribuita dalla sentenza "Uniland" del 2015 in tema di confisca *ex art. 19 d.lgs. n. 231/2001*, al «diritto di proprietà del terzo acquisito in buona fede, oltre agli altri diritti reali insistenti sui [...] beni [oggetto dell'apprensione da parte dello Stato], mobili o immobili che siano»²⁸. Come sostenuto in questa pronuncia, il giudice penale, «nel disporre il sequestro o la confisca», deve «valutare se eventuali diritti vantati da terzi siano o meno stati acquisiti in buona fede; e in caso di esito positivo di tale verifica il bene, la cui titolarità sia vantata da un terzo, *non sarà sottoposto né a sequestro né a confisca*»²⁹. Ora la giurisprudenza sosteneva che i diritti reali (di garanzia) limitassero finalisticamente, senza però escludere, il vincolo impresso dal sequestro o dalla confisca sui beni, come nella lettura data dalla sentenza "Bacherotti" del 1999, relativa alla questione della confisca di cose sulle quali sia stato costituito un diritto di pegno regolare a favore di terzi (nella specie, pegno regolare su certificati di deposito al portatore costituito dal condannato a favore di istituti bancari)³⁰.

Per risolvere tale questione, la Suprema Corte ha sì aderito all'«orientamento» giurisprudenziale «assolutamente uniforme nell'escludere che l'applicazione della misura di sicurezza patrimoniale possa determinare l'estinzione dell'altrui diritto reale di garanzia, sicché questo deve essere considerato come una forma di "appartenenza" della cosa, cui inerisce il c.d. diritto di seguito»³¹. Ma il richiamo al citato limite dell'"appartenenza" non è stato impiegato per affermare, radicalmente, l'esistenza di un divieto di confisca. Secondo la pronuncia in discorso, infatti, «il limite derivante dall'appartenenza a terzi dei beni confiscati funziona in modo diverso a seconda del

²⁸ Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 5 motivazione.

²⁹ Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 5 motivazione (corsivo aggiunto), secondo cui «siffatta conclusione trova fondamento nella lettera della legge, che non demanda a nessun altro giudice la valutazione del buon diritto del terzo, oltre che nella logica, perché non può essere che il giudice che deve, per disposizione di legge, disporre la confisca, e/o il sequestro, che dovrà indicare i beni sui quali dovrà essere apposto il vincolo; nel compiere tale operazione *il giudice dovrà escludere dalla sottoposizione a sequestro e/o a confisca i beni che debbono essere restituiti al danneggiato e quelli sui quali il terzo abbia acquisiti diritti in buona fede*» (corsivo aggiunto).

³⁰ Cass., Sez. Un., 8 giugno 1999, n. 9, cit.

³¹ Cass., Sez. Un., 8 giugno 1999, n. 9, cit., par. 7 motivazione. In precedenza, ad es., Cass., Sez. Un., 3 dicembre 1994, n. 9, in *C.E.D. Cass.*, rv. 199174 (caso "Longarini").

diverso contenuto del diritto delle persone estranee al reato, essendo evidente che *detto limite ha carattere assoluto e si pone come un vero e proprio divieto di confisca quando esse risultino proprietarie dei beni*, mentre assume *carattere relativo in caso di titolarità di diritti reali di godimento o di garanzia*, dato che, in quest'ultima ipotesi, il reo resta pur sempre proprietario del bene, ancorché la sfera delle facoltà che gli competono risulti compressa per la coesistenza degli *"iura in re aliena"*³². La Corte ha dunque riconosciuto l'«ammissibilità della confisca delle cose date in pegno dal reo», traendone «il corollario, di necessaria consequenzialità logico-giuridica, della inderogabile ed esclusiva titolarità, in capo all'ufficio giudiziario, del potere di provvedere alla custodia del bene confiscato [...] e di disporre la vendita, assicurando, tuttavia, che all'esito della procedura di liquidazione, sul ricavato il creditore stesso possa esercitare lo *"ius praelationis"*, conseguendo quanto spettantegli, con priorità rispetto ad ogni altra destinazione»³³.

Questa giurisprudenza ha quindi prospettato la possibile coesistenza di due vincoli su uno stesso bene: da un canto, quello penale patrimoniale che prevarrebbe, tanto da attribuire all'«ufficio giudiziario» il compito di svolgere «l'attività di gestione e di vendita del bene»; d'altro canto, il vincolo derivante dal diritto reale di garanzia facente capo al terzo, che limiterebbe finalisticamente il primo vincolo, incidendo sulla destinazione del bene una volta confiscato³⁴. Il codice antimafia ha superato lo schema della coesistenza prevedendo, nel caso in cui venga instaurata una procedura concorsuale, l'esclusione o la separazione dei beni assoggettati a sequestro o confisca dalla massa attiva fallimentare (artt. 63 comma 4 e 64 comma 1 d.lgs. n. 159/2011). Nel caso in cui la misura patrimoniale non interferisca con una procedura concorsuale, si può ancora parlare di coesistenza fra vincoli, in quanto la legge fa prevalere la confisca, imponendone l'applicazione, ma senza pregiudizio dei diritti dei terzi.

Inoltre, è stata ampliata la categoria dei diritti facenti capo ai terzi, tutelabili di fronte alle misure patrimoniali. Come risulta dall'art. 52 comma 1 d.lgs. n. 159/2011, applicabile ai fini dell'accertamento dei diritti dei terzi anche in pendenza della procedura concorsuale (artt. 63 e 64 d.lgs. n. 159/2011), *"la confisca non pregiudica i diritti di credito dei terzi che risultano da atti aventi data certa anteriore al sequestro, nonché i diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al sequestro"*³⁵.

³² Cass., Sez. Un., 8 giugno 1999, n. 9, cit., par. 10 motivazione (corsivi aggiunti).

³³ Cass., Sez. Un., 8 giugno 1999, n. 9, cit., par. 10 motivazione, che prosegue osservando che «non è contestabile, infatti, che ammettere l'opponibilità del pegno significa riconoscere che l'oggetto effettivo della confisca corrisponde al valore che residua dopo il soddisfacimento delle ragioni creditorie assistite dalla garanzia reale»

³⁴ Sottolinea la stessa pronuncia delle Sezioni Unite relativa al caso *"Bacherotti"* (*loc. cit.*) che l'«ufficio giudiziario», nella citata «attività di gestione e di vendita del bene, non solo deve avere di mira la realizzazione delle finalità proprie del provvedimento applicativo della misura, ma è tenuto anche a salvaguardare il diritto del creditore pignoratorio a ricevere il pagamento della somma non ottenuta a causa dell'inadempimento del debitore: e quando ciò non sia avvenuto e al creditore non sia stata offerta la possibilità di esercitare la prelazione sul ricavato della vendita delle cose confiscate sulle quali gravava il pegno, il giudice dell'esecuzione ha l'obbligo di adottare i provvedimenti necessari per assicurare il soddisfacimento delle ragioni creditorie indebitamente sacrificate».

³⁵ Si pensi alla trascrizione della garanzia ipotecaria in caso di finanziamento concesso per l'acquisto di bene immobile. Cfr., ad es., A. NOSENZO, *Sub art. 52 d.lgs. n. 159/2011*, in *Codice delle confische*, cit., p. 1440.

Il nuovo codice della crisi di impresa recepisce ed estende questa disciplina, rendendo applicabili le disposizioni del Titolo IV Libro I d.lgs. n. 159/2011, “ai fini della tutela dei terzi e nei rapporti con la procedura di liquidazione giudiziaria”, in tutti i casi di sequestro “disposto ai sensi dell’art. 321, comma 2”, c.p.p. (nuovo testo dell’art. 104-*bis* comma 1-*bis* n. att. c.p.p.). Il che impone di accantonare la lettura fornita dalla sentenza “Uniland” del 2015, che aveva escluso la «salvaguardia dei diritti di credito eventualmente vantati da terzi» in base all’interpretazione della clausola di garanzia dei “diritti dei terzi” come finalizzata a «salvaguardare soltanto i beni»³⁶.

5. Le condizioni della prevalenza dei diritti di credito dei terzi sulle misure cautelari reali.

I diritti di credito dei terzi, che “la confisca non pregiudica” a norma dell’art. 52 d.lgs. n. 159/2011, vanno accertati in sede penale ai sensi degli artt. 57 ss. cit. decreto, con l’intervento dell’amministratore giudiziario, che presenta l’elenco dei crediti (art. 57 d.lgs. n. 159/2011) ed è d’altra parte incaricato della gestione dei beni (art. 104-*bis* comma 1-*bis* n. att. c.p.p.), nonché del giudice delegato, vale a dire il giudice che ha emesso il decreto di sequestro, secondo il comma 1-*ter* dell’art. 104-*bis* n. att. c.p.p., che verifica i crediti e forma lo stato passivo (art. 59 d.lgs. n. 159/2011). Dopo l’irrevocabilità del provvedimento di confisca, i creditori ammessi al passivo vengono soddisfatti, attraverso il pagamento e l’eventuale liquidazione dei beni (art. 60 d.lgs. n. 159/2011).

Sia i diritti di credito, che i diritti reali di garanzia dei terzi vengono tutelati, seppur nel limite della garanzia patrimoniale previsto dall’art. 53 d.lgs. n. 159/2011 (60 per cento del valore dei beni sequestrati o confiscati), alle condizioni previste dalle lett. a), b), c) e d) dell’art. 52 comma 1 d.lgs. n. 159/2011. Occorre quindi verificare: che la persona nei cui confronti sia applicata la misura reale “non disponga di altri beni sui quali esercitare la garanzia patrimoniale idonea al soddisfacimento del credito, salvo che per i crediti assistiti da cause legittime di prelazione su beni sequestrati”³⁷; “che il credito non sia strumentale all’attività illecita o a quella che ne costituisce il frutto o il reimpiego, sempre che il creditore dimostri la buona fede e l’inconsapevole affidamento”; “nel caso di promessa di pagamento o ricognizione di debito, che sia provato il rapporto fondamentale”; “nel caso di titoli di credito, che il portatore provi il rapporto fondamentale e quello che ne legittima il possesso”.

Inoltre, la buona fede dei terzi va accertata, secondo il disposto dell’art. 52 comma 3 del codice antimafia, tenendo “conto delle condizioni delle parti, dei rapporti personali e patrimoniali tra le stesse e del tipo di attività svolta dal creditore, anche con riferimento al ramo di attività, alla sussistenza di particolari obblighi di diligenza nella fase precontrattuale nonché, in caso di enti, alle dimensioni degli stessi”. Come si vede, il rinvio alla procedura delineata dal d.lgs. n. 159/2011 da parte dell’art. 104-*bis* comma 1-

³⁶ Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 5 motivazione.

³⁷ Attesa la relazione diretta, in tali casi, del credito fatto valere con i beni sequestrati. V. A. NOSENZO, Sub art. 52 d.lgs. n. 159/2011, cit., p. 1440.

bis n. att. c.p.p. rende più gravoso l'accertamento della buona fede dei terzi in caso di sequestro preventivo ai sensi dell'art. 321 comma 2 c.p.p., rispetto ai parametri impiegati dalla sentenza "Uniland" del 2015, sulla scia della pronuncia "Bacherotti" del 1999, in merito all'accertamento della buona fede in caso di sequestro preventivo ai sensi dell'art. 53 d.lgs. n. 231/2001³⁸.

Alle medesime condizioni previste dall'art. 52 d.lgs. n. 159/2011 è subordinato il riconoscimento della prevalenza delle ragioni dei creditori sulle misure cautelari reali, in caso di apertura della liquidazione giudiziale, secondo il nuovo regime fissato dall'art. 317 d.lgs. n. 14/2019. Il rinvio alle disposizioni del Titolo IV del codice antimafia assoggetta al procedimento di cui agli artt. 52 ss. d.lgs. n. 159/2011 "la verifica dei crediti e dei diritti inerenti ai rapporti relativi" ai beni sequestrati o confiscati, come tali esclusi dalla liquidazione giudiziale, in caso di apertura della procedura concorsuale successivamente al sequestro. Tale verifica viene svolta dal giudice penale delegato (giudice "genetico" della misura cautelare, in base all'art. 104-*bis* comma 1-*ter* n. att. c.p.p.), nell'ambito dello stesso procedimento disciplinato dagli artt. 52 ss. del codice antimafia (art. 63 comma 4 d.lgs. n. 159/2011, modificato dalla l. n. 161/2017).

Anche sotto questo profilo risulta superata l'impostazione della citata sentenza "Uniland", nella parte in cui subordinava il riconoscimento dei diritti di credito dei terzi, se in buona fede, «soltanto alla chiusura della procedura fallimentare»³⁹. Aveva affermato la Suprema Corte che «soltanto alla fine della procedura [concorsuale] si potrà, previa vendita dei beni ed autorizzazione da parte del giudice delegato del piano di riparto, procedere alla assegnazione dei beni ai creditori. È soltanto in questo momento che i creditori potranno essere ritenuti titolari di un diritto sui beni che potranno far valere nelle sedi adeguate»⁴⁰. La Corte di cassazione aveva inoltre escluso, in questa pronuncia, l'applicazione della disciplina dettata in tema di misure di prevenzione, che a quel tempo attribuiva al giudice fallimentare il compito di tutelare i diritti dei terzi⁴¹, ed aveva individuato nell'incidente di esecuzione «la sede adeguata ove far valere» tali diritti⁴². Questa strada non sarà ulteriormente percorribile, dopo l'entrata in vigore del codice della crisi di impresa, che come si è visto attribuisce al giudice che ha emesso la misura cautelare i compiti del giudice delegato alla procedura nel corso di tutto il procedimento penale. Nel nuovo sistema a questo giudice, e non più al giudice dell'esecuzione penale, è rimessa la tutela dei terzi creditori. Ciò, anche nel caso di sequestro successivo all'apertura della procedura concorsuale, evenienza in cui l'accertamento del giudice penale non è pregiudicato dall'eventuale verifica dei crediti e dei diritti inerenti ai rapporti relativi ai beni sequestrati, già compiuta da parte del giudice del fallimento: tali crediti e diritti sono infatti "ulteriormente verificati" dal

³⁸ Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 8 motivazione. Sul punto cfr., volendo, M. BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*, cit., pp. 11-12.

³⁹ Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 6.3 motivazione.

⁴⁰ Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 6.3 motivazione.

⁴¹ Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 7 motivazione.

⁴² Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 6.5 motivazione.



2/2019

giudice delegato alla procedura (giudice “genetico” della misura cautelare reale) secondo le norme del codice antimafia (art. 64 comma 2 d.lgs. n. 159/2011).

6. La cedevolezza del sequestro preventivo “impeditivo” e del sequestro conservativo di fronte alla liquidazione giudiziale. Profili della legittimazione del curatore a impugnarne il provvedimento cautelare.

Il principio di prevalenza rispetto alla gestione concorsuale delle misure cautelari reali applicate ai sensi dell’art. 321 comma 2 c.p.p., è ribaltato in caso di sequestro preventivo disposto a norma dell’art. 321 comma 1 c.p.p. Infatti, l’art. 318 comma 1 del codice della crisi di impresa sancisce, innanzitutto, il divieto di disporre questa misura cautelare “in pendenza della procedura di liquidazione giudiziale”, scelta comprensibile tenuto conto che il sequestro c.d. “impeditivo” non è finalizzato alla confisca, e quindi non c’è ragione per far prevalere la cautela reale sugli interessi dei terzi creditori, istituzionalmente salvaguardati dalla procedura concorsuale.

Inoltre, è implicito a questa regolamentazione l’idea che lo scopo tipico del sequestro “impeditivo”, che è quello di evitare il “pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati”, sia salvaguardato dal c.d. “spossessamento” derivante dall’apertura della liquidazione giudiziale⁴³. Per riprendere considerazioni della stessa giurisprudenza delle Sezioni Unite, «poiché la situazione di pericolo che legittima l’adozione della misura è collegata alla *libera disponibilità della cosa pertinente al reato*, su di essa non può non avere ripercussioni l’intervenuta dichiarazione di fallimento, con il conseguente effetto di “spossessamento” che comporta la sottrazione al fallito della disponibilità del proprio patrimonio e la sua devoluzione al pubblico ufficio fallimentare»⁴⁴.

Tuttavia, la medesima giurisprudenza, interrogandosi sull’«ampiezza» e sulla «portata di tali ripercussioni», aveva attribuito al giudice, «a fronte di una dichiarazione di fallimento del soggetto a cui il bene appartenga», il potere di «disporre l’applicazione, il mantenimento o la revoca del sequestro in esame», «senza esser vincolato dagli effetti di cui all’art. 42 L.F.»⁴⁵. Veniva richiesto al giudice, «nel discrezionale giudizio sulla pericolosità della cosa», ed in linea con il giudizio discrezionale in caso di sequestro finalizzato alla confisca “facoltativa” del profitto del reato *ex art. 240 comma 1° c.p.*, di «effettuare una valutazione di bilanciamento (e darne conto con adeguata motivazione) del motivo della cautela e delle ragioni attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori, anche attraverso la considerazione dello svolgimento in concreto della

⁴³ Va richiamato al riguardo il disposto dell’art. 142 comma 1 d.lgs. n. 14/2019, riecheggiante l’art. 42 comma 1 l.fall. e in base al quale “la sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale priva dalla sua data il debitore dell’amministrazione e della disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di apertura della liquidazione giudiziale”.

⁴⁴ Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, cit., par. 4.1 motivazione.

⁴⁵ Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, cit., par. 4.1 motivazione.

procedura concorsuale. Alla stregua di tale valutazione, il bene sequestrato potrà anche essere restituito all'ufficio fallimentare, ferma restando, ovviamente, la possibilità di nuova applicazione della misura di cautela reale nei casi in cui ritorni attuale la sussistenza dei presupposti»⁴⁶. Si tratta di una ricostruzione superata dall'art. 318 del codice della crisi di impresa, dato il radicale divieto di disporre il sequestro "impeditivo" una volta aperta la procedura di liquidazione giudiziale, e sempre che il sequestro non abbia per oggetto i beni non compresi nella liquidazione giudiziale previsti dall'art. 146 o cose non suscettibili di liquidazione (comma 4 dell'art. 318). Specularmente, in caso di apertura della procedura concorsuale dopo il sequestro preventivo sui beni del debitore, è previsto che, quando venga dichiarata aperta la liquidazione giudiziale, il giudice, a richiesta del curatore, revochi il decreto di sequestro e disponga la restituzione delle cose in suo favore, a ulteriore dimostrazione della "cedevolezza" del sequestro "impeditivo" di fronte all'obiettivo di tutelare i terzi creditori attraverso la procedura concorsuale⁴⁷.

Al curatore è inoltre riconosciuta la legittimazione ad impugnare (art. 320 d.lgs. n. 14/2019), attraverso il riesame e l'appello avverso il decreto di sequestro e, rispettivamente, le ordinanze in materia di sequestro, nei casi, nei termini e con le modalità previsti dal c.p.p., oltre che il ricorso per cassazione nei predetti termini e modalità. Anche in questo caso il legislatore ha invertito la rotta rispetto alla sentenza "Uniland" del 2015, elaborando una soluzione ben spiegabile con riguardo al sequestro preventivo *ex art. 321 comma 1 c.p.p.*, alla luce del divieto di cumulare la misura cautelare reale con la gestione concorsuale secondo il disegno normativo del nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Si ricorderà, invece, come il ragionamento elaborato dalla pronuncia "Uniland", circa la mancanza di legittimazione del curatore a impugnare, riguardasse il provvedimento di sequestro preventivo non "impeditivo", ma finalizzato alla confisca *ex art. 19 d.lgs. n. 231/2001*. Inoltre, secondo la Suprema Corte, «il curatore fallimentare, che è certamente terzo rispetto al procedimento di sequestro/confisca dei beni già appartenuti alla fallita società, non può agire in rappresentanza dei creditori», essendo «un soggetto gravato da un *munus* pubblico, di carattere prevalentemente gestionale, che affianca il giudice delegato al fallimento ed il tribunale per consentire il perseguimento degli obiettivi [...] propri della procedura fallimentare», mentre i creditori, «a loro volta, prima della conclusione della procedura, non sono titolari di alcun diritto sui beni e sono, quindi privi di qualsiasi titolo restitutorio sui beni sottoposti a sequestro»⁴⁸.

La tesi si esponeva all'obiezione di fondo per cui il curatore fallimentare, in qualità di parte, ancorché *sui generis*, del procedimento concorsuale, esercita poteri

⁴⁶ Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, cit., par. 4.1 motivazione.

⁴⁷ Inoltre, nel caso in esame, "il curatore comunica all'autorità giudiziaria che aveva disposto o richiesto il sequestro, la dichiarazione dello stato di insolvenza e di apertura della procedura della liquidazione giudiziale, il provvedimento di revoca o chiusura della liquidazione giudiziale, nonché l'elenco delle cose non liquidate e già sottoposte a sequestro. Il curatore provvede alla cancellazione delle iscrizioni e trascrizioni decorsi novanta giorni dalla comunicazione di cui al primo periodo" (art. 318 comma 3).

⁴⁸ Cass., Sez. Un., 17 marzo 2015, n. 11170, cit., par. 9 motivazione.

(processuali) preordinati alla tutela “finale” dei diritti dei singoli creditori. Tali situazioni soggettive sono accertate tramite la procedura concorsuale e, per essere soddisfatte, nel regime anteriore al d.lgs. n. 14/2019, richiedevano a ben vedere di essere garantite nella sede penale, per così dire, in via preventiva, attraverso la eliminazione dei vincoli giuridici che, come il sequestro, risultano idonei a pregiudicare il riparto dell’attivo fallimentare. Infatti, si poteva sostenere che l’assoggettamento dei beni del fallito al sequestro precludesse la loro vendita e, dunque, la trasformazione della massa attiva in somme di denaro da ripartire ai creditori all’esito della liquidazione. Il che avrebbe potuto essere valorizzato per affermare l’interesse e la conseguente legittimazione del curatore a chiedere la revoca del sequestro preventivo *ex art. 321 comma 3 c.p.p.*, sul presupposto che, sopravvenuta la dichiarazione di fallimento, risultassero mancanti le condizioni applicative della misura cautelare⁴⁹.

Il nuovo codice della crisi di impresa risolve a monte il problema della tutela dei diritti di credito dei terzi, in caso di misura cautelare finalizzata alla confisca, escludendo i beni sottoposti a sequestro o confisca dalla liquidazione giudiziale o separandoli da essa (artt. 63 comma 4 e 64 comma 1 d.lgs. n. 159/2011, applicabili in forza del rinvio contenuto nell’art. 317 comma 1 d.lgs. n. 14/2019). È chiaro che, in tal caso, il curatore non vanta un interesse correlato alla tutela “finale” dei creditori, che possono soddisfarsi sui beni confiscati attraverso la procedura appositamente prevista dal codice antimafia, invece che attraverso la procedura concorsuale. Cionondimeno sembrano residuare spazi per riconoscere al curatore l’interesse, e la conseguente legittimazione, a impugnare e a chiedere la revoca della misura cautelare reale, nel caso in cui venga affermata la mancanza dei presupposti per confiscare il bene (e quindi sequestrarlo), che si tradurrebbe in mancanza dei presupposti per escludere o separare il bene dalla gestione concorsuale. Dall’accoglimento della richiesta o dell’impugnazione scaturirebbe, infatti, l’inclusione dei beni nella procedura di liquidazione giudiziale, con conseguente possibilità di soddisfare gli interessi dei creditori attraverso la procedura concorsuale.

Anche laddove non operi il principio della prevalenza rispetto alla gestione concorsuale della misura cautelare reale, ma l’opposto principio della prevalenza della gestione concorsuale, come in caso di misura cautelare “impeditiva”, la legittimazione del curatore si spiega con il fine di tutelare gli interessi dei creditori, che sarebbero inevitabilmente sacrificati dalla permanenza del vincolo cautelare in pendenza della liquidazione giudiziale. Si può dire, riprendendo l’impostazione della sentenza “Focarelli” del 2004, che il curatore «agisce in tal modo (previa rituale autorizzazione del giudice delegato), per la rimozione di un atto pregiudizievole ai fini della reintegrazione del patrimonio, attendendo alla sua funzione istituzionale rivolta alla ricostruzione dell’attivo fallimentare»⁵⁰.

⁴⁹ Cfr., volendo, anche per ulteriori riferimenti, M. BONTEMPELLI, *Sequestro preventivo a carico della società fallita, tutela dei creditori di buona fede e prerogative del curatore*, cit., p. 13.

⁵⁰ Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, cit., par. 5 motivazione, ove si era affermato che “il curatore del fallimento è sicuramente legittimato a proporre sia l’istanza di riesame del provvedimento di sequestro preventivo sia quella di revoca della misura, ai sensi dell’art. 322 c.p.p. (nonché a proporre ricorso per



2/2019

La analoga legittimazione del curatore a impugnare si spiega con riguardo al provvedimento di sequestro conservativo ai sensi dell'art. 316 c.p.p., per il quale l'art. 319 d.lgs. n. 14/2019 replica i divieti previsti dall'art. 318 per il sequestro preventivo "impeditivo". Questa scelta normativa appare coerente alla tesi sostenuta dalla stessa sentenza "Focarelli", secondo cui «la misura in oggetto, [...] – in quanto strumentale e prodromica ad una esecuzione individuale nei confronti del debitore *ex delicto* – deve farsi rientrare, in caso di fallimento dell'obbligato, nell'area di operatività del divieto di cui all'art. 51 L.F. (secondo cui "dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale esecutiva può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento")⁵¹ palesandosi una sostanziale identità funzionale con l'omologo sequestro civile [...]»⁵². Con considerazioni ancora attuali, la Suprema Corte aveva da ciò ricavato le «conseguenze sul piano processuale», vale a dire: «da un lato, l'inefficacia del sequestro di cui all'art. 316 c.p.p. qualora sia disposto in pendenza di fallimento, anche se il reato è stato commesso prima dell'apertura della procedura concorsuale; dall'altro, la caducazione della misura qualora il fallimento intervenga successivamente. Non si giustifica, infatti, il mantenimento di un sequestro conservativo in presenza dell'acquisizione fallimentare dei beni, che garantisce in modo eguale tutti i creditori, senza compromettere l'interesse di eventuali rivendicanti, che potranno far valere i loro diritti nei modi, nei tempi e nelle forme previste dal processo fallimentare (artt. 103 e 24 L.F.)»⁵³.

cassazione, *ex art.* 325 c.p.p., avverso le relative ordinanze emesse dal Tribunale del riesame)».

⁵¹ In base all'art. 150 del codice della crisi di impresa, "salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale nessuna azione individuale esecutiva o cautelare anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura".

⁵² Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, cit., par. 8.2 motivazione (corsivo nel testo).

⁵³ Cass., Sez. Un., 9 luglio 2004, n. 29951, cit., par. 8.2 motivazione (corsivi nel testo).

LA CORTE COSTITUZIONALE AL BIVIO TRA “RIME OBBLIGATE” E DISCREZIONALITÀ? PROSPETTABILE UNA TERZA VIA

di Roberto Bartoli

Abstract. *La questione di legittimità costituzionale sollevata riguardo al minimo edittole della fattispecie di produzione e traffico di stupefacenti prevista dal comma 1 dell’art. 73 T.U. Stupefacenti, offre l’occasione per compiere alcune considerazioni sugli orientamenti della Corte in tema di sindacato di proporzione sulle scelte sanzionatorie. Sul punto sono ormai individuabili due prospettive: da un lato, quella tradizionale basata sul tertium comparationis e le “rime obbligate”, volta a tutelare al massimo la discrezionalità del legislatore, ma, a quanto pare, incapace di dare piena attuazione alla Costituzione; dall’altro lato, v’è la prospettiva più recente che fa riferimento a un giudizio di proporzione/ragionevolezza intrinseca e alla possibilità di scegliere tra più soluzioni di disciplina, prospettiva diretta ad estendere i margini per accogliere le questioni di illegittimità, ma che presenta il rischio di ampliare eccessivamente la discrezionalità della Corte. Ammesso che, al solo fine di dare piena attuazione alla Costituzione, si pone la necessità di rivedere l’eccessivo rigore della prima prospettiva, tuttavia c’è da chiedersi se tale obiettivo non possa essere raggiunto attraverso una rivisitazione meno radicale della prospettiva tradizionale, che invece di attribuire più discrezionalità alla Corte, si muove nel solco della obbligatorietà, rafforzando tuttavia il ragionamento argomentativo che sta alla base dell’unica scelta possibile.*

SOMMARIO: 1. La questione rimessa alla Corte costituzionale in tema di stupefacenti basata sulla prospettiva “tradizionale” del *tertium comparationis* e delle “rime obbligate”. – 2. La Corte costituzionale al bivio tra prospettiva “tradizionale” e prospettiva “innovativa” volta a incrementare i margini di discrezionalità. – 2.1. I precedenti della Corte sulla stessa questione e la dichiarazione di inammissibilità nella sentenza n. 179/2017. – 2.2. La prospettiva “innovativa” elaborata dalla Corte nelle sentenze 236/2016 e 222/2018: l’abbandono del *tertium comparationis* e delle “rime obbligate”. – 3. La possibile decisione della Corte sulla questione sugli stupefacenti basata sulla prospettiva “innovativa” dell’incremento di discrezionalità. – 4. Prospettazione di una “terza via”. – 4.1. Il giudizio di proporzione e la necessità del *tertium comparationis*. – 4.2. La disciplina derivante dall’eventuale dichiarazione di illegittimità e la permanente validità della soluzione “a rime obbligate” con il correttivo della distinzione tra più soluzioni in astratto e in concreto. – 5. La possibile decisione sulla questione degli stupefacenti basata sulla “terza via”.



2/2019

1. La questione rimessa alla Corte costituzionale in tema di stupefacenti basata sulla prospettiva “tradizionale” del *tertium comparationis* e delle “rime obbligate”.

Dopo l’udienza tenutasi lo scorso 23 gennaio, nei prossimi giorni la Corte costituzionale sarà chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell’art. 73, comma 1, d.P.R. n. 309/1990 (T.U. stupefacenti), per violazione del principio di proporzione (artt. 3 e 27 Cost.), nella parte in cui prevede la pena minima di otto anni di reclusione.

L’ordinanza ha sollevato la questione facendo leva principalmente su due motivi, che si muovono in una prospettiva – per così dire – tradizionale, secondo cui il sindacato sulla proporzione delle scelte sanzionatorie si articola in due passaggi basati su parametri volti a ridurre al massimo la discrezionalità della Corte: in un primo passaggio si compie il vero e proprio giudizio di proporzione avvalendosi di una comparazione tra uguali (o diversi), vale a dire del c.d. *tertium comparationis*; una volta riscontrata l’illegittimità costituzionale, nel secondo passaggio si accoglie o si dichiara inammissibile la questione, a seconda che esista o meno un’unica soluzione di disciplina costituzionalmente obbligata conseguente alla dichiarazione di illegittimità.

In particolare, per quanto riguarda il giudizio di proporzione, nell’ordinanza la comparazione è compiuta tra il primo e il quinto comma dell’art. 73 T.U. Stupefacenti, per cui si ritiene che l’incostituzionalità «deriva[i] dal difetto di ragionevolezza del trattamento sanzionatorio emergente dal (ri)pristinato art. 73 comma 1 [da otto a venti anni di reclusione] [...] soprattutto laddove si raffronti [...] con la pena prevista per il fatto di lieve entità (da sei mesi a quattro anni di reclusione) di cui all’art. 73 comma 5», con la conseguenza che «mentre la linea di demarcazione “naturalistica” fra le fattispecie “ordinaria” e “lieve” è talvolta netta [...], il “confine sanzionatorio” dell’una e dell’altra incriminazione è invece estremamente – ed irragionevolmente – distante (intercorrendo ben quattro anni di pena detentiva fra il massimo dell’una e il minimo dell’altra»¹.

In buona sostanza, secondo il giudice rimittente, posto che il primo e il quinto comma dell’art. 73 cit. si riferiscono a fatti che hanno “qualitativamente” un identico disvalore, è del tutto irragionevole che nella graduazione “quantitativa” del disvalore offensivo dello stesso bene giuridico si passi da un massimo di quattro anni di reclusione per l’ipotesi lieve a un minimo di otto anni di reclusione per l’ipotesi – per così dire – ordinaria (non lieve): il salto, di per sé ammissibile, risulta tuttavia del tutto irragionevole.

In secondo luogo, per quanto riguarda l’obbligatorietà o meno della disciplina derivante dall’eventuale dichiarazione di illegittimità, l’ordinanza precisa che «la soluzione conforme ai parametri costituzionali sia quella di ripristinare il trattamento sanzionatorio già introdotto nel 2006, riducendo il minimo edittale da otto a sei mesi di reclusione»². Il giudice *a quo* chiede quindi di reintrodurre il trattamento sanzionatorio

¹ Corte d’Appello di Trieste, 17 marzo 2017, in questa *Rivista*, 22 gennaio 2019, con nota di C. BRAY, [Una nuova \(e forse decisiva\) rimessione alla Corte costituzionale sulla illegittimità della pena minima per il traffico di droghe “pesanti”](#).

² Corte d’Appello di Trieste, 17 marzo 2017, cit.

già previsto dalla legge Fini-Giovanardi prima che venisse caducato dalla sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale³.

2. La Corte costituzionale al bivio tra prospettiva “tradizionale” e prospettiva “innovativa” volta a incrementare i margini di discrezionalità.

Sarà molto interessante vedere come la Corte si pronuncerà su tale questione, non solo per l’esito del giudizio, ma soprattutto per l’*iter* argomentativo che intenderà seguire. A ben vedere, infatti, anche per come è stata impostata, è nostra impressione che nell’affrontarla la Corte si troverà davanti a una sorta di bivio così sintetizzabile: “restare” nella prospettiva tradizionale dell’obbligatorietà che fonda i giudizi di proporzione sul *tertium* e sulle “rime obbligate”, con il rischio, però, di registrare un’illegittimità costituzionale senza tuttavia poterla dichiarare; oppure proseguire, ma forse sarebbe meglio dire ultimare, quel percorso di rimeditazione sia delle modalità del giudizio di proporzione che dei presupposti per consentire l’accoglimento della questione, che la Corte costituzionale ha intrapreso da qualche anno.

2.1. I precedenti della Corte sulla stessa questione e la dichiarazione di inammissibilità nella sentenza n. 179/2017.

La prima strada tradizionale, se percorsa, con ogni probabilità porterà a una sentenza di inammissibilità. Essa, infatti, oltre a presentare l’inconveniente di ridurre eccessivamente gli spazi per dichiarare l’illegittimità costituzionale, è stata addirittura già intrapresa dalla Corte in un precedente arresto sulla stessa questione, posta oltretutto con identici motivi, ed ha condotto, per l’appunto, alla conclusione della inammissibilità⁴. Da un lato, con riferimento al giudizio, la Corte ha osservato che le due ipotesi di reato delineate rispettivamente dal comma 1 e dal comma 5 dell’art. 73 non sono «due fattispecie del tutto omogenee. Benché nelle due disposizioni le condotte siano descritte in termini analoghi e l’oggetto materiale sia parzialmente sovrapponibile,

³ Corte cost., sentenza 25 febbraio 2014, n. 32, con nota di A. DELLA BELLA – F. VIGANÒ, [Sulle ricadute della sentenza n. 32/2014 della Corte costituzionale sull’art. 73 t.u. stup](#), in questa *Rivista*, 27 febbraio 2014.

⁴ Corte cost., sentenza 6 giugno 2017, n. 179, in questa *Rivista*, 6 novembre 2017; inoltre, sulla stessa questione, v. Corte cost., ordinanza 6 giugno 2017, n. 184, *ibidem*. Per un commento a entrambi i provvedimenti v. C. BRAY, [La Corte costituzionale salva la pena minima \(di 8 anni di reclusione\) per il traffico di droghe “pesanti” ma invia un severo monito al legislatore](#) in questa *Rivista*, fasc. 11/2017, p. 231 ss. In argomento, v. anche Corte cost., sentenza 1° giugno 2016, n. 148, in questa *rivista*, dove la Corte ha affrontato questione sostanzialmente identica, ma l’inammissibilità è stata dichiarata per l’indeterminatezza del *petitum* e per la mancata individuazione di un trattamento sanzionatorio alternativo; nonché Corte cost., sentenza 13 gennaio 2016, n. 23, con nota di C. BRAY, [Legittima la nuova formulazione dell’art. 73 co. 5 t.u. stup.: insindacabile la scelta legislativa di equiparare droghe pesanti e leggere](#), in questa *Rivista*, 7 marzo 2016, dove la Corte ha affrontato una questione diversa, concernente la circostanza che l’ipotesi lieve sia riferita indistintamente sia alle droghe pesanti che a quelle leggere, questione dichiarata inammissibile sempre per indeterminatezza del *petitum* e mancata individuazione del trattamento sanzionatorio alternativo.

nondimeno merita di essere rimarcato che il fatto di non lieve entità [...] riguarda le sole droghe “pesanti”, mentre il fatto di lieve entità [...] si caratterizza per l’indistinzione tra i diversi tipi di droghe».

Dall’altro lato, con riferimento alla obbligatorietà o meno della disciplina conseguente alla eventuale dichiarazione di illegittimità, la Corte, pur evidenziando una certa irragionevolezza, ha precisato che non esiste una soluzione obbligata: «vero è che le rilevate differenze tra i due reati non giustificano salti sanzionatori di entità così rilevante come quello attualmente presente nei diversi commi dell’art. 73. Tuttavia, contrariamente a quanto ritenuto dai remittenti, a tale incongruenza può porsi rimedio attraverso una pluralità di soluzioni tutte costituzionalmente legittime. Sicché, la determinazione del minimo edittale per fatto non lieve [...] non costituisce l’unica soluzione in armonia con la Costituzione».

Infine, la Corte ha precisato ulteriormente che «non può ritenersi imposto, dal punto di vista costituzionale, che a continuità dell’offesa debba necessariamente corrispondere una continuità della risposta sanzionatoria», come a dire: anche nelle ipotesi in cui due fatti siano considerati omogenei, la previsione di un salto sanzionatorio rientra pur sempre nella discrezionalità del legislatore.

In buona sostanza, la Corte, pur affermando l’inammissibilità, lascia intendere che si è in presenza di una divaricazione tra il minimo di pena comminato dal comma 1 e il massimo edittale comminato dal comma 5 che ha raggiunto un’ampiezza tale da presentare i caratteri della “anomalia”, ma solo il legislatore sembra potervi porre rimedio.

2.2. La prospettiva “innovativa” elaborata dalla Corte nelle sentenze 236/2016 e 222/2018: l’abbandono del tertium comparationis e delle “rime obbligate”.

Ecco allora che la Corte, come accennato, potrebbe compiere un ulteriore passo nel percorso già intrapreso verso quella rivisitazione del sindacato di proporzione sulle scelte sanzionatori, sia in ordine al giudizio di proporzione, che sul piano della obbligatorietà della disciplina conseguente dall’accoglimento.

In particolare, questo percorso di rivisitazione/rimeditazione si ritiene tracciato nelle due sentenze n. 236/2016 e n. 222/2018.

La prima pronuncia ha riguardato il giudizio di proporzione⁵. Si trattava in estrema sintesi di valutare le sanzioni previste per il reato di alterazione di stato

⁵ Corte cost., sentenza 10 novembre 2016, n. 236, a commento della quale si vedano F. VIGANÒ, [Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 61 ss.; D. PULITANÒ, [La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 48 ss.; V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2105 ss.; E. DOLCINI, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l’alterazione di stato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, p. 1956 ss.; G. INSOLERA, *Controlli di costituzionalità sulla misura della pena e principio di proporzionalità: qualcosa di nuovo sotto il sole?*, in *Ind. pen.*, 2016, p. 174 ss.; E. COTTU, *Giudizio di ragionevolezza al vaglio di proporzionalità della pena: verso un superamento del modello triadico?*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, p. 473 ss.

mediante false dichiarazioni o certificazioni, punito assai più gravemente (reclusione da cinque a quindici anni) del fatto commesso attraverso la sostituzione di un neonato con un altro (reclusione da tre a dieci anni). Questione peraltro già affrontata dalla Corte nella ordinanza n. 106/2007, dove nel dichiarare la manifesta infondatezza non solo si marcava la differenza tra le due fattispecie ma, proprio in virtù di questa differenza, si giustificava il diverso trattamento sanzionatorio⁶.

Ebbene, nella sentenza n. 236/2016 vi sono affermazioni che sembrano fare a meno del c.d. *tertium comparationis*: «la fondatezza delle questioni sollevate si rivela [...] in virtù della manifesta sproporzione della cornice edittale censurata, se considerata alla luce del reale disvalore della condotta punita»; ed ancora, «laddove la proporzione tra sanzione e offesa difetti manifestamente, perché alla carica offensiva insita nella condotta descritta dalla fattispecie normativa il legislatore abbia fatto corrispondere conseguenze punitive di entità sproporzionata, non ne potrà che discendere una compromissione *ab initio* del processo rieducativo»; ed infine, «rimane fermo che le questioni all'attuale esame sollecitano, prima di tutto, un controllo di proporzionalità sulla cornice edittale stabilita dalla norma censurata, alla luce dei principi costituzionali evocati (artt. 3 e 27 Cost.), non già una verifica sull'asserito diverso trattamento sanzionatorio di condotte simili o identiche, lamentato attraverso la mera identificazione di disposizioni idonee a fungere da *tertia comparationis*».

Proprio facendo leva su tali affermazioni, la sentenza in esame è stata letta nel senso che «esprime una variazione potenzialmente decisiva del rapporto tra logica della proporzionalità *ex se* e logica della comparazione tra "eguali" nel sindacato sulle scelte sanzionatorie del legislatore», in quanto «la Corte ha ricusato una logica di diretta comparazione con la fattispecie "parallela" della sostituzione di neonati, rifiutando dunque di discutere se non fosse addirittura invertita, nella previsione sanzionatoria, la proporzione tra gravità dei fatti ed entità delle pene»⁷.

Ed ancora, nella stessa prospettiva si è affermato che «l'importanza della presente pronuncia sta nell'aver strutturato il cuore della motivazione non già attorno alla disparità di trattamento tra la disposizione censurata e altra disposizione assunta come *tertium comparationis*, quanto piuttosto attorno all'irragionevolezza intrinseca del

⁶ Corte cost., ordinanza 19 marzo 2007, n. 106: «le fattispecie descritte dal primo comma (scambio di neonati senza commettere alcun falso) e dal secondo comma (falsa attestazione all'ufficiale dello stato civile in ordine alla identità dei genitori del neonato) dell'art. 567 del codice penale sono oggettivamente diverse perché, seppure in entrambe è tutelato il medesimo bene giuridico (l'interesse del minore alla verità dell'attestazione ufficiale della propria ascendenza), nel caso del primo comma la condotta consiste in uno scambio materiale di neonati, mentre la fattispecie prevista dal secondo comma si realizza mediante la commissione di altro reato (quello di falso ideologico, che non concorre con quello di alterazione di stato), rivelando una più intensa carica criminosa, di tal che il principio di eguaglianza appare rispettato, avendo il legislatore trattato, dal punto di vista sanzionatorio, situazioni diverse in modo diverso [...] proprio la rilevata diversità tra le condotte criminose prese in esame, unitamente al fatto che la fattispecie prevista dal secondo comma dell'art. 567 del codice penale si concreta in un comportamento che già di per sé realizzerebbe un reato di falso, hanno, tra l'altro, ripetutamente indotto la Corte di cassazione a ritenere manifestamente infondata la questione all'odierno esame».

⁷ G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di costituzionalità*, in *Il libro dell'anno del diritto 2018*, Roma, 2018, p. 102 ss. (accessibile a questo [link](#)).

trattamento sanzionatorio previsto dalla disposizione oggetto di scrutinio, alla luce del principio della funzione rieducativa della pena e – in generale – dell’esigenza di proporzionalità del sacrificio dei diritti fondamentali cagionata dalla pena rispetto all’importanza del fine perseguito attraverso l’incriminazione»⁸.

Andando ancora più a fondo, questo nuovo modo di compiere il giudizio di proporzione giunge ad attribuire al *tertium comparationis* soltanto la funzione di individuare il trattamento sanzionatorio derivante dalla dichiarazione di illegittimità costituzionale, quindi soltanto nella seconda fase del sindacato, non anche nel primo passaggio: «la novità della sentenza» – si è affermato – «risiede nella sequenza, essendo evidente che la Corte non ha inteso rinunciare al metodo comparativo per la determinazione della sanzione proporzionata [...] e tuttavia, nella specie almeno, la comparazione non ha condizionato la rilevazione del “vizio”, valendo solo, ed a seguito di quella rilevazione, ad individuare (in termini dichiaratamente non stringenti) una soluzione alternativa obbligata»⁹.

Con la sentenza n. 222/2018 la Corte ha invece rivisitato il proprio orientamento sulla problematica della disciplina derivante dall’eventuale accoglimento della questione di legittimità, e lo ha fatto in termini per certi aspetti ancor più dirompenti rispetto a quanto si ritiene abbia fatto per il giudizio di proporzione basato sul *tertium*¹⁰.

Si trattava in sintesi di valutare se fosse irragionevole la fissità della pena accessoria di dieci anni prevista per alcuni reati fallimentari (art. 216, ultimo comma, R.D. n. 267/1942). Preliminarmente, la Corte richiama il suo orientamento tradizionale rigorosamente basato sulla obbligatorietà: «questa Corte ha avuto recentemente occasione di stabilire che, laddove il trattamento sanzionatorio previsto dal legislatore per una determinata figura di reato si riveli manifestazione irragionevole a causa della sua evidente sproporzione rispetto alla gravità del fatto, un intervento correttivo del giudice delle leggi è possibile a condizione che il trattamento sanzionatorio medesimo possa essere sostituito sulla base di “precisi punti di riferimento, già rinvenibili nel sistema legislativo”, intesi quali “soluzioni [sanzionatorie] già esistenti, idonee a eliminare o ridurre la manifesta irragionevolezza lamentata».

Successivamente, però la Corte compie un notevole balzo in avanti, giungendo, in buona sostanza, alla conclusione che davanti a due soluzioni entrambe costituzionalmente legittime la Corte, in definitiva, può compiere una scelta: «tale principio deve essere confermato, e ulteriormente precisato, nel senso che – a consentire l’intervento di questa Corte di fronte a un riscontrato *vulnus* ai principi di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio – non è necessario che esista, nel sistema, un’unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima, come quella prevista per una norma avente identica struttura e *ratio*, idonea a essere assunta come *tertium comparationis*. Essenziale,

⁸ F. VIGANÒ, *Un’importante pronuncia della consulta*, cit., p. 2.

⁹ G. LEO, *Politiche sanzionatorie e sindacato di costituzionalità*, cit., p. 103.

¹⁰ Corte cost., sentenza 25 settembre 2018, n. 222, in questa *Rivista*, 10 dicembre 2018, con nota di A. GALLUCCIO, [La sentenza della consulta su pene fisse e “rime obbligate”: costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta](#).

e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio [...] è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte “precisi punti di riferimento” e soluzioni “già esistenti” [...] esse stesse immuni da vizi di illegittimità, ancorché non “costituzionalmente obbligate” – che possano sostituirsi alla previsione sanzionatoria dichiarata illegittima; sì da consentire a questa Corte di porre rimedio nell’immediato al vulnus riscontrato, senza creare insostenibili vuoti di tutela degli interessi di volta in volta tutelati dalla norma incriminatrice incisa dalla propria pronuncia».

3. La possibile decisione della Corte sulla questione sugli stupefacenti basata sulla prospettiva “innovativa” dell’incremento di discrezionalità.

Ebbene, proprio perché nell’affrontare la questione di legittimità sugli stupefacenti la strada tradizionale della obbligatorietà non sembra poter essere percorsa, la Corte costituzionale, come del resto è già stato suggerito¹¹, potrebbe muoversi lungo questo nuovo percorso.

In particolare, da un lato, per quanto riguarda il giudizio di proporzione, anche in considerazione di quanto affermato nella sentenza n. 179/2017 (tendenziale disomogeneità tra le due ipotesi di reato), la Corte potrebbe ritenere che si possa prescindere dal giudizio di comparazione tra fattispecie e quindi affermare che il trattamento sanzionatorio previsto dal comma 1 dell’art. 73 sia intrinsecamente sproporzionato. Con la conseguenza che il riferimento al quinto comma non avrebbe una vera e propria funzione di *tertium comparationis* ma servirebbe soltanto a individuare il trattamento sanzionatorio. E, proprio in questa prospettiva, nel riferirsi alla pena di quattro anni come eventuale minimo edittale, non si è mancato di osservare come «non si tratta qui, beninteso, di un *tertium comparationis* in senso classico, dal momento che il quinto comma non è qui evocato per denunciare una disparità di trattamento rispetto alla fattispecie oggetto di sindacato, bensì – nello spirito delle sentenze n. 236/2016 e n. 2018 – per individuare il quadro sanzionatorio risultante dalla dichiarazione di incostituzionalità dell’attuale scelta legislativa, denunciata non già perché contenente un trattamento sanzionatorio discriminatorio, ma in quanto affetta da un’irragionevolezza intrinseca»¹².

Dall’altro, per quanto riguarda la scelta del trattamento sanzionatorio, nonostante la soluzione prospettata nell’ordinanza (ritornare al trattamento sanzionatorio caducato con la sentenza n. 32/2014), la Corte potrebbe prendere in considerazione per l’appunto anche l’idea di riportare il minimo a quattro anni. Ed infatti, anche sotto questo profilo, si è osservato come «la soluzione auspicata [riportare il minimo a quattro anni] appare ancor più plausibile dal momento che, diversamente dal passato (sentenza n. 179 del 2017), la Corte non sembra più oggi esigere “una rima

¹¹ C. BRAY, *Una nuova (e forse decisiva) rimessione alla Corte*, cit.

¹² C. BRAY, *Una nuova (e forse decisiva) rimessione alla Corte*, cit.

obbligata” ma, come è stato recentemente affermato nella sentenza n. 222 del 2018, “non è necessario che esista, nel sistema, un’unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima”»¹³.

4. Prospettazione di una “terza via”.

Il punto che a me interessa affrontare in questa sede è se esista davvero questa sorta di alternativa che sembra essersi aperta davanti alla Corte tra un orientamento tradizionale basato sul *tertium* e le “rime obbligate”, che rispetta la discrezionalità del legislatore ma incontra limiti nell’attuazione della Costituzione, e un orientamento “innovativo” basato sulla discrezionalità, che dilata invece i margini di manovra della Corte al fine di dare piena attuazione alla Costituzione.

Ebbene, la mia impressione è che tale alternativa, in realtà, in parte non esista (con riferimento al giudizio di proporzione) e in parte, là dove esiste, non sia tuttavia necessaria (con riferimento alle conseguenze di disciplina derivanti dalla dichiarazione di incostituzionalità).

4.1. Il giudizio di proporzione e la necessità del *tertium comparationis*.

Soffermandoci anzitutto sul giudizio di proporzione e sul parametro del *tertium*, si deve osservare non solo come, a ben vedere, la stessa sentenza n. 236/2016 non abbia fatto a meno del *tertium*, ma anche come, in termini più generali, non è addirittura possibile farne a meno già su un piano – per così dire – logico-normativo. E ciò non tanto al fine di individuare la soluzione derivante dalla eventuale dichiarazione di incostituzionalità, ma proprio al fine di compiere il giudizio di proporzione. Potendosi fin d’ora osservare come vi sia una inevitabile e “obbligata” corrispondenza proprio tra il *tertium* utilizzato per compiere il giudizio di proporzione e il trattamento sanzionatorio, derivante dal *tertium* e da utilizzare come soluzione di disciplina là dove si riscontri l’illegittimità¹⁴.

In particolare, anzitutto è indubbio che la stessa sentenza n. 236/2016 abbia fatto riferimento al *tertium* proprio all’interno del giudizio. Come è stato autorevolmente osservato, «in assenza del *tertium comparationis*, che cosa la Corte avrebbe potuto fare? Là dove la Corte aveva rimodulato minimi edittali (vedi sentenza n. 341/1994) lo ha fatto con riferimento a un *tertium comparationis*. E così ha fatto nella sentenza in esame»¹⁵. Ed

¹³ C. BRAY, *Una nuova (e forse decisiva) rimessione alla Corte*, cit.

¹⁴ Nello stesso senso, cfr. V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., p. 2110 s., il quale osserva come «chiarito il ruolo di mero “sostitutivo sanzionatorio” assegnato alla fattispecie comparativa – mero *terminus ad quem* e non più *starting point* del vaglio di proporzionalità, sembra tuttavia difficile negare che il *tertium* conservi un inevitabile ruolo orientativo nel giudizio, anche perché ciò che limita, almeno in parte, fonda».

¹⁵ D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., p. 8, il quale precisa: «di fronte alla evidente rilevanza (anzi necessità) del *tertium comparationis* nel determinare i contenuti del dispositivo della sentenza, azzardo rispettosamente l’ipotesi che la motivazione sia stata condizionata dalla precedente ordinanza del 2007,

infatti, nella sentenza n. 236/2016 vi sono passi in cui il giudizio di proporzione è espressamente condotto sulla base del *tertium comparationis*, riscontrando un'identità tra le due fattispecie¹⁶ che invece era stata negata nell'ordinanza n. 106/2007¹⁷.

In secondo luogo, in termini generali, si deve ribadire come un giudizio di proporzione sul *quantum* sanzionatorio sia un giudizio che addirittura già sul piano logico-normativo non può prescindere dal *tertium comparationis*. Com'è stato efficacemente affermato, «è facilmente comprensibile come nel giudizio sulla misura della pena l'utilizzazione del *tertium comparationis* discenda tanto dall'esigenza di cercare di razionalizzare una verifica che sconta l'incertezza insita nella conversione in termini quantitativi di valutazione qualitative, quanto dalla impossibilità di accertare la proporzione tra i disvalori del reato e della pena se non mediante un giudizio relativo. Ciò significa [...] che il giudizio di proporzione sulla misura della pena trova un punto di riferimento obbligato nel *tertium comparationis* costituito dalla previsione editale di altra fattispecie: col che viene assicurato il carattere "endo-normativo", addirittura "endo-ordinamentale" del giudizio»¹⁸.

In buona sostanza, si può ritenere che nel sindacato *giuridico* di proporzione il *tertium* sia imprescindibile, visto che il giudizio di proporzione può essere intrinseco solo per la volontà del legislatore (salvo poi incorrere, per l'appunto, in eventuali irrazionalità), mentre per la razionalità della giurisdizione il giudizio non può che essere "relativo", o meglio, *relazionale*¹⁹. Inoltre, proprio grazie a questa componente

dichiarativa di manifesta infondatezza [...] Nel capovolgere la decisione, la sentenza del 2016 ha rappresentato una linea di continuità con la complessiva precedente giurisprudenza, incapsulando in questo discorso complessivo l'ordinanza sbagliata del 2007, verosimilmente vissuta con disagio, e contraddetta, di fatto, dalle frasi della sentenza del 2016 sulla sostanziale identità del disvalore delle due fattispecie di alterazione di stato». Nello stesso senso, cfr. V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., p. 2110 ss.

¹⁶ Corte cost., sentenza 21 settembre 2016, n. 236: «Le fattispecie punite, rispettivamente, al primo e al secondo comma del citato articolo, non sono identiche, ma non possono considerarsi del tutto disomogenee [...] il reato di cui all'art. 567, secondo comma, cod. pen., punisce la modificazione del vero non per sé, ma in quanto da essa derivi la perdita dell'autentico *status filiationis* del neonato, evidenziando che la fattispecie protegge in primo luogo la veridicità dello stato di filiazione, ovvero, più esattamente, l'interesse del minore a vedersi riconosciuto un rapporto familiare corrispondente alla propria effettiva ascendenza. Ma lo stesso può dirsi della fattispecie di cui al primo comma, dove, in egual modo, è privilegiata la protezione del diritto fondamentale del minore alla corretta rappresentazione della sua ascendenza, quale presupposto della sua complessiva condizione di vita, e, d'altra parte, la condotta incriminata, che non implausibilmente appare al rimettente non meno (se non più) grave, comporta il coinvolgimento non di uno solo, ma di due neonati [...] Ancorché autonomi, essi descrivono un medesimo evento delittuoso [...] l'evento delittuoso è per l'appunto identico, come per conseguenza identico, per le ragioni già dette, è il bene giuridico protetto dalle due fattispecie incriminatrici. In definitiva, in entrambi i casi, è un medesimo bene ad essere leso, sia pur in forme diverse».

¹⁷ V. quanto riportato nella nota n. 6.

¹⁸ Così magistralmente, F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, p. 375. In argomento, sia consentito rinviare anche a R. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza nel sindacato di costituzionalità nelle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2018, p. 1556 s.

¹⁹ Per una significativa valorizzazione del *tertium comparationis* v. anche Corte cost., sentenza 24 maggio 2017, n. 207, la quale, nel dichiarare infondata la questione di legittimità del limite massimo di pena per applicare la particolare tenuità del fatto al delitto di ricettazione, ha affermato quanto segue: «il fatto che siano stati

relazionale, il giudizio finisce per essere non solo etero-diretto (indipendente dalla “volontà” giurisdizionale) ma anche endo-normativo, vale a dire diretto dall’intero sistema normativo, delimitandosi così la discrezionalità. Infine, il *tertium* che opera nel giudizio di proporzione non potrà che operare poi in ordine alla soluzione di disciplina, esistendo ancora una volta una necessaria corrispondenza tra ciò che fonda e ciò che disciplina.

D’altra parte, per completezza, non si può fare a meno di compiere due considerazioni ulteriori sul modo di compiere il giudizio di proporzione. La prima attiene al vero e proprio nodo problematico che lo affligge, relativo all’individuazione del *criterio* alla luce del quale compiere la comparazione tra simili (o dissimili) e dove si colloca l’autentica discrezionalità²⁰. A ben vedere, infatti, la comparazione di per sé non significa nulla, mentre ciò che assume un ruolo decisivo è il criterio, il parametro della comparazione, vale a dire il bene giuridico o lo scopo di tutela sotteso alle fattispecie, il quale consente di cogliere le somiglianze e le differenze nella comparazione: ecco perché il principio di eguaglianza, combinandosi con il principio di offensività, finisce per rafforzare la stessa offensività²¹. E che sia un nodo delicatissimo lo dimostra proprio la circostanza che in quasi tutte le vicende in cui si è dichiarata l’illegittimità costituzionale del *quantum* sanzionatorio vi sono state più pronunce, non solo dettate dalla prudenza della Corte e dalla necessità di rimettere, quanto meno in prima battuta, la palla al legislatore, ma spesso basate su beni giuridici diversi che quindi hanno portato ad esiti diversi, prima di disomogeneità (inammissibilità) e poi di somiglianza (accoglimento)²². E un discorso analogo può essere fatto anche per il sindacato sulle scelte di criminalizzazione²³. Inutile dire che è proprio qui che si gioca la vera discrezionalità della Corte costituzionale, la quale tuttavia non è libera, ma è costretta a confrontarsi ancora una volta con la legge (il tipo), il sistema di disciplina e la Costituzione, ma soprattutto è vincolata a diffondersi sul piano argomentativo, sia per quanto riguarda la scelta del bene, sia per quanto riguarda la conseguente comparazione.

indicati a paragone una quantità di reati, tra loro diversi, e non soltanto uno od alcuni di essi, mostra chiaramente che nessuno di questi è in grado di costituire un modello comparativo, al quale fare riferimento per individuare una soluzione costituzionalmente obbligata. Ed è noto che, anche in presenza di norme manifestamente arbitrarie o irragionevoli, solo l’indicazione di un *tertium comparationis* idoneo, o comunque di specifici cogenti punti di riferimento, può legittimare l’intervento della Corte in materia penale, poiché non spetta ad essa assumere autonome determinazioni in sostituzione delle valutazioni riservate al legislatore. Se così non fosse, l’intervento, essendo creativo, interferirebbe indebitamente nella sfera delle scelte di politica sanzionatoria rimesse al legislatore».

²⁰ Sul punto, anche con riferimento al giudizio sulle scelte di criminalizzazione, v. R. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 1557 ss.

²¹ Sul punto, v. per tutti F. PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 362 s.; D. PULITANÒ, *La misura delle pene*, cit., p. 4; V. MANES, *Proporzione senza geometrie*, cit., p. 2111 ss.; nonché, volendo, R. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza*, cit., p. 1555 ss.

²² Per esempio, in tema di oltraggio a un pubblico ufficiale, prima della sentenza n. 341/1994, cfr. Corte cost. n. 109/1968; n. 165/1972; n. 51/1980; n. 323/1988; n. 127/1989. Stesso identico discorso può essere fatto per l’alterazione di stato di famiglia, dove, come abbiamo visto, prima della sentenza n. 237/2016, v’è stata l’ordinanza n. 106/2007; nonché per gli stupefacenti, dove prima della sentenza che la Corte sta per pronunciare, v’è stata la sentenza n. 179/2017 e l’ordinanza n. 184/2017.

²³ R. BARTOLI, *Offensività e ragionevolezza*, cit.

In secondo luogo, si deve osservare come in realtà il giudizio di proporzione sulle scelte sanzionatorie non sia sempre identico, ma muti a seconda dell'oggetto. Se infatti è vero che quando si tratta di giudicare il *quantum* occorre fare riferimento al *tertium* e alla comparazione, diversamente, rispetto ad altri profili del trattamento sanzionatorio *non si può che* prescindere dal *tertium*, come accade per esempio nelle ipotesi in cui si vada a valutare l'eccessiva ampiezza della forbice edittale²⁴ oppure la fissità di una pena (non il *quantum*)²⁵ e più in generale gli automatismi applicativi in ordine all'*an*²⁶. Con ulteriori conseguenze sul giudizio di proporzione, perché, in termini tendenziali, mentre nel sindacato sul *quantum*, come abbiamo accennato, la discrezionalità si concentra soprattutto nel giudizio di proporzione e, più precisamente, nella scelta del criterio, attenuandosi notevolmente nelle ricadute sulla disciplina sanzionatoria, al contrario, nelle altre ipotesi la discrezionalità si concentra soprattutto al momento della scelta della soluzione, potendosi addirittura affermare che è proprio in virtù della mancanza del terzo che si viene a delineare uno spazio maggiormente aperto (come accaduto proprio nella sentenza n. 222 del 2018 relativa alla fissità delle pene accessorie). Più precisamente, in queste ultime ipotesi, anche il momento del giudizio di proporzione si presenta discrezionale, ma per certi aspetti finisce per esserlo meno rispetto alla comparazione con il *tertium* in quanto il principio tende – per così dire – ad operare “direttamente”, come nell'ipotesi della rieducazione che imponendo la individualizzazione non può che far saltare la fissità di una pena.

4.2. La disciplina derivante dall'eventuale dichiarazione di illegittimità e la permanente validità della soluzione “a rime obbligate” con il correttivo della distinzione tra più soluzioni in astratto e in concreto.

Per quanto riguarda la questione della obbligatorietà o meno della disciplina derivante dall'eventuale dichiarazione di illegittimità, l'alternativa tra una prospettiva tradizionale basata sulle “rime obbligate” e una innovativa basata sulla discrezionalità sembra invece porsi. La posizione assunta dalla Corte nella sentenza n. 222/2018 traccia infatti una rotta decisamente diversa da quella precedente²⁷. E il punto che si deve chiarire è se questa nuova strada sia davvero necessaria.

²⁴ Corte cost., sentenza 15 giugno 1992, n. 299.

²⁵ Corte cost., sentenza 25 settembre 2018, n. 222.

²⁶ Si veda la giurisprudenza in tema di pena accessoria della perdita della potestà genitoriale di cui all'art. 566, comma 2, c.p.: Corte cost., sentenza 15 febbraio 2012, n. 31 e Corte cost., sentenza 23 gennaio 2013, n. 7, in *questa rivista*, quest'ultima con nota di V. MANES, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la “dottrina” del “parametro interposto” (art. 117, comma primo, Cost.)*; nonché la copiosa giurisprudenza in tema di recidiva. Per un quadro complessivo della giurisprudenza costituzionale in tema di automatismi, cfr. G. LEO, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in *Il libro dell'anno del diritto 2014*, Roma, 2014 (accessibile a questo [link](#)).

²⁷ L'orientamento venne inaugurato con Corte cost., sentenza 6 luglio 1989, n. 409, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, secondo comma, della legge 15 dicembre 1972, n. 772 (Norme per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza), nella parte in cui determina la pena edittale *ivi* comminata nella

Procedendo per gradi, anzitutto, non si può fare a meno di osservare come nell'elaborare il nuovo percorso la Corte sia stata mossa da intenti meritevolissimi e condivisibilissimi. Esiste infatti – per così dire – un notevole imbarazzo tutte le volte in cui si riscontra l'illegittimità costituzionale di una disciplina ma si ritiene che non la si possa dichiarare per la mancanza di un'unica soluzione obbligata. L'esito infatti è quello di creare delle zone franche, che lasciano intatto non tanto il primato della politica sul diritto, ma addirittura il primato della *politica irragionevole* sul diritto, come del resto avveniva per le norme di favore prima della sentenza n. 394/2006²⁸. Imbarazzo che diventa vero e proprio disagio difficilmente sopportabile tutte le volte in cui – praticamente sempre – il monito formulato dalla Corte al legislatore per indurlo ad eliminare l'illegittimità resta inascoltato. Condivisibile quindi il proposito della Corte di verificare l'esistenza di strade che consentono di attuare la Costituzione senza entrare nella discrezionalità del legislatore.

Vero questo, è anche vero che con la sentenza n. 222 del 2018 la Corte ha compiuto un notevole passo in avanti, suscettibile di alcune considerazioni critiche.

Come si ricorderà, riscontrata l'illegittimità della fissità della durata della accessoria, la Corte ha prospettato due soluzioni: da un lato, quella – per così dire – generale, indicata dal giudice rimettente, di cui all'art. 37 c.p., per cui, quando non è espressamente determinata dalla legge, la durata della pena accessoria è uguale a quella della pena principale; dall'altro lato, quella individuata dalla stessa Corte, secondo cui la durata deve essere stabilita discrezionalmente dal giudice “fino a” il massimo di dieci anni determinato dalla legge.

Ebbene, senza poter entrare qui nei dettagli, il ragionamento fatto per scartare la soluzione basata sull'art. 37 c.p. e accogliere l'altra, si rivela piuttosto opinabile. In particolare, in estrema sintesi, ciò che suscita perplessità è la valutazione decisamente discrezionale che viene compiuta, come dimostra questo passaggio decisivo della motivazione: «la soluzione proposta dall'ordinanza di rimessione ancorerebbe la durata concreta delle pene accessorie a quella della pena detentiva concretamente inflitta; durata che – a sua volta – dipende da tutti i fattori menzionati nell'art. 133 c.p. Il che, assicurerebbe, sia pure in via mediata e indiretta, un certo grado di rispetto del principio di individualizzazione alle pene accessorie. Tuttavia, tale soluzione finirebbe per sostituire l'originario automatismo legale con un diverso automatismo, *che rischierebbe altresì di risultare distonico rispetto al legittimo intento del legislatore storico* [corsivo nostro] di colpire in modo severo gli autori dei delitti di bancarotta fraudolenta»²⁹.

Ebbene, non solo, si tratta di automatismi molto diversi (la fissità non ammette discrezionalità; l'ancoraggio alla pena principale, sì), ma soprattutto è l'apprezzamento sulla “distonia” che trasmoda in una valutazione indubbiamente discrezionale. Senza considerare che tra le due soluzioni entrambe plausibili, viene adottata quella che risulta essere *in malam partem*, pur non essendo “obbligata”.

misura minima di due anni anziché in quella di sei mesi e nella misura massima di quattro anni anziché in quella di due anni, pena fissata tenendo conto della pena edittale comminata dall'art. 151 c.p.m.p.

²⁸ Corte cost., sentenza 8 novembre 2006, n. 394.

²⁹ Corte cost., sentenza 25 settembre 2018, n. 222, § 8.3.

Ma soprattutto, ciò che a noi preme mettere in evidenza è che la soluzione adottata dalla Corte era in realtà una soluzione “a rime obbligate”. Da un lato, infatti, quella basata sull’art. 37 c.p. doveva essere scartata non tanto perché “disonica”, ma perché *ultra petitum*. Come infatti precisa la stessa Corte costituzionale nella sentenza, oggetto del giudizio non era tanto il *quantum* della pena accessoria (la durata decennale), ma piuttosto la fissità, con la conseguenza che se si fosse adottata la soluzione basata sull’art. 37 c.p., essa avrebbe finito per travolgere non solo la fissità ma anche il *quantum* di dieci anni, e ciò perché nell’ipotesi della bancarotta preferenziale punita da uno a cinque anni la durata della pena accessoria sarebbe sempre stata necessariamente inferiore a dieci anni (le ipotesi di bancarotta fraudolenta sono invece punite con la pena della reclusione da tre a *dieci* anni). Dall’altro lato, una volta caduta l’alternativa tra cui scegliere, l’altra soluzione risultava obbligata. E, a dire il vero, a prescindere dal riferimento compiuto dalla Corte alla disciplina delle pene accessorie concernenti la bancarotta semplice, trattandosi ancora una volta dell’inevitabile precipitato derivante dalla diretta applicazione del principio di rieducazione, che nell’imporre l’individualizzazione del trattamento sanzionatorio obbliga al riferimento al “fino a”.

In buona sostanza, per fare salvo il *quantum* di dieci anni non contestato dal giudice rimettente, la Corte era “costretta” a scartare la soluzione dell’art. 37 c.p. e, per attuare l’individualizzazione, era “costretta” a fare riferimento al “fino a”.

Vero tutto questo, si deve allora ritenere che debba essere corretto il principio affermato nella sentenza 222 del 2018, secondo cui «essenziale, e sufficiente, a consentire il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è che il sistema nel suo complesso offra alla Corte “precisi punti di riferimento” e soluzioni “già esistenti” esse stesse immuni da vizi di legittimità, ancorché non “costituzionalmente obbligate”».

A ben vedere, la Corte ha colto un punto fondamentale, che costituisce la grande innovazione rispetto alla prospettiva precedente, e cioè che è ben possibile che rispetto a certi giudizi (soprattutto quelli che non si fondano sul *tertium*) si vadano a prospettare più soluzioni. Tuttavia, la Corte ha finito per andare oltre, nel momento in cui ha intrapreso la strada della scelta, mentre avrebbe potuto continuare a percorrere quella della obbligatorietà.

Se quindi è accettabile l’idea che il sistema nel suo complesso possa offrire anche più soluzioni già esistenti e immuni da vizi di legittimità, tuttavia il sindacato deve restare obbligatorio, essendo consentito solo se da un’analisi delle singole soluzioni risulta che è obbligatorio scartarle tutte tranne una³⁰.

In questa prospettiva, il giudizio finirebbe per essere articolato in due passaggi: anzitutto, si deve verificare se vi siano o meno più soluzioni costituzionalmente legittime in termini – per così dire – astratti: se sussiste una sola soluzione, la questione si accoglie; se invece esistono più soluzioni, si passa al secondo passaggio dove occorre verificare se

³⁰ Si potrebbe pensare alla formulazione del seguente principio: «il sindacato della Corte sulla congruità del trattamento sanzionatorio previsto per una determinata ipotesi di reato è ammesso anche quando il sistema nel suo complesso offre alla Corte “precisi punti di riferimento” e soluzioni “già esistenti” esse stesse immuni da vizi di legittimità, purché una sola soluzione risulti essere costituzionalmente obbligatoria».

le diverse soluzioni siano plausibili in concreto, in considerazione del *petitum* e del contesto normativo: se risultano tutte implausibili, tranne una, la questione si accoglie; se, invece, ne risultano plausibili almeno due, si pronuncia l'inammissibilità.

5. La possibile decisione sulla questione degli stupefacenti basata sulla "terza via".

Alla luce di queste considerazioni si può finalmente tornare ad esaminare la questione in tema di stupefacenti sottoposta all'attenzione della Corte.

Seguendo la strada da noi prospettata, per quanto riguarda il giudizio di proporzione, non solo non sarà possibile prescindere dal *tertium*, e cioè dalla fattispecie di lieve entità di cui al comma 5, ma proprio grazie al *tertium* si potrà rilevare come la differenza tra le due fattispecie riguardi solo il *quantum* e non la "qualità" del disvalore, con la conseguenza che se da un lato è ragionevole differenziare in virtù della graduazione, dall'altro lato è irragionevole graduare mediante un *saltum* che si addice a contenuti di disvalore diversi³¹.

A questo punto, occorre tuttavia confrontarsi con due ulteriori argomentazioni volte a non accogliere la questione contenute nella sentenza n. 179/2017. Da un lato, la Corte ha affermato che il fatto di lieve entità non riguarda le sole droghe pesanti, ma anche quelle leggere. Tuttavia questa affermazione non ci pare del tutto conferente, se si considera che si discute della legittimità del minimo del primo comma e non di quanto previsto dal comma 5. Detto in altri termini, è ben possibile che quest'ultima norma sia riferibile sia a droghe leggere e a droghe pesanti, norma che poi alla fine si sdoppia in due contenuti normativi sistematicamente riferibili alla distinzione operata dal legislatore per le ipotesi "ordinarie" delle droghe pesanti e delle droghe leggere, con la conseguenza che ciò che deve essere valutata è la coerenza interna a questi due circuiti paralleli (quello pesante e quello leggero).

Dall'altro lato, la Corte ha osservato come appartenga comunque alla discrezionalità del legislatore compiere anche un *saltum*³². Ma qui è sufficiente osservare

³¹ A ben vedere, anche C. BRAY, *Una nuova (e forse decisiva) rimessione alla Corte costituzionale*, cit., se da un lato afferma di prescindere dal *tertium*, dall'altro lato lo utilizza: la Corte costituzionale – afferma condivisibilmente l'Autore – potrebbe adottare la soluzione «consistente nell'individuare il minimo edittale di pena per i fatti di entità non lieve di cui al primo comma dell'art. 73 t.u., nella pena di quattro anni di reclusione ossia il massimo di pena previsto dal quinto comma per i fatti di lieve entità. Solo tale soluzione permetterebbe, invero, di sanare del tutto l'irragionevolezza e la sproporzione dell'attuale trattamento sanzionatorio che prevede un *saltum* pari a quattro anni di reclusione a fronte di uno spettro continuo di condotte a gravità crescenti. Le condotte riconducibili al primo comma sono infatti strutturalmente identiche, in ogni loro componente, a quelle sussumibili nel quinto comma dell'art. 73 t.u. stup.: il contenuto di offensività del fatto e il grado di colpevolezza espresso dal medesimo sono analoghi, e ciò che varia è solo la diversa gravità del fatto. L'irragionevolezza del sistema emerge allora dal rilievo che alla condanna più lieve inscrivibile nel primo comma consegue una risposta sanzionatoria assai più severa rispetto a quella che consegue alla condotta più grave fra quelle inscrivibili al quinto comma, e che tuttavia risulta essere appena meno offensiva o appena meno colpevole».

³² «Né può ritenersi imposto, dal punto di vista costituzionale, che a continuità dell'offesa debba necessariamente corrispondere una continuità della risposta sanzionatoria. In particolare, deve rilevarsi che

come il *saltum* debba essere pur sempre ragionevole. E l'irragionevolezza deriva dalla circostanza che un salto di 4 anni è riferibile più a fatti che esprimono "qualitativamente" disvalori diversi, piuttosto che a fatti diversi solo sul piano quantitativo.

Per quanto riguarda la questione della disciplina derivante dall'eventuale dichiarazione di illegittimità, una volta riconosciuto l'identico disvalore, una volta riconosciuto un rapporto gradualistico tra le fattispecie, una volta riconosciuto che il *saltum* è irragionevole perché si addice a fatti che presentano un disvalore qualitativamente diverso, va da sé che il *minimum* di otto anni deve cadere.

Ma è qui che si riapre un problema. Se non vi fosse stata la dichiarazione di illegittimità costituzionale da parte della sentenza n. 32 del 2014, si sarebbe dovuto concludere nel senso che il minimo di otto anni è sostituito da quello di quattro, a conferma che quando viene in gioco il *tertium* la soluzione di disciplina da adottare tende ad essere obbligata. Tuttavia, ci si deve confrontare con una situazione per certi aspetti peculiare, e cioè con la circostanza che gli otto anni derivano da una sentenza che ha dichiarato costituzionalmente illegittima una precedente disciplina, con la conseguenza che dichiarare illegittima una norma derivante da una dichiarazione di illegittimità costituzionale sembra dover far rivivere la norma dichiarata costituzionalmente illegittima, vale a dire quella che puniva i fatti "ordinari" con il minimo di sei anni di reclusione, con la conseguenza che sembrano sussistere due soluzioni possibili: i sei anni della norma che rivive e i quattro anni del vigente comma 5.

Tuttavia, come abbiamo suggerito in precedenza, riscontrata la presenza "in astratto" di più soluzioni, non è detto che si debba concludere per la inammissibilità, dovendosi piuttosto andare a verificare la adottabilità in concreto delle soluzioni, adottabilità che si misura in termini obbligatori e non discrezionali.

Ebbene, a noi sembra che non esista altra possibilità che individuare il minimo nei quattro anni. Ed infatti, la soluzione di far rivivere il limite esistente prima della dichiarazione di illegittimità costituzionale (sei anni), pur essendo astrattamente prospettabile, non è normativamente sostenibile, in quanto si tratta di normativa che per l'appunto è stata dichiarata costituzionalmente illegittima, con la conseguenza che riviverebbe una norma in realtà illegittima: insomma, un conto è la riviviscenza a seguito di illegittimità di ciò che era vigente (e legittimo) prima che intervenisse il legislatore, un conto è la riviviscenza a seguito di illegittimità di ciò che è stato dichiarato costituzionalmente illegittimo a seguito di un intervento della Corte costituzionale. Quindi non solo il rifiuto di questa soluzione risulta obbligatorio, ma una volta caduta quella che si sarebbe potuto ritenere un'ulteriore soluzione, resta in piedi solo quella del minimo ridotto a quattro anni, che quindi risulta obbligata.

la tenuità o la levità del fatto possono essere (e sono) prese in considerazione dal legislatore a diverso titolo e con effetti che possono determinare "spazi di discrezionalità discontinua" nel trattamento sanzionatorio. Più precisamente simile discontinuità può corrispondere a una ragionevole esigenza di politica criminale volta a esprimere, attraverso un più mite trattamento sanzionatorio, una maggiore tolleranza verso i comportamenti meno lesivi e, viceversa, manifestare una più ferma severità, con sanzioni autonome più rigorose, nei confronti di condotte particolarmente lesive».



2/2019

**LA VIOLAZIONE DEI DIRITTI FONDAMENTALI
NUOCE ALLA RICERCA DELLA VERITÀ:
LA CORTE DI STRASBURGO CONDANNA L'ITALIA
PER IL PROCEDIMENTO NEI CONFRONTI DI AMANDA KNOX**

Nota a [C. eur. dir. uomo, Sez. I, sent. 24 gennaio 2019, Knox c. Italia, ric. 76577/13](#)

di Mitja Gialuz

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La violazione dell'art. 3 CEDU sotto il profilo procedurale. – 3. La violazione derivante dalla mancata assistenza di un difensore. – 4. La mancata assistenza di un interprete preparato e imparziale. – 5. È possibile la riapertura del procedimento tramite la revisione europea?

1. Introduzione.

La sentenza che si presenta è solo l'ultima tappa – ma forse non la conclusiva – del labirintico percorso giudiziario cominciato nel novembre del 2007, a seguito del ritrovamento a Perugia del corpo della studentessa inglese Meredith Kercher. Una vicenda processuale kafkiana, che ha messo drammaticamente in luce davanti all'opinione pubblica americana e inglese i difetti strutturali e le carenze del sistema italiano di giustizia penale¹: era prevedibile dunque che finisse sotto la lente della Corte EDU.

A portarla all'attenzione dei giudici di Strasburgo è stata Amanda Knox, con specifico riguardo al procedimento penale per calunnia nei confronti del gestore del pub in cui lavorava. Com'è noto, nella fase iniziale delle indagini per l'omicidio e la violenza sessuale, la studentessa americana aveva indicato quale responsabile del fatto Patrick Lumumba, risultato subito innocente. Per queste dichiarazioni accusatorie, era stata

¹ Si leggano, limitandosi ai contributi di carattere scientifico, AA.VV., *L'assassinio di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, a cura di M. Montagna, Roma, 2012; C. CALLAHAN, *American Adversarial Transplants in the Italian Criminal Justice System: An Analysis of Italian and American Criminal Procedure through the Amanda Knox Trial*, in *WULR*, 2012, p. 23-44; M.G. DUNCAN, *What not to do when your roommate is murdered in Italy: Amanda Knox, her "strange" behavior, and the Italian legal system*, in *Harvard Journal of Law and Gender*, 2017, pp. 1-78; D. LENTH, *Life, Liberty, and the Pursuit of Justice: A Comparative Legal Study of the Amanda Knox Case*, in *McGeorge Law Review*, 2013, pp. 346-382; G.J. MIRABELLA, *Scales of Justice: Assessing Italian Criminal Procedure Through the Amanda Knox Trial*, in *Boston University International Law Journal*, 2012, pp. 229-260; F. TARONI – L. LUPÁRIA – J. VUILLE, [La prova del DNA nella pronuncia della Cassazione sul caso Amanda Knox e Raffaele Sollecito](#), in *Dir. pen. Cont. – Riv. trim.*, 1/2016, pp. 155-161.



2/2019

condannata in primo e secondo grado e la sentenza era stata confermata – almeno nel punto relativo alla responsabilità – dalla Corte di cassazione nel 2013.

La ricorrente aveva denunciato diverse violazioni della CEDU, che si riferivano tutte al modo in cui era stata condotta la sua audizione – avvenuta nella notte tra il 5 e il 6 novembre 2007 nel commissariato di Perugia – durante la quale aveva reso le dichiarazioni calunniose.

La prima censura riguardava la violazione dell'art. 3 CEDU. In particolare, la ricorrente lamentava che, in quella notte, nella quale si era recata al commissariato semplicemente per accompagnare l'allora fidanzato Raffaele Sollecito, era stata poi interrogata, sempre senza l'assistenza di un difensore, una prima volta, a partire dall'1.45, da tre agenti di polizia oltre a una funzionaria della stazione di polizia che fungeva da interprete; una seconda volta, a partire dalle 5.45, alla presenza del pubblico ministero. Nel corso delle audizioni – qualificate come "informazioni spontanee" – avrebbe subito maltrattamenti, sia fisici, in quanto un agente le avrebbe dato due colpi sulla testa, sia morali, consistiti nella minaccia di finire in carcere per trent'anni se non avesse parlato, nell'offesa di essere una "stupida bugiarda", nonché in grida e urla durante l'interrogatorio, alternate a momenti nei quali un poliziotto l'aveva abbracciata e accarezzata. La seconda censura – strettamente connessa alla prima – ruotava intorno all'art. 8 CEDU: la ricorrente sosteneva che questa situazione di estrema pressione psicologica l'avrebbe indotta a rendere le dichiarazioni etero-accusatorie per l'incapacità di intendere e di volere, in violazione del diritto al rispetto della vita privata.

La terza censura si riferiva all'art. 6, par. 3, lett. c CEDU. Si lamentava, in particolare, la mancata assistenza di un avvocato durante le audizioni dell'1.45 e delle 5.45: il difensore era stato infatti nominato soltanto alle 8.30 del 6 novembre, al momento dell'arresto.

La quarta violazione riguardava l'art. 6, par. 3, lett. a CEDU. Veniva contestata la circostanza che l'indagata non era stata informata al più presto e in una lingua che potesse comprendere della natura e dei motivi dell'accusa a suo carico.

L'ultima inosservanza prospettata riguardava l'art. 6, par. 3, lett. e CEDU. Per un verso, la ricorrente lamentava di non essere stata assistita da un interprete professionista e indipendente durante gli interrogatori; per l'altro, criticava il fatto che l'ufficiale di polizia presente all'audizione avesse svolto un ruolo di "mediatore", in quanto aveva suggerito delle ipotesi sul corso degli eventi.

2. La violazione dell'art. 3 CEDU sotto il profilo procedurale.

Va detto subito che la Corte ha ritenuto manifestamente infondata la censura relativa all'informazione dell'indagata, posto che, al momento debito era stato in effetti inviato l'avviso di conclusione delle indagini in italiano e in inglese.

I giudici della Convenzione hanno invece ritenuto di valutare congiuntamente le prime due censure e hanno ritenuto sussistente la violazione dell'art. 3 CEDU, sotto il profilo procedurale. Fin dal pomeriggio dello stesso giorno dell'interrogatorio, poche ore dopo essere stata arrestata, l'indagata aveva scritto, nella sua lingua madre: «per

quanto riguarda questa “confessione” di ieri sera, vorrei spiegare che dubito fortemente della veridicità delle mie dichiarazioni perché sono state fatte mentre ero sotto shock e in uno stato di stress e di profonda prostrazione. Non solo sono stata informata del fatto che ero stata arrestata e che [sarei stata] messa in carcere per trent’anni, ma ho anche ricevuto degli scappellotti sulla testa quando non ricordavo correttamente un fatto. Capisco che la polizia subisce una forte pressione e capisco quindi il trattamento che mi è stato inflitto. Tuttavia, mi sono venute in mente queste risposte mentre subivo tale pressione e dopo ore di confusione»². Qualche giorno dopo, in due scritti – sempre redatti in lingua inglese – indirizzati ai difensori aveva ribadito questa ricostruzione e aveva inoltre accusato la funzionaria di polizia, che aveva svolto le funzioni di interprete, di averla condizionata: dopo averle raccontato un’esperienza personale nella quale, a seguito di un terribile incidente stradale, per un anno non era stata in grado di ricordare cosa fosse successo, le aveva suggerito che probabilmente lei aveva visto qualcosa di terribile che non riusciva a mettere a fuoco³. Questa versione degli accadimenti era stata ripetuta nelle udienze dibattimentali del 13 marzo e del 12 giugno 2009, davanti alla corte d’assise di Perugia, competente per connessione anche per il procedimento per calunnia.

A seguito delle dichiarazioni rese in udienza, il pubblico ministero – peraltro la stessa persona fisica che aveva partecipato all’audizione delle 5.45 – aveva chiesto la trasmissione degli atti alla procura perché aprisse un fascicolo nei confronti dell’imputata per il reato di calunnia nei confronti dei poliziotti e, in particolare, dell’interprete: pur sapendoli innocenti, lei li avrebbe accusati di falsa testimonianza, favoreggiamento, falso ideologico, violenza e minacce. Simmetricamente, la difesa aveva chiesto di avviare un procedimento penale nei confronti dei pubblici funzionari, dal momento che le dichiarazioni di Amanda Knox relative alle modalità degli interrogatori contenevano elementi tali da prospettare potenziali responsabilità penali.

In effetti, la procura di Perugia aveva sollecitamente deciso di iniziare un nuovo procedimento penale nei confronti di Amanda Knox; procedimento poi trasferito davanti al Tribunale di Firenze, in quanto il pubblico ministero doveva ritenersi persona offesa: questo processo si era concluso con l’assoluzione dell’imputata. Nella sentenza liberatoria – di cui alcuni stralci sono riportati nella motivazione della sentenza della Corte europea – il Tribunale aveva chiarito che vi sarebbero stati “diritti negati”, “omissioni” e “verbali inaffidabili” e che Amanda Knox si era indotta a fare il nome di Lumumba al solo fine di interrompere un trattamento contrario ai diritti della persona⁴.

² Cfr. il testo della Knox riportato al § 20 della sentenza. Peraltro, nella parte della sentenza relativa alla ricostruzione del fatto si ricorda che già nelle chiamate telefoniche effettuate da Amanda Knox dalla stazione di polizia e registrate il giorno precedente all’interrogatorio, ossia il 4 novembre 2007, lei aveva detto ai suoi interlocutori che gli investigatori “le spremevano il cervello” per estrarre informazioni da lei, le urlavano e la trattavano come un criminale, chiedendole continuamente di ricordare persone che erano andate a casa sua prima dell’omicidio; aveva inoltre dichiarato che si sentiva male e che era privata del sonno, indicando che aveva dormito solo due ore la sera prima (§ 12).

³ Cfr. il § 11 della lettera riportata al § 24 della sentenza.

⁴ V. ampi stralci della sentenza del Tribunale di Firenze nel § 103 della pronuncia della Corte di Strasburgo.

La stessa sollecitudine non era stata dimostrata dalla procura di Perugia sul versante delle condotte dei pubblici funzionari, ossia della polizia e dello stesso pubblico ministero che aveva partecipato all'audizione delle 5.45. Non aveva infatti aperto alcun fascicolo per accertare i maltrattamenti e le minacce denunciati da Amanda Knox.

Proprio questa omissione ha indotto la Corte di Strasburgo a ritenere sussistente la violazione della norma che vieta i trattamenti inumani e degradanti, sotto il profilo procedurale.

Secondo una giurisprudenza ormai consolidata, il divieto generale di tortura e di trattamenti o punizioni inumane o degradanti da parte di agenti dello Stato sarebbe inefficace in pratica se non esistesse alcuna procedura per l'accertamento delle accuse di maltrattamenti nei confronti di persone che si trovano nella loro disponibilità. Pertanto, l'art. 3, letto alla luce dell'art. 1 CEDU, richiede – sul versante procedurale – di predisporre «*some form of effective official investigation where an individual makes a credible assertion that he has suffered treatment infringing Article 3 at the hands, inter alia, of the police or other similar authorities*»⁵. Quest'indagine deve essere rapida e approfondita, in quanto le autorità devono fare un serio tentativo di scoprire cosa è successo e non fare affidamento su conclusioni affrettate.

Purtroppo, non è la prima volta che l'Italia viene condannata per violazione degli obblighi positivi derivanti dall'art. 3 CEDU. In passato, le condanne erano generalmente riconducibili, da un lato, all'inadeguatezza delle previsioni normative, che avevano impedito di sanzionare adeguatamente gli atti di tortura o di maltrattamento e di svolgere il conseguente effetto dissuasivo necessario per prevenire altre violazioni dell'art. 3 CEDU⁶; dall'altro lato, erano imputabili alla superficialità dell'indagine⁷.

Quel che sconcerca è che, nel caso in parola, non è mai stata iniziata alcuna indagine per accertare i fatti denunciati dalla ricorrente. Malgrado le reiterate e puntuali denunce e l'esito liberatorio del processo fiorentino per la calunnia nei confronti dei poliziotti, «i trattamenti da lei segnalati non sono stati oggetto di alcuna indagine»⁸.

Nella vicenda Knox, si è in definitiva verificata una macroscopica violazione del canone costituzionale di obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.), che si configura – almeno in termini astratti – come la garanzia primaria prevista dall'ordinamento italiano in grado di dare concreta attuazione all'obbligo positivo

⁵ Così, Corte EDU, Grande camera, 28 settembre 2015, *Bouyid c. Belgium*, § 116; Corte EDU, Grande camera, 17 settembre 2014, *Mocanu e altri c. Romania*, § 316; Corte EDU, Grande camera, 13 dicembre 2012, *El-Masri c. Repubblica Jugoslava di Macedonia*, § 182.

⁶ Il pensiero va a Corte EDU, sez. I, 26 ottobre 2017, *Azzolina ed altri c. Italia*, §§ 147-165, sulle quali F. CANCELLARO, [A Bolzaneto e ad Asti fu tortura: tre nuove condanne inflitte dalla Corte di Strasburgo all'Italia per violazione dell'art. 3 Cedu](#), in questa *Rivista*, 16 novembre 2017; Corte EDU, sez. IV, 7 aprile 2015, *Cestaro c. Italia*, § 222-225, sulla quale, cfr. F.S. CASSIBBA, [Violato il divieto di tortura: condannata l'Italia per i fatti della scuola Diaz-Pertini](#), *ibidem*, 27 aprile 2015; F. VIGANÒ, [La difficile battaglia contro l'impunità dei responsabili di tortura. La sentenza della Corte di Strasburgo sui fatti della scuola Diaz e i tormenti del legislatore italiano](#), *ibidem*, 9 aprile 2015; Corte EDU, 1 luglio 2014, sez. II, *Saba c. Italia*, § 76-82, sulla quale S. ZIRULIA, [Da Strasburgo due nuove condanne all'Italia per l'impunità delle forze dell'ordine](#), *ibidem*, 13 luglio 2014.

⁷ Il riferimento è a Corte EDU, sez. II, 24 settembre 2014, *Alberti c. Italia*, § 66.

⁸ Il brano si legge al § 136 della sentenza.

desumibile dalla lettura congiunta degli artt. 1 e 3 CEDU. A ben considerare, l'obbligatorietà dell'azione penale – la quale si traduce, come noto, anzitutto nell'obbligo di svolgere indagini effettive – trova oggi un nuovo fondamento nella dottrina europea degli obblighi positivi⁹ e, nel caso specifico, è stata totalmente elusa.

Sul versante materiale, la Corte di Strasburgo non ha ritenuto invece violato l'art. 3 CEDU, in quanto non disponeva di elementi tali da poter concludere che la ricorrente sia stata oggetto dei trattamenti inumani e degradanti lamentati¹⁰. Al di là della valutazione da parte della Corte, le risultanze del processo di Firenze e gli atti gettano un'ombra davvero sinistra sulle modalità con cui è stata condotta l'indagine in un caso così delicato¹¹. Interrogatori ripetuti e prolungati nel corso della notte; atteggiamenti del tutto irrituali ed eterodossi di un agente che aveva abbracciato la ragazza e l'aveva accarezzata, mentre questa stava facendo le dichiarazioni accusatorie; mancata assistenza di un difensore; scelta irrituale dell'interprete; verbali brevi e incompleti, a fronte di attività durate anche alcune ore¹².

Tutto ciò è di per sé incompatibile con il procedimento penale in un ordinamento democratico nel quale la persona è il fine ultimo e non può mai essere strumentalizzata per il conseguimento di un fine pubblico, quale la persecuzione dei reati. Per di più, la vicenda di Perugia dimostra, una volta di più, che è il rispetto della dignità e dei diritti dei soggetti coinvolti nelle indagini a portare alla scoperta della verità, mentre le forzature, le coercizioni (anche soltanto psicologiche) non possono che alimentare errori giudiziari. La letteratura d'oltreoceano conferma che quasi un terzo delle *wrongful convictions* negli Stati Uniti deriva da *false confessions* che si verificano (tra l'altro) «*when intense psychological pressure from police, and repeated questioning, convinces a suspect that he "must" have committed the crime*»¹³.

Evidentemente, nella prassi continua ad allignare la convinzione che vi siano scorciatoie per la ricerca della verità. L'auspicio è che il controllo effettivo della Corte di Strasburgo aiuti a debellare tali comportamenti contrari tanto alla Costituzione, quanto alla Convenzione europea.

⁹ Per uno spunto in tal senso, G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea*, 2ª ed., Milano, 2009, p. 22. Si vedano, inoltre, diffusamente, F. CASSIBBA e A. COLELLA, sub art. 3 CEDU, in AA. VV., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis e F. Viganò, Torino, 2015, pp. 84 ss.

¹⁰ Cfr. il § 140 della sentenza.

¹¹ Per le lacune e i difetti dell'indagine sul versante dell'acquisizione della prova scientifica, cfr. D. CURTOTTI, *Indagini sulla scena del crimine ed acquisizione dei dati probatori. Protocolli operativi ed utilizzabilità della prova: i profili processualistici*, in AA. VV., *L'assassinio*, cit., pp. 84 ss.; F. TARONI – L. LUPÀRIA – J. VUILLE, [La prova del DNA nella pronuncia della Cassazione sul caso Amanda Knox e Raffaele Sollecito](#), cit., pp. 159 ss.

¹² Ciò si desume, ancora, dalla sentenza del Tribunale di Firenze, riportata nella pronuncia della Corte al § 103.

¹³ Queste le parole di M. GODSEY, *The human factor in wrongful convictions across national borders*, in AA. VV., *Understanding wrongful conviction. The protection of the innocent across Europe and America*, a cura di L. Luparia, Milano, 2015, p. 28. Per ulteriori indicazioni bibliografiche sul tema, si leggano J.B. GOULD – R.A. LEO, *One hundred years later: wrongful convictions after a century of research*, in *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 2010, p. 844.



2/2019

3. La violazione derivante dalla mancata assistenza di un difensore.

La seconda violazione accertata dalla Corte riguarda il diritto ad essere assistito da un difensore, di cui all'art. 6, § 3, lett. c CEDU. Come si è visto, la ricorrente sosteneva di non aver avuto accesso a un avvocato durante gli interrogatori nella notte del 6 novembre 2007. Nel verbale l'audizione veniva qualificata come "dichiarazioni spontanee" rese da una persona che, al momento, non era indagata.

Sul punto, la Corte di Strasburgo ha ribadito anzitutto la sua consolidata giurisprudenza, semplicemente richiamando le pronunce più significative in materia.

Per un verso, secondo tali sentenze, le garanzie previste dalla Convenzione si applicano a qualsiasi "accusato" nel senso autonomo che tale termine assume nel contesto della Convenzione. Come noto, nel sistema CEDU, si deve ritenere che sussiste una "criminal charge", non solo dal momento in cui un soggetto è ufficialmente informato da un'autorità competente dell'accusa di aver commesso un reato, ma anche «*from the point at which his situation has been substantially affected by actions taken by the authorities as a result of a suspicion against him*»¹⁴: ciò che accade anche per «*a suspect questioned about his involvement in acts constituting a criminal offence*»¹⁵.

Per altro verso, sulla base di un'interpretazione costante, il diritto di accesso a un difensore nella fase delle indagini «*contributes to the prevention of miscarriages of justice*», «*constitutes an important counterweight to the vulnerability of suspects in police custody*» e, infine, «*is also preventive, as it provides a fundamental safeguard against coercion and ill-treatment of suspects by the police*»¹⁶. Tale diritto può avere delle limitazioni, solo in presenza di "compelling reasons": il che significa che le restrizioni, in particolare per l'interrogatorio di polizia, sono consentite esclusivamente in circostanze eccezionali, devono avere natura temporanea e devono essere basate su una valutazione individuale riferita alle specifiche circostanze del caso. Non ci si può accontentare della mera esistenza di una legislazione che preclude la presenza dell'avvocato: questa non esclude la necessità per le autorità nazionali di accertare, attraverso una valutazione individuale e caso per caso, se vi siano effettivamente motivi che giustificano la restrizione nel caso concreto¹⁷.

Sotto il primo profilo, la Corte ha verificato se, al momento delle dichiarazioni spontanee, le autorità inquirenti avessero ragionevoli motivi per sospettare che la ricorrente fosse coinvolta nell'omicidio di Meredith Kercher. A tal riguardo, ha osservato che la ricorrente era già stata sentita dalla polizia nelle giornate del 2, 3 e 4 novembre 2007 e che era stata sottoposta a intercettazione. La notte del 5 novembre 2007, l'attenzione degli investigatori si era concentrata sulla ricorrente, la quale era stata

¹⁴ Testualmente, Corte EDU, Grande camera, 12 maggio 2017, *Simeonovi c. Bulgaria*, § 110; Corte EDU, Grande camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, § 249.

¹⁵ V. Corte EDU, Grande camera, 12 maggio 2017, *Simeonovi c. Bulgaria*, § 111.

¹⁶ Così, Corte EDU, Grande Camera, 9 novembre 2018, *Beuze c. Belgio*, §§ 125-126; Corte EDU, Grande camera, 12 maggio 2017, *Simeonovi c. Bulgaria*, § 112; Corte EDU, Grande camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, § 255.

¹⁷ Ancora, Corte EDU, Grande camera, 9 novembre 2018, *Beuze c. Belgio*, § 142.

sottoposta, due volte e durante diverse ore, a interrogatori serrati. Secondo il parere della Corte, anche supponendo che i sospetti contro di lei non fossero sufficienti per concludere che all'1.45 del 6 novembre 2007 potesse essere considerata come "accusata", non vi è dubbio che Amanda Knox avesse formalmente acquisito lo status di persona accusata quando ha reso le sue dichiarazioni al pubblico ministero alle 5.45.

Con riguardo alle possibili restrizioni al diritto di accesso al difensore, il governo italiano aveva difeso l'utilizzo nel procedimento per calunnia delle dichiarazioni rese dall'indagata in assenza del difensore: secondo la consolidata giurisprudenza della Cassazione¹⁸, le dichiarazioni spontanee fatte da una persona oggetto di indagine in assenza di un avvocato possono sempre essere utilizzate quando costituiscono esse stesse un reato; nel caso di specie, dunque, le dichiarazioni di Amanda Knox erano state ritenute inutilizzabili nel procedimento per omicidio e violenza sessuale, mentre erano state impiegate in quello per calunnia. La Corte ha rigettato questa impostazione: anche a voler leggere tale argomento come una "*compelling reason*", la Corte rileva che la regola desumibile dalla giurisprudenza italiana è di natura generale e il governo non ha provato l'esistenza di circostanze eccezionali che avrebbero potuto giustificare, nel caso di specie, la restrizione del diritto al difensore della richiedente (§ 156). La Corte non ha rinvenuto pertanto motivi stringenti per giustificare la limitazione del diritto alla difesa nella fattispecie concreta e ha ritenuto quindi violato l'art. 6, par. 3, lett. c CEDU.

A questo punto, i giudici della Convenzione si sono soffermati sulla valutazione dell'equità complessiva del procedimento. Anzitutto, hanno chiarito che grava sul governo l'onere di provare che la ricorrente, nonostante la lesione del diritto di accesso al difensore, aveva comunque avuto un processo equo nel suo insieme¹⁹. In secondo luogo, hanno richiamato la propria giurisprudenza in forza della quale, nell'esaminare il procedimento nel suo insieme al fine di valutare l'impatto delle carenze procedurali sull'equità complessiva dello stesso, occorre prendere in considerazione una serie di fattori²⁰.

¹⁸ Si veda Cass., sez. un., 26 marzo 2015, n. 33583, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 4296, con nota di M. DI BITONTO, *Un caso di inutilizzabilità dubbio o inconfutabile?*, secondo la quale «le dichiarazioni 'indizianti' di cui all'art. 63, comma 1, c.p.p. sono quelle rese da un soggetto sentito come testimone o persona informata sui fatti che riveli circostanze da cui emerge una sua responsabilità penale per fatti pregressi, non invece quelle attraverso le quali il medesimo soggetto realizzi il fatto tipico di una determinata figura di reato quale il favoreggiamento personale, la calunnia o la falsa testimonianza, in quanto la predetta norma di garanzia è ispirata al principio *nemo tenetur se detegere*, che salvaguarda la persona che abbia commesso un reato, e non quella che debba ancora commetterlo». Analogamente, Cass., sez. III, 18 settembre 2014, n. 8634, in *DeJure*; Cass., sez. II, 9 luglio 2009, n. 36284, *ibidem*; Cass., sez. II, 5 giugno 2008, n. 35538, *ibidem*; Cass., sez. VI, 13 maggio 2008, n. 33836, *ibidem*.

¹⁹ Cfr. Corte EDU, Grande camera, 9 novembre 2018, *Beuze c. Belgio*, § 165.

²⁰ Si tratta, in particolare, di valutare: a) se il richiedente era particolarmente vulnerabile, ad esempio in ragione dell'età o della capacità mentale; b) il quadro giuridico che disciplina la fase preprocessuale e l'ammissibilità delle prove al processo (in caso di applicazione di una regola di esclusione, è particolarmente improbabile che il procedimento nel suo complesso sia considerato iniquo); c) se il richiedente ha avuto la possibilità di contestare l'autenticità delle prove e opporsi al loro uso; d) la qualità delle prove e se le circostanze in cui sono state ottenute mettono in dubbio la loro attendibilità o accuratezza, tenendo conto del grado e della natura di qualsiasi coazione; e) se le prove sono state ottenute illegittimamente, l'illegittimità in questione e, laddove derivi dalla violazione di un altro articolo della Convenzione, la natura

Ebbene, nell'ipotesi portata alla sua attenzione, la Corte si è soffermata su quegli aspetti ritenuti pertinenti nel caso di specie.

In primo luogo, ha valorizzato la situazione di vulnerabilità nella quale si trovava l'indagata: all'epoca dei fatti aveva vent'anni, era straniera ed essendo arrivata da poco in Italia non parlava fluentemente l'italiano²¹. Questo è un passaggio decisivo della sentenza. Come chiarito fin dal caso *Salduz*, durante le indagini preliminari l'indagato si trova in una posizione particolarmente vulnerabile e questa vulnerabilità viene accresciuta dalla circostanza che la normativa che regola la procedura penale tende a diventare sempre più complessa: ebbene, tale condizione «*can only be properly compensated for by the assistance of a lawyer*»²². Se questo è vero per l'indagato che, pur parlando e comprendendo la lingua del procedimento, ha difficoltà a intendere il contesto comunicativo nel quale si trova e le proprie prerogative in tale ambito, lo è a maggior ragione per l'indagato alloglotto: questi è completamente disarmato e nudo davanti all'autorità procedente. Ed è per tale motivo che gli va garantita, oltre all'assistenza di un difensore, quella di un interprete che possa dargli orecchie e voce.

In secondo luogo, la Corte ha posto l'accento sulla circostanza che, già alle 13 dello stesso giorno, scrivendo nella propria lingua – e quindi recuperando un livello minimo di padronanza comunicativa – l'indagata avesse ritrattato le precedenti dichiarazioni, mettendone in dubbio la veridicità²³.

Infine, i giudici di Strasburgo hanno puntualizzato che, come risulta dalla sentenza assolutoria del Tribunale di Firenze, le dichiarazioni erano state ottenute in un contesto di forte pressione psicologica e che, costituendo esse stesse il reato, erano state utilizzate come prova decisiva della condanna²⁴.

Sulla scorta di tali argomenti, la Corte ha ritenuto che nel processo per calunnia nei confronti di Amanda Knox sia stato violato anche il diritto a un equo processo ai sensi dell'art. 6, par. 1, CEDU.

della violazione rilevata; f) nel caso di una dichiarazione, la natura della dichiarazione e se sia stata prontamente ritirata o modificata; g) l'utilizzo che è stato fatto delle prove e, in particolare, se esse costituivano parte integrante o significativa del compendio probatorio su cui si è basata la condanna, e la forza delle altre prove nel caso; h) se la valutazione della colpevolezza sia stata eseguita da giudici professionisti o magistrati non togati, o da giurati, e il contenuto di qualsiasi indicazione o guida data a questi; i) il peso dell'interesse pubblico nel perseguimento e nella punizione del particolare reato in questione; j) altre garanzie procedurali rilevanti concesse dal diritto e dalla prassi nazionali (così, da ultimo, Corte EDU, Grande camera, 9 novembre 2018, *Beuze c. Belgio*, § 150; Corte EDU, Grande camera, 12 maggio 2017, *Simeonovi c. Bulgaria*, § 120; Corte EDU, Grande camera, 13 settembre 2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, § 274.

²¹ Cfr. § 160.

²² Corte EDU, Grande camera, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, § 54.

²³ V. § 161.

²⁴ Cfr. §§ 162 e 163.

4. La mancata assistenza di un interprete preparato e imparziale.

Assai interessante appare la sentenza della Corte di Strasburgo anche con riguardo alla quinta inosservanza prospettata dalla ricorrente, relativa alla mancata assistenza – sempre negli interrogatori tenutisi durante la notte tra il 5 e il 6 novembre 2007 – di un interprete indipendente e qualificato, nonché del comportamento tenuto dalla funzionaria di polizia, di supporto all’attività degli investigatori.

Il primo aspetto degno di nota è il richiamo alla direttiva 2010/64/UE, tra la normativa europea pertinente: in fondo, per molti aspetti la fonte in parola è nata da una sorta di codificazione della giurisprudenza europea, ma è andata ben oltre lo standard di Strasburgo²⁵. Per questo è assai significativo che la Corte europea la richiami; per la verità, in una sentenza recente non si era limitata a una citazione nella parte volta a ricostruire il panorama normativo, ma si era spinta sino a utilizzare la prima direttiva di Stoccolma per elevare il proprio livello di tutela con riguardo alla lingua dell’interpretazione²⁶. Nella pronuncia in commento non si arriva a tanto, forse anche perché la direttiva non era vigente al momento del processo che ha dato origine al ricorso²⁷.

Nondimeno, pur senza citarla espressamente nella parte argomentativa, la Corte sembra aver tenuto presente quella norma essenziale della direttiva che concerne la qualità dell’intermediazione linguistica: si allude all’art. 5, il quale stabilisce espressamente che, «al fine di assicurare un servizio di interpretazione e di traduzione adeguato e un accesso efficiente a tale servizio, gli Stati membri si impegnano a istituire un registro o dei registri di traduttori e interpreti indipendenti e debitamente qualificati».

Da tale norma si desumono due valori fondamentali con riguardo alla figura dell’interprete.

Il primo è quello della professionalizzazione dell’esperto linguistico: questi deve essere realmente preparato sul piano linguistico; nel caso di specie, un esperto linguistico avrebbe quanto meno problematizzato la traduzione dell’espressione “*see you later*”, che era stata resa con “ci vediamo dopo” – a conferma che Amanda e il suo interlocutore Patrick Lumumba si erano dati un appuntamento nelle ore seguenti – mentre potrebbe anche essere resa con un più generico “ci vediamo”.

Il secondo elemento fondamentale è rappresentato dall’imparzialità: in tutti i codici etici delle associazioni professionali di interpreti e traduttori si insiste su questo aspetto come un pre-requisito fondamentale. Per quel che riguarda il *Code of Professional Ethics* adottato dalla *European Legal Interpreters and Translators Association* (EULITA), esso stabilisce che *«legal interpreters and legal translators shall remain neutral and also maintain*

²⁵ Sia consentito rinviare, sul punto, a M. GIALUZ, *L’assistenza linguistica nel processo penale. Un meta-diritto fondamentale tra paradigma europeo e prassi italiana*, Padova, 2018, pp. 111 ss., pp. 136 ss.

²⁶ Il riferimento è a Corte EDU, sez. IV, 28 agosto 2018, *Vizgirda c. Slovenia*, §§ 82-83.

²⁷ Questa una delle critiche avanzate nella *Dissenting Opinion* alla sentenza *Vizgirda c. Slovenia* dai giudici Kusco-Stadlmayer e Bošniak, § 8.

the appearance of impartiality, avoiding any undue contacts with either witnesses, defendants and their families or members of the legal professions»²⁸.

Evidentemente, soprattutto se si è consapevoli che l'interprete non è una sorta di «robotic device»²⁹, una tubatura invisibile con le parole che entrano in una lingua ed escono (immodificate) in un'altra lingua³⁰, il canone dell'imparzialità assume una valenza decisiva. Se è vero – e lo dice tutta la letteratura più avanzata sul tema – che l'interprete svolge un ruolo in certa misura creativo, di facilitatore della comunicazione, è necessario che egli svolga la sua funzione di intermediazione linguistica in modo equidistante: deve dare bocca e orecchie al soggetto processuale, deve garantire l'effettività della comunicazione senza *prendere parte*. Nel contesto del procedimento penale, l'interprete deve dunque mantenersi rigorosamente equidistante rispetto alle parti e attenersi a quello che è stato definito «*professional detachment*»³¹.

Ebbene, nella sentenza in esame la Corte sembra limitarsi a ribadire la sua precedente giurisprudenza. In verità, a uno sguardo più attento, ci si rende conto che essa eleva lo standard di tutela. Per quel che concerne la qualità dell'interprete, va detto che tradizionalmente la Corte non ha dimostrato particolare sensibilità sul tema: i giudici europei non hanno mai richiesto che si tratti di un linguista professionista³². Non è insomma necessaria una specifica qualificazione o certificazione; la Corte non è chiamata infatti a giudicare il sistema adottato nei singoli ordinamenti, ma solo a verificare che l'assistenza linguistica ricevuta in concreto dall'imputato soddisfi gli standard dell'art. 6 CEDU³³: ha considerato del tutto ammissibile che, in concreto, la funzione di assistenza linguistica venisse svolta da un ufficiale penitenziario o da un detenuto³⁴, da un agente di polizia doganale³⁵ o di frontiera³⁶, da un cancelliere³⁷, da un pubblico ministero³⁸ o addirittura dal coimputato³⁹.

Nel caso di specie, dinnanzi all'obiezione del governo italiano secondo la quale gli investigatori sono liberi nella scelta della nomina degli interpreti, a condizione che l'interessato sia un "esperto linguistico" e che svolga le sue funzioni al solo scopo di far

²⁸ Il testo del codice è disponibile all'indirizzo <http://www.eulita.eu/code-ethics>.

²⁹ L'espressione è di S. BERK-SELIGSON, *The Bilingual Courtroom. Court Interpreters in the Judicial Process*, Chicago, 2002, p. 220.

³⁰ M. REDDY, *The Conduit Metaphor: A Case of Frame Conflict in our Language about Language*, in *Metaphor and Thought*, a cura di A. Ortony, Cambridge, 1979, pp. 284 ss.

³¹ L'espressione è di J. COLIN – R. MORRIS, *Interpreters and the Legal Process*, Winchester, 1996, p. 145.

³² Si veda, sul punto, diffusamente, J. BRANNAN, *ECHR Case-law on the Right to Language Assistance in Criminal Proceedings and the EU Response*, in <https://e-justice.europa.eu>, p. 10.

³³ V. Corte EDU, 19 dicembre 1989, *Kamasinski c. Austria*, § 73. Sul punto, cfr. R. VOGLER, *Lost in Translation: Language Rights for Defendants in European Criminal Proceedings*, in AA.VV., *Human Rights in European Criminal Law. New Developments in European Legislation and Case Law after the Lisbon Treaty*, a cura di S. Ruggeri, Heidelberg-New York-Dordrecht-London, 2015, p. 102.

³⁴ V. Corte EDU, 19 dicembre 1989, *Kamasinski c. Austria*.

³⁵ Cfr. Corte EDU, sez. III, (dec.) 5 gennaio 2010, *Diallo c. Svezia*.

³⁶ In tal senso, Corte EDU, sez. III, (dec.) 31 agosto 2006, *Vikoulov e altri c. Lettonia*.

³⁷ V. Corte EDU, sez. III, 16 ottobre 2009, *Baka c. Romania*, § 74.

³⁸ Cfr. Corte EDU, sez. III, (dec.) 9 febbraio 2010, *Čuprakovs c. Lettonia*.

³⁹ V. Corte EDU, sez. V, (dec.) 10 aprile 2007, *Berisha and Haljiti c. Ex Repubblica jugoslava di Macedonia*.

conoscere la verità, la Corte ha chiarito che l'autorità non può limitarsi alla nomina di un interprete: incombe su di essa, una volta allertata in un determinato caso, l'obbligo di svolgere un controllo successivo sul valore dell'interpretazione fornita⁴⁰. Prendendo le mosse dal consolidato assunto secondo il quale i diritti riconosciuti dalla Convenzione non devono essere meramente teorici o illusori, la Corte ha dunque riaffermato che l'autorità competente non deve limitarsi a nominare l'interprete, ma deve spingersi sino a verificare l'adeguatezza dell'assistenza in concreto⁴¹. Sul punto, sembra di poter notare un passo in avanti rispetto al passato. Secondo la Corte non ci si può infatti accontentare che la mediazione linguistica sia stata tale da porre l'imputato nelle condizioni di comprendere gli *aspetti essenziali* del dibattimento⁴²; nella sentenza in esame la Corte precisa che essa deve essere tale da «permettere all'imputato di sapere ciò che gli viene addebitato e di difendersi, in particolare fornendo al tribunale la sua versione dei fatti»⁴³.

Con riguardo al profilo dell'imparzialità dell'interprete, è ben vero che la Corte ha ribadito quanto in precedenza affermato nel caso *Ucak c. Regno Unito*⁴⁴, ossia che l'interprete non è una persona appartenente all'ambito giudiziario ai sensi dell'art. 6, par. 1, CEDU e non vi è dunque un'esigenza di imparzialità e indipendenza, come sarebbe richiesto a un giudice; nondimeno, ha censurato in concreto l'atteggiamento tenuto dalla funzionaria di polizia che aveva davvero inteso creare una relazione umana ed emotiva con il richiedente, assumendo un ruolo di mediatore e acquisendo un atteggiamento materno che non era in alcun modo richiesto⁴⁵.

Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte ha ritenuto che questo difetto di assistenza linguistica abbia avuto ripercussioni sugli altri diritti dell'imputata, in base alla presupposizione (non esplicitata) che l'assistenza linguistica si colloca a monte rispetto a tutti i diritti processuali che spettano all'imputato. Si tratta, insomma, di un "meta-diritto", ossia di un diritto funzionalmente prioritario – sia in termini concettuali che temporali – rispetto a ogni altra garanzia⁴⁶. Pertanto, anche sotto questo profilo, si è accertata una violazione dell'art. 6, par. 1, CEDU.

⁴⁰ Cfr. § 182.

⁴¹ V. Corte EDU, 19 dicembre 1989, *Kamasinski c. Austria*, § 74; nonché, tra le molte, Corte EDU, sez. III, (dec.) 13 maggio 2014, *Příplata c. Romania*, § 93; Corte EDU, sez. III, 11 gennaio 2011, *Hacioglu c. Romania*, § 88; Corte EDU, sez. III, (dec.) 5 gennaio 2010, *Diallo c. Svezia*; Corte EDU, sez. IV, *Protopapa c. Turchia*, § 80; Corte EDU, Grande camera, 18 ottobre 2006, *Hermi c. Italia*, § 70; Corte EDU, sez. III, (dec.) 24 febbraio 2005, *Husain c. Italia*; Corte EDU, sez. III, (dec.) 24 febbraio 2002, *Ucak c. Regno Unito*; Comm. EDU, 25 febbraio 1997, *Twalib c. Grecia*. Cfr. N. MOLE – C. HARBY, *Le droit à un procès équitable. Un guide sur la mise en œuvre de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, 2ª ed., Strasburgo, 2007, p. 75.

⁴² Così, invece, Corte EDU, sez. IV, 24 febbraio 2009, *Protopapa c. Turchia*, § 83; Corte EDU, sez. II, 22 ottobre 2008, *Panasenko c. Portogallo*, § 62.

⁴³ V. § 182.

⁴⁴ Corte EDU, sez. III, (dec.) 24 gennaio 2002, *Ucak c. Regno Unito*.

⁴⁵ Cfr. § 185.

⁴⁶ Si leggano M. CHIAVARIO, *La parte dei privati: alla radice (e al di là) di un sistema di garanzie*, in AA. VV., *Procedure penali d'Europa*, a cura di M. Delmas Marty, 2ª ed. italiana a cura di M. Chiavario, Padova, 2001, p. 517, che rileva la centralità dell'interprete «in vista dell'effettiva 'concretizzazione' dei diritti difensivi»; D. CURTOTTI NAPPI, *Il problema delle lingue nel processo penale*, Milano, 2002, p. 306.

5. È possibile la riapertura del procedimento tramite la revisione europea?

A questo punto, si tratta di capire se il processo che ha condotto alla condanna per calunnia di Amanda Knox – ritenuto iniquo nel suo complesso per la violazione del diritto all’assistenza, sia del difensore che dell’interprete – possa essere riaperto tramite la revisione europea. Si tratta, come noto, di un rimedio introdotto nell’ordinamento italiano dalla sentenza costituzionale n. 113 del 2011⁴⁷, che consente di riaprire il processo penale quando ciò risulti necessario, ai sensi dell’art. 46, par. 1, CEDU, per conformarsi a una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell’uomo⁴⁸. Tutto sta nel capire quando la *restitutio in integrum* è necessaria. E il problema nasce dalla circostanza che l’Italia è uno dei pochi Stati del Consiglio d’Europa a non aver introdotto un rimedio apposito, che trovi una puntuale definizione legislativa dei presupposti in presenza dei quali si può superare il giudicato⁴⁹. Occorre dunque riferirsi alla sentenza costituzionale n. 113, la quale àncora la necessità della riapertura, per un verso, «alla natura oggettiva della violazione» e, per l’altro, alle «indicazioni contenute nella sentenza della cui esecuzione si tratta» (o, tutt’al più, nella sentenza interpretativa pronunciata ai sensi del nuovo art. 46, par. 3, CEDU)⁵⁰.

Sotto il primo profilo, va detto che, se l’accertamento da parte della Corte «*of a violation of Article 6 of the Convention does not automatically require the reopening of the domestic criminal proceedings [,] nevertheless, this is, in principle, an appropriate, and often the most appropriate, way of putting an end to the violation and affording redress for its effects*»⁵¹. In effetti, la Corte ha inserito la cd. *retrial clause* – non importa se nella parte motiva o in

⁴⁷ Cfr. Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, in *Cass. pen.*, 2011, p. 3299, con note di M. GIALUZ, *Una sentenza “additiova di istituto”: la Corte costituzionale crea la “revisione europea”* e C. MUSIO, *La riapertura del processo a seguito di condanna della Corte edu: la Corte costituzionale conia un nuovo caso di revisione*; nonché in *Giur. cost.*, 2011, pp. 1523 ss., con note di S. LONATI, *La Corte costituzionale individua lo strumento per adempiere all’obbligo di conformarsi alle condanne europee: l’inserimento delle sentenze della Corte europea fra i casi di revisione* (p. 1557); G. REPETTO, *Corte costituzionale e CEDU al tempo dei conflitti sistemici* (p. 1548); G. UBERTIS, *La revisione successiva a condanne della Corte di Strasburgo* (p. 1542).

⁴⁸ Su tale istituto, Per ulteriori approfondimenti e indicazioni bibliografiche, cfr., da ultimo, R.M. GERACI, *L’impugnativa straordinaria per la violazione della CEDU accertata a Strasburgo: le ipotesi, le procedure, gli effetti*, in AA.VV., *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, a cura di P. Corvi, Torino, 2016, p. 69; M. GIALUZ, voce *Revisione europea*, in *Digesto del processo penale*, diretto da A. Scalfati, Torino, 2012; B. LAVARINI, *I rimedi post iudicatum alla violazione dei canoni europei*, in AA. VV., *I principi europei del processo penale*, a cura di A. Gaito, Roma, 2016, pp. 87 ss.; G. RANALDI, *Efficacia delle sentenze della Corte E.D.U. e rimedi interni: verso una restitutio in integrum (dal caso Dorigo alla revisione del processo iniquo)*, in AA. VV., *Regole europee e processo penale*, a cura di A. Gaito e D. Chinnici, Padova, 2016, pp. 27 ss.

⁴⁹ Per una puntuale ricognizione in chiave comparata, cfr. Corte EDU, Grande camera, 11 luglio 2017, *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n. 2), *Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque joined by judges Karakaş, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović and Kūris*, §§ 28-34.

⁵⁰ Così, Corte cost., 7 aprile 2011, n. 113, cit., p. 3306.

⁵¹ Corte EDU, Grande Camera, 11 luglio 2017, *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n. 2), § 52.

quella imperativa⁵² – in molte sentenze nelle quali aveva accertato la violazione del diritto alla difesa⁵³.

Assai più problematico risulta, invece, il riferimento alle «indicazioni contenute nella sentenza». In forza di tale richiamo, parte della dottrina ritiene che si possa dar luogo alla riapertura solo quando sia la stessa Corte di Strasburgo a prospettarla come rimedio in principio appropriato⁵⁴.

In verità, questa interpretazione che attribuisce valore decisivo al testo della sentenza sembra opinabile, se si considera che è la Corte stessa ad aver ribadito a più riprese di non avere giurisdizione per ordinare la riapertura⁵⁵: in ultima istanza, la competenza a individuare le misure volte a dare esecuzione alle sentenze spetta, da un lato, al comitato dei Ministri e, dall'altro lato, alle autorità nazionali⁵⁶. Pare dunque che le istruzioni contenute nella sentenza della Corte EDU siano volte, in prima battuta, a circoscrivere la discrezionalità del Comitato dei Ministri e, in secondo luogo, a limitare il margine di apprezzamento delle autorità nazionali. Laddove i giudici di Strasburgo individuino la riapertura come l'unica misura idonea o, al contrario, la escluda del tutto, i margini per discostarsi da tale misura individuale sono assai ridotti; quando, invece, la Corte specifichi che la riapertura è in linea di principio la forma più idonea oppure non dica nulla, gli spazi di discrezionalità per il Comitato dei Ministri e per le autorità nazionali sono certamente maggiori. Quel che non sembra ragionevole è escludere *a priori* la possibilità di riapertura in assenza di indicazioni sul punto da parte della sentenza di Strasburgo. Se così fosse, non si sarebbe potuto riaprire nemmeno il processo nel caso Dorigo, che ha dato origine alla sentenza additiva dell'istituto della revisione europea⁵⁷.

Nel richiedere la riapertura il Comitato dei Ministri deve attenersi alle indicazioni contenute nella *Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers*. Dovrà quindi disporla «*where there had been procedural errors or shortcomings of such gravity as to cast serious doubt on the decision adopted at the close of the proceedings, and, simultaneously, where the injured party continued to suffer very serious adverse effects as a result of the national decision*».

Con riguardo alla vicenda specifica, non sembrano esservi dubbi che gli errori procedurali – tanto la mancata assistenza del difensore, quanto la violazione del diritto

⁵² Cfr., ancora, Corte EDU, Grande camera, 11 luglio 2017, *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n. 2), *Dissenting Opinion of Judge Pinto de Albuquerque joined by judges Karakaş, Sajó, Lazarova Trajkovska, Tsotsoria, Vehabović and Kūris*, § 17.

⁵³ In diverse occasioni la Corte ha stabilito espressamente che «*the most appropriate form of redress would, in principle, be trial de novo or the reopening of the proceedings if requested*» (Corte EDU, sez. IV, 25 giugno, 2013, *Kaciu e Kotorri c. Albania*, § 168; Corte EDU, sez. II, 5 luglio 2011, *Moreira Ferreira c. Portogallo*, § 41; Corte EDU, sez. II, 8 dicembre 2009, *Caka c. Albania*, § 122; Corte EDU, Grande camera, 27 novembre 2008, *Salduz c. Turchia*, § 72; Corte EDU, sez. V, 26 giugno 2008, *Shulepov c. Russia*, § 46.

⁵⁴ In tal senso, B. LAVARINI, *Violazione delle garanzie "processuali" della CEDU e rimedi post-iudicatum*, in *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, 2018, p. 1024.

⁵⁵ Cfr., in particolare, Corte EDU, Grande camera, 11 luglio 2017, *Moreira Ferreira c. Portogallo* (n. 2), § 49; Corte EDU, Grande camera, 30 giugno 2009, *Verein gegen Tierfabriken Vgt c. Svizzera*, § 89.

⁵⁶ Testualmente, Corte EDU, Grande camera, 9 novembre 2018, *Beuze c. Belgio*, § 200.

⁵⁷ Cfr., sia pur in termini problematici, M. GIALUZ, *Una sentenza "additiva di istituto"*, cit., p. 3313.



2/2019

all'interprete – abbiano inciso sull'esito del processo: l'elemento oggettivo del reato di calunnia è rappresentato proprio dalle dichiarazioni rese in una situazione di pressione psicologica determinata dall'assenza del difensore e di un interprete qualificato. D'altro canto, trattandosi di una condanna penale, è difficile negare che perdurino degli effetti negativi, anche dopo che la pena è stata scontata (peraltro, in custodia cautelare).

Sulla base di queste considerazioni, si può ritenere che vi sia spazio per presentare la richiesta di revisione europea, soprattutto se il Comitato dei Ministri indicherà la riapertura come misure individuale preferibile. Che poi la Corte di appello di Firenze la dichiari ammissibile, è tutto da vedere. Quel che è certo è che su una delle vicende processuali più controverse della storia giudiziaria italiana non è ancora detta l'ultima parola.



2/2019

MANDATO DI ARRESTO EUROPEO E MINORENNI NELLA VISIONE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA: PROFILI CRITICI DEL CASO PIOTROWSKI

di Marta Bargis

Abstract. *Il saggio analizza da una prospettiva critica la sentenza della Corte di giustizia nel caso Piotrowski, nella quale i giudici di Lussemburgo hanno affrontato per la prima volta l'interpretazione del motivo obbligatorio di rifiuto contemplato dall'art. 3 n. 3 della decisione quadro 2002/584/GAI, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, riferito all'ipotesi in cui la persona destinataria del mandato «non può ancora essere considerata, a causa dell'età, penalmente responsabile dei fatti all'origine» del mandato stesso «in base alla legge dello Stato membro di esecuzione». L'analisi offre l'occasione per fare il punto sullo "stato dell'arte" della tematica dei diritti fondamentali alla prova del meccanismo dell'euro-mandato.*

SOMMARIO: 1. I motivi di non esecuzione del mandato di arresto europeo (m.a.e.): rilievi introduttivi. – 2. Il motivo di non esecuzione obbligatoria previsto dall'art. 3 n. 3 decisione quadro m.a.e. all'esame della Corte di giustizia nel caso *Piotrowski*: a) la fattispecie concreta e le questioni pregiudiziali. – 3. Segue: b) le conclusioni dell'avvocato generale. – 4. Segue: c) la soluzione adottata dai giudici di Lussemburgo tra conferme e delusioni, in rapporto al preminente «interesse superiore» del minore (art. 24 § 2 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea). – 5. Riflessioni conclusive sui diritti fondamentali alla prova del m.a.e.

1. I motivi di non esecuzione del mandato di arresto europeo (m.a.e.): rilievi introduttivi.

Come si sa, la decisione quadro 2002/584/GAI, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (come modificata dalla decisione quadro 2009/299/GAI, del 26 febbraio 2009)¹, è fondata sul

¹ L'art. 2 decisione quadro 2009/299/GAI, del 26 febbraio 2009 (che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo), ha introdotto nella decisione quadro m.a.e. l'art. 4-bis («Decisioni pronunciate al termine di un processo a cui l'interessato non è comparso personalmente»), sopprimendo specularmente il n. 1 dell'art. 5 e sostituendo la lett. d nel modello di mandato ad essa allegato.

principio del reciproco riconoscimento, di cui ha anzi costituito la prima concretizzazione: l'art. 1 § 2 stabilisce che gli Stati membri «danno esecuzione ad ogni mandato d'arresto europeo» appunto in base al suddetto principio². A questa regola la decisione quadro prevede tassative eccezioni costituite dai motivi di non esecuzione dell'euro-mandato: si tratta dei casi di non esecuzione obbligatoria (art. 3) e dei casi di non esecuzione facoltativa (artt. 4 e 4-bis)³. La trasposizione dei motivi di rifiuto previsti dalla decisione quadro m.a.e. non è stata omogenea, in quanto alcuni Stati membri hanno trasformato in obbligatori i motivi di rifiuto prescritti come facoltativi e hanno introdotto ulteriori motivi di rifiuto, fondati sull'art. 1 § 3 e sui considerando n. 12 e n. 13 decisione quadro m.a.e., cioè motivi di rifiuto collegati alla violazione dei diritti fondamentali⁴, con la conseguenza di un'applicazione asimmetrica⁵ nel territorio dell'Unione, che non favorisce la mutua fiducia.

Il principio del reciproco riconoscimento presuppone, infatti, la reciproca fiducia⁶ tra Stati membri sul rispetto dei diritti fondamentali: tuttavia, perché tale fiducia sia

² Cfr. anche il considerando n. 6 decisione quadro m.a.e. Il principio, risalente al Consiglio europeo di Tampere (1999), è stato recepito nell'art. 82 § 1 t.f.u.e., ove si stabilisce che la cooperazione giudiziaria in materia penale nell'Unione «è fondata sul principio di riconoscimento reciproco delle sentenze e delle decisioni giudiziarie e include il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri nei settori di cui al paragrafo 2 e all'articolo 83». In proposito v. J.R. SPENCER, *Il principio del mutuo riconoscimento*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, III ed., Giuffrè, 2017, p. 313 ss.

³ L'art. 5 n. 2 e n. 3 decisione quadro m.a.e. prevede inoltre casi di consegna condizionata.

⁴ Come risultava sin da COM (2006) 8 def., 24 gennaio 2006, *Relazione della Commissione a norma dell'art. 34 della decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alla procedure di consegna tra Stati membri (versione riveduta)*, p. 5, dove si faceva riferimento alla «questione dei motivi espliciti di rifiuto per violazione dei diritti fondamentali (articolo 1, paragrafo 3) o discriminazione (considerando 12 e 13), che i due terzi degli Stati membri hanno scelto di introdurre espressamente in forme diverse. Per quanto legittimi, salvo ad andare al di là della decisione quadro (EL, IE, IT, CY), questi motivi devono essere invocati solo eccezionalmente in seno all'Unione». Nella sua ultima Relazione, la Commissione europea aveva però ritenuto «evidente» che la decisione quadro (ove si prevede all'art. 1 § 3 che «gli Stati membri devono rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici, incluso l'articolo 3 della convenzione europea dei diritti umani) non impone la consegna ove l'autorità giudiziaria dell'esecuzione sia persuasa, tenuto conto di tutte le circostanze del caso, che detta consegna comporterebbe violazione dei diritti fondamentali del ricercato derivante da inaccettabili condizioni detentive»: COM (2011) 175 def., 11 aprile 2011, *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sull'attuazione dal 2007 della decisione quadro del Consiglio del 13 giugno 2002 relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri*, p. 7. Per ulteriori considerazioni v. *infra*, § 5.

⁵ Cfr. L. BACHMAIER, *Mutual Recognition Instruments and the Role of the CJEU: the Grounds for Non-Execution*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, vol. 6, issue 4, p. 517.

⁶ Per il considerando n. 10 decisione quadro m.a.e. il meccanismo del mandato «si basa su un elevato livello di fiducia tra gli Stati membri» (in ordine alla fiducia «as a Precondition and a Justification for Mutual Recognition in the Context of Judicial Cooperation» v. i rilievi di T. WISCHMEYER, *Generating Trust Through Law? Judicial Cooperation in the European Union and the "Principle of Mutual Trust"*, in *German Law Journal*, 2016, vol. 17, issue 3, p. 354-360). Ma tale considerando si limita a menzionare la fiducia, senza offrirne una definizione: analogamente avviene in altre decisioni quadro fondate sul principio del reciproco riconoscimento e in alcune direttive emanate dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona: sul punto v. T. OSTROPOLSKI, *The CJEU as a Defender of Mutual Trust*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, vol. 6, issue 2, p. 167, nota 5.

effettiva e non solo apparente, bisogna tenere in conto la «*symbiotic relationship*»⁷ fra *mutual trust* e *fundamental rights*. Sul versante del m.a.e., tale interrelazione simbiotica si traduce nel ruolo di limite alla *mutual trust* che può essere svolto dalla tutela dei diritti fondamentali, dovendosi in sostanza verificare se la loro violazione possa costituire un motivo di rifiuto per l'esecuzione dell'euro-mandato. Il profilo qui in esame non è di immediata risoluzione perché la decisione quadro m.a.e. non contempla tra i casi tassativi di rifiuto la «*non-compliance with fundamental rights*»⁸. D'altra parte, l'art. 1 § 3 dell'atto europeo ha cura di precisare che l'obbligo di rispettare «i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti» dall'art. 6 t.u.e. «non può essere modificato per effetto» della decisione quadro, facendo sorgere la domanda sulla sua possibile interpretazione quale motivo implicito di rifiuto in caso di violazione dei diritti fondamentali ivi richiamati⁹.

Attualmente poi la mancanza di un motivo di rifiuto basato sulla violazione dei diritti fondamentali in un procedimento, come quello di esecuzione del m.a.e., dove è in gioco la limitazione della libertà personale, ha acquistato una maggiore visibilità perché la direttiva 2014/41/UE sull'ordine europeo di indagine penale (o.e.i.)¹⁰ prevede, viceversa (art. 11 § 1 lett. f), che l'autorità di esecuzione può rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione di un o.e.i. qualora «sussistono seri motivi per ritenere che l'esecuzione dell'atto di indagine richiesto» sia «incompatibile con gli obblighi dello Stato di esecuzione» ai sensi dell'art. 6 t.u.e. e della Carta¹¹: come si è criticamente notato, la discrepanza «*does not seem to be acceptable from a legal standpoint. But, what is worse, is that it does not contribute to strengthening the consistency of criminal justice in the EU*»¹².

Va comunque ricordato che il Parlamento europeo, nella sua Risoluzione del 27 febbraio 2014¹³, aveva espresso la propria preoccupazione circa «l'assenza, nella decisione quadro 2002/584/GAI e negli altri strumenti di riconoscimento reciproco, di un motivo esplicito di non esecuzione quando vi sono importanti ragioni per ritenere che

⁷ Cfr. V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Criminal Justice*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2015, vol. 6, issue 4, p. 457 ss.

⁸ V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship*, cit., p. 466.

⁹ Con riguardo all'art. 1 § 3 decisione quadro m.a.e. parla di «*cryptic formulation*» N.M. SCHALLMOSER, *The European Arrest Warrant and Fundamental Rights. Risks of Violations of Fundamental Rights through the EU Framework Decision in Light of the ECHR*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2014, vol. 22, issue 2, p. 145 e, per maggiori rilievi, p. 159 ss.; secondo W. VAN BALLEGOIJ, P. BÁRD, *Mutual Recognition and Individual Rights: Did the Court Get it Right?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2016, vol. 7, issue 4, p. 442, «*the wording of this provision is nevertheless far from clear*».

¹⁰ Direttiva 2014/41/UE, del 3 aprile 2014, relativa all'ordine europeo di indagine penale.

¹¹ Per il considerando n. 19 della direttiva 2014/41/UE, la creazione di «uno spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia nell'Unione si fonda sulla fiducia reciproca e su una presunzione di conformità, da parte di tutti gli Stati membri, al diritto dell'Unione e, in particolare, ai diritti fondamentali. Tuttavia, *tale presunzione è relativa*. Di conseguenza, *se sussistono seri motivi per ritenere che l'esecuzione di un atto di indagine richiesto in un OEI comporti la violazione di un diritto fondamentale e che lo Stato di esecuzione venga meno ai suoi obblighi in materia di protezione dei diritti fondamentali riconosciuti nella Carta, l'esecuzione dell'OEI dovrebbe essere rifiutata*» (corsivi aggiunti).

¹² In questi termini v. L. BACHMAIER, *Mutual Recognition Instruments*, cit., p. 515.

¹³ Risoluzione del Parlamento europeo del 27 febbraio 2014 recante raccomandazioni alla Commissione sul riesame del mandato d'arresto europeo (2013/2109 [INL]).

l'esecuzione della misura sarebbe incompatibile con gli obblighi» dello Stato membro di esecuzione «conformemente all'articolo 6 del trattato sull'Unione europea» e alla «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione»¹⁴, trasfondendola in un'apposita raccomandazione¹⁵. Approfondiremo meglio successivamente¹⁶ come si atteggi l'odierno "stato dell'arte" di questa problematica in rapporto al meccanismo dell'euro-mandato.

Quanto alla Corte di giustizia, essa ha di norma interpretato i casi di rifiuto di esecuzione del m.a.e. in senso restrittivo¹⁷. Nel suo parere 2/13¹⁸, dove si era espressa negativamente sul progetto di accordo sull'adesione dell'Unione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, aveva affermato che il principio della fiducia reciproca tra gli Stati membri «riveste, nel diritto dell'Unione, un'importanza fondamentale, dato che consente la creazione e il mantenimento di uno spazio senza frontiere interne»: tale principio impone a ciascun Stato, «segnatamente per quanto riguarda lo spazio di libertà, di sicurezza e di giustizia, di ritenere, *tranne in circostanze eccezionali*, che tutti gli altri Stati membri rispettano il diritto dell'Unione e, più in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo»¹⁹. Pertanto, quando attuano il diritto dell'Unione, gli Stati membri possono essere tenuti «a presumere il rispetto dei diritti fondamentali da parte degli altri Stati membri, sicché risulta ad essi preclusa non soltanto la possibilità di esigere da un altro Stato membro un livello di tutela nazionale dei diritti fondamentali più elevato di quello garantito dal diritto dell'Unione, ma anche, *salvo casi eccezionali*, quella di verificare se tale altro Stato membro abbia effettivamente rispettato, *in un caso concreto*, i diritti fondamentali garantiti dall'Unione»²⁰.

Il richiamo alle «circostanze eccezionali» che possono incrinare la reciproca fiducia e ai «casi eccezionali» in cui uno Stato membro può procedere alla verifica, nel caso concreto, del rispetto dei diritti fondamentali garantiti dall'Unione da parte di un altro Stato membro, ha ricoperto, peraltro, un ruolo considerevole, ponendo in mano alla Corte uno strumento da utilizzare con ovvia parsimonia, ma di cui all'occorrenza servirsi. E in verità i giudici di Lussemburgo hanno impiegato questo grimaldello nella ormai famosa pronuncia nelle cause riunite *Aranyosi e Căldăraru*, del 5 aprile 2016²¹, in

¹⁴ Cfr. il considerando F, *sub i*.

¹⁵ V. il punto 7, *sub d*, della Risoluzione, nonché l'allegato, contenente *Raccomandazioni relative ad alcune proposte legislative previste*, laddove è menzionato un «Motivo di non esecuzione connesso ai diritti umani applicabile agli strumenti giuridici di riconoscimento reciproco dell'Unione», così concepito: «Vi sono importanti ragioni per ritenere che l'esecuzione della misura sarebbe incompatibile con gli obblighi dello Stato membro di esecuzione in conformità dell'articolo 6 del TUE e della Carta». Come si è appena visto, la direttiva 2014/41/UE, di poco successiva alla Risoluzione del Parlamento europeo, ha seguito la via indicata.

¹⁶ Sul punto v. *infra*, § 5.

¹⁷ Tra le pronunce più recenti v. Corte giust., 29 giugno 2017, *Popławski*, C-579/15, punto 19; Corte giust., 10 agosto 2017, *Tupikas*, C-270/17 PPU, punti 50 e 51.

¹⁸ *Parere 2/13 della Corte* (Seduta Plenaria), 18 dicembre 2014.

¹⁹ *Parere 2/13 della Corte*, cit., punto 191 (corsivi aggiunti).

²⁰ *Parere 2/13 della Corte*, cit., punto 192.

²¹ Corte giust. (Grande Sezione), 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, cause riunite C-404/15 e C-659/15 PPU. Per un commento v. M. BARGIS, [Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali: recenti itinerari "virtuosi" della Corte di giustizia tra compromessi e nodi irrisolti](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2/2017, p. 192 ss., cui si rinvia per

materia di trattamenti inumani o degradanti ai quali la persona da consegnare potrebbe venire sottoposta a causa delle condizioni detentive esistenti nello Stato membro di emissione del m.a.e. (la soluzione adottata ha ricevuto poi ulteriori precisazioni nella sentenza *ML* del 25 luglio 2018)²² e nella pronuncia *Minister for Justice and Equality v. LM*, del 25 luglio 2018²³, in tema di diritto a un giudice indipendente e imparziale e, quindi,

le opportune citazioni bibliografiche. Più di recente v. J. OUWERKERK, *Balancing Mutual Trust and Fundamental Rights Protection in the Context of the European Arrest Warrant. What Role for the Gravity of the Underlying Offence in CJEU Case Law?*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2018, vol. 26, issue 2, p. 103-109.

Per un quadro generale dell'opera di bilanciamento compiuta dalla Corte di giustizia nell'ambito del m.a.e. v. L. MANCANO, *A New Hope? The Court of Justice Restores the Balance Between Fundamental Rights Protection and Enforcement Demands in the European Arrest Warrant System*, in C. BRIÈRE, A. WEYEMBERGH (eds.), *The Needed Balances in EU Criminal Law. Past, Present and Future*, Hart Publishing, 2017, p. 285 ss.; cfr. inoltre, con specifico riguardo al giudizio *in absentia* (art. 4-bis decisione quadro m.a.e.), L. BACHMAIER, *Fundamental Rights and Effectiveness in the European ASFJ. The Continuous and Never Easy Challenge of Striking the Right Balance*, in *Eucrim*, 2018, p. 58 ss.

²² Corte giust., 25 luglio 2018, *ML*, C-220/18 PPU, su cui v. H. LABAYLE, *Winter is coming: la Hongrie, la Pologne, l'Union européenne et les valeurs de l'Etat de droit*, in *www.gdr-elsj.eu*, 26 settembre 2018; G. TAUPIAC-NOUVEL, *Derniers développements concernant le mandat d'arrêt européen: la Cour de justice au secours de la construction répressive européenne*, in *www.gdr-elsj.eu*, 28 ottobre 2018. Il caso riguardava le condizioni di detenzione nelle carceri ungheresi in rapporto alle riforme attuate in tale Stato membro nel 2016, con le quali, tra l'altro, si è previsto un mezzo di ricorso che consente ai detenuti di contestare la legittimità delle condizioni della propria detenzione. La Corte ha affermato che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione non può escludere l'esistenza di un rischio reale che la persona sia sottoposta a un trattamento inumano o degradante per il solo motivo che tale persona disponga nello Stato membro emittente il m.a.e. di un mezzo di ricorso che le consenta di contestare le sue condizioni di detenzione, in quanto il mezzo di ricorso suddetto, pur configurando un «ricorso giurisdizionale effettivo» ai sensi dell'art. 47 § 1 Carta, non è, di per sé, idoneo a eliminare il rischio che la persona destinataria del m.a.e. sia sottoposta, in seguito alla sua consegna, a un trattamento contrario all'art. 4 Carta dovuto alle sue condizioni di detenzione. I giudici di Lussemburgo hanno poi chiarito che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione è tenuta unicamente a esaminare le condizioni degli istituti nei quali, sulla base delle informazioni a sua disposizione, è probabile che la persona oggetto del m.a.e. sarà detenuta, anche in via temporanea o transitoria, verificando solo le condizioni di detenzione concrete e precise della persona interessata che siano rilevanti al fine di stabilire se essa correrà un rischio reale di trattamento inumano o degradante, e impiegando al proposito i parametri elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in particolar modo quello dello spazio personale riservato alla singola persona in una cella collettiva, che, se inferiore a 3 m², fa sorgere una forte presunzione circa la violazione dell'art. 3 c.e.d.u., superabile soltanto nelle situazioni identificate dalla stessa Corte europea (C. eur. [Grande Camera], 20 ottobre 2016, *Muršić c. Croazia*). Infine, ad opinione della Corte di giustizia, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione può considerare talune informazioni fornite da autorità dello Stato membro emittente diverse dall'autorità giudiziaria che ha emesso il m.a.e. (nella specie, il Ministero della giustizia ungherese), come, in particolare, la garanzia che la persona interessata non sarà sottoposta a un trattamento inumano o degradante: peraltro, il contenuto di una tale garanzia, che non proviene da un'autorità giudiziaria dello Stato membro emittente, deve essere determinato procedendo a una valutazione globale dell'insieme degli elementi a disposizione dell'autorità giudiziaria dell'esecuzione, come quelli richiesti a norma dell'art. 15 § 2 decisione quadro m.a.e. all'autorità giudiziaria emittente o trasmessi da quest'ultima ai sensi dell'art. 15 § 3.

²³ Corte giust., 25 luglio 2018 (Grande Sezione), *Minister for Justice and Equality v. LM*, C-216/18 PPU. Al riguardo v. P. BÁRD, W. VAN BALLEGOIJ, *Judicial independence as a precondition for mutual trust? The CJEU in Minister for Justice and Equality v. LM*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2018, vol. 9, issue 3, p. 353 ss.; H. LABAYLE, *Winter is coming: la Hongrie, la Pologne*, cit.; M. POELEMANS, *Etat de droit et mandat d'arrêt*

di diritto a un equo processo, dove la Corte (interpretando allo scopo l'art. 1 § 3 decisione quadro m.a.e.) ha applicato per analogia il percorso tracciato nella cause riunite *Aranyosi e Căldăraru*. Ha infatti individuato una prima fase, in cui l'autorità giudiziaria dell'esecuzione «deve valutare, in base a elementi oggettivi, attendibili, precisi e debitamente aggiornati riguardanti il funzionamento del sistema giudiziario nello Stato membro emittente, l'esistenza di un rischio reale di violazione del diritto fondamentale a un equo processo, connesso a una mancanza di indipendenza dei giudici di detto Stato membro, a causa di carenze sistemiche o generalizzate»²⁴, tenendo conto che il livello di tutela dell'indipendenza del giudice (art. 47 § 2 Carta) va preso in esame sotto due aspetti, quello esterno e quello interno, ricollegato alla nozione di imparzialità²⁵. Se l'esistenza del suddetto rischio è accertata, si passa alla seconda fase nella quale l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve «valutare, in modo concreto e preciso, se, nelle circostanze del caso di specie, esistano motivi seri e comprovati per ritenere che, in seguito alla sua consegna», il ricercato corra tale rischio, chiedendo altresì all'autorità giudiziaria emittente le informazioni complementari necessarie, ai sensi dell'art. 15 § 2 decisione quadro m.a.e., considerato che tale autorità potrebbe fornire elementi oggettivi, «in merito alle eventuali modifiche riguardanti le condizioni di tutela» della garanzia di indipendenza dei giudici, che siano idonei «ad escludere l'esistenza di tale rischio per la persona interessata»²⁶. Se l'autorità giudiziaria dell'esecuzione, in seguito

européen: quel rôle pour la Cour de Justice?, in *www.gdr-elsj.eu*, 26 octobre 2018; A. ROSANO, *Crisi dello Stato di diritto nell'Unione europea e occasioni perdute. La sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea sulle carenze del sistema giudiziario*, in *www.eurojus.it*, 6 settembre 2018; G. TAUPIAC-NOUVEL, *Derniers développements*, cit. Nel caso concreto l'autorità giudiziaria dell'esecuzione disponeva di elementi, contenuti nella proposta motivata della Commissione, del 20 dicembre 2017, presentata a norma dell'art. 7 § 1 t.u.e. sullo Stato di diritto in Polonia (COM[2017] 835 final: v. S. CASSESE, *Il coraggio che serve all'Europa – The courage that Europe Needs*, in *Eucrim*, 2018, p. 72), idonei a dimostrare l'esistenza di un rischio reale di violazione del diritto fondamentale a un processo equo garantito dall'art. 47 § 2 Carta, a causa di carenze sistemiche o generalizzate riguardanti l'indipendenza del potere giudiziario dello Stato membro emittente. Il giudice del rinvio chiedeva, in sostanza, se si dovesse applicare interamente il *two-step test* delineato dalla Corte in *Aranyosi e Căldăraru*: la Corte di giustizia ha risposto in senso affermativo (per le ragioni v. punti 69-73), precisando che «soltanto in presenza di una decisione del Consiglio europeo che constati, alle condizioni di cui all'articolo 7, paragrafo 2, TUE, una violazione grave e persistente nello Stato membro emittente dei principi sanciti all'articolo 2 TUE, come quelli inerenti allo Stato di diritto, seguita dalla sospensione da parte del Consiglio dell'applicazione della decisione quadro 2002/584 nei confronti di tale Stato membro, l'autorità giudiziaria dell'esecuzione sarebbe tenuta a rifiutare automaticamente l'esecuzione di ogni mandato d'arresto europeo emesso da detto Stato membro, senza dover svolgere alcuna valutazione concreta del rischio reale, corso dall'interessato, di lesione del contenuto essenziale del suo diritto fondamentale a un equo processo» (punto 72).

²⁴ Corte giust., 25 luglio 2018 (Grande Sezione), *Minister for Justice and Equality v. LM*, cit., punto 61 (ove si precisa che, ai fini di tale valutazione, le informazioni contenute nella proposta motivata della Commissione «costituiscono elementi di particolare rilevanza»), nonché punto 74.

²⁵ Corte giust., 25 luglio 2018 (Grande Sezione), *Minister for Justice and Equality v. LM*, cit.: v., per l'aspetto esterno, punti 63 e 64 e, per quello interno, punto 65. In ordine ad alcuni corollari delle garanzie di indipendenza e di imparzialità v. punti 66 e 67.

²⁶ Corte giust., 25 luglio 2018 (Grande Sezione), *Minister for Justice and Equality v. LM*, cit., punto 68, nonché punti 76 e 77. L'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve tenere conto anche della situazione personale dell'interessato, della natura del reato per cui egli è perseguito e delle circostanze di fatto poste alla base del

alle informazioni ricevute, non può escludere l'esistenza di un rischio reale che la persona interessata «subisca una violazione del suo diritto fondamentale a un giudice indipendente e, quindi, del contenuto essenziale del suo diritto fondamentale a un equo processo», «deve astenersi dal dare seguito» al m.a.e.²⁷.

A questo proposito, va sin da ora sottolineato che mentre in *Aranyosi e Căldăraru* è stata riconosciuta la tutela del diritto fondamentale protetto dall'art. 4 Carta, di carattere assoluto in quanto strettamente connesso al rispetto della dignità umana ai sensi dell'art. 1 della medesima²⁸, in *Minister for Justice and Equality v. LM* tale tutela è stata estesa a un diritto fondamentale di tipo non assoluto, arrivando così la Corte a superare l'assunto – ipotizzato all'epoca di *Aranyosi e Căldăraru* – di una gerarchia²⁹ posta all'interno del *corpus* di tali diritti.

Ed è in questo quadro d'insieme, pertanto, che va esaminata la pronuncia nel caso *Piotrowski*, del 23 gennaio 2018³⁰ (collocata dunque temporalmente tra le due decisioni da ultimo citate), al fine di porne in evidenza i profili critici.

2. Il motivo di non esecuzione obbligatoria previsto dall'art. 3 n. 3 decisione quadro m.a.e. all'esame della Corte di giustizia nel caso *Piotrowski*: a) la fattispecie concreta e le questioni pregiudiziali.

È la prima volta che il motivo di non esecuzione obbligatoria previsto dall'art. 3 n. 3 decisione quadro m.a.e. (secondo cui l'autorità giudiziaria dell'esecuzione rifiuta di eseguire il m.a.e. se la persona «non può ancora essere considerata, a causa dell'età, penalmente responsabile dei fatti all'origine del mandato d'arresto europeo in base alla legge dello Stato membro di esecuzione»), giunge davanti alla Corte di giustizia, la quale

m.a.e. (punto 75).

²⁷ Corte giust., 25 luglio 2018 (Grande Sezione), *Minister for Justice and Equality v. LM*, cit., punto 78.

²⁸ Affrontando la previsione dell'art. 4 Carta («Nessuno può essere sottoposto a tortura, né a pene o trattamenti inumani o degradanti»), la Corte ha ricordato che il suo rispetto si impone, come emerge dall'art. 51 § 1 della medesima, «agli Stati membri e, di conseguenza, ai loro organi giurisdizionali nell'attuazione del diritto dell'Unione, il che avviene quando l'autorità giudiziaria emittente e l'autorità giudiziaria di esecuzione applicano le disposizioni nazionali adottate in esecuzione della decisione quadro» sul m.a.e. Il divieto di pene o trattamenti inumani o degradanti riveste «carattere assoluto» per la sua stretta connessione al rispetto della dignità umana, la cui inviolabilità è stabilita dall'art. 1 Carta; il carattere di assolutezza è confermato dall'art. 3 c.e.d.u., al quale l'art. 4 Carta corrisponde. In conclusione, gli artt. 1 e 4 Carta e l'art. 3 c.e.d.u. «sanciscono uno dei valori fondamentali dell'Unione e dei suoi Stati membri», tanto che «in ogni circostanza, anche in caso di lotta al terrorismo e al crimine organizzato», la convenzione europea «vieta in termini assoluti la tortura e le pene e i trattamenti inumani o degradanti, qualunque sia il comportamento dell'interessato» (Corte giust. [Grande Sezione], 5 aprile 2016, *Aranyosi e Căldăraru*, cit., punti 84-87): in argomento v. M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali*, cit., p. 201.

²⁹ Su questo profilo, anche per le opportune indicazioni bibliografiche, v. M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali*, cit., p. 203 s.

³⁰ Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, C-367/16. Per un primo commento v. A. GUSMITTA, *Mandato d'arresto europeo e rifiuto alla consegna del minore: dalla Corte di giustizia nuove 'ombre' sulla normativa di attuazione?*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, p. 993 ss.; E. LOFREDI, *L'arrêt David Piotrowski de la Cour de justice: confiance mutuelle 1 – spécificité du droit pénal des mineurs 0*, in *www.gdr-elsj.eu*, 3 mai 2018.

si era però occupata in precedenza di altri motivi di rifiuto sia obbligatori sia facoltativi³¹. La circostanza assume più pregnante significato in rapporto alla direttiva (UE) 2016/800, dell'11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali³², il cui art. 17 riconosce, *mutatis mutandis*, determinati diritti previsti dalla direttiva medesima a «un minore ricercato dal momento in cui è arrestato in forza di un procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo nello Stato membro di esecuzione»³³: e in effetti, come vedremo, questo *trait d'union* è posto in luce nel caso *Piotrowski* tanto nelle conclusioni dell'avvocato generale quanto nella pronuncia della Corte.

³¹ Per un quadro d'insieme v. M. BARGIS, *Libertà personale e consegna*, in R.E. Kostoris (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, III ed., cit., p. 352-354; EAD., *Personal Freedom and Surrender*, in R.E. Kostoris (ed.), *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, 2018, p. 319-321. Di recente la Corte (Corte giust., 25 luglio 2018, AY, C-268/17) è tornata a esprimersi sulla nozione di «sentenza definitiva» ai sensi dell'art. 3 n. 2 decisione quadro: muovendo dalla premessa che, secondo la propria giurisprudenza, una persona ricercata si considera «oggetto di una sentenza definitiva per gli stessi fatti» quando, «in esito a un procedimento penale, l'azione penale si sia definitivamente estinta o, ancora, qualora le autorità giudiziarie di uno Stato membro abbiano emanato una decisione di definitivo proscioglimento dell'imputato per i fatti contestatigli» (punto 42), e osservato come il principio del *ne bis in idem* non si estenda, invece, «alle persone che sono state esclusivamente sentite nell'ambito di indagini preliminari, come i testimoni» (punto 44), la Corte ha concluso che l'art. 3 n. 2 decisione quadro m.a.e. (ma la stessa conclusione vale per i motivi di non esecuzione facoltativa previsti dall'art. 4 n. 3: v. punti 47-63) deve essere interpretato nel senso che una decisione del pubblico ministero (nel caso di specie, quella dell'ufficio centrale delle indagini preliminari ungherese) che «ha posto fine a indagini preliminari avviate contro ignoti», nel corso delle quali la persona destinataria del m.a.e. «è stata sentita soltanto in veste di testimone, senza che sia stata esercitata l'azione penale contro tale persona e senza che detta decisione sia stata adottata nei suoi confronti, non può essere invocata per rifiutare l'esecuzione» del mandato (punto 63).

³² Sulla direttiva v. S. CRAS, *The Directive on Procedural Safeguards for Children who are Suspects Or Accused Persons in Criminal Proceedings. Genesis and Descriptive Comments Relating to Selected Articles*, in *Eucrim*, 2016, p. 109 ss.; S. MONICI, *L'UE continua la ricerca dell'"equità" nei processi penali: introdotte regole comuni per il processo penale minorile*, in *www.eurojus.it*, 23 maggio 2016; S.E. RAP, D. ZLOTNIK, *The Right to Legal and Other Appropriate Assistance for Child Suspects and Accused*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2018, vol. 26, issue 2, p. 110 ss.; v. pure A. BALSAMO, *Il contenuto dei diritti fondamentali*, in R.E. KOSTORIS (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, III ed., cit., p. 175 ss. Gli Stati membri devono implementare la direttiva entro l'11 giugno 2019 (Regno Unito, Irlanda e Danimarca non hanno partecipato all'adozione della direttiva e non sono da essa vincolati).

³³ Si tratta dei diritti di cui agli artt. 4, 5, 6 e 8, agli artt. da 10 a 15 e all'art. 18 della direttiva: il minore arrestato sulla base del m.a.e. ha quindi il diritto di essere informato e all'informazione dell'esercente la responsabilità genitoriale, o, in casi determinati, di un altro adulto idoneo, nominato dal minore e approvato dall'autorità competente, oppure di una persona designata da tale autorità, tenendo conto del superiore interesse del minore (artt. 4 e 5); il diritto di essere accompagnato da una di queste figure durante il procedimento (art. 15); il diritto all'assistenza di un difensore, se del caso a spese dello Stato (artt. 6 e 18); il diritto all'esame medico (art. 8); vari diritti in tema di libertà personale (concernenti i limiti alla privazione della libertà, il ricorso, ogni volta che sia possibile, a misure alternative alla detenzione, il trattamento specifico, rispetto agli adulti, in caso di privazione della libertà: artt. 10-12); il diritto a vedersi garantita una trattazione tempestiva e diligente delle cause (art. 13); il diritto alla protezione della vita privata (art. 14). L'art. 19 della direttiva prevede poi che il minore ricercato, al pari di quello indagato o imputato in un procedimento penale, disponga di mezzi di ricorso effettivi ai sensi del diritto nazionale, in caso di violazione dei suoi diritti nel quadro della direttiva stessa.

Nella fattispecie concreta, il 17 luglio 2014 il tribunale regionale di Bialystok (Polonia) aveva emesso un m.a.e. nei confronti del signor Piotrowski, cittadino polacco (nato l'11 agosto 1993 a Lapy, Polonia), allo scopo di ottenere la sua consegna per l'esecuzione delle pene inflitte con due sentenze pronunciate dallo stesso tribunale: la prima (15 settembre 2011) aveva condannato l'interessato a una pena detentiva di sei mesi per il furto di una bicicletta, la seconda (10 settembre 2012) lo aveva condannato a una pena detentiva di due anni e sei mesi per aver fornito false informazioni riguardanti un attentato grave.

Con ordinanza del 6 giugno 2016, il giudice istruttore del tribunale di primo grado di Bruxelles di lingua neerlandese arrestava il signor Piotrowski, in vista della sua consegna per l'esecuzione della sentenza emessa il 10 settembre 2012, ritenendo che, invece, non potesse venire eseguito il m.a.e. in ordine alla sentenza pronunciata il 15 settembre 2011, dato che l'interessato aveva diciassette anni all'epoca della commissione del reato e, nel caso di specie, non risultavano integrate le condizioni previste dalla legislazione belga per perseguire penalmente un minore che ha raggiunto l'età di sedici anni all'epoca dei fatti³⁴.

Avverso tale ordinanza, nella parte concernente il parziale rifiuto di eseguire il m.a.e., il procuratore del Re proponeva appello davanti alla Corte di appello di Bruxelles, sostenendo che, a norma della legge sulla tutela dei minori, sebbene l'età della responsabilità penale sia fissata a diciotto anni, un minore di età superiore ai sedici anni può comunque venire considerato penalmente responsabile se ha commesso reati collegati a infrazioni del codice della strada o se il tribunale dei minori declina la propria competenza nei casi previsti e alle condizioni stabilite dalla medesima legge³⁵. Secondo il procuratore del Re, per il rifiuto di eseguire il m.a.e. stabilito dall'art. 4 § 3 della legge belga sul mandato di arresto europeo³⁶ sarebbe sufficiente effettuare una valutazione in astratto del criterio dell'età a partire dalla quale il minore può essere considerato penalmente responsabile, e non sarebbe dunque necessaria una valutazione in concreto delle condizioni supplementari richieste dal diritto belga per esercitare eventuali azioni penali nei suoi confronti.

Anche la Corte di appello di Bruxelles si mostrava d'accordo con il procuratore del Re, rilevando che, a parte i casi di reati connessi a infrazioni al codice della strada, nel diritto belga la responsabilità di un minore che abbia compiuto i sedici anni può sussistere solo quando il tribunale per i minorenni «declina la propria competenza nei suoi confronti e rinvia la causa al pubblico ministero ai fini dell'esercizio dell'azione penale o dinanzi ad una sezione speciale di tale tribunale, o dinanzi ad una corte d'assise,

³⁴ Sulle disposizioni della legge belga relativa alla tutela dei minori, alla presa in carico dei minori che hanno commesso un fatto qualificato come reato e al risarcimento dei danni causati da tale fatto, dell'8 aprile 1965, v. Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punti 11 e 12.

³⁵ Per la relativa descrizione v. Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punto 12.

³⁶ Secondo cui l'esecuzione del m.a.e. «viene rifiutata nei seguenti casi: (...) se la persona oggetto del mandato d'arresto europeo, a causa dell'età, non può ancora essere considerata penalmente responsabile dei fatti all'origine del mandato d'arresto europeo in base alle norme del Belgio». Come si può constatare, la normativa di attuazione belga si è limitata a trasporre il motivo di rifiuto obbligatorio stabilito dall'art. 3 n. 3 decisione quadro m.a.e.

a seconda del reato commesso»³⁷. A venire in gioco è l'art. 57-*bis* della legge belga sulla tutela dei minori, che, al § 1, oltre a fissare le condizioni tassative in presenza delle quali il tribunale per i minorenni può declinare la sua competenza, prevede che la declaratoria d'incompetenza verta «sulla personalità dell'interessato e degli appartenenti al suo ambiente, nonché sul suo grado di maturità»³⁸, con la conseguenza che, ai sensi del § 2, in linea di principio³⁹, il tribunale può declinare la propria competenza soltanto dopo aver fatto svolgere un'indagine sociale e un esame medico-psicologico della persona.

Premesso il contesto legislativo, la Corte di appello di Bruxelles rilevava peraltro che la giurisprudenza della corte di cassazione non si mostra univoca nell'interpretare il motivo di rifiuto dell'esecuzione contemplato dall'art. 4 § 3 della legge belga sul m.a.e.: infatti, da un lato, si è deciso che, non essendo la declaratoria d'incompetenza applicabile a una persona ricercata dalle autorità di un altro Stato membro dell'Unione, la consegna di un minore in esecuzione di un m.a.e. «richiede una valutazione in concreto delle condizioni per perseguire o condannare tale persona in Belgio, quale Stato membro di esecuzione»; dall'altro, con una decisione successiva, assunta in seduta plenaria, la corte di cassazione ha ritenuto che il principio di riconoscimento reciproco impedisca al giudice dello Stato membro di esecuzione di subordinare ad una declinatoria di competenza specifica la consegna di un minore oggetto di un m.a.e. e che «tale giudice debba limitarsi, ai fini dell'eventuale consegna, a effettuare una semplice valutazione in astratto del criterio dell'età della responsabilità penale del minore»⁴⁰.

Alla luce di questi disorientamenti giurisprudenziali, la Corte di appello di Bruxelles sottoponeva alla Corte di giustizia tre questioni pregiudiziali concernenti l'art. 3 n. 3 decisione quadro m.a.e. Con la prima questione, il giudice del rinvio chiedeva se quest'ultimo articolo debba essere interpretato «nel senso che si può autorizzare la consegna soltanto nel caso di persone che sono considerate maggiorenni secondo il diritto dello Stato membro di esecuzione», o se tale disposizione «consenta allo Stato membro di esecuzione di autorizzare la consegna anche per minorenni che secondo le norme di diritto nazionale possono essere considerati penalmente responsabili a partire da una determinata età (ed eventualmente al ricorrere di talune condizioni)».

Con la seconda questione, muovendo dall'ipotesi che l'art. 3 n. 3 decisione quadro m.a.e. non vieti la consegna di minorenni, il giudice del rinvio chiedeva se tale articolo debba essere interpretato: *a*) nel senso che l'esistenza di una possibilità teorica di poter punire i minorenni conformemente al diritto nazionale a partire da una età determinata è sufficiente per autorizzare la consegna (effettuando cioè «una valutazione *in abstracto* sulla base del criterio dell'età a partire dalla quale un soggetto può essere considerato penalmente responsabile, senza tenere conto di eventuali condizioni supplementari)», oppure *b*) nel senso che né il principio del riconoscimento reciproco

³⁷ Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punto 21.

³⁸ Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punto 12.

³⁹ Sono infatti previste talune eccezioni (v. ancora Corte giust. [Grande Sezione], 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punto 12), in presenza delle quali il tribunale per i minorenni può declinare la sua competenza senza avere condotto un'indagine sociale e/o senza disporre della relazione relativa all'esame medico-psicologico.

⁴⁰ Cfr. Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punto 24.

(art. 1 § 2 decisione quadro m.a.e.) né la lettera dell'art. 3 n. 3 ostano a che lo Stato membro di esecuzione effettui, «caso per caso, una valutazione in concreto», nella quale si può esigere che, con riguardo alla persona richiesta in consegna, ricorrano «le medesime condizioni per la responsabilità penale vigenti per i cittadini dello Stato membro di esecuzione, in considerazione della loro età al momento dei fatti, della natura del reato addebitato ed eventualmente anche dei precedenti interventi giudiziari nello Stato membro emittente, che hanno determinato una misura di natura correzionale, anche se siffatte condizioni non sono previste nello Stato membro emittente».

Infine, con la terza questione, il giudice del rinvio chiedeva se, qualora per lo Stato membro di esecuzione sia possibile effettuare una valutazione in concreto, non possa essere operata, ad evitare impunità, «una distinzione tra una consegna al fine di esercitare l'azione penale o una consegna al fine di eseguire una condanna».

3. Segue: b) le conclusioni dell'avvocato generale.

Nelle sue conclusioni, presentate il 6 settembre 2017, l'avvocato generale Yves Bot, nel proporre la risoluzione delle questioni pregiudiziali appena illustrate, sosteneva che l'art. 3 n. 3 decisione quadro m.a.e., letto alla luce dell'art. 24 § 2 Carta («In tutti gli atti relativi ai minori, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente»), va interpretato nel senso che il motivo di non esecuzione obbligatoria del m.a.e. «previsto da tale disposizione non si applica per il solo fatto che l'autore del reato nei confronti del quale è stato emesso tale mandato è un minore». Di conseguenza, lo Stato membro di esecuzione potrà rifiutare la consegna di un minore «quando a quest'ultimo, tenuto conto della sua età al momento della commissione del reato, non può essere applicata alcuna pena ai sensi del diritto di tale Stato» e, viceversa, dovrà procedere alla sua consegna qualora, «tenuto conto dell'età al momento della commissione del reato, la pena inflitta nello Stato membro di emissione corrisponda, nella sua natura e nella sua entità, ad una pena che avrebbe potuto essere inflitta o pronunciata anche nello Stato membro di esecuzione». Infine, secondo l'avvocato generale, nel caso di rifiuto di consegna del minore lo Stato membro di esecuzione «deve adempiere, nei confronti di tale minore, gli obblighi di presa in carico nell'ambito dell'assistenza educativa alla quale esso è tenuto»⁴¹.

Appare proficuo ripercorrere brevemente il ragionamento dell'avvocato generale, perché, come vedremo⁴², la Corte di giustizia, pur accogliendone in sostanza le conclusioni e spesso richiamandole, non ha recepito una sua importante sollecitazione.

Innanzitutto, a parere dell'avvocato generale è indubbio che il motivo di non esecuzione obbligatoria previsto dall'art. 3 n. 3 decisione quadro m.a.e. non si applica per il solo fatto che l'autore del reato nei cui confronti è stato emesso il mandato è un

⁴¹ Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, presentate il 6 settembre 2017, punto 64.

⁴² V. *infra*, § 4.

minore: dai lavori preparatori della medesima decisione quadro⁴³ emerge, del resto, che il legislatore dell'Unione ha inteso riferirsi qui «non alle persone che non hanno ancora raggiunto la maggiore età penale, bensì ai minori che non possono essere ritenuti penalmente responsabili secondo il diritto dello Stato membro di esecuzione»⁴⁴.

Fissata senza difficoltà questa premessa, l'avvocato generale passava a esaminare il profilo più delicato, cioè se la nozione di «penalmente responsabile» che compare nell'art. 3 n. 3 decisione quadro m.a.e. autorizzi lo Stato membro di esecuzione, in vista della consegna del minore allo Stato membro emittente, «a procedere ad un esame della situazione di tale minore al fine di determinare se siano soddisfatte tutte le condizioni richieste dal suo diritto nazionale affinché egli sia ritenuto penalmente responsabile»⁴⁵. Per arrivare alla soluzione negativa, l'avvocato generale tratteggiava un *excursus* del diritto penale minorile⁴⁶ e si soffermava, in specie, sul fondamentale principio del *favor* educativo, richiamando allo scopo sia gli strumenti internazionali ai quali gli Stati membri hanno cooperato o aderito⁴⁷, sia, a livello dell'Unione, il Programma UE per i diritti dei minori⁴⁸ e la già ricordata direttiva (UE) 2016/800, dell'11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali, sia, a livello della Grande Europa, la relazione «Una giustizia penale minorile a misura di minore: dalla retorica alla realtà»⁴⁹.

Nel discorso dell'avvocato generale, la peculiarità per cui nel diritto penale minorile le esigenze educative devono prevalere rispetto alla pena «inerisce alla nozione di diritti fondamentali»⁵⁰ ed è affermata dall'art. 24 § 2 Carta: l'«interesse superiore del

⁴³ *Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot*, cit., punto 29, dove si richiama l'emendamento presentato dal Parlamento europeo.

⁴⁴ *Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot*, cit., punto 32.

⁴⁵ *Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot*, cit., punto 34.

⁴⁶ *Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot*, cit., punti 36-42.

⁴⁷ Il riferimento è alla *Convenzione internazionale sui diritti dell'infanzia (CRC)*, adottata a New York il 20 novembre 1989 dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite, con la risoluzione 44/25 (su tale Convenzione si basa l'art. 24 Carta: cfr. *Spiegazione relativa all'articolo 24 – Diritti del minore*, in B. Nascimbene, *Unione europea. Trattati*, Giappichelli, 2010, p. 387 s.), e alle *Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile* (c.d. *Regole di Pechino*), adottate dalla medesima Assemblea il 29 novembre 1985, con la risoluzione 40/33. Sullo scenario internazionale ed europeo v. S. BUZZELLI, *La disciplina sovranazionale*, in M. Bargis (a cura di), *Procedura penale minorile*, II ed., Giappichelli, 2017, p. 1 ss.

⁴⁸ Cfr. COM(2011) 60 def., del 15 febbraio 2011, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni. Programma UE per i diritti dei minori* (v., in specie, p. 4 s. e 7 s.).

⁴⁹ *Assemblea parlamentare del Consiglio di Europa (APCE)*, *Risoluzione 2010(2014)*, *Una giustizia penale minorile a misura di minore: dalla retorica alla realtà*. Cfr. *Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot*, cit., punto 45. Sempre a livello di Consiglio di Europa v. anche *Linee guida del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa per una giustizia a misura di minore*, adottate il 17 novembre 2010, e *La strategia del Consiglio d'Europa sui diritti dei minori (2016-2021)*, marzo 2016.

⁵⁰ *Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot*, cit., punto 47. Dato che la personalità del minore è in corso di formazione, la considerazione del suo interesse superiore, «che coincide d'altronde con quello dell'intera società, giustifica l'adozione di misure particolari per quanto riguarda sia i procedimenti di indagine e istruttori, sia la fase del giudizio, nonché la diversificazione della gamma di risposte applicabili, al punto che è possibile applicare una misura educativa a titolo di sanzione penale qualora la legge lo consenta» (punto 48).

minore» ivi menzionato coincide, da questo angolo visuale, con la personalizzazione della pena, che gli Stati membri dell'Unione perseguono «mediante due approcci complementari», diversificando, da un lato, le pene che il giudice può irrogare e consentendo, dall'altro, «la pronuncia di quelle pene che si avvicinano alle pene classiche della detenzione e dell'ammenda soltanto a partire da determinate soglie di età»⁵¹. In questo modo, «il riferimento all'età diviene coerente per tutti gli Stati membri»: da un canto, ogni Stato membro rimane libero di «scegliere il modo in cui intende determinare la responsabilità penale dei minori», ma è obbligato «a riconoscere quello adottato dagli altri Stati membri»; dall'altro, il «riferimento alla pena prevista o inflitta» offre «un criterio oggettivo di corrispondenza che determinerà l'accettazione o il rifiuto della consegna»⁵².

Tirando le somme della propria analisi, l'avvocato generale concludeva agevolmente che il riferimento all'età contenuto nell'art. 3 n. 3 decisione quadro m.a.e. «riguarda l'età alla quale una pena può essere applicata ad un autore minorenne», mentre il principio del reciproco riconoscimento, sul quale si fonda la decisione quadro m.a.e., «obbliga lo Stato membro di esecuzione ad accettare l'analisi dello Stato membro emittente per quanto riguarda la colpevolezza, eventuale in caso di azione penale o accertata in caso di condanna pronunciata nello Stato membro emittente»⁵³. La questione essenziale è però un'altra, cioè se, a causa della sua età, al minore possa essere applicata una pena: in caso di risposta negativa, scatta il «motivo automatico di rifiuto della consegna», previsto dall'art. 3 n. 3 decisione quadro m.a.e., assicurando così, nel quadro dei diritti fondamentali ai sensi dell'art. 24 § 2 Carta, «il rispetto assoluto, da parte di tutti gli Stati membri, di una delle concezioni fondamentali del diritto minorile»⁵⁴.

A chiusura, l'avvocato generale aggiungeva che, nel caso di rifiuto della consegna, sorge per lo Stato membro di esecuzione, sempre nel solco dell'«interesse superiore» del minore, l'obbligo di occuparsene sul fronte dell'assistenza educativa⁵⁵: risultando il rifiuto «motivato dal fatto che il minore è troppo giovane per subire una pena, quand'anche consistente in una misura educativa, nello Stato membro di esecuzione»⁵⁶, l'obbligo di presa in carico, a tutela dei suoi diritti fondamentali, diviene imprescindibile.

⁵¹ Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, cit., punto 52.

⁵² Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, cit., punto 54.

⁵³ Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, cit., punti 55 e 56. Non si può ammettere che alcuni Stati membri, nel cui diritto nazionale viene adottata «una tecnica di valutazione caso per caso della responsabilità penale dei minori», possano effettuare la stessa analisi anche in qualità di Stati membri dell'esecuzione: in tal modo, infatti, si finirebbe con il «ripristinare un sistema di estradizione esigente, in base al quale lo Stato membro di esecuzione dovrebbe farsi trasmettere l'intero fascicolo concernente il procedimento penale o la condanna e verificarne la corrispondenza, in tutti i suoi elementi, a quelli della propria procedura nazionale» (punto 55).

⁵⁴ Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, cit., punto 57.

⁵⁵ Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, cit., punto 58.

⁵⁶ Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, cit., punto 59.

4. Segue: c) la soluzione adottata dai giudici di Lussemburgo tra conferme e delusioni, in rapporto al preminente «interesse superiore» del minore (art. 24 § 2 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea).

La prima questione pregiudiziale viene parzialmente riformulata dalla Corte di giustizia: il giudice del rinvio chiedeva, in sostanza, se l'art. 3 n. 3 decisione quadro m.a.e. dovesse venire interpretato nel senso che «l'autorità giudiziaria dell'esecuzione deve rifiutare la consegna di chiunque sia oggetto di un mandato d'arresto europeo e sia considerato minore ai sensi del diritto dello Stato membro di esecuzione» oppure nel senso che «essa deve rifiutare solo la consegna dei minori che, secondo tale diritto, non hanno raggiunto l'età richiesta per essere considerati penalmente responsabili dei fatti all'origine del mandato emesso nei loro confronti»⁵⁷.

Fondandosi sulla formulazione letterale dell'art. 3 n. 3 decisione quadro m.a.e., la Corte ha concluso che la disposizione non concerne i minori in generale, ma soltanto coloro che non hanno raggiunto l'età richiesta, in base al diritto dello Stato membro di esecuzione, per essere considerati penalmente responsabili dei fatti all'origine del m.a.e. che li riguarda: in altre parole, il legislatore europeo non ha inteso escludere dalla consegna tutti i minori, ma ha riconosciuto allo Stato membro di esecuzione, «in assenza di armonizzazione in materia, la competenza a determinare l'età minima a partire dalla quale una persona soddisfa le condizioni per essere considerata penalmente responsabile di tali fatti»⁵⁸.

Ricollegandosi sul punto alle conclusioni dell'avvocato generale⁵⁹, i giudici di Lussemburgo hanno ribadito che l'interpretazione è suffragata dai lavori preparatori della decisione quadro m.a.e.⁶⁰. Hanno poi aggiunto come una conferma derivi dal contesto normativo in cui l'atto europeo si inserisce, richiamando a quest'ultimo proposito la direttiva (UE) 2016/800, che intende promuovere il rispetto dei diritti fondamentali dei minori riconosciuti dalla c.e.d.u. e dalla Carta. Le disposizioni della direttiva attinenti alle persone ricercate sulla base di un euro-mandato dimostrano, infatti, che il diritto dell'Unione e, in particolare, la decisione quadro m.a.e. «non vietano, in linea di principio, alle autorità giudiziarie dell'esecuzione di procedere alla consegna di minori che abbiano raggiunto l'età della responsabilità penale nello Stato membro di esecuzione»; peraltro, la medesima direttiva obbliga tali autorità al «rispetto di determinati diritti procedurali specifici, garantiti nell'ambito dei procedimenti penali nazionali», al fine di assicurare, come enunciato dal suo considerando n. 8, che «l'interesse superiore dei minori» destinatari di un m.a.e. «sia sempre considerato preminente», a norma dell'art. 24 § 2 Carta⁶¹.

⁵⁷ Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punto 27.

⁵⁸ Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punto 30.

⁵⁹ Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punto 31, ove si richiama il punto 32 delle conclusioni (v. *supra*, § 3 e nota 44).

⁶⁰ Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punti 32-34. Il punto 32 rimanda al punto 29 delle conclusioni dell'avvocato generale (v. *supra*, § 3 e nota 43).

⁶¹ Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punto 37 (cui si riferisce anche la precedente citazione). L'art. 2 § 5 direttiva (UE) 2016/800 stabilisce che la direttiva «non incide sulle norme nazionali

Passando alla seconda questione pregiudiziale, tenevano il campo due possibili interpretazioni dell'art. 3 n. 3 decisione quadro m.a.e.: *a)* per decidere sulla consegna di un minore oggetto di un m.a.e. l'autorità giudiziaria dell'esecuzione «deve soltanto verificare se l'interessato abbia raggiunto l'età minima per essere considerato penalmente responsabile, nello Stato membro di esecuzione, dei fatti all'origine» del mandato, oppure *b)* tale autorità «può anche esaminare se nel caso di specie siano soddisfatte le condizioni supplementari relative a una valutazione personalizzata, alle quali il diritto di tale Stato membro subordina in concreto l'esercizio dell'azione penale o la condanna nei confronti di un minore»⁶².

La Corte di giustizia ha accolto la prima interpretazione, sulla scorta tanto della lettera dell'art. 3 n. 3 decisione quadro m.a.e. quanto del contesto e dell'economia generale in cui si innesta la disposizione e degli scopi perseguiti dalla normativa nella quale è ricompresa.

Certamente il dato letterale appare univoco: nel disposto manca, infatti, qualsiasi riferimento esplicito alla possibilità, per le autorità giudiziarie dell'esecuzione, di tenere conto delle condizioni supplementari relative a una valutazione personalizzata del minore al fine di negare la consegna. Del resto, ha sottolineato la Corte, spetta «all'autorità giudiziaria emittente applicare le norme specifiche relative alla repressione penale dei reati commessi da minori nel proprio Stato membro»⁶³.

Quanto al contesto e all'economia generale, utilizzati anche dall'avvocato generale nelle sue conclusioni in funzione corroborante⁶⁴, la Corte di giustizia ha ripercorso *in primis* i propri consolidati orientamenti relativi alla decisione quadro m.a.e.: dunque, il principio del reciproco riconoscimento comporta che in linea di principio gli Stati membri siano tenuti a dare esecuzione all'euro-mandato (art. 1 § 2), a meno che si versi nei casi di rifiuto obbligatorio (art. 3) o facoltativo (artt. 4 e 4-bis), i quali, costituendo eccezioni alla regola, vanno interpretati restrittivamente⁶⁵.

Fin qui “nulla di nuovo sotto il sole”. Immediatamente dopo, però, la Corte ha riconosciuto di avere già ammesso che, «in circostanze eccezionali, possono essere apportate limitazioni ai principi di reciproco riconoscimento e di fiducia reciproca tra Stati membri», e che, ai sensi dell'art. 1 § 3 decisione quadro m.a.e., non può essere

che fissano l'età della responsabilità penale» (in proposito v. le considerazioni di S. BUZZELLI, *La disciplina sovranazionale*, cit., p. 14 s., sul divario esistente fra gli Stati membri nello stabilire «la soglia minima di punibilità, al di sotto della quale un individuo non può essere processato»). La direttiva intende per «minore» una persona di età inferiore a diciotto anni (art. 3 n. 1): l'art. 2 § 3 prevede che la direttiva, o talune sue disposizioni, si applicano agli indagati o imputati in un procedimento penale e ai ricercati «se tali persone erano minori al momento di essere sottoposte al procedimento ma sono successivamente diventate maggiorenni e l'applicazione della presente direttiva, o di talune sue disposizioni, risulta appropriata alla luce di tutte le circostanze del caso, incluse la maturità e la vulnerabilità della persona interessata. Gli Stati membri possono decidere di non applicare la presente direttiva al compimento del ventunesimo anno di età dell'interessato» (v. pure il considerando n. 11).

⁶² Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punto 39.

⁶³ Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punto 43.

⁶⁴ Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punto 45, dove viene richiamato il punto 55 delle conclusioni (v. *supra*, § 3 e nota 53).

⁶⁵ Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punti 46-48.



2/2019

modificato per effetto di quest'ultima l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali come sanciti dalla Carta, e, nella specie, dall'art. 24 della medesima, relativo ai diritti dei minori, «il cui rispetto s'impone agli Stati membri nell'attuare detta decisione quadro»⁶⁶. Poiché i giudici di Lussemburgo richiamano in proposito la propria sentenza nelle cause riunite *Aranyosi e Căldăraru*, ci si aspetterebbe che stiano per fornire un raccordo interpretativo con l'art. 24 § 2 Carta. Ma tale aspettativa viene subito delusa.

La Corte, infatti, ha ribadito innanzitutto l'assunto, sostenuto nel già citato Parere 2/13 sul progetto di accordo sull'adesione dell'Unione alla c.e.d.u., che, nell'ambito di un procedimento concernente un m.a.e., la garanzia dei diritti fondamentali spetta in primo luogo allo Stato membro emittente, che «si deve presumere rispetti il diritto dell'Unione e, in particolare, i diritti fondamentali riconosciuti da quest'ultimo»⁶⁷. Ha in seguito rilevato che, per la sua natura di eccezione rispetto alla regola dell'esecuzione del mandato, l'art. 3 n. 3 decisione quadro m.a.e. «non può essere oggetto di un'interpretazione che consenta all'autorità giudiziaria dell'esecuzione di rifiutare di dar seguito a tale mandato sulla base di un'analisi non prevista espressamente né da tale disposizione né da altre norme della decisione quadro»⁶⁸: la valutazione personalizzata potrebbe riguardare elementi di natura soggettiva o oggettiva⁶⁹ e perciò condurrebbe, «in realtà, ad effettuare un vero e proprio riesame nel merito dell'analisi già svolta nell'ambito della decisione giudiziaria adottata dallo Stato membro emittente», posta a fondamento del m.a.e., con il risultato, messo in luce dalle conclusioni dell'avvocato generale, di infrangere e di privare di ogni effetto utile il principio del riconoscimento reciproco, imperniato sulla reciproca fiducia⁷⁰.

La valutazione personalizzata sarebbe inoltre in contrasto con l'obiettivo perseguito dalla decisione quadro m.a.e. di facilitare e accelerare la cooperazione giudiziaria: da quest'angolo visuale, l'art. 17 decisione quadro m.a.e. fissa termini precisi entro i quali deve essere presa la decisione definitiva sulla consegna, superabili solo in circostanze eccezionali⁷¹; e in allegato alla decisione quadro compare un modello di mandato che le autorità giudiziarie emittenti devono compilare, fornendo le informazioni richieste⁷². A quest'ultimo riguardo, è facile constatare che, in rapporto all'art. 8 § 1 decisione quadro m.a.e. (dove sono disciplinati contenuto e forma del

⁶⁶ Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punto 49.

⁶⁷ Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punto 50.

⁶⁸ Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punto 51.

⁶⁹ Nella legislazione belga elementi di natura soggettiva sono costituiti dalla personalità, dall'ambiente e dal grado di maturità del minore interessato, mentre elementi di natura oggettiva sono rappresentati dalla recidiva e dall'esistenza di misure di protezione dei minori già adottate.

⁷⁰ Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punto 52, dove viene richiamato il punto 55 delle conclusioni (v. *supra*, § 3 e nota 53).

⁷¹ Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punto 56.

⁷² Un aiuto alla compilazione del modello è fornito dal manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo, recentemente riveduto dalla Commissione (C[2017] 6389 final, 28 settembre 2017, *Comunicazione della Commissione. Manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo*) con l'intento di aggiornarlo e di renderlo più completo e di più facile utilizzo per gli utenti. L'allegato III al manuale fornisce criteri particolareggiati sulle modalità di compilazione, corredando ogni "casella" del modello con commenti e suggerimenti.

m.a.e.), il modello «non contiene alcuna informazione specifica che consenta alle autorità giudiziarie dell'esecuzione di valutare, se del caso, la situazione particolare del minore interessato alla luce delle condizioni soggettive o oggettive» alle quali è subordinata «in concreto la possibilità di perseguire o di condannare un minore in base al diritto penale del proprio Stato membro»⁷³.

Non soccorre neppure l'art. 15 § 2 decisione quadro m.a.e.⁷⁴, che consente all'autorità giudiziaria dell'esecuzione, qualora ritenga le informazioni trasmesse dallo Stato membro emittente non sufficienti per decidere sulla consegna, di richiedere urgentemente le informazioni complementari necessarie, assegnando un termine per la loro ricezione, tenendo conto dell'esigenza di rispettare i termini fissati dall'art. 17 decisione quadro m.a.e.: secondo la Corte di giustizia, infatti, tale possibilità «resta l'*extrema ratio*, per i soli casi eccezionali in cui l'autorità giudiziaria dell'esecuzione ritenga di non disporre di tutti gli elementi formali necessari al fine di adottare con urgenza la decisione sulla consegna», mentre «la prassi di uno Stato membro consistente nel valutare la situazione particolare di un minore oggetto di un mandato d'arresto europeo emesso da un'autorità di un altro Stato membro potrebbe indurre l'autorità giudiziaria dell'esecuzione a chiedere sistematicamente informazioni supplementari all'autorità giudiziaria emittente», per accertare le condizioni relative a una valutazione personalizzata del minore previste nel diritto interno⁷⁵. Con il risultato di vanificare l'obiettivo di semplificare e di accelerare la consegna.

La soluzione adottata dalla Corte di giustizia lascia delusi. Si deve convenire con i giudici di Lussemburgo sul fatto che, a livello europeo, non sia prevista la valutazione personalizzata del minore nell'ambito del meccanismo dell'euro-mandato: non può essere un caso, infatti, che l'art. 17 direttiva (UE) 2016/800 non estenda al procedimento di esecuzione del m.a.e. l'art. 7, dedicato appunto al diritto a una valutazione individuale. Quest'ultima, riservata nel diritto interno del singolo Stato membro al minore indagato o imputato in procedimenti penali, «tiene conto, in particolare, della personalità e maturità del minore, della sua situazione economica, sociale e familiare, nonché di eventuali vulnerabilità specifiche del minore» (art. 7 § 2)⁷⁶. A sua volta, il considerando n. 62 della direttiva, premesso che il procedimento di esecuzione di un m.a.e. «è fondamentale per la cooperazione tra gli Stati membri in materia penale» e che

⁷³ Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punto 59.

⁷⁴ L'operatività di tale articolo era stata sostenuta dai governi italiano e rumeno nelle loro osservazioni scritte: cfr. Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punto 60.

⁷⁵ Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punto 61. Alla luce della risposta fornita alla seconda questione pregiudiziale, la Corte non ha preso in esame la terza: Corte giust. (Grande Sezione), 23 gennaio 2018, *Piotrowski*, cit., punto 63.

⁷⁶ Ai sensi dell'art. 7 § 7 direttiva (UE) 2016/800 la valutazione individuale «è effettuata con la diretta partecipazione del minore» ed è «condotta da personale qualificato, con un approccio per quanto possibile interdisciplinare e, ove opportuno, con il coinvolgimento del titolare della responsabilità genitoriale o di un altro adulto idoneo, come previsto agli articoli 5 e 15, e/o di un professionista specializzato». Gli Stati membri «possono derogare all'obbligo di procedere alla valutazione individuale quando la deroga sia richiesta dalle circostanze del caso, purché ciò sia compatibile con l'interesse superiore del minore» (art. 7 § 9 direttiva [UE] 2016/800).

il rispetto dei termini previsti dalla decisione quadro m.a.e. «è essenziale per tale cooperazione», ritiene opportuno «che tali termini siano rispettati consentendo nel contempo ai minori ricercati di esercitare pienamente i loro diritti» ai sensi della medesima direttiva.

Tuttavia, il considerando n. 8 della direttiva – valorizzato dalla Corte di giustizia – equipara i minori indagati o imputati nei procedimenti penali e i minori soggetti a una procedura di esecuzione di un m.a.e., cioè i minori ricercati: in entrambe le situazioni, «gli Stati membri dovrebbero garantire che l’interesse superiore del minore sia sempre considerato preminente, a norma dell’articolo 24, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea».

Se per i minori ricercati l’«interesse superiore» va sempre considerato preminente, non convince la parte della motivazione in cui la Corte afferma il carattere di *extrema ratio* dell’art. 15 § 2 decisione quadro m.a.e., collegandolo – parrebbe – solo all’art. 8 della stessa: si dimentica così che le informazioni complementari necessarie sono richieste «segnatamente in relazione agli articoli 3, 4, 5 e 8», e pertanto riguardano non solo il contenuto del m.a.e., ma anche i casi di non esecuzione obbligatoria o facoltativa e i casi di consegna condizionata. Il che equivale a riconoscere che, dinanzi a un motivo obbligatorio di rifiuto, come quello previsto nell’art. 3 n. 3 decisione quadro m.a.e., l’autorità giudiziaria dell’esecuzione può normalmente ricorrere, se del caso, all’art. 15 § 2 di tale decisione quadro.

Ben diverso era stato l’atteggiamento della Corte nel decidere le cause riunite *Aranyosi e Căldăraru*, dove anzi l’impiego dell’art. 15 § 2 costituiva il secondo passo del *two-step test*⁷⁷, seppure, in questo modo, i termini per la decisione sulla consegna stabiliti dall’art. 17 decisione quadro m.a.e. finissero con l’essere sovente superati⁷⁸. E, come già detto, il *two-step test*, inaugurato per tutelare un diritto fondamentale di tipo assoluto, è stato di recente esteso dalla Corte, in *Minister for Justice and Equality v. LM*, a un diritto fondamentale di tipo non assoluto⁷⁹.

Insomma, il caso *Piotrowski* si è purtroppo trovato in mezzo al guado. Dovendo interpretare la locuzione «interesse superiore del minore», la cui preminenza è affermata dall’art. 24 § 2 Carta, in rapporto alla «responsabilità penale» del minore stesso, la Corte ha preso decisamente partito per la tutela della reciproca fiducia tra gli Stati membri, rivestendo di nuovo i panni di difensore della *mutual trust*⁸⁰. Senza perciò trarre spunto dalla sollecitazione interpretativa che le era stata prospettata dall’avvocato generale, anzi non dedicandole nemmeno un cenno.

Si rammenterà che l’avvocato generale aveva proposto di interpretare l’art. 3 n. 3 decisione quadro m.a.e., alla luce dell’art. 24 § 2 Carta, nel senso che lo Stato membro

⁷⁷ Cfr. S. GÁSPÁR-SZILÁGYI, *Joined Cases Aranyosi and Căldăraru: Converging Human Rights Standards, Mutual Trust and a New Ground for Postponing a European Arrest Warrant*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2016, vol. 24, issue 2-3, p. 207.

⁷⁸ In proposito v. M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali*, cit., p. 199 s.

⁷⁹ Cfr. M. POELEMANS, *Etat de droit et mandat d’arrêt européen*, cit.

⁸⁰ Su tale ruolo, prima della sentenza nelle cause riunite *Aranyosi e Căldăraru*, v. M. BARGIS, *Mandato di arresto europeo e diritti fondamentali*, cit., p. 183-189.

di esecuzione potrebbe rifiutare la consegna di un minore «quando a quest'ultimo, tenuto conto della sua età al momento della commissione del reato, non può essere applicata alcuna pena ai sensi del diritto di tale Stato» e, viceversa, dovrà procedere alla sua consegna qualora, «tenuto conto dell'età al momento della commissione del reato, la pena inflitta nello Stato membro di emissione corrisponda, nella sua natura e nella sua entità, ad una pena che avrebbe potuto essere inflitta o pronunciata anche nello Stato membro di esecuzione»⁸¹. Di conseguenza, «*un mineur qui peut être tenu pour pénalement responsable dans le pays d'exécution et dans le pays d'émission, mais qui n'encourt qu'une sanction éducative en raison de son âge dans le premier tandis qu'il encourt une peine privative de liberté dans le second, ne devrait alors pas être remis au pays d'émission*»: in altri termini, l'avvocato generale patrocinava «*un critère objectif de correspondance de la responsabilité pénale, afin de déterminer l'acceptation ou le refus de la remise. Ce critère objectif permettrait de conserver une approche in abstracto de la responsabilité pénale des mineurs, qui serait respectueuse, à la fois de l'objectif de célérité du mandat d'arrêt européen et du principe de la primauté de l'éducatif sur le répressif*»⁸². Del resto, l'art. 10 direttiva (UE) 2016/800 («Limitazione della libertà personale»), applicabile, ai sensi dell'art. 17, anche nel procedimento di esecuzione del m.a.e., stabilisce che gli Stati membri «provvedono affinché in qualsiasi fase del procedimento la privazione della libertà personale del minore sia limitata al più breve periodo possibile», tenendo «in debita considerazione l'età e la situazione personale del minore nonché le circostanze particolari del caso» (§ 1), e «affinché la privazione della libertà personale, in particolare la detenzione, sia disposta nei confronti di minori solo come misura di ultima istanza» (§ 2).

Non si può che condividere allora quanto affermato in dottrina: la posizione assunta dalla Corte di giustizia «*masque en réalité un refus de dresser les principes énoncés par l'avocat général au rang des droits fondamentaux des mineurs et agit comme un frein à une interprétation dynamique et évolutive*». I giudici di Lussemburgo hanno perso un'occasione: sfruttando le interconnessioni dell'art. 3 n. 3 decisione quadro m.a.e. con

⁸¹ Conclusioni dell'avvocato generale Yves Bot, cit., punti 4, 62 e 64.

⁸² In questi termini E. LOFREDI, *L'arrêt David Piotrowski de la Cour de justice*, cit., a cui si riferisce anche la precedente citazione. Nel commentare la sentenza *Piotrowski*, l'Autrice osserva che, oltre al Belgio, altri Stati membri hanno scelto l'approccio in concreto per determinare la responsabilità penale del minore nel loro diritto interno (Germania, Francia, Ungheria), ma alcuni di essi hanno poi utilizzato l'approccio *in abstracto* nel trasporre l'art. 3 n. 3 decisione quadro m.a.e. (Belgio e Francia): dunque, «*la difficulté ne semble pas tant résider dans l'approche, mais plutôt dans la définition même de la notion de "responsabilité pénale" au sein de l'Union européenne*».

In Italia, l'art. 18 lett. i l. 22 aprile 2005, n. 69, attuativa della decisione quadro m.a.e., ha trasposto l'art. 3 n. 3 scegliendo un approccio in concreto assai dettagliato: su tale disciplina e per le ricadute negative della sentenza *Piotrowski v. A. GUSMITTA, Mandato d'arresto europeo e rifiuto alla consegna del minorenne*, cit., p. 1001 ss., il quale reputa necessario introdurre nella decisione quadro m.a.e. una «norma di 'chiusura' analoga a quella contenuta nella recente direttiva» sull'o.e.i. (p. 1003): sulle attuali *chances* di una tale modifica v. *infra*, § 5. Sui motivi di rifiuto della consegna nella legge italiana di recepimento, tutti obbligatori, v., per un recente panorama, M. LIPANI, S. MONTALDO, *I motivi ostativi di esecuzione del mandato d'arresto europeo nella legge italiana di recepimento e la corte di cassazione: uno sguardo d'insieme alla luce dei principi generali dell'ordinamento UE e della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in www.legislazionepenale.eu, 5 luglio 2017.

la direttiva (UE) 2016/800 e con l'art. 24 § 2 Carta avrebbero potuto «*définir à minima l'intérêt supérieur du mineur et la responsabilité pénale*»⁸³.

5. Riflessioni conclusive sui diritti fondamentali alla prova del m.a.e.

Le problematiche emergenti dalla sentenza sul caso *Piotrowski* offrono lo spunto per delineare l'attuale "stato dell'arte" della tematica dei diritti fondamentali, che ciclicamente torna alla prova del m.a.e.

Come si ricorderà, il Parlamento europeo, nella sua Risoluzione del 27 febbraio 2014, aveva proposto di prevedere un «Motivo di non esecuzione connesso ai diritti umani applicabile agli strumenti giuridici di riconoscimento reciproco dell'Unione», e dunque pure al m.a.e.⁸⁴. Ma la Commissione europea aveva fornito, il 28 maggio 2014, una generale risposta interlocutoria al Parlamento⁸⁵, reputando prematura la via legislativa e spiegandone le ragioni. Per quanto interessa ai nostri fini, la Commissione aveva sottolineato innanzitutto che solo dal 1° dicembre 2014, spirato il periodo transitorio quinquennale, essa avrebbe acquistato la pienezza dei suoi poteri in ordine alla procedura di infrazione (art. 258 t.f.u.e.), e avrebbe pertanto potuto agire sui ritardi nell'implementazione di «*a number of other mutual recognition instruments*», i quali «*both complement the European arrest warrant system and in some instances provide useful and less intrusive alternatives*» al m.a.e.⁸⁶. In secondo luogo, la Commissione aveva particolarmente enfatizzato il proprio lavoro volto all'approvazione delle direttive tese a rafforzare il rispetto dei diritti fondamentali attraverso l'adozione di norme minime comuni sui diritti procedurali di indagati e imputati⁸⁷, affermando che questa scelta

⁸³ E. LOFREDI, *L'arrêt David Piotrowski de la Cour de justice*, cit., anche per la precedente citazione. Per l'Autrice, «la CJUE admet qu'un mineur qui ne peut faire l'objet d'une peine de privation de liberté dans le pays membre d'exécution puisse être remis au pays membre d'émission même s'il y est puni d'une peine privative de liberté. Cette contradiction avec l'article 10 de la directive 2016/800 revient à limiter dans l'espace le principe de subsidiarité de la peine privative de liberté, puisque, de fait, celui-ci ne s'applique pas sur l'entièreté de l'espace de l'Union européenne mais seulement sur le territoire d'un État membre donné. A fortiori, cela revient également à limiter dans l'espace le principe de la primauté de l'éducatif sur le répressif».

⁸⁴ V. *supra*, § 1 e note 13-15.

⁸⁵ *Follow up to the European Parliament resolution with recommendations to the Commission on the review of the European arrest warrant adopted by the Commission on 28 May 2014*, SP (2014) 447.

⁸⁶ La Commissione richiamava, tra l'altro, la decisione quadro 2009/829/GAI sull'ordinanza cautelare europea e la direttiva 2014/41/UE relativa all'ordine europeo di indagine penale: cfr. *Follow up to the European Parliament resolution*, cit., p. 2, sub punto 7 (*Links to the other mutual recognition instruments*). Sulle alternative all'emissione dell'euro-mandato si sofferma ampiamente l'ultima versione del manuale sull'emissione e l'esecuzione del m.a.e. (C[2017] 6389 final, 28 settembre 2017, *Comunicazione della Commissione. Manuale sull'emissione e l'esecuzione del mandato d'arresto europeo*, cit., p. 20-25: in tema v. G. DE AMICIS, *La prassi del mandato d'arresto europeo tra Italia e Germania: la prospettiva italiana*, in *questa Rivista*, 7 gennaio 2019, p. 17 s.).

⁸⁷ Risoluzione del Consiglio del 30 novembre 2009 relativa a una tabella di marcia per il rafforzamento dei diritti procedurali di indagati o imputati in procedimenti penali, in G.U.U.E., 4 dicembre 2009, C 295: in attuazione della tabella di marcia sono state varate la direttiva 2010/64/UE, del 20 ottobre 2010, sul diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali, la direttiva 2012/13/UE, del 22 maggio 2012, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali e la direttiva 2013/48/UE, del 22 ottobre 2013, relativa al diritto di

costituisce «*the best approach to finding the right balance in the European arrest warrant system between the essential adherence to fundamental rights and the key principle of mutual recognition*» e si presenta come «*more effective than re-opening the European arrest warrant legislation to insert an explicit refusal ground on the basis of fundamental rights that will have to be considered in each case*», approccio, quest'ultimo, che, viceversa, «*has the potential to undermine the principle of mutual recognition*»⁸⁸. La Commissione non aveva comunque mancato di ribadire l'opinione, già espressa nella sua Relazione del 2011, che «*a refusal is possible on fundamental rights grounds in exceptional cases*»⁸⁹.

Nel frattempo la Commissione si è impegnata nell'iter che ha condotto a completare l'attuazione del "pacchetto" di misure presentato il 27 novembre 2013, varando direttive che si occupano anche del procedimento di esecuzione del m.a.e.⁹⁰: l'implementazione da parte degli Stati membri delle nuove direttive dovrebbe realizzare una più elevata armonizzazione delle legislazioni nazionali, accrescendo così la reciproca fiducia e limitando i casi di rifiuto dell'esecuzione del mandato⁹¹.

avvalersi di un difensore nel procedimento penale e nel procedimento di esecuzione del mandato d'arresto europeo, al diritto di informare un terzo al momento della privazione della libertà personale e al diritto delle persone private della libertà personale di comunicare con terzi e con le autorità consolari. In argomento v., per un recente bilancio, J. DELLA TORRE, *Le direttive UE sui diritti fondamentali degli accusati: pregi e difetti del primo "embrione" di un sistema europeo di garanzie difensive*, in *Cass. pen.*, 2018, p. 1396 ss.

⁸⁸ *Follow up to the European Parliament resolution*, cit., p. 3, sub punto 7 (*Ongoing improvements to the European arrest warrant system*).

⁸⁹ *Follow up to the European Parliament resolution*, cit., p. 3, sub punto 7 (*Ongoing improvements to the European arrest warrant system*), dove si concludeva che, «*within the current framework (which is enhanced by the agreed minimum procedural rights standards), there exists an already-established role of the judicial authorities as the guardian of the fundamental rights of requested persons*». Quanto al riferimento alla Relazione del 2011 v. *supra*, nota 4.

⁹⁰ Per una illustrazione delle iniziative della Commissione contenute nel "pacchetto" v. M. CAGOSI, *Prosegue inarrestabile il percorso verso il rafforzamento dei diritti processuali dei cittadini dell'Unione europea*, in *questa Rivista*, 20 dicembre 2013. Si tratta, per quanto ci interessa, della più volte menzionata direttiva (UE) 2016/800, dell'11 maggio 2016, sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali (da attuare entro l'11 giugno 2019: v. *supra*, nota 32) e della direttiva (UE) 2016/1919, del 26 ottobre 2016, 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 (da attuare entro il 25 maggio 2019), sulla quale v. L. CAMALDO, *La direttiva 2016/1919/UE completa il quadro europeo delle garanzie difensive nei procedimenti penali*, in *questa Rivista*, 13 dicembre 2016; C. PELOSO, *L'approvazione della direttiva 2016/1919 sul patrocinio a spese dello Stato: la battuta finale nel cammino verso la mappatura dei diritti processuali fondamentali*, in www.legislazionepenale.eu, 4 maggio 2017; M. POSTIGLIONE, *Verso un effettivo diritto al patrocinio a spese dello Stato?*, in www.eurojus.it, 20 febbraio 2017; e, con specifico riguardo al m.a.e., M. BARGIS, [Il diritto alla "dual defence" nel procedimento di esecuzione del mandato di arresto europeo: dalla direttiva 2013/48/UE alla direttiva \(UE\) 2016/1919](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 3/2016, p. 40 ss. Nel "pacchetto" rientra anche la direttiva (UE) 2016/343, del 9 marzo 2016, sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali, che peraltro non si riferisce espressamente ai procedimenti di esecuzione del m.a.e., probabilmente «in ragione dei principi generali che contiene» (R.E. KOSTORIS, *La tutela dei diritti fondamentali*, in R.E. Kostoris [a cura di], *Manuale di procedura penale europea*, III ed., cit., p. 98).

⁹¹ Sull'armonizzazione dei diritti fondamentali «*as a source of mutual trust*» v. le considerazioni di V. MITSILEGAS, *The Symbiotic Relationship*, cit., p. 474-478.

Sul tema dei rapporti fra m.a.e. e diritti fondamentali si è venuta a inserire la sentenza della Corte di giustizia nelle cause riunite *Aranyosi e Căldăraru*: a quasi tre anni dalla pronuncia, si possono trarre alcune conclusioni sulle sue conseguenze pratiche, che producono ricadute su un piano più generale.

Sebbene la sentenza sia stata accolta favorevolmente per la tutela riservata al diritto fondamentale protetto dall'art. 4 Carta, fin da subito si è messo in risalto che il duplice test prescritto dalla Corte avrebbe reso più complesso attuare la cooperazione giudiziaria. Considerato che il problema del sovraffollamento carcerario non è eccezionale nell'Unione, sembrava difficile che in un (non meglio precisato) termine ragionevole lo Stato membro emittente potesse risolverlo, allorché l'inadeguatezza dell'apparato carcerario fosse sistemica o riguardasse determinati gruppi di persone. Qualche margine di rimedio avrebbe potuto invece sussistere quando le carenze investissero determinati centri di detenzione, perché l'autorità giudiziaria emittente avrebbe potuto fornire assicurazioni che, dopo la consegna, la persona sarebbe stata detenuta in un carcere diverso, con condizioni di vita adeguate; ma si era anche posto in luce che, in questo modo, si sarebbe creato un trattamento diseguale tra i detenuti nell'ambito del meccanismo dell'euro-mandato e i detenuti "comuni", confinati in strutture penitenziarie carenti. In conclusione, si era ipotizzato un aumento di casi nei quali, a fronte di carenze sistemiche o generalizzate, l'autorità giudiziaria di esecuzione avrebbe deciso di porre fine alla procedura di consegna: di fatto, il motivo di rinvio si sarebbe trasformato spesso in un motivo di rifiuto della consegna e lo sbocco della vicenda che la Corte aveva delineato come una *extrema ratio*, riconducibile a «circostanze eccezionali», avrebbe assunto viceversa più ampie proporzioni.

Le previsioni appaiono confermate da un recente studio, commissionato dal *Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs* del Parlamento europeo, a richiesta della Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE)⁹², e condotto su un campione di nove Stati membri (Finlandia, Francia, Germania, Ungheria, Irlanda, Italia, Paesi Bassi, Romania e Spagna). Emerge infatti che, da un lato, si sono verificati numerosi casi di sospensione dell'esecuzione del m.a.e. nei quali, per i ritardi dell'autorità giudiziaria emittente nel fornire le informazioni richieste, viene superato il limite temporale stabilito dall'art. 17 decisione quadro; e, dall'altro, in alcuni Stati (Germania, Italia e Paesi Bassi) il numero di non esecuzioni del m.a.e. è cresciuto in modo esponenziale rispetto al periodo precedente alla decisione della Corte⁹³. Con particolare riguardo alla seconda fase del *two-step test*, con impiego dell'art. 15 § 2 decisione quadro m.a.e., in assenza di linee guida fornite dalla sentenza, le autorità giudiziarie di esecuzione hanno formulato propri criteri e pertanto il contenuto delle richieste all'autorità giudiziaria emittente varia a livello nazionale; talora, poi, vengono pretese

⁹² E. SELLIER, A. WEYEMBERGH, *Criminal procedural laws across the European Union – A comparative analysis of selected main differences and the impact they have over the development of EU legislation*, 2018, consultabile in <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>. Al medesimo indirizzo è consultabile altresì *l'Annex I. Country reports*.

⁹³ Per questi aspetti v. E. SELLIER, A. WEYEMBERGH, *Criminal procedural laws across the European Union*, cit., p. 111 ss.

vere e proprie assicurazioni in ordine alla garanzia di condizioni detentive adeguate (ad esempio, la detenzione della persona consegnata in una cella individuale oppure la sua non detenzione in alcuni specifici istituti penitenziari)⁹⁴. Ora, però, la Corte di giustizia, nella già illustrata pronuncia *ML*, ha fornito varie precisazioni rispetto a quanto deciso in *Aranyosi e Căldăraru*.

Ma, al di là degli aspetti problematici, analizzati nello studio, che concernono quest'ultima pronuncia, il vero banco di prova è costituito dall'estensione della soluzione in essa adottata ad altri casi, «*where violations of non-absolute rights may be at stake*»⁹⁵, come avvenuto in *Minister for Justice and Equality v. LM*. Si evidenzia infatti che «*the aftermath of the Aranyosi case, the multiplication of EAW refusals and the broadening of its application to other areas of concern, show that a more solid framework of fundamental safeguards is needed*»⁹⁶: tuttavia, pur sottolineando che i nove Stati membri esaminati hanno implementato un motivo di rifiuto basato sui diritti fondamentali (con alcune differenze quanto ad ambito di applicazione e condizioni) e che anche in dottrina era stato proposto di introdurre nella decisione quadro m.a.e. un espresso motivo di rifiuto di questo tipo, si conclude che «*it is unlikely that these demands translate into concrete achievements, as the Commission itself rejected the idea of amending the concerned FD in 2014*»⁹⁷. Piuttosto, per quanto concerne il divieto di trattamenti inumani o degradanti, si è raccomandato di stabilire a livello dell'Unione *minimum standards* riferiti alle condizioni di detenzione, che coprano «*both the pre-trial and post-trial stages*», in modo da assicurare un adeguato trattamento degli individui e da offrire una guida chiara all'autorità giudiziaria di esecuzione ai fini della richiesta di informazioni all'autorità giudiziaria emittente⁹⁸. Una simile soluzione potrebbe forse funzionare, *mutatis mutandis*, per altre violazioni dei diritti fondamentali.

Resta il fatto che, nonostante le scelte effettuate nella direttiva 2014/41/UE, del 3 aprile 2014, sull'ordine europeo di indagine penale, con riguardo alla previsione di un

⁹⁴ Cfr. E. SELLIER, A. WEYEMBERGH, *Criminal procedural laws across the European Union*, cit., p. 109 ss.

⁹⁵ Così E. SELLIER, A. WEYEMBERGH, *Criminal procedural laws across the European Union*, cit., p. 117 ss.

⁹⁶ In questi termini E. SELLIER, A. WEYEMBERGH, *Criminal procedural laws across the European Union*, cit., p. 118.

⁹⁷ Cfr. E. SELLIER, A. WEYEMBERGH, *Criminal procedural laws across the European Union*, cit., p. 118. Contrario a introdurre «*a fundamental rights-based refusal ground*» negli strumenti di cooperazione si mostra D. VILAS ÁLVAREZ, *Use and Abuse of the Concept of Fundamental Rights. An Obstacle for Judicial Cooperation?*, in *Eucrim*, 2018, p. 68-70, temendo che i diritti fondamentali vengano usati «*as an anchor at the disposal of executing Member States in order to limit "excessive" cooperation rather than really protect the rights of individuals*» (*ivi*, p. 70).

⁹⁸ Per tale proposta, condivisa sia dagli accademici che hanno redatto le relazioni sui nove Stati oggetto di studio sia dal Parlamento europeo, v. E. SELLIER, A. WEYEMBERGH, *Criminal procedural laws across the European Union*, cit., p. 118 ss., individuandone la base giuridica nell'art. 82 § 2 lett. b t.f.u.e. (p. 119 ss.); la soluzione deve però andare di pari passo con quella di promuovere misure alternative alla detenzione (p. 119). V. inoltre, *ivi*, p. 120 ss., per altre proposte, di carattere non legislativo, consistenti in un supporto finanziario agli Stati membri, attraverso un fondo europeo specificamente dedicato al problema delle «*bad prison conditions*» nella sua globalità; nella più chiara individuazione dei motivi di rinvio/rifiuto della consegna stabiliti dalla Corte di giustizia in rapporto alle conseguenze sulla libertà personale prodotte dalla mancata consegna; nella predisposizione di un modello comune – redatto in base a criteri condivisi e tradotto nelle varie lingue – concernente tipo e contenuto delle informazioni richieste dall'autorità giudiziaria di esecuzione; nel rafforzamento dei canali di dialogo, per facilitare lo scambio di buone prassi, e del ruolo di Eurojust; in un più stringente monitoraggio delle condizioni di detenzione.



2/2019

motivo di rifiuto collegato alla violazione dei diritti fondamentali⁹⁹, la Commissione, negli anni più recenti, non ha ritenuto di colmare la discrepanza attraverso una modifica della decisione quadro sul m.a.e. per il profilo evidenziato. Infatti, nel suo Programma di lavoro per il 2017, la Commissione, nell'ambito di dieci priorità, elencava al settimo posto «Uno spazio di giustizia e di diritti fondamentali basato sulla fiducia reciproca», focalizzato sulla sicurezza alle frontiere e sulle varie forme di lotta al terrorismo e al suo finanziamento, evidenziando peraltro che il diritto alla sicurezza non può mai compromettere il rispetto degli altri diritti fondamentali, compreso il diritto alla protezione dei dati personali¹⁰⁰. Nel Programma di lavoro per il 2018 sono state reiterate analoghe considerazioni¹⁰¹, mentre nel Programma di lavoro per il 2019 la Commissione ha insistito, fra l'altro, sulla necessità di approvare misure per prevenire la diffusione di contenuti terroristici *on line* e di estendere la competenza della Procura europea alla lotta contro il terrorismo transfrontaliero, rimarcando inoltre che il «rispetto dello Stato di diritto, uno dei valori dell'Unione, è essenziale per la democrazia e il rispetto dei diritti fondamentali»¹⁰².

Va infine ricordato che nel Consiglio GAI del 6-7 dicembre 2018 sono state adottate le *Conclusioni sul reciproco riconoscimento in materia penale «Promuovere il riconoscimento reciproco rafforzando la fiducia reciproca»*¹⁰³. Le Conclusioni, dedicate agli strumenti di mutuo riconoscimento in genere¹⁰⁴, da un lato pongono l'accento sull'importanza rivestita dall'attuazione delle direttive sui diritti procedurali, esortando «vivamente» gli Stati membri a recepirle «in maniera corretta e tempestiva, al fine di assicurare il diritto a un processo equo» (n. 2), e invitando «la Commissione ad avvalersi delle sue competenze, se del caso, per garantire che gli strumenti dell'UE di cooperazione giudiziaria in materia penale e i diritti procedurali siano attuati in maniera corretta e tempestiva» (n. 18); dall'altro, ricordano (n. 3) che gli Stati membri «dovrebbero continuare a garantire l'indipendenza e l'imparzialità degli organi giurisdizionali e dei giudici», in quanto «tale aspetto è parte essenziale del diritto fondamentale a un processo equo» sancito dall'art. 47 § 2 Carta, ma rammentano anche «agli Stati membri che, conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, il rifiuto di eseguire una decisione o una sentenza emessa sulla base di uno strumento di riconoscimento reciproco può essere giustificato solo in casi eccezionali e tenendo conto del fatto che, in virtù del principio del primato del diritto

⁹⁹ Cfr. *supra*, § 1.

¹⁰⁰ COM[2016] 710 final, del 25 ottobre 2016 – *Realizzare un'Europa che protegge, dà forza e difende*, p. 12 ss.

¹⁰¹ COM[2017] 650 final, del 24 ottobre 2017 – *Un programma per un'Unione più forte, più unita e più democratica*, p. 8 ss.

¹⁰² COM[2019] 800 final, del 23 ottobre 2018 – *Realizzare le promesse e prepararsi al futuro*, p. 7 ss.

¹⁰³ Le *Conclusioni* sono pubblicate in *G.U.U.E.*, 13 dicembre 2018, C 449.

¹⁰⁴ Una specifica attenzione viene però riservata al m.a.e.: infatti, le *Conclusioni* invitano la Commissione, «in consultazione con gli Stati membri, a elaborare ulteriormente e ad aggiornare regolarmente il suo manuale relativo al mandato d'arresto europeo, anche tenendo conto della recente giurisprudenza della CGUE e delle migliori prassi per la sua corretta applicazione» (n. 21), e a redigere manuali analoghi relativi agli altri strumenti di riconoscimento reciproco, una volta attuati pienamente dagli Stati membri. Per l'ultima versione del manuale dedicato al m.a.e. v. *supra*, nota 72.



2/2019

dell'Unione, gli Stati membri non possono richiedere a un altro Stato membro un livello più elevato di tutela nazionale dei diritti fondamentali rispetto al livello garantito dal diritto dell'Unione», con la conseguenza che «qualsiasi caso di mancata esecuzione basato su una violazione dei diritti fondamentali dovrebbe essere applicato in maniera restrittiva», seguendo l'approccio sviluppato dalla Corte nella sua giurisprudenza (n. 4)¹⁰⁵.

Sui giudici di Lussemburgo grava, dunque, una notevole responsabilità: è giunto il momento per la Corte di «agire come se fosse una corte dei diritti dell'uomo»¹⁰⁶?

¹⁰⁵ Le *Conclusioni* affrontano anche il problema delle condizioni detentive inadeguate e del sovraffollamento carcerario, esortando gli Stati membri a «predisporre norme che consentano, ove opportuno, di avvalersi di misure alternative alla detenzione», al fine di ridurre la popolazione carceraria e di contribuire alla riabilitazione sociale (n. 5); nel contempo, invitano la Commissione «a fornire orientamenti pratici» concernenti in particolare la giurisprudenza della Corte di giustizia nelle cause riunite *Aranyosi e Căldăraru*, nonché «il luogo in cui trovare fonti utili per i professionisti che contengano informazioni obiettive, affidabili e debitamente aggiornate sugli istituti penitenziari e sulle condizioni di detenzione negli Stati membri» (n. 19); a «promuovere l'uso ottimale dei fondi, nel quadro dei programmi finanziari» dell'Unione, «anche allo scopo di ammodernare i centri di detenzione negli Stati membri e di aiutare questi ultimi a rimediare al problema delle carenti condizioni detentive» (n. 24).

¹⁰⁶ Lo auspicava l'avvocato generale Yves Bot nelle sue *Conclusioni* in *Aranyosi e Căldăraru*, presentate il 3 marzo 2016, punto 175, concludendo che nel «campo del diritto penale, a mio avviso, tale questione dovrà essere prima o poi affrontata». Cfr., con riferimento a *minimum standards* concernenti le condizioni detentive, E. SELLIER, A. WEYEMBERGH, *Criminal procedural laws across the European Union*, cit., p. 119. Pone comunque in luce la «centralità del ruolo "nomofilattico" esercitato dalla Corte di Lussemburgo» nel sistema della cooperazione giudiziaria penale, con riguardo ai diritti fondamentali, G. DE AMICIS, *La prassi del mandato d'arresto europeo*, cit., p. 20.